

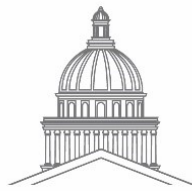
Université Paris II- Panthéon-Assas
école doctorale de droit international, droit européen,
relations internationales et droit comparé (ED 9)

Universität Wien

Cotutelle de thèse de doctorat en droit

soutenue le 6 juillet 2021

**Les entraves d'origine privée aux
libertés de circulation**



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS



universität
wien

Cotutelle de thèse de doctorat / juillet 2021

Andrea Krachler

Sous la direction de Alina-Maria Lengauer et Fabrice Picod

MEMBRES DU JURY :

Monsieur Édouard Dubout

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Monsieur Marcus Klamert

Professeur à l'Université de Graz (rapporteur)

Madame Ursula Kriebaum

Professeure à l'Université de Vienne

Madame Claire Vial

Professeure à l'Université de Montpellier (rapporteur)

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À ma famille

Remerciements

Mes plus sincères remerciements vont à mes deux directeurs de thèse, Madame le Professeur Alina-Maria Lengauer et Monsieur le Professeur Fabrice Picod pour m'avoir fait l'honneur de diriger cette thèse. Je tiens à les remercier non seulement pour leur confiance, leur disponibilité et leurs précieux conseils tout au long de ces années de doctorat, mais aussi pour leur ouverture d'esprit et leur capacité de comprendre et de concilier deux traditions juridiques et académiques parfois divergentes, la tradition autrichienne et la tradition française.

Je souhaite remercier les membres de mon jury et tout particulièrement les rapporteurs pour avoir accepté de lire ce travail et pour leur intérêt dans ma thèse.

Mes remerciements vont ensuite à mes nombreux relecteurs et relectrices, sans lesquels ce travail n'aurait pas été réalisable. Merci à Lise, Clément, Chloé, Matthieu, Clarisse, Loriane, Louis, Amin, Juliette, Sixtine, Lison, Lionel et Pauline pour votre temps et vos précieux commentaires. Je tiens aussi à remercier Eva pour son aide précieuse dans la mise en forme de cette thèse.

Ma gratitude va également à ma « famille luxembourgeoise », en particulier Constance, Yvette, Géraldine, Félicie, Maurice et Paul, pour tous les beaux moments que nous avons passés ensemble.

Un grand merci va à mes ami.e.s qui m'ont soutenue, encouragée et supportée pendant toutes ces années de thèse. Je tiens à remercier en particulier Kathi, Chloé, Raff, Nora et Holly pour leurs amitiés, pour m'avoir accompagnée sur ce long chemin, pour avoir ri et pleuré avec moi et surtout pour le temps partagé. Sans votre constant soutien et les belles pauses passées avec vous, je n'aurais pas fini ce travail.

Mein Dank geht auch an den österreichischen Austauschdienst (OEAD) und das Marietta Blau-Stipendium für die Finanzierung des einjährigen Forschungsaufenthalts in Paris.

Zu guter Letzt möchte ich mich aus ganzem Herzen bei meiner Familie bedanken. Mein Dank geht besonders an meine Mutter und meinen Vater für ihre Unterstützung, ihre Liebe, ihr Verständnis für meinen Launen und vor allem ihre schier unendliche Geduld mit mir. Ein großes Dankeschön auch an mein Bruderherz für seinen Humor, seine wunderbaren Kochkünste und die weltbeste Powidlmarmelade.

Résumé :

Compte tenu des changements politiques, économiques et sociaux intervenus depuis la seconde guerre mondiale et du retrait de la puissance publique tant dans les États membres que dans l'Union européenne, de nombreuses activités et pouvoirs se trouvent désormais exercés, de facto ou de jure, par des personnes privées. Susceptibles de restreindre la libre circulation des personnes, services, marchandises et capitaux, des interrogations surgissent quant au régime applicable à de telles mesures d'origine privée. Contrairement aux entraves d'origine étatique et aux entraves émanant des institutions de l'Union européenne, les entraves d'origine privée ne font pas l'objet d'un processus d'élimination systématique et cohérente. Le fondement et l'étendue d'un effet horizontal des libertés de circulation restent controversés. Cette étude est centrée sur la question de savoir si et dans quelles mesures les personnes privées sont assujetties au respect des obligations découlant des libertés de circulation. L'appréhension des entraves d'origine privée est rendue plus complexe par le fait que les personnes privées sont titulaires de droits fondamentaux et de l'autonomie privée, qu'il convient de concilier avec les exigences du marché intérieur. Cette conciliation doit être effectuée sous forme d'une mise en balance, qui assure la meilleure réalisation des intérêts conflictuels en présence. L'étude démontre que la combinaison des effets horizontaux direct et indirect ainsi que la mise en place d'un régime adéquat des justifications des entraves assurent au mieux le bon fonctionnement du marché intérieur tout en respectant les particularités liées à la personne privée.

Descripteurs : Libertés de circulation, marché intérieur, personnes privées, effet horizontal, restrictions, entraves, égalité, justifications, droits fondamentaux, autonomie privée, mise en balance, proportionnalité

Title and Abstract : Private barriers to free movement

As a result of the political, economic and social changes that have occurred since the Second World War, as well as the withdrawal of public authority both in the Member States and the EU, many activities and powers are now exercised, de facto or de jure, by private persons. Questions arise as to the legal regime applicable to such measures taken by private (i.e. non-public) entities which are likely to impede the functioning of the internal market. Unlike obstacles of state origin and obstacles from EU institutions, obstacles of private origin to the free movement of persons, goods, services and capital are not subject to a systematic and coherent removal process. The legal basis and scope of a horizontal effect on the freedoms of movement remain controversial. This study focuses on the question of whether, and to what extent, private persons are subject to the rules governing the fundamental freedoms of movement. The apprehension of restrictions of private origin is made more complex by the fact that private persons hold fundamental rights and private autonomy, which need to be reconciled with the requirements of the internal market. This conciliation must be carried out in the form of a balancing act, ensuring the best realisation of the conflicting interests at stake. The study shows that the combination of direct and indirect horizontal effect as well as the establishment of an adequate system of justifications ensures the proper functioning of the internal market, while also respecting the specific characteristics and rights of private persons.

Keywords: Freedoms of movement, internal market, non-public entities, private persons, horizontal effect, restrictions, obstacle, equality, justifications, fundamental rights, private autonomy, balancing of interests, proportionality

Zusammenfassung :

Der Binnenmarkt stellt ein Schlüsselement der Europäischen Union dar. Er gewährleistet den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital und ist seit Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl einer der Grundpfeiler des europäischen Einigungsprozesses.

Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten sind prinzipiell verboten, sofern sie nicht durch einen in den Verträgen oder der Rechtsprechung vorgesehenen Rechtfertigungsgrund gerechtfertigt werden können und verhältnismäßig sind. Dank einer umfangreichen Rechtsprechungstätigkeit des EuGH konnten staatliche Beschränkungen immer weiter zurückgedrängt und kontrolliert werden. Auch wenn bei weitem nicht alle staatlichen Beschränkungen beseitigt sind, so verfügen die Mitgliedstaaten doch über ein umfassendes Regelwerk, um ihr Handeln grundfreiheitskonform zu gestalten.

Allerdings sind staatliche Maßnahmen nicht die einzigen, die grundfreiheitsbeschränkend wirken können. Maßnahmen privaten Ursprungs können ebenfalls die Grundfreiheiten beschränken und das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarkts gefährden. Infolge eines weitreichenden gesellschaftlichen, politischen und wirtschaftlichen Wandels in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, welcher in der vorliegenden Arbeit näher beleuchtet wird, sowie eines Rückzugs der öffentlichen Gewalt in den Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, werden zahlreiche Maßnahmen, de facto oder de jure, von privaten, d.h. nicht staatlichen, Einrichtungen gesetzt. Privatpersonen verfügen unter bestimmten Umständen über beachtliche Macht und Einflussmöglichkeit, was sich auch auf dem Binnenmarkt widerspiegelt, wie ein Blick auf die einschlägige Rechtsprechung zeigt.

Es ist daher angebracht, Beeinträchtigungen privaten Ursprungs einer umfassenden Analyse zu unterziehen und ein System für die rechtliche Beurteilung derartiger Maßnahmen zu erarbeiten. Dies umso mehr, als Privatpersonen über zahlreiche Möglichkeiten verfügen, die Grundfreiheiten zu beschränken.

Zu denken ist etwa an Aufrufe von politischen Parteien, Gewerkschaften, Berufsvereinigungen, NGOs oder Lobbys hauptsächlich oder ausschließlich nationale Produkte zu kaufen; von Gewerkschaften organisierte Blockaden, um auf Sozialdumping aufmerksam zu machen; Boykottaufrufe von Umweltschutzorganisationen; die Weigerung eines Vermieters oder Arbeitgebers, die Wohnung oder den Arbeitsplatz an einen EU-Ausländer zu vergeben. Die relativ umfangreiche Judikatur des EuGH zeigt, dass die genannten Beispiele nicht fiktiv sind, sondern sich bereits in der Praxis gestellt haben.

Allerdings ist es der Rechtsprechung bislang nicht immer gelungen, zufriedenstellende Antworten auf die zahlreichen Fragen zu finden, die sich im Zusammenhang mit Beeinträchtigungen privaten Ursprungs stellen. Hinzu kommt, dass die einschlägige Judikatur nicht linear ist, sondern verschiedene Abweichungen und Widersprüchlichkeiten feststellbar sind, die es zu analysieren gilt.

In der Lehre wird die Frage der Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten durch Private seit Jahren kontrovers diskutiert. Während die französischen Lehrmeinungen überschaubar sind, hat sich die deutschsprachige Lehre sehr früh und äußerst umfangreich mit dem Thema befasst, oftmals unter dem Stichwort der Drittwirkung der Grundfreiheiten – ein Begriff, der in der vorliegenden Arbeit jedoch abgelehnt wird. In der (deutschsprachigen) Lehre finden sich denn auch alle Standpunkte wieder: von einer umfassenden direkten Wirkung der Grundfreiheiten für alle Privaten zu einer kompletten Ablehnung jeglicher Wirkung für Private, mit differenzierten Lösungen in der Mitte, welche etwa eine indirekte Wirkung der Grundfreiheiten vorschlagen oder je nach betroffener Grundfreiheit und/oder Person unterscheiden.

Die vorliegende Arbeit geht der Frage nach, ob Privatpersonen an die Verpflichtungen, welche sich aus den europäischen Grundfreiheiten ergeben, gebunden sind. Mit anderen Worten wird gefragt, ob die Grundfreiheiten eine unmittelbare (direkte) oder mittelbare (indirekte) Wirkung für Private entfalten und wenn ja, in welchem Umfang. Hierbei konzentriert sich die Arbeit auf Beeinträchtigungen durch Private, d.h. jene Beeinträchtigungen, welche nicht der

staatlichen Gewalt zugerechnet werden können, unter weitgehender Ausklammerung staatlicher Beschränkungen. Dies gilt nicht für die Verletzung der staatlichen Schutzpflicht, also der Pflicht der Mitgliedstaaten, gegen Beschränkungen der Grundfreiheiten durch Private vorzugehen, welche in der vorliegenden Arbeit ausführlich behandelt wird.

Die Frage nach einer Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten wird von verschiedenen Seiten untersucht. Nach einer Interpretation der einschlägigen Rechtsvorschriften und einer umfassenden Analyse der Judikatur, werden die verschiedenen Lehrmeinungen beleuchtet und kritisch hinterfragt.

Die Analyse der Verträge, der Rechtsprechung und der Lehre ergibt, dass eine generelle, d.h. umfassende und allgemein gültige, unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten für alle Maßnahmen privaten Ursprungs ebenso abzulehnen ist wie ein vollkommener Ausschluss jeglicher Bindung Privater an die Grundfreiheiten.

Ein vollkommener Ausschluss der Bindung Privater an die Grundfreiheiten trägt den zahlreichen Beeinträchtigungsmöglichkeiten, über die Private verfügen, nicht Rechnung und würde das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarktes gefährden. Maßnahmen privaten Ursprungs haben unter Umständen eine ähnliche bzw. gleiche Wirkung wie staatliche Maßnahmen und können somit den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr beschränken. Diese Beschränkung muss ernst genommen werden, will man nicht das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarktes und damit einhergehend den europäischen Einigungsprozess gefährden.

Die Generalisierung einer unmittelbaren Wirkung der Grundfreiheiten auf alle Maßnahmen privaten Ursprungs birgt ebenso zahlreiche Risiken. Private verfügen über Grundrechte und Privatautonomie. Diese würden durch die Generalisierung einer direkten Wirkung der Grundfreiheiten stark eingeschränkt. Eine umfassende unmittelbare Wirkung würde weiters zu einer Regulierung (jeglichen) privaten Handels durch die Gerichte führen. Dies ist weder mit dem

Grundsatz der Gewaltenteilung noch der Kompetenzverteilung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten vereinbar. Es würde zu einer Überregulierung privaten Handels und, damit einhergehend, einer Zwangsharmonisierung der nationalen Privatrechte durch die Gerichte kommen. Weite Bereiche des öffentlichen Lebens wären der Regulierung durch die Judikative unterstellt, was die Gleichheit vor dem Gesetz gefährden und in Richtung materielle, d.h. substantielle, Gleichheit führen würde.

Wie so oft liegt die Lösung daher in der Mitte. Eine differenzierende Vorgehensweise ist zu erarbeiten, welche nach verschiedenen Kriterien unterscheidet.

Die Studie hat gezeigt, dass eine direkte Wirkung in zwei Szenarien erforderlich ist: im Falle der Arbeitnehmerfreizügigkeit und im Falle einer offenkundigen materiellen Ungleichheit zwischen Privaten.

Die unmittelbare Wirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit folgt aus der strukturellen Ungleichheit im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, welches durch eine Abhängigkeit und Unterordnung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber gekennzeichnet ist. Im Hinblick auf diese strukturelle Ungleichgewichtslage zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ist es nur folgerichtig, dass der EuGH in nunmehr ständiger Rechtsprechung eine direkte Wirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit auch für individuelle, also nicht kollektive, Maßnahmen der Arbeitgeber bestätigt hat. Das entscheidende Beurteilungskriterium sollte die Fähigkeit des Arbeitgebers sein, den Zugang des Arbeitnehmers zum Arbeitsmarkt eines anderen Mitgliedstaats zu regeln.

Zusätzlich entfalten alle Grundfreiheiten eine unmittelbare Wirkung, wenn eine offenkundige, massive Ungleichgewichtslage zwischen Privaten herrscht. In der Tat zeigt sich, dass in Folge des Rückzugs der staatlichen Gewalt und einer Änderung der politischen, sozialen und wirtschaftlichen Gegebenheiten bestimmte private Akteure über umfassende Macht und Einflussmöglichkeiten verfügen. Dies führt dazu, dass Maßnahmen derartiger privater Akteure, auch

intermediäre Gewalten genannt, sich für die unterlegene Partei wie Maßnahmen staatlicher Gewalt anfühlen. Die schwächere Partei kann diesen nichts entgegensetzen. Eine derartige, massive materielle Ungleichheit gefährdet die Gleichheit aller vor dem Gesetz. Sie ist daher auszugleichen, um die Gleichheit vor dem Gesetz zu gewährleisten. Entscheidendes Kriterium ist auch hier die Fähigkeit der intermediären Gewalt aufgrund ihrer Einflussmöglichkeit und Machtstellung, de facto oder de jure, den Marktzugang regeln zu können.

Außer in den beiden genannten Fällen sollen die Grundfreiheiten lediglich eine mittelbare Wirkung entfalten. Darüber hinaus besteht eine Schutzpflicht der Mitgliedstaaten, gegen Störungen der Grundfreiheiten durch Private vorzugehen.

Schutzpflicht, unmittelbare und mittelbare Wirkung schließen sich somit nicht aus, sondern ergänzen einander. Gemeinsam ermöglichen sie das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarktes und bewahren zugleich die Besonderheiten der Privatrechtsverhältnisse, die Gewaltenteilung sowie die Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten.

Sowohl im Fall der mittelbaren als auch im Fall der unmittelbaren Wirkung der Grundfreiheiten ist stets zu beachten, dass Private Grundrechtsträger sind und über Privatautonomie verfügen. Grundrechte und Privatautonomie sind daher unbedingt im Zuge der Prüfung der Rechtfertigung einer Maßnahme privaten Ursprungs zu berücksichtigen.

Auch wenn sich nach Ansicht der Verfasserin der vorliegenden Arbeit Private sowohl auf die geschriebenen als auch auf die ungeschriebenen, von der Rechtsprechung entwickelten, Rechtfertigungsgründe berufen können, so sind diese dennoch unzureichend, um die von Privaten verfolgten Interessen ausreichend zu berücksichtigen.

Daher sollen Private die Möglichkeit haben, sich neben den geschriebenen und ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen direkt auf die europäischen Grund-

rechte zu berufen, um eine Beeinträchtigung privaten Ursprungs zu rechtfertigen. Ein Konflikt zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten ist im Wege eines Abwägungsprozesses aufzulösen. Hierbei ist unter Zuhilfenahme des Prinzips der praktischen Konkordanz sicherzustellen, dass beide miteinander in Widerspruch stehenden Interessen – Grundfreiheit und Grundrecht – bestmöglich verwirklicht werden können. Im Zuge einer doppelten Verhältnismäßigkeitsprüfung ist sicherzustellen, dass weder der Eingriff in die Grundfreiheit noch der Eingriff in ein Grundrecht unverhältnismäßig ist und der Wesensgehalt der beiden Rechtspositionen gewahrt wird.

Im Hinblick auf mögliche Rechtsfolgen von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten durch Private wird in der vorliegenden Arbeit die Ansicht vertreten, dass in Ermangelung einer entsprechenden Rechtsvorschrift in den Verträgen sowie in Ermangelung einschlägiger Judikatur, auf die Rechtsprechung des EuGH zur Haftung der Mitgliedstaaten für Schäden, welche sich aus Grundfreiheitsverletzungen ergeben, sowie auf die Rechtsprechung zu Kartellrechtsverstößen zurückgegriffen werden sollte, um ein einheitliches System für Verstöße der Grundfreiheiten durch Private zu entwickeln.

Die Durchsetzung der sich aus den Grundfreiheiten ergebenden subjektiven Rechte ist durch die nationalen Gerichte, unter Berücksichtigung des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes, sicherzustellen. Als mögliche Rechtsfolgen kommen insbesondere die Nichtigkeit entgegenstehender Klauseln und Schadenersatzansprüche in Betracht.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass im Zuge der Ausarbeitung eines Systems für die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten in jeder Etappe - von der Bestimmung, welche Maßnahmen einer Bindung an die Grundfreiheiten unterliegen bis zur Festsetzung der Rechtsfolgen – zwei wesentliche Aspekte nicht aus den Augen verloren werden dürfen: der Umstand, dass Private über Grundrechte und Privatautonomie verfügen sowie das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarktes.

Das hier erarbeitete System ermöglicht es, die Binnenmarktziele mit den Grundrechten und der Privatautonomie zu versöhnen. So können die wirtschaftlichen und sozialen Zielsetzungen der Europäischen Union miteinander in Einklang gebracht werden. Eine angemessene Berücksichtigung der Interessen Privater, insbesondere der Grundrechte sowie der Privatautonomie, stellt sicher, dass der europäische Einigungsprozess durch eine Bindung Privater an die Grundfreiheiten nicht gefährdet wird, sondern weitergeführt und vertieft werden kann.

Schlagwörter : Grundfreiheiten, Binnenmarkt, Drittwirkung, unmittelbare/mittelbare Wirkung der Grundfreiheiten, Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, Beeinträchtigung, Beschränkung, Gleichheit, Rechtfertigung, Grundrechte, Privatautonomie, Abwägung, praktische Konkordanz, Verhältnismäßigkeit, Rechtsfolgen

Principales abréviations

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Autriche)
ADE	Annuaire de droit européen
ADUE	Annuaire du droit de l'Union européenne
AELE	Association européenne de libre-échange
aff. jts.	affaires jointes
aff.	affaire
AG	Avocat(e) général(e)
al.	alinéa
art.	article(s)
ass.	Assemblée
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Allemagne)
BGH	Bundesgerichtshof (Allemagne)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Allemagne)
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Communauté européenne
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEE	Communauté économique européenne
cf.	<i>confer</i>
Charte	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice (jusqu'au 1 ^{er} décembre 2009)
CJUE	Cour de justice (à partir du 1 ^{er} décembre 2009)
CMLR	Common Market Law Review
Comité EDS	Comité européen des droits sociaux
comp.	comparez
Convention EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
dir.	Directeur(s)
éd.	Éditeur(s)

ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
ELRep	European Law Reporter
<i>et al.</i>	<i>et alii</i>
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Zeitschrift für Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
Fasc.	Fascicule
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
J.-Cl.	Jurisclasseur
JCP	La Semaine juridique
JDE	Journal de droit européen
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOCEE	Journal officiel de la Communauté européenne économique
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof (Autriche)
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
<i>op.cit.</i>	<i>opere citato</i>
p./pp.	page/s
p.ex.	par exemple
PGD	Principes généraux du droit
RAE	Revue des affaires européennes
RdA	Recht der Arbeit
RDUE	Revue du Droit de l'Union européenne
<i>Rec.</i>	<i>Recueil</i>
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RMCUE	Revue du marché commun de l'Union européenne
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen

RTDH	Revue trimestrielle des droits de l’homme
RUE	Revue de l’Union européenne
s.	suivant
spéc.	spécialement
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne
TUE	Traité sur l’Union européenne
UE	Union européenne
v.	voir
VfGH	Verfassungsgerichtshof (Autriche)
vol.	volume
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
/	contre
§	Paragraphe

Sommaire

Introduction	23
Partie 1. L’appréhension des entraves d’origine privée	56
Titre 1 : Une approche complexe au regard des libertés de circulation	57
Chapitre 1 – L’apparence d’un régime commun aux libertés de circulation	58
Section 1 : La prise en compte des arguments tirés des termes et de la systématique des traités	59
Paragraphe 1 : L’absence d’identification des personnes privées	60
A) Les méthodes d’interprétation de la Cour de justice	60
B) La neutralité des termes des traités.....	66
Paragraphe 2 : Les insuffisances des interprétations littérales et systémiques des traités..	75
A) Analyse systémique du droit primaire	76
B) Analyse systémique du droit dérivé.....	89
Section 2 : La prise en compte de la finalité des traités	96
Paragraphe 1 : Le marché intérieur : l’objectif fondamental de la construction européenne	96
Paragraphe 2 : Les libertés de circulation comme facteur d’intégration.....	110
Chapitre 2 – La persistance de disparités au sein des libertés de circulation	119
Section 1 : Une approche commune aux libertés de circulation des personnes, des services et des capitaux.....	119
Paragraphe 1 : La libre circulation des personnes et des services	120
A) La libre circulation des travailleurs.....	121
B) La liberté d’établissement.....	125
C) La libre prestation des services	128
D) La jurisprudence de la Cour de justice relative aux entraves d’origine privée aux libertés de circulation des personnes et des services	131
Paragraphe 2 : La libre circulation des capitaux et des moyens de paiements	168
Section 2 : Les particularités de la libre circulation des marchandises.....	175
Paragraphe 1 : Le caractère extensif des transactions commerciales	175
Paragraphe 2 : Le caractère exploratoire d’une liberté première	184
Titre 2: La nécessaire restriction de l’interdiction des entraves d’origine privée et des effets horizontaux	205
Chapitre 1 – Les excès de la généralisation pleine et entière de l’effet direct horizontal	208
Section 1: Les conséquences d’une applicabilité directe des libertés de circulation aux personnes privées.....	209

Paragraphe 1: L'incidence sur les relations de droit privé	210
Paragraphe 2: L'incidence sur le système juridique des États membres et de l'Union européenne	223
Section 2: La recherche illusoire d'une égalité substantielle	230
Paragraphe 1 : L'égalité devant la loi en concurrence avec l'égalité substantielle	230
Paragraphe 2 : La nécessaire protection de l'égalité devant la loi dans l'ordre juridique de l'Union européenne	240
Chapitre 2 – L'élaboration d'une solution différenciée des effets horizontaux	254
Section 1 : La reconnaissance d'un effet direct horizontal variable selon les circonstances	254
Paragraphe 1 : Le premier critère de différenciation : le degré variable de la dimension sociale des libertés de circulation	255
Paragraphe 2 : Le second critère de différenciation : un rapport de pouvoir manifestement déséquilibré entre les acteurs privés	273
Section 2 : La combinaison des effets horizontaux direct et indirect	290
Paragraphe 1 : Le respect des relations de droit privé.....	291
Paragraphe 2 : Le respect du système juridique des États membres et de l'Union européenne	296
Partie 2. La mise en œuvre des justifications des entraves	306
Titre 1 : La recherche des justifications admissibles	308
Chapitre 1 – L'extension des justifications « classiques » aux personnes privées.....	309
Section 1 : L'extension des justifications issues des traités constitutifs	309
Paragraphe 1 : Les justifications expressément prévues dans les traités	309
A) Les justifications des entraves aux libertés de circulation des personnes, des services et des capitaux	310
B) Les justifications des entraves à la libre circulation des marchandises	316
Paragraphe 2 : La nécessité de procéder à des adaptations.....	324
Section 2 : L'extension des justifications jurisprudentielle	335
Paragraphe 1 : Les justifications identifiées par la jurisprudence	335
Paragraphe 2 : La négligence des intérêts privés	358
Chapitre 2 – La consécration de justifications appropriées aux personnes privées.....	372
Section 1 : L'autonomie privée et les droits fondamentaux au service du droit des États membres.....	372
Paragraphe 1 : L'autonomie privée : un principe fondamental des ordres juridiques des États membres	373
Paragraphe 2 : Le rôle des droits fondamentaux dans les États membres et la théorie de l'effet horizontal	380

Section 2 : L'autonomie privée et les droits fondamentaux confrontés à l'ordre juridique de l'Union européenne	393
Paragraphe 1 : L'émergence des droits fondamentaux de l'Union et l'importance de l'autonomie privée pour le marché intérieur	393
Paragraphe 2 : La mise en œuvre de l'autonomie privée et l'application des droits fondamentaux comme garants du respect des intérêts privés	412
Titre 2 : La mise en place d'un régime adéquat des justifications des entraves.....	436
Chapitre 1 – La nécessité d'une mise en balance des intérêts en présence	437
Section 1 : La mise en balance entre les libertés de circulation et les droits fondamentaux ainsi que le principe de l'autonomie privée	437
Paragraphe 1 : La nécessité d'une mise en balance « classique » en présence d'intérêts conflictuels.....	438
Paragraphe 2 : Les enjeux d'une telle mise en balance	445
Section 2 : Le respect du principe de bonne foi.....	475
Paragraphe 1 : L'appréciation de la proportionnalité.....	475
Paragraphe 2 : L'interdiction de restriction déguisée et de discrimination arbitraire	495
Chapitre 2 – La recherche d'une mise en œuvre appropriée pour les litiges entre personnes privées.....	501
Section 1 : L'examen de la transposition du régime applicable aux litiges entre un particulier et un État aux litiges entre personnes privées.....	502
Paragraphe 1 : L'appréciation du régime applicable dans les litiges verticaux	503
Paragraphe 2 : L'adaptation du régime applicable dans les litiges verticaux aux litiges horizontaux	528
Section 2 : Les conséquences juridiques potentielles des entraves d'origine privée	538
Paragraphe 1 : L'exclusion des normes contraires aux traités	538
Paragraphe 2 : La réparation adéquate.....	545
Conclusion.....	567
Bibliographie.....	578
I. Ouvrages généraux, manuels, traités, dictionnaires, commentaires	578
A. Commentaires des traités constitutifs de l'Union européenne	578
B. Droit matériel et institutionnel de l'Union européenne	579
C. Marché intérieur et libertés de circulation.....	580
D. Droits fondamentaux (nationaux et européens) et Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.....	581
E. Droits nationaux	582
II. Ouvrages collectifs, mélanges, actes de colloque	583
III. Ouvrages spéciaux, monographies, thèses.....	586

IV. Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires	591
<i>Index de jurisprudence</i>	<i>611</i>
I. Juridictions de l'Union européenne	611
A. Cour de justice	611
B. Conclusions.....	628
II. Comité européen des droits sociaux	629
III. Juridictions nationales	630
A. Allemagne.....	630
B. France.....	630
<i>Index thématique.....</i>	<i>631</i>

Introduction

*La liberté n'est pas faite d'abord de privilèges,
elle est faite surtout de devoirs.*

Albert Camus¹

Le marché intérieur, au sein duquel les personnes, services, marchandises et capitaux doivent pouvoir circuler librement, est un élément clé de la construction européenne. Tout obstacle au libre-échange est, en principe, interdit. Afin de réaliser l'établissement du marché intérieur, les entraves² d'origine étatique aux libertés de circulation ont progressivement été éliminées³. Ceci ne veut pas dire que l'établissement du marché intérieur est achevé et que toutes les entraves émanant des États membres ont « disparu », mais qu'au fur et à mesure, la Cour de justice a établi une jurisprudence qui tend vers l'élimination des entraves d'origine étatique en permettant de les appréhender et par là-même de les maîtriser. Ainsi, même si certaines ambiguïtés persistent, la Cour de justice a indiqué aux États membres les mesures qui sont susceptibles d'entraver le marché intérieur. Ceci leur a permis de s'adapter et d'éviter le plus possible les restrictions aux libertés de circulation afin d'assurer l'établissement et le bon fonctionnement du marché intérieur. Conformément aux traités ainsi qu'à la jurisprudence constante de la Cour de justice, seules devraient demeurer les restrictions qui sont nécessaires à assurer la réalisation d'un objectif d'intérêt général, reconnu et mis en œuvre de manière non discriminatoire et proportionnée⁴.

¹ CAMUS A., *Le Pain et la Liberté*, Actuelles II – Chroniques 1944-1953.

² Les mesures restrictives qui entravent la libre circulation des personnes, services, marchandises et capitaux.

³ Comp. PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », in MICHEL V. (dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur. Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Paris, Bruylant, 2014, p. 120.

⁴ *Ibid.*

Or, ont émergé des entraves d'une autre origine : les entraves d'origine privée. Ces dernières sont aujourd'hui nombreuses et - contrairement aux entraves d'origine étatique et aux entraves émanant des institutions de l'Union européenne - elles ne font pas l'objet d'un processus d'élimination systématique et cohérente⁵.

Il est vrai que traditionnellement, seul l'État - ou plus largement - la personne publique jouit de l'*imperium*. Or cette vision est aujourd'hui trop limitée et ne tient pas compte des changements profonds intervenus depuis la seconde guerre mondiale. En effet, à présent, un secteur économique, une association ou même une seule entreprise peut également disposer de pouvoirs d'autorité importants⁶.

Force est de constater que compte tenu du retrait de la puissance publique dans tous les États membres, de nombreuses activités et pouvoirs normatifs ou réglementaires se trouvent exercés, *de facto* ou *de jure*, par des organismes privés⁷. Ceci suscite des interrogations quant au régime applicable à de telles mesures d'origine privée.

Comme le professeur Picod le relève, les personnes privées disposent de moyens importants de procéder à des discriminations fondées sur la nationalité⁸, que ce soit lors de l'embauche, d'un licenciement, lors de la fourniture d'un logement ou tout autre avantage en lien avec l'intégration. Des mesures restrictives non discriminatoires sont également envisageables.

De nombreux exemples peuvent être donnés : des appels de partis politiques, de syndicats, d'associations professionnelles ou non-professionnelles ou de lobbies privés à inciter les consommateurs à acheter principalement ou exclusivement des produits nationaux⁹ ; des blocages organisés par des syndicats contre le dumping salarial¹⁰ ;

⁵ PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », *op.cit.*, p. 121.

⁶ *Ibid.*, p. 130 s.

⁷ ENCHELMAIER St., « Horizontality : the application of the four freedoms to restrictions imposed by private parties », in KOUTRAKOS P. et SNELL J. (éds.), *Research Handbook on the Law of the EU's Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 54 ; BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Commentaire Mégret. Introduction au marché intérieur : libre circulation des marchandises*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 3^e édition, 2015, p. 245 s.

⁸ PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 638.

⁹ GANTEN T. O., *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Berlin, Duncker und Humblot, 2000, p. 122.

¹⁰ PERNER St., *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*, Wien, Mohr Siebeck, 2013, p. 141.

une association de protection d'environnement lançant un boycott contre les produits d'un État membre pour critiquer sa politique environnementale ; ou tout simplement le refus d'un consommateur d'acheter un certain produit ou d'utiliser un certain service parce que le vendeur ou le prestataire de service n'a pas la « bonne » nationalité¹¹.

Pour donner un exemple encore plus concret, on pourrait penser à une salle d'opéra pleine de monde qui attend - en vain - l'arrivée d'un grand ténor, ce dernier étant bloqué sur la route à la suite d'une grève organisée par le syndicat d'une compagnie aérienne ou ferroviaire. Les spectateurs, mécontents de ne pas avoir vu chanter leur grande idole, réclament éventuellement des compensations auprès des organisateurs. Le ténor, souvent soumis à des pénalités contractuelles en cas d'absence, pourrait chercher à être indemnisé pour le paiement d'une telle pénalité auprès des responsables de son retard, à savoir le syndicat qui a organisé la grève et bloqué la route.

Une analyse de la jurisprudence de la Cour de justice relative aux entraves d'origine privée va nous montrer que la plupart de ces exemples ne sont pas des questions de pure théorie, mais se posent également en pratique¹².

Ces exemples démontrent que le débat relatif aux entraves d'origine privée rejoint celui entourant l'eupéanisation du droit privé¹³. Selon le professeur Dubout, les libertés de circulation « visent quelque part à imprimer une “conscience réflexive européenne” à l'auteur de la mesure à l'égard duquel elles s'appliquent »¹⁴. Au fil du temps, les États membres et les institutions de l'Union européenne l'ont effectivement développée. Se pose la question de savoir si les personnes privées y sont également tenues. Comme le professeur Dubout le relève, cette question suscite des ré-

¹¹ Comp. MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *Europäisches Unionsrecht*, tome 1, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 7^e édition, 2015, pt. 301; OLIVER P. J., *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 68.

¹² PERNER St., *op.cit.*, p. 141.

¹³ DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », in DUBOUT E. et MAITROT DE LA MOTTE A. (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 105.

¹⁴ *Ibid.*, p. 107 s.

flexions relatives à l'autonomie privée dont disposent les personnes privées¹⁵. Les libertés de circulation constituent-elles une limitation de l'autonomie privée ou l'autonomie privée limite-t-elle les libertés de circulation¹⁶ ?

Il est intéressant de noter que malgré son grand impact potentiel et réel sur le droit privé, c'est surtout la doctrine en matière de droit de l'Union qui s'est intéressé à cette question¹⁷.

Pour autant, la question d'un éventuel effet horizontal direct des libertés de circulation n'est pas un sujet complètement nouveau. En effet, l'existence d'un certain nombre d'arrêts¹⁸ rendus par la Cour de justice en témoigne, tout aussi bien que les nombreuses publications doctrinales¹⁹, notamment en Allemagne, qui traitent de ce

¹⁵ Nous allons étudier en détail la notion d'autonomie privée dans la Partie II, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1 de la présente thèse.

¹⁶ DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontale - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 108.

¹⁷ WAGNER E., « Die unmittelbare Drittwirkung der EG-Grundfreiheiten im Privatrecht - Das Ende der Privatautonomie? », *ÖJZ*, 2007, p. 634.

¹⁸ Comp pour la libre circulation des personnes et des services : CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave*, aff. 36/74, *Rec.* 1974, p. 1405 ; CJCE, 14 juillet 1976, *Donà*, aff. 13/76, *Rec.* 1976, p. 1333 ; CJCE, 9 juin 1977, *Van Ameyde*, aff. 90/76, *Rec.* 1977, p. 1091 ; CJCE, 13 décembre 1984, *Haug-Adrion*, aff. 251/83, *Rec.* 1984, p. 4277 ; CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, *Rec.* 1995, p. I-4921 ; CJCE, 11 avril 2000, *Delière*, aff. C-51/96, *Rec.* 2000, p. I-2549 ; CJCE, 13 avril 2000, *Lehtonen*, aff. C-176/96, *Rec.* 2000, p. I-2681 ; CJCE, 6 juin 2000, *Angonese*, aff. C-281/98, *Rec.* 2000, p. I-4139 ; CJCE, 3 octobre 2000, *Ferlini*, aff. C-411/98, *Rec.* 2000, p. I-8081 ; CJCE, 19 février 2002, *Wouters e.a.*, aff. C-309/99, *Rec.* 2002, p. I-1577 ; CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05, *Rec.* 2007, p. I-10806 ; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, aff. 341/05, *Rec.* 2007, p. I-11767 ; CJCE, 17 juillet 2008, *Raccanelli*, aff. C-94/07, *Rec.* 2008, p. I-5939 ; CJUE, 16 mars 2010, *Olympique Lyonnais*, aff. C-325/08, *Rec.* 2010, p. I-2177 ; CJUE, 10 mars 2011, *Castells*, aff. C-379/09, ECLI:EU:C:2011:131 ; CJUE, 28 juin 2012, *Erny*, aff. C-172/11, ECLI:EU:C:2012:399 ; pour la libre circulation des marchandises : CJCE, 22 juin 1976, *Terrapin/Terranova*, aff. 119/75, *Rec.* 1976, p. 1039 ; CJCE, 22 janvier 1981, *Dansk Supermarked*, aff. 58/80, *Rec.* 1981, p. 181 ; CJCE, 9 février 1982, *Polydor e.a./Harlequin e.a.*, aff. 270/80, *Rec.* 1982, p. 329 ; CJCE, 5 avril 1984, *Van de Haar*, aff. jts. 177/82 et 178/82, *Rec.* 1984, p. 1797 ; CJCE, 1er octobre 1987, *Vlaamse Reisbureaus*, aff. 311/85, *Rec.* 1987, p. 3801 ; CJCE, 27 septembre 1988, *Bayer/Süllhöfer*, aff. 65/85, *Rec.* 1988, p. 5249 ; CJCE, 9 décembre 1997, *Commission/France*, aff. C-265/95, *Rec.* 1997, p. I-6959 ; CJCE, 6 juin 2002, *Sapod Audic*, aff. C-159/00, *Rec.* 2002, p. I-5031 ; CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, *Rec.* 2003, p. I-5659 ; CJUE, 12 juillet 2012, *Fra.Bo.*, aff. C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453 ; CJUE, 1er juillet 2014, *Alands Vindkraft*, aff. C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037.

¹⁹ V. MÜLLER-GRAFF P.-C., « Direct Horizontal Effect of the Transnational Market Access Freedoms of the Internal Market », in AMTENBRINK F., DAVIES G., KOCHENOV D. (éds.) *et al.*, *The Internal Market and the Future of European Integration : Essays in Honour of Laurence W. Gormley*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 32 ; MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *EuR*, 2014, p. 3 (v. notamment notes de bas de page 4-28 pour plus de références doctrinales allemandes) ; PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », *op.cit.*, p. 119 ; PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 635 ; PICOD F., « Libre circulation des marchandises. Champ d'application. Principaux mécanismes », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 530, mise à jour septembre 2019 ; DUBOUT E., « Libertés de circulation et situa-

sujet. Toutefois, la question des entraves d'origine privée nécessite un réexamen ainsi qu'un ajustement²⁰.

Deux raisons majeures expliquent la nécessité d'un tel réexamen. Premièrement, la jurisprudence de la Cour de justice a considérablement évolué au fil du temps, dressant au fur et à mesure les contours d'un effet horizontal des libertés de circulation, en particulier de la libre circulation des personnes. Pourtant, cette évolution jurisprudentielle n'était pas toujours linéaire. La Cour de justice s'est vu confrontée à des critiques en raison du manque de clarté et d'uniformité de sa jurisprudence²¹.

C'est pourquoi la jurisprudence de la Cour de justice relative aux entraves d'origine privée nécessite un (ré)examen en profondeur. Le but d'une telle étude jurisprudentielle est, d'une part, d'appréhender l'évolution opérée par la Cour de justice, notamment les différentes raisons qui ont pu amener la Cour à élargir les contours de l'effet direct horizontal.

D'autre part, il convient d'étudier la jurisprudence de la Cour de justice afin de vérifier si son traitement des entraves d'origine privée est différent selon les libertés de circulation. Le cas échéant, il s'agit d'identifier les raisons qui plaident en faveur et en défaveur d'un traitement différencié et de déterminer si une telle différence de traitement est justifiée. Entre autres, l'arrêt *Fra.Bo* de 2012²², rendu en matière de libre circulation des marchandises, exige un examen attentif.

Deuxièmement, un réexamen de la question des entraves d'origine privée s'impose à cause de la forte controverse doctrinale existant en la matière²³. Celle-ci couvre tout le spectre de solutions possibles, allant de la reconnaissance pleine et entière d'un

tions horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 105 ; BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Commentaire Mégret. Introduction au marché intérieur*, *op.cit.*

²⁰ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 3.

²¹ V. p. ex. DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 105 ; STREINZ R. et LEIBL St., « Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten », *EuZW*, 2000, n° 15, p. 459 s.

²² CJUE, arrêt *Fra.Bo* précité, aff. C-171/11.

²³ V. dans le même sens : MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 3.

effet direct horizontal de toutes les libertés de circulation²⁴ au refus total²⁵, avec, au milieu, des solutions différenciées²⁶ selon les libertés de circulation et/ou le caractère d'entrave.

Dans le cadre de cet examen doctrinal, nous allons voir que la doctrine allemande est abondante, alors qu'en France, la question est moins traitée. Comparant les deux doctrines, nous allons nous interroger sur les raisons derrière cette différence d'intérêt quant aux entraves d'origine privée et analyser les différentes solutions proposées afin de les placer dans le contexte jurisprudentiel.

Afin d'être en mesure d'appréhender les entraves d'origine privée à travers une analyse concrète et détaillée, il est indispensable de procéder à certaines délimitations. Dans un premier temps, il convient d'examiner l'origine de la notion pour, dans un second temps, la délimiter par rapport aux mesures provenant d'autres acteurs.

La notion de mesures d'origine privée n'a pas été inventée récemment. Elle a une origine spécifique et doit être placée dans un certain cadre. C'est pourquoi avant toute analyse au fond, il convient de dresser son historique.

Analysant la doctrine germanophone relative aux mesures d'origine privée, nous pouvons constater qu'une notion s'avère prédominante, celle de « *Drittwirkung* ».

²⁴ Comp. p. ex. : PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 638 ; PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », *op.cit.*, p. 119 ; MÜLLER-GRAFF P.-C., « Direct Horizontal Effect of the Transnational Market Access Freedoms of the Internal Market », in AMTENBRINK F., DAVIES G., KOCHENOV D. (éds.) *et al.*, *op.cit.*, p. 32 ; MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.* p. 3 ; PERNER St., *op.cit.* ; ROTH W.-H., « Die horizontale Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit (Art 34 AEUV) », *EWS*, 2013, n° 1-2, p. 16 ; SCHAEFER D., *Die unmittelbare Wirkung des Verbots der nichttarifären Handelshemmnisse (Art. 30 EWGV) in den Rechtsbeziehungen zwischen Privaten. Probleme der horizontalen unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts*, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 1987 ; FÖRSTER Ph., *Die unmittelbare Drittwirkung der Europäischen Grundfreiheiten, Zur Dogmatik des Adressatenkreises von Pflichten der EG-Grundfreiheiten*, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 2007 ; LÖWISCH St., *Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2009.

²⁵ Comp. p. ex.: GRABER R., *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, München, Herbert Utz Verlag, 2002 ; STREINZ R. et LEIBL St., « Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 459 ; RIESENHUBER K., *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin, De Gruyter Recht, 2003 ; KÖRBER T., *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.

²⁶ Comp. p. ex. : DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 105 ; BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Commentaire Mégret. Introduction au marché intérieur*, *op.cit.* ; LENGAUER A.-M., *Drittwirkung von*

La notion est issue de la doctrine et de la jurisprudence allemande relative aux droits fondamentaux du Grundgesetz, ou Loi fondamentale. En 1961, c'est-à-dire après-guerre, dans une contribution intitulée « Droits fondamentaux et droit privé », le professeur Nipperdey²⁷ a défendu la thèse d'un « effet absolu » de certains droits fondamentaux que non seulement l'État, mais aussi les personnes privées seraient tenues de respecter. Partant de l'article 1 du Grundgesetz selon lequel toute personne a droit au libre développement de sa personnalité, le professeur Nipperdey constate que la liberté et la dignité humaine découlant de cette disposition doivent également être respectées par les groupes et associations privés, car les circonstances factuelles ayant changé depuis le dix-neuvième siècle, les acteurs privés jouant un rôle de plus en plus important. Pour le professeur Nipperdey, il s'ensuit que l'individu ne doit pas seulement être protégé contre un État tout-puissant, mais que la dignité et les libertés humaines doivent aussi être respectées par la partie économiquement et socialement plus forte²⁸.

Tout en reconnaissant que la plupart des droits fondamentaux du Grundgesetz sont des droits fondamentaux « classiques » qui lient seulement l'État, l'auteur fait valoir que certains droits fondamentaux lient également ceux qui disposent d'une puissance sociale et économique. Une violation de ces droits fondamentaux par des acteurs privés entraînerait la nullité de l'acte juridique²⁹. Comme la professeure Lengauer le souligne, cette conception est certainement influencée par l'esprit de la décennie de l'après-guerre et basée sur une motivation fortement sociale, laquelle trouve son origine ou point de départ intellectuel dans le respect et la protection de la dignité humaine contre toute attaque ou violation éventuelle, indépendamment de la qualité de son auteur³⁰.

Grundfreiheiten : Ein Beitrag zu dem Konzept des Normadressaten im Gemeinschaftsrecht, Wien, Springer-Verlag, 2011 ; PREEDY K., *Bindung Privater an die Grundfreiheiten*, Berlin, Duncker und Humblot, 2005.

²⁷ NIPPERDEY H. C., *Grundrechte und Privatrecht*, Krefeld, Scherpe Verlag, 1961.

²⁸ V. avec plus de détails LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 9 s.

²⁹ *Ibid.*, p. 10.

³⁰ LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 35.

Le professeur Dürig³¹ refusait cette thèse, parlant de *Drittrichtung* afin de distinguer la responsabilité de l'État par rapport à celle des personnes privées pour lesquelles, selon lui, les droits fondamentaux ne sauraient produire qu'un effet *indirect* via l'interprétation jurisprudentielle du droit privé et ne pourraient les lier *directement*. Par la suite, la thèse du professeur Dürig a été dénommée la théorie de *mittelbare Drittwirkung*, à savoir la théorie de l'effet horizontal *indirect*, alors que celle du professeur Nipperdey a été dénommée la théorie de *unmittelbare Drittwirkung*, l'effet horizontal *direct*³².

Cependant, le professeur Nipperdey rejetait la notion de *unmittelbare Drittwirkung*. Selon lui, elle serait incorrecte ou au moins imprécise puisqu'elle impliquerait que les personnes privées ne soient pas visées par les droits fondamentaux, qui produiraient seulement un effet vis-à-vis des tiers. Or le professeur Nipperdey défendait une théorie contraire selon laquelle certains droits fondamentaux du Grundgesetz produisent des effets directs à l'égard des personnes privées.

En effet, la notion *Drittwirkung*, qui se laisse traduire par « effet réflexe », « effet relatif » ou - ce qui est à notre avis la meilleure traduction - « effet vis-à-vis des tiers »³³, indique que les personnes privées ne sont, en principe, pas assujetties aux droits fondamentaux du Grundgesetz, lequel ne lierait que l'État et ses organes. Or selon la thèse défendue par le professeur Nipperdey et dénommée par la suite *unmittelbare Drittwirkung*, c'est-à-dire « effet vis-à-vis des tiers direct », certains droits fondamentaux auraient un effet absolu qui lie non seulement l'État, mais aussi les personnes privées. Les personnes privées seraient tenues de les respecter directement et sans transpositions. Il ne s'agirait donc pas des tiers. C'est la raison pour laquelle le professeur Nipperdey rejetait catégoriquement cette notion.

³¹ DÜRIG G., « Grundrechte und Zivilrechtsprechung », in MAUNZ T., *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, München, Isar-Verlag, 1956, p. 157-190.

³² Ipsen était le premier auteur employant ces notions dans : IPSEN H.P., « Gleichheit », in BETTERMANN K. A., NEUMANN F. L., NIPPERDEY H.-C. *et al.*, *Die Grundrechte*, tome II, Berlin, Duncker und Humblot, 2^e édition, 1968, p. 143.

³³ V. aussi LUMARET C., *L'effet horizontal de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2015, p. 36.

Il est vrai que dans ce contexte, l'emploi du mot « *Dritt* » ou « tiers » est une contradiction en soi, comme la professeur Preedy le fait remarquer dans sa thèse³⁴. Néanmoins, toutes les tentatives de la doctrine constitutionnelle allemande de trouver une autre notion pour désigner l'effet dérivant des droits fondamentaux du Grundgesetz à l'égard des personnes privées ont échoué, la discussion restant étroitement liée à la distinction entre *unmittelbare* et *mittelbare Drittwirkung*.

Finalement, il convient de noter qu'aujourd'hui, la théorie de la *mittelbare Drittwirkung*, à savoir l'effet horizontal indirect des droits fondamentaux du Grundgesetz, l'a emporté³⁵. En effet, la jurisprudence³⁶ ainsi que la grande majorité de la doctrine germanophone optent pour une force obligatoire indirecte des droits fondamentaux pour les personnes privées par le biais de l'interprétation jurisprudentielle du droit privé. La théorie de la *unmittelbare Drittwirkung* telle que développée par le professeur Nipperdey a donc été rejetée. Les juridictions allemandes sont tenues de veiller au respect des droits fondamentaux dans les rapports du droit privé par le biais d'une interprétation conforme au Grundgesetz³⁷.

Dessinant le cadre historique de la notion de « *Drittwirkung* », nous avons pu constater qu'elle a un contexte spécifique et est fortement liée au droit constitutionnel allemand. Néanmoins, la notion semble aujourd'hui détachée de ce contexte. C'est pourquoi il convient d'analyser sa transposition au niveau européen, la mise en œuvre pratique de cette transposition ainsi que ces effets positifs et négatifs.

Au niveau européen, la problématique des entraves d'origine privée a souvent été désignée par différentes notions. Les auteurs européens parlent tant de « l'effet horizontal » que de « l'effet direct », d'une combinaison des deux ou encore des « obliga-

³⁴ PREEDY K., *op.cit.*, p. 20.

³⁵ Ce que nous allons étudier plus en détail dans la Partie II, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2 de la présente thèse.

³⁶ Comp. les arrêts *Lüth* et *Mephisto* du Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale allemande) : Cour constitutionnelle fédérale, 15 janvier 1958, *Lüth*, 1 BvR 400/51 ; Cour constitutionnelle fédérale, 24 février 1971, *Mephisto*, 1 BvR 435/68.

³⁷ LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 36.

tions imposées aux personnes privées »³⁸. En revanche, la grande majorité des auteurs allemands a transposé la notion de « *Drittwirkung* » au niveau du droit de l'Union³⁹. Ceci a des conséquences tant positives que négatives.

Un aspect positif est le fait que la doctrine allemande s'est intéressée très tôt et d'une manière considérable aux différentes formes d'entraves d'origine privée et aux problèmes qui en découlent. En effet, en matière d'entraves d'origine privée, la littérature germanophone est prédominante⁴⁰. Ceci est probablement dû au fait que l'idée d'un éventuel effet horizontal était connue parmi les auteurs germanophones avant que la question se pose dans le cadre de la construction européenne. Ils avaient donc l'avantage d'une certaine familiarité avec le sujet. Une autre raison pour le traitement approfondi de cette problématique en Allemagne est liée à la différence de perception des droits fondamentaux et de l'autonomie privée, en France et en Allemagne⁴¹.

À ce stade, nous pouvons donc constater que le débat relatif aux entraves d'origine privée aux libertés de circulation mené au sein de la doctrine allemande était et est toujours intense et riche. Avant d'examiner plus en détail les différentes positions et solutions proposées dans les chapitres à suivre, nous pouvons d'ores et déjà noter que cette controverse s'observe également dans les ouvrages généraux. En effet, dans tous les ouvrages généraux allemands⁴² relatifs au droit matériel de l'Union européenne, la problématique des entraves d'origine privée est traitée dans au moins un paragraphe, normalement dans un chapitre consacré à la question des personnes liées au respect

³⁸ V. p. ex. KAPTEYN P. J. et VERLOREN VAN THEMAAT P. (éd.), *Introduction to the Law of the European Communities*, Londres, Kluwer Law International, 3^e édition, 1998, p. 346 s, qui parlent de « horizontal direct or indirect effect » ; SCHROEDER W., *Sport und Europäische Integration - Die Diskriminierung von Sportlern in der EG*, München, Herbert Utz Verlag, 1989; SCHAEFER D., *op.cit.* ; v. aussi PREEDY K., *op.cit.*, p. 18 s.

³⁹ V. p. ex. GANTEN T. O., *op.cit.* ; JAENSCH M., *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1997; LENGAUER A.-M., *op.cit.*; FÖRSTER Ph., *op.cit.*

⁴⁰ RIDORÉ C.-A., *L'effet horizontal de la libre circulation des personnes en droit communautaire : ses fondements, son régime et sa transposition à l'Accord Suisse-CE sur la libre circulation des personnes (ALCP)*, Berne, s.n., 2012, p. 4.

⁴¹ Nous allons examiner cette différence de perception dans la Partie II, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2 de la présente thèse.

⁴² Comp. notamment : STREINZ R., *Europarecht*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 11^e édition, 2019; BORCHARDT K.-D., *Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union*, Wien, Facultas.WUV, 7^e édition, 2020; OPPERMANN T., CLASSEN C. D. et NETTESHEIM M., *Europarecht: Ein Studienbuch*, München, C.H. Beck, 8^e édition, 2018; BIEBER R., EPNIEY A., HAAG M. *et al.*, *Die Europäische Union: Europarecht und Politik*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 13^e édition, 2019.

des règles relatives aux libertés de circulation. Même dans des ouvrages allemands rédigés par des auteurs qui se sont toujours et catégoriquement prononcés contre un effet direct horizontal, on trouve un chapitre dédié aux entraves d'origine privée⁴³.

Dans la grande majorité des ouvrages allemands, un sous-point du sommaire est dédié aux entraves d'origine privée. La problématique est donc facilement détectable, ce qui témoigne de son importance. En revanche, ce n'est pas le cas dans les ouvrages francophones, au sein desquels la problématique ne figure pas dans le sommaire. Il faut donc la chercher dans les chapitres consacrés aux différentes libertés de circulation. Même en étudiant ces chapitres, on constate que de nombreux ouvrages généraux français ne mentionnent pas la question⁴⁴.

Il est vrai que l'ouvrage⁴⁵ des professeurs Dubuis et Blumann dresse une image détaillée des entraves d'origine privée, citant notamment les arrêts pertinents de la Cour de justice. Pour autant, il s'agit à notre connaissance du seul ouvrage dédié au droit matériel de l'Union européenne qui traite des entraves d'origine privée d'une manière systématique. D'autres, comme l'ouvrage des professeurs Gavalda, Parleani et Lecourt⁴⁶, ne font que mentionner la problématique. Dans le contexte des articles 34 et 35 TFUE, ledit ouvrage retient que ces articles « *interdisent en tout cas de sanctionner de simples comportements d'entreprises, même s'ils aboutissent à cloisonner le marché intérieur européen* »⁴⁷. L'ouvrage ne fournit pas de fondement ni de référence jurisprudentielle pour ce « constat ». Les auteurs admettent toutefois que la Cour de justice a assimilé aux autorités étatiques les personnes privées qui sont placées sous leur dépendance juridique ou financière, ou qui mettent en œuvre des prérogatives de la puissance publique⁴⁸. Dans le contexte des libertés d'établissement et de prestation

⁴³ Notamment STREINZ R., *op.cit.*

⁴⁴ Comp. p. ex. BOUTAYEB Ch., *Droit matériel de l'Union européenne : libertés de mouvement, espace de concurrence et secteur public*, Paris, LGDJ, 5^e édition, 2019 ; DE GROVE-VALDEYRON N., *Droit du marché intérieur européen*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 5^e édition, 2017.

⁴⁵ BLUMANN C. et DUBUIS L., *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 8^e édition, 2019.

⁴⁶ GAVALDA Ch., PARLEANI G. et LECOURT B., *Droit des affaires de l'Union européenne*, Paris, Lexis Nexis, 8^e édition, 2019.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 76, pt. 98.

⁴⁸ *Ibid.*

de services, les auteurs mentionnent que des entraves auxdites libertés peuvent également résulter d'une mesure collective émanant d'une personne privée⁴⁹.

Enfin, on saurait aussi trouver des ouvrages dans lesquels les auteurs nient explicitement tout effet direct horizontal - sans pour autant citer les arrêts pertinents de la Cour ni le débat doctrinal existant. Ainsi, la professeure Boutayeb souligne dans son ouvrage que la « *mesure d'effet équivalent doit correspondre à un acte ou un comportement imputable à une autorité publique ou un organisme public. Est exclu, a priori, tout acte émanant d'une personne privée* »⁵⁰. Dans les chapitres suivants consacrés à la libre circulation des personnes et capitaux, il n'est à notre connaissance pas non plus fait référence à l'existence de la problématique des entraves d'origine privée.

Il en est de même dans l'ouvrage de la maître de conférence De Grove-Valdeyron. Tout en citant - dans un autre contexte - les arrêts *Laval* et *Bosman*, l'auteur ne traite pas des entraves d'origine privée⁵¹. D'autres auteurs différencient selon les libertés de circulation en question, évoquant l'effet direct horizontal pour la libre circulation des personnes, notamment pour les mesures privées collectives⁵².

Au vu de la longue liste de contributions allemandes consacrées aux entraves d'origine privée ainsi que du grand nombre d'ouvrages généraux allemands relatifs au droit matériel de l'Union traitant de la problématique, nous pouvons conclure que la question de savoir si et sous quelles conditions les personnes privées seraient liées aux libertés de circulation a suscité un intérêt particulier en Allemagne.

Cette perception accrue au sein de la doctrine allemande est étroitement liée au débat relatif aux droits fondamentaux du Grundgesetz mené au niveau interne. Elle est la conséquence d'une certaine familiarité des auteurs allemands avec la conception même d'un effet direct horizontal.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 173, pt. 271.

⁵⁰ BOUTAYEB Ch., *op.cit.*, p. 66, pt. 122.

⁵¹ DE GROVE-VALDEYRON N., *op.cit.*, p. 142 s.

⁵² GODIVEAU G. et LECLERC St., *Droit du marché intérieur de l'Union européenne*, Issy-les-Moulineaux, Gualino-Lextenso éditions, 2016.

Or cette familiarité peut facilement s'avérer trompeuse. Elle risque d'entraîner des confusions et erreurs⁵³. Car en droit constitutionnel allemand, la notion de *Drittwirkung* a une vocation spécifique : il s'agit d'un terme général pour décrire l'effet que déploient les droits fondamentaux du Grundgesetz dans les relations du droit privé. Comme il a été vu, l'emploi de cette notion, bien qu'établi, est contesté au niveau interne. Sa transposition au niveau européen comporte d'autant plus de risques d'imprécision et de confusions.

Il est toujours délicat de priver un terme de son contexte historique et conceptuel. En effet, des problèmes nationaux n'existant pas à l'échelle européenne peuvent facilement être importés, et en même temps, des problèmes spécifiques du droit de l'Union peuvent être négligés. Ce risque est particulièrement élevé dans le cadre de la problématique traitée ici.

D'une part, les droits fondamentaux du Grundgesetz doivent nécessairement être situés dans leur contexte historique de l'après-guerre et le cadre dans lequel ils ont été conçus. Toute discussion négligeant ce contexte nous paraît douteuse. La transposition du terme de *Drittwirkung* aux libertés de circulation a pour effet de détacher ce terme de son encadrement historique. La doctrine germanophone ne peut pas attendre des autres doctrines qu'elles connaissent l'origine de la notion et le débat qui a été mené autour d'elle. Or sans ce contexte, tout débat utilisant le terme de *Drittwirkung* reste incomplet et imprécis.

D'autre part, il nous paraît important de souligner que les libertés de circulation doivent être analysées dans leur contexte spécifique. Elles sont au cœur même de la construction européenne. Cet aspect ne doit pas être négligé. Il entraîne de nombreuses conséquences, dont notamment la nécessité de placer toute discussion doctrinale et jurisprudentielle relative aux entraves d'origine privée dans ce contexte spécifique, à savoir celui du marché intérieur. Tout examen d'un éventuel effet horizontal

⁵³ Dans le même sens critiquant l'emploi du terme « *Drittwirkung* » : PREEDY K., *op.cit.*, p. 20 s. ; MÜLLER-GRAFF P.-C., « Direct Horizontal Effect of the Transnational Market Access Freedoms of the Internal Market », in AMTENBRINK F., DAVIES G., KOCHENOV D. (éds.) *et al.*, *op.cit.*, p. 32 s ; MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 3 s.

doit selon nous conduire à s'interroger sur le rôle spécifique des libertés de circulation.

C'est la raison pour laquelle nous optons pour l'emploi de la notion d' « entraves » ou de « restrictions d'origine privée ». La notion d'entrave ou de restriction est bien établie dans le contexte des libertés de circulation. La jurisprudence abondante de la Cour de justice employant ce terme en fait preuve. De surcroît, la notion d'entraves ou mesures d'origine privée permet de les distinguer de celles dont l'origine est étatique ou institutionnelle. La notion sert donc à délimiter ces différents scénarios. Indiquer comme critère principal l'origine ou l'auteur d'une mesure aide à établir le cadre de l'analyse. Nous ne traitons donc pas des restrictions causées par les institutions ou les États membre, mais par les personnes privées.

De plus, nous évitons une transposition de notions nationales au niveau européen sans examen préalable visant à déterminer si la notion en question s'y prête. Utiliser une notion issue du droit de l'Union, à savoir la notion de mesure, entrave ou restriction, a pour avantage de souligner le contexte de notre examen qui est le marché intérieur et, partant, un point clé de la construction européenne. Ceci nous permet de ne pas perdre de vue l'enjeu de la question et le contexte dans lequel elle est placée. Il ne s'agit pas de traiter d'un éventuel effet horizontal des droits fondamentaux allemands, mais des libertés de circulation - avec toutes les conséquences spécifiques que cela pourrait entraîner au niveau européen.

Alternativement, il est possible de parler des « personnes tenues au respect des libertés de circulation », des « obligations à l'égard des particuliers », des « personnes assujetties au respect des libertés de circulation » ou encore de l' « effet horizontal »⁵⁴. Pour autant, tout en ayant déjà employé la notion d'« effet direct horizontal » dans le présent travail, nous voudrions souligner qu'elle aussi est susceptible de sus-

⁵⁴ Dans le même sens, rejetant la notion de « Drittwirkung » et parlant de « horizontale Direktwirkung » (effet direct horizontal) : MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 3 s.

citer des confusions dues au fait qu'elle recouvre plusieurs significations⁵⁵. Souvent, tant en doctrine qu'en jurisprudence, sa définition reste « *malaisée* »⁵⁶.

En effet, deux significations peuvent être distinguées. Premièrement, la notion d'effet direct horizontal peut être comprise comme l'aptitude d'une règle à être invoquée par un justiciable devant le juge national en vue d'imposer une obligation à l'égard d'un autre justiciable⁵⁷. Deuxièmement, la notion peut être comprise simplement comme l'aptitude d'une règle à être invoquée et appliquée dans un litige entre particuliers soumis au juge national⁵⁸. Dans cette deuxième hypothèse, la règle ne produit pas des obligations à l'égard d'un particulier⁵⁹.

Comme nous allons voir en détail dans le titre 2 de la première partie de la présente thèse, toutes les dispositions relatives aux libertés de circulation sont de nature à être invoquées et appliquées dans les litiges entre particuliers au sens de la seconde signification de la notion⁶⁰. Ainsi, un particulier peut contester devant le juge national une réglementation nationale au titre de l'exception d'inconventionnalité⁶¹. Le juge national doit respecter les libertés de circulation dans l'interprétation du droit en question.

La première signification est plus délicate. Il faut s'interroger sur la question de savoir si les dispositions relatives aux libertés de circulation créent ou sont susceptibles de créer des obligations à l'égard des particuliers. Il convient de noter que tout au long de ce travail, la notion d'effet direct horizontal est comprise comme l'aptitude d'une règle à être invoquée par un particulier devant le juge national *et* à créer, dans le chef des particuliers, des droits et des obligations⁶².

En revanche, la notion de « destinataire » est à éviter puisque seule une décision *individuelle* a un destinataire. Une norme générale - comme les dispositions relatives aux

⁵⁵ Comp. aussi PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 636.

⁵⁶ LUMARET C., *op.cit.*, p. 41.

⁵⁷ PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 636.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 637.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

libertés de circulation - n'a pas de destinataire ni d'ailleurs de titulaire. L'expression « créancier et débiteur » d'une obligation - ici l'obligation de respecter les libertés de circulation - est à privilégier. Dans la suite de notre travail, nous allons soit parler du créancier et du débiteur, soit de l'auteur⁶³ d'une entrave.

Avant de procéder à une étude des entraves d'origine privée, il convient de définir l'origine « privée » d'une mesure afin de délimiter les mesures d'origine privée des mesures étatiques et des mesures émanant des institutions de l'Union. Cette tâche n'est pas facile. Notamment la délimitation des mesures d'origine privée par rapport aux mesures privées imputables à l'État s'avère délicate. Pour autant, elle est primordiale pour toute analyse sérieuse.

C'est pourquoi nous allons dans un premier temps essayer de définir les mesures étatiques, pour, dans un second temps, les délimiter des mesures émanant des institutions de l'Union et des mesures d'origine privée. Cette délimitation nous aidera à définir les mesures d'origine privée et à éviter toute confusion.

La définition de l'origine étatique d'une mesure se révèle plus difficile que l'on peut penser à première vue. Au fur et à mesure de sa jurisprudence, la Cour de justice a étendu le champ d'application personnel des libertés de circulation en adoptant une approche large des mesures potentiellement concernées. Ainsi, elle a donné à la notion d'autorité publique une interprétation large. L'approche fonctionnelle choisie par la Cour de justice ainsi que sa jurisprudence relative à la responsabilité de l'État pour inaction ou carence ont conduit à une conception vaste et étendue des mesures d'origine étatique.

Analysant les dispositions relatives aux libertés de circulation, on constate qu'elles ne mentionnent pas les personnes tenues de les respecter. Pour autant, il est incontesté que les États membres sont assujettis aux obligations qui en découlent⁶⁴.

⁶² V. aussi LUMARET C., *op.cit.*, p. 42 s.

⁶³ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 287 s.

⁶⁴ V. p.ex. PICOD F., « Libre circulation des marchandises... », fasc. 530, *op.cit.*, pt. 65 s ; MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*,

La notion clé pour déterminer les organes visés est la notion de l'autorité publique. Elle désigne tout acteur de la puissance publique, à savoir tout acteur habilité à exercer des pouvoirs publics ou étant sous contrôle public⁶⁵. Tous types d'autorités ou d'activités sont concernés, les pouvoirs législatifs et exécutifs aussi bien que le pouvoir judiciaire⁶⁶. Il en est de même pour tout autre organisme ou collectivité public⁶⁷. Dans les États à structure fédérale, les organes des entités fédérées, à savoir les *Länder*, les départements et les communes relèvent également de la notion d'autorité publique⁶⁸.

De surcroît, dans de nombreux arrêts, la Cour de justice a souligné la nécessité de donner un plein effet aux libertés de circulation⁶⁹. Il s'ensuit que la notion d'État doit être interprétée d'une manière *fonctionnelle* comprenant aussi des organismes qui ne sont pas formellement intégrés à l'administration étatique, mais qui présentent un lien de rattachement à l'État, notamment parce que le financement, la nomination des membres ou l'attribution des tâches sont confiés à l'État⁷⁰. À l'instar des « organes classiques » d'un État comme l'administration, le parlement, le gouvernement et les tribunaux, lesdits organismes constituent également des autorités de l'État, et ceci indépendamment de leur forme juridique ou de leur caractère privé ou public⁷¹. Ainsi, la Cour de justice a par exemple affirmé qu'une université est assujettie aux obliga-

pt. 287; SCHROEDER W., « Art. 34 AEUV », in STREINZ R. (éd.), *EU, AEUV*, München, C.H. Beck, 2^e édition, 2012, pt. 25.

⁶⁵ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 289 s.

⁶⁶ V.p.ex. PICOD F., « Libre circulation des marchandises... », fasc. 530, *op.cit.*, pt. 65 s; OLIVER P. J., *op.cit.*, p. 56 s. ; MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 289 s.

⁶⁷ Établissements publics, fondations publiques ou associations publiques, pour donner quelques exemples ; v. aussi OLIVER P. J., *op.cit.*, p. 56 s. ; MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt.289; PICOD F., « Libre circulation des marchandises... », fasc. 530, *op.cit.*, pt. 65 s.

⁶⁸ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 289 s.

⁶⁹ Comp. p.ex CJCE, 24 novembre 1982, *Commission/Irlande*, aff. C-249/81, *Rec.* 1982, p. 4005 ; CJCE, 13 décembre 1983, *Apple and Pear Development Council*, aff. C-222/82, *Rec.* 1983, p. 4083 ; CJCE, 12 décembre 1990, *Hennen Olie*, aff. C-302/88, *Rec.* 1990, p. I-04625; CJCE, 5 novembre 2002, *Commission/Allemagne*, aff. C-325/00, *Rec.* 2002, p. I-09977.

⁷⁰ V. aussi PICOD F., « Libre circulation des marchandises... », fasc. 530, *op.cit.*, pt. 68 s.

⁷¹ RIDORÉ C.-A., *op.cit.*, § 49.

tions découlant de la libre circulation des travailleurs⁷², ce qu'elle a confirmé dans un arrêt récent de 2019 dans lequel elle a soumis une décision du rectorat de l'université de Vienne, une personne morale de droit public, au respect de l'article 45 TFUE⁷³.

Cette approche fonctionnelle découle du principe de l'effet utile. En effet, la distinction entre organisme public et organisme privé révèle parfois un caractère artificiel, dans certains systèmes juridiques, elle est même inexistante⁷⁴. Le but de la jurisprudence est d'empêcher qu'un État puisse se prévaloir du fait qu'une mesure restrictive a été mise en œuvre non pas un organe « classique » de l'État, mais par une société de droit privé, un phénomène désigné comme « *l'évasion au droit privé* »⁷⁵.

Par la suite, le critère déterminant est de savoir si un organisme, quelle que soit sa forme juridique, a été chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et s'il dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers⁷⁶.

De nombreux exemples jurisprudentiels peuvent être présentés, notamment pour des organismes en charge de l'organisation d'une profession et des organismes en charge de la promotion des produits nationaux⁷⁷. Dans l'affaire *Royal Pharmaceutical Society*⁷⁸, la Cour de justice a constaté que les actes adoptés par la société en question constituaient des mesures étatiques suite au transfert de certaines missions étatiques et de pouvoirs exorbitants, dont notamment le pouvoir de prononcer des sanctions en

⁷² CJCE, 23 février 1994, *Scholz*, C-419/92, *Rec.* 1994, p. I-505, pt 12.

⁷³ CJUE, 10 octobre 2019, *Krah*, aff. C-703/17, ECLI:EU:C:2019:850.

⁷⁴ PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », *op.cit.*, p. 124.

⁷⁵ Comp. p.ex: KINGREEN T., « Art. 34-36 AEUV », in CALLIESS Ch. et RUFFERT M., *EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar*, München, C.H. Beck, 5^e édition, 2016, pt. 111 ; FRENZ W., *Handbuch Europarecht, Band 1, Europäische Grundfreiheiten*, Heidelberg, Springer Verlag, 2^e édition, 2012, p. 126 pt. 325 s.

⁷⁶ CJCE, 12 juillet 1990, *Foster*, aff. C-188/89, *Rec.* 1990, p. I-3313, pt. 20.

⁷⁷ V. avec plus de détails et références : PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », *op.cit.*, p. 125.

⁷⁸ CJCE, 18 mai 1989, *Royal Pharmaceutical Society*, aff. jts. C-266/87 et 267/87, *Rec.* 1989, p. 1295, pts. 14 et 15.

cas de faute professionnelle des pharmaciens. La Cour a confirmé cette approche dans l'arrêt *Hünermund*⁷⁹.

À maintes reprises, la Cour de justice a été saisie pour qualifier des actes adoptés par un organisme en charge de la promotion de produits nationaux. L'affaire *Buy Irish*⁸⁰ a donné la possibilité à la Cour de justice de prendre position. À l'origine de l'affaire était une campagne de promotion en faveur de produits nationaux d'une association privée, l'*Irish Good Council*. Après avoir constaté que l'association avait été créée sous la forme d'une société à responsabilité limitée, la Cour déclare que l'Irlande ne peut pas se prévaloir du fait que la campagne avait été mise en œuvre par une société de droit privé pour se dégager de sa responsabilité. En effet, la Cour a constaté que quoi qu'étant de nature privée, l'organisme avait été parrainé par le gouvernement irlandais dans le but d'aider l'industrie irlandaise et que les activités de l'association étaient essentiellement financées par des subventions octroyées par le gouvernement irlandais⁸¹.

Dans l'affaire *Apple and Pear*⁸², la Cour de justice a été amenée à apprécier si les activités d'un organisme chargé de la recherche, du suivi et de la promotion de certaines variétés de fruits constituaient des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation. Dans son raisonnement, la Cour de justice s'est appuyée sur certains motifs développés dans l'affaire *Buy Irish*⁸³. Contrairement à l'avocat général qui était d'avis que l'article 34 TFUE était inapplicable car l'organisme en question n'avait pas reçu de subventions publiques et que le gouvernement n'avait pas fixé les contours de sa campagne⁸⁴, la Cour de justice a constaté que le conseil en cause avait été institué par le gouvernement et qu'il avait été financé par une taxe imposée aux producteurs. Elle en a conclu que l'organisme en cause ne pouvait pas

⁷⁹ CJCE, 15 décembre 1993, *Hünermund*, aff. C-292/92, *Rec.* 1993, p. I-6787, pts. 14-16.

⁸⁰ CJCE, 24 novembre 1982, *Commission/Irlande*, aff. C-249/81, *Rec.* 1982, p. 4005.

⁸¹ V. aussi PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », *op.cit.*, p. 126.

⁸² CJCE, 13 décembre 1983, *Apple and Pear Development Council*, aff. 222/82, *Rec.* 1983, p. 4083.

⁸³ PICOD F., « Libre circulation des marchandises... », fasc. 530, *op.cit.*, pt. 72.

⁸⁴ Conclusions de l' AG Rozès du 20 septembre 1983 sur l'affaire *Apple and Pear Development Council*, aff. 222/82, *Rec.* 1983, p. 4130 (spéc. p. 1435).

jouir de la même liberté que celle dont bénéficient les producteurs eux-mêmes ou les associations de producteurs à caractère volontaire⁸⁵.

Pour établir si une entreprise dont le capital est partagé entre des actionnaires privés et publics peut être assimilée à une autorité publique, il convient, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, « de vérifier si deux conditions sont réunies, à savoir, d'une part, que l'entreprise concernée est sous le contrôle effectif de l'État ou d'une autre autorité publique, et, d'autre part, qu'elle n'opère pas en situation de concurrence sur le marché »⁸⁶.

Quoique tous les arrêts précités aient été rendus en matière de la libre circulation des marchandises, la jurisprudence peut être transposée aux autres libertés de circulation⁸⁷.

Ainsi, au fur et à mesure de sa jurisprudence, la Cour a élaboré certains critères aidant à imputer l'acte d'un organisme privé à l'État, sans que tous les indices doivent à chaque fois être réunis en leur totalité⁸⁸. Dès lors, il convient d'identifier un faisceau d'indices permettant de rendre les actes adoptés par l'organisme en cause imputables à l'autorité publique⁸⁹.

Récemment, dans une affaire⁹⁰ relative à l'effet direct vertical des directives, l'Avocate générale Sharpston a procédé à une énumération des critères⁹¹ à prendre en considération par les tribunaux nationaux afin de déterminer si une entité est une émanation de l'État. Selon l'Avocate générale, la forme juridique de l'organisme en question est dénuée de pertinence⁹². Il n'est pas nécessaire que l'État soit en mesure d'exercer un contrôle ou une direction journalière des opérations de cet organisme. Si l'État détient ou contrôle l'organisme en question, cet organisme devrait être considé-

⁸⁵ CJCE, arrêt *Apple and Pear Development Council* précité, aff. 222/82, pt. 17.

⁸⁶ CJUE, 13 avril 2010, *Wall*, aff. C-91/08, *Rec.* 2010, p. I-02815, pt. 49.

⁸⁷ V. notamment les arrêts CJCE, arrêt *Van Ameyde* précité, aff. C-90/76 et CJCE, arrêt *Wouters* précité, aff. C-305/99.

⁸⁸ Dans le même sens : PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », *op.cit.*, p. 126.

⁸⁹ PICOD F., « Libre circulation des marchandises... », fasc. 530, *op.cit.*, pt. 69.

⁹⁰ Conclusions de l'AG Sharpston du 22 juin 2017 sur l'affaire *Farrell*, aff. C-413/15, ECLI:EU:C:2017:492.

⁹¹ *Ibid.*, pt. 120.

⁹² *Ibid.*

ré comme une émanation de l'État, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si d'autres critères sont remplis⁹³.

Toute autorité municipale, régionale ou locale ou tout organisme équivalent doit automatiquement être considéré comme une émanation de l'État. Il n'est pas requis que l'organisme en question soit financé par l'État⁹⁴. Si l'État a, à la fois, confié à l'organisme en question la mission d'exercer un service public que l'État lui-même pourrait, autrement, devoir exercer directement, et doté cet organisme d'une forme de pouvoirs additionnels pour lui permettre de remplir sa mission de manière effective, l'organisme en question doit, en toute hypothèse, être considéré comme une émanation de l'État⁹⁵.

Dans son arrêt⁹⁶, la Cour de justice a confirmé cette approche de l'Avocate générale. Elle a précisé que de tels organismes ou entités se distinguent des particuliers et doivent être assimilés à l'État, soit parce qu'ils sont des personnes morales de droit public faisant partie de l'État au sens large, soit parce qu'ils sont soumis à l'autorité ou au contrôle d'une autorité publique, soit parce qu'ils ont été chargés, par une telle autorité, d'exercer une mission d'intérêt public et ont été dotés, à cet effet, de pouvoirs exorbitants⁹⁷.

À notre avis, cette énumération claire, précise et pertinente peut être transposée aux mesures imputables à l'État dans le contexte des libertés de circulation.

L'approche fonctionnelle de la Cour de justice, que l'on vient d'examiner, permet d'appréhender un grand nombre d'actions des organismes les plus divers chargés de missions normalement assurées par l'État⁹⁸. Mais l'interprétation large donnée par la Cour de justice ne s'arrête pas à l'approche fonctionnelle. D'autres exemples et domaines peuvent être présentés.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ CJUE, 10 octobre 2017, *Farrell*, aff. C-413/15, ECLI:EU:C:2017:745.

⁹⁷ *Ibid.*, pt. 34.

⁹⁸ PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », *op.cit.*, p. 127.

Dans ce contexte, il doit être souligné qu'une restriction à l'importation suite à l'exercice d'un droit de propriété industrielle par une personne privée est également imputable à l'État⁹⁹. Une telle restriction ne constitue pas une restriction d'origine privée, mais une restriction d'origine étatique puisqu'elle découle d'un droit conféré et protégé par l'État. La restriction trouve sa source dans la législation nationale accordant des droits exclusifs¹⁰⁰. Il en est de même en matière de concurrence déloyale¹⁰¹.

Quant aux mesures susceptibles de constituer une restriction, l'effet utile exige également une interprétation large. Les dispositions législatives, réglementaires et administratives sont indubitablement susceptibles de constituer une entrave. La transposition d'un accord bilatéral ou international est aussi susceptible de constituer une entrave étatique aux libertés de circulation¹⁰².

Mais même des dispositions de nature non contraignante sont susceptibles de restreindre l'exercice effectif des libertés de circulation et font dès lors partie des mesures visées¹⁰³. La Cour de justice a considéré que les déclarations d'un fonctionnaire qui, en raison de leur forme et des circonstances, créent chez leurs destinataires l'impression qu'il s'agit de prises de position officielles de l'État, et non pas d'opinions personnelles du fonctionnaire, sont également imputables à l'État. L'élément déterminant pour que les déclarations d'un fonctionnaire soient imputées à l'État réside dans le fait de savoir si les destinataires de ces déclarations peuvent raisonnablement supposer, dans le contexte donné, qu'il s'agit de positions que le fonctionnaire prend avec l'autorité de sa fonction¹⁰⁴.

⁹⁹ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 290.

¹⁰⁰ V. aussi PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », *op.cit.*, p. 128 ; LUX M., « Art. 34 AEUV », in LENZ C. O. et BORCHARDT K.-D. (éd.), *EU-Verträge Kommentar: EUV, AEUV, GRCh*, Wien, Linde Verlag, 6^e édition, 2013, pt. 20.

¹⁰¹ PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », *op.cit.*, p. 128.

¹⁰² Comp. CJCE, 10 novembre 1992, *Exportur*, aff. C-3/91, *Rec.* 1992, p. I-5529, pt. 20 ; CJCE, 20 mai 2003, *Ravil*, aff. C-469/00, *Rec.* 2003, p. I-5053, pt. 37.

¹⁰³ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 291.

¹⁰⁴ CJCE, 17 avril 2007, *AGM-COS.MET*, aff. C-470/03, *Rec.* 2007, p. I-2749, pt. 66.

Conformément à la jurisprudence¹⁰⁵ de la Cour de Justice, une pratique administrative peut également constituer une mesure restrictive, à la condition qu'elle soit suffisamment établie et générale.

En revanche, la qualification d'actes n'étant pas encore entrés en vigueur reste controversée¹⁰⁶. Maître Oliver considère qu'un acte législatif, même s'il n'est pas encore - formellement - entré en vigueur, constitue une « mesure » susceptible d'entraver le commerce intraeuropéen dans la mesure où il pourrait porter à confusion et dissuader, par exemple, des futurs importateurs¹⁰⁷. Un tel risque serait particulièrement élevé si la proposition législative, tout en n'étant pas encore entrée en vigueur, était déjà appliquée en pratique¹⁰⁸.

L'exemple donné par maître Oliver est convaincant : en effet, l'on peut aisément imaginer qu'un importateur pourrait être dissuadé d'importer un certain bien s'il apprenait que la vente de ce bien sera bientôt interdite par la législation nationale¹⁰⁹. Notons toutefois que la doctrine reste divisée sur ce point et que la Cour de justice ne s'est pas encore exprimée d'une manière claire et explicite¹¹⁰.

Parallèlement à cette interprétation large de la notion d' « autorité publique », la Cour de justice a également précisé sa position quant aux inactions étatiques à partir de la fin des années quatre-vingt-dix. À compter de cette période, les États membres sont non seulement responsables de leurs *actions* entraînant une restriction des libertés de circulation, mais également des entraves qui résultent d'une *inaction* étatique.

Ceci a été établi par l'arrêt *Commission/France*¹¹¹ du 9 décembre 1997 dit « guerre des fraises », dans lequel la Cour de justice a précisé que les libertés de circulation

¹⁰⁵ Comp. dans ce sens : CJCE, 9 mai 1985, *Commission/France*, aff. C-21/84, *Rec.* 1985, p. 1355 ; CJCE, 29 avril 2004, *Commission/Autriche*, aff. C-150/00, *Rec.* 2004, p. I-3887 ; CJCE, 5 mars 2009, *Commission/Espagne*, aff. C-88/07, *Rec.* 2009, p. I-1353.

¹⁰⁶ Comp. avec plus de références MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 292.

¹⁰⁷ OLIVER P. J., *op.cit.*, p. 90, pt. 6.14.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 292.

¹¹¹ CJCE, arrêt *Commission/France* précité, aff. C-265/95 ;

s'appliquent également lorsqu'un État membre s'est abstenu de prendre les mesures requises pour mettre fin à une entrave d'origine non étatique. Les dispositions relatives aux libertés de circulation visent donc non seulement les actions positives des États, mais aussi les inactions et abstentions. Selon la Cour de justice, ceci découle de l'article 4 § 3 TUE (ex-article 10 TCE)¹¹².

Pour autant, le recours à l'article 4 § 3 TUE ne constitue qu'un « *argument à caractère déclaratoire* »¹¹³ puisque les dispositions relatives aux libertés de circulation forment une base juridique suffisante pour en déduire une telle responsabilité étatique¹¹⁴. L'État membre est obligé d'assurer que les marchandises provenant d'autres États membres ne soient pas détruites, que la création d'un établissement ou la prestation d'un service soit effectivement possibles, que les travailleurs provenant d'autres États membres puissent effectivement travailler dans l'État membre en question¹¹⁵.

Peut être donnée comme exemple l'inaction de l'État face à des incidents xénophobes, notamment envers des travailleurs non-nationaux, dissuadant les travailleurs d'autres États membres d'exercer une activité professionnelle dans l'État membre en question¹¹⁶.

L'État membre est obligé d'agir, mais il peut choisir les moyens de son action. L'examen de la Cour de justice se limite à apprécier si les moyens utilisés pour mettre fin à l'entrave étaient appropriés et nécessaires¹¹⁷. Ceci vaut d'autant plus dans les situations où les États membres doivent mettre en balance les libertés de circulation et les droits fondamentaux¹¹⁸. La Cour vérifie seulement si les moyens utilisés dans l'affaire en espèce n'étaient pas manifestement inappropriés.

¹¹² *Ibid.*, pt. 32 ;

¹¹³ SCHROEDER W., « Art. 34 AEUV », in STREINZ R. (éd.), *op.cit.*, pt. 26.

¹¹⁴ FRENZ W., *op.cit.*, p. 82, pt. 199.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 83, pt. 200.

¹¹⁶ PACHE E., « 1. Teil : Allgemeiner Teil § 10 Grundfreiheiten », in SCHULZE R., ZULEEG M. et KADELBACH St., *Europarecht: Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 3^e édition, 2015, § 10, pt. 108.

¹¹⁷ Comp. CJCE, *Commission/France*, aff. précitée C-265/95; LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 232.

¹¹⁸ Comp. notamment CJCE, arrêt *Schmidberger* précité, aff. C-112/00, pts. 83 s.

Cet examen de la Cour de justice est fort similaire à l'examen de la Cour constitutionnelle fédérale allemande en cas de violation, par inaction des autorités allemandes, des droits fondamentaux du Grundgesetz. Dans un tel cas, le *Bundesverfassungsgericht*, ou Cour constitutionnelle fédérale, se borne à déterminer si l'autorité publique allemande a soit manqué de réagir, soit a pris des mesures de protection manifestement inappropriées pour atteindre l'objectif de protection dû¹¹⁹.

À la suite de l'arrêt *Commission/France* précité, un règlement a été élaboré. Le règlement n° 2679/98, dit règlement « fraise », a été adopté sur le fondement de l'article 268 TFUE (ex-article 235 TCE) pour mettre en place un système d'alerte codifiant la jurisprudence de la Cour de justice. Conformément à son article premier, le règlement est applicable aux entraves à la libre circulation des marchandises découlant d'une action ou inaction de l'État et provoquant une perturbation grave de la libre circulation des marchandises, causant des dommages sérieux aux particuliers lésés et nécessitant une action immédiate afin d'éviter toute continuation, extension ou aggravation de la perturbation. Il définit « l'inaction » comme le fait, pour les autorités compétentes d'un État membre, face à une entrave résultant d'actions menées par des personnes privées, de ne pas prendre toutes les mesures nécessaires et proportionnées qui sont en leur pouvoir en vue de supprimer l'entrave et d'assurer la libre circulation des marchandises sur le territoire de cet État membre, sans pour autant porter atteinte à l'exercice des droits fondamentaux reconnus par le droit national¹²⁰.

Il s'ensuit que les obstacles à la libre circulation des marchandises peuvent être de différentes natures : la passivité d'un État face à des actions violentes ou des blocages non violents de particuliers, ou bien une action d'un État membre, telle que le boycott institutionnalisé de produits importés¹²¹. Les États membres sont tenus d'informer la Commission de toute entrave et des moyens utilisés pour y mettre fin. La Commission peut, par la suite, adresser une notification à l'État membre concerné l'invitant à prendre ces mesures dans les meilleurs délais. Si l'État ne réagit pas et ne prend toujours pas les mesures nécessaires, la Commission peut, après une procédure préalable

¹¹⁹ Comp. avec des références jurisprudentielles : FRENZ W., *op.cit.*, p. 86 s.

¹²⁰ Article 1 § 2 et article 2 du règlement n° 2679/98.

constituée par une mise en demeure, des observations et un avis motivé, saisir la Cour de justice.

Comme l'article 4 § 3 TUE vaut pour toutes les dispositions des traités, la jurisprudence de la Cour peut être étendue aux autres libertés de circulation¹²².

Il convient de clairement distinguer ce cas de figure des entraves d'origine privée. La responsabilité de l'État pour inaction ou carence pose la question du champ des obligations couvertes par les libertés de circulation et non celle des personnes assujetties à leur respect¹²³. Avec les arrêts *Commission/France* et *Schmidberger*¹²⁴, la Cour de justice a étendu le contenu des obligations pour les États membres sans élargir le champ personnel des libertés de circulation. Dans le cadre du régime de la responsabilité de l'État, l'État membre lui-même est et demeure assujetti aux obligations découlant des libertés de circulation. Les particuliers ne sont pas concernés dans ce cas de figure¹²⁵. Il s'agit d'une obligation étatique.

En revanche, l'effet horizontal direct désigne une obligation à l'égard des personnes privées. Il s'ensuit que contrairement à l'opinion de certains auteurs¹²⁶, la reconnaissance de la responsabilité pour inaction n'exclut pas la reconnaissance de l'effet horizontal direct des libertés de circulation puisqu'il s'agit de deux cas de figure différents¹²⁷. Le champ d'application personnel est distinct.

De plus, les mécanismes procéduraux sont également différents. Une violation de la responsabilité de l'État entraîne un recours en manquement, alors qu'une violation des libertés de circulation par une personne privée non liée à l'État entraîne la responsabilité de la personne concernée devant les juridictions nationales avec la possi-

¹²¹ Comme p. ex la campagne « *Buy irish* » : CJCE, arrêt *Commission/Irlande* précité, aff. C-249/81.

¹²² V. aussi LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 236; PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », *op.cit.*, p. 129.

¹²³ Comp. aussi LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 235.

¹²⁴ CJCE, arrêt *Schmidberger* précité, aff. C-112/00 ; Avec cet arrêt, que nous allons étudier en détail dans les chapitres à suivre - notamment Partie I Titre 1 Chapitre 2, Partie II Titre 1 Chapitre 2 et Partie II Titre 2 Chapitre 1 - la Cour de justice a confirmé la responsabilité des États membres pour inaction ou carence étatique.

¹²⁵ RIDORÉ C.-A., *op.cit.*, § 92.

¹²⁶ V. p.ex STREINZ R. et LEIBLE St., « Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 459 s ; GRABER R., *op.cit.*, p. 125 s.

¹²⁷ V. dans le même sens: LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 237.

bilité d'avoir recours au renvoi préjudiciel. En ce sens, la Cour de justice a confirmé dans son arrêt *Viking* de 2007 que l'effet direct horizontal et la responsabilité pour inaction ne s'excluent pas, mais se complètent¹²⁸.

La responsabilité des États membres est donc conçue d'une manière étendue. Ceci découle de l'interprétation large établie par la Cour de justice de la notion d'« autorité publique » ainsi que de sa jurisprudence relative à la responsabilité des États membres pour inaction ou carence à agir.

Or il ne suffit pas de distinguer les entraves d'origine privée des entraves d'origine étatique. Une autre entité est susceptible de restreindre les flux de circulation des biens, personnes, services et capitaux au sein de l'Union européenne : les institutions de l'Union.

La question de savoir si et dans quelle mesure les institutions elles-mêmes seraient liées aux libertés de circulation, a d'abord été controversée. Quoique la doctrine soit demeurée discrète sur ce sujet¹²⁹, il est reconnu aujourd'hui que les institutions de l'Union européenne sont également tenues au respect des libertés de circulation. Ceci a été confirmé à plusieurs reprises par la Cour de justice¹³⁰ qui a constaté que « *selon une jurisprudence constante, l'interdiction des restrictions quantitatives ainsi que des mesures d'effet équivalent, vaut non seulement pour les mesures nationales, mais également pour les mesures émanant des institutions communautaires* »¹³¹.

Cette obligation découle de l'article 3, paragraphe 2 et 3, TUE selon lequel l'Union établit un marché intérieur qui passe par une réalisation effective des libertés de circulation. Or l'établissement d'un véritable marché intérieur nécessite un contrôle effectif de tout acte d'autorité - émanant d'un État membre ou d'une institution de

¹²⁸ CJUE, arrêt *Viking* précité, aff. C-438/05, pt. 62.

¹²⁹ V. aussi MARTUCCI F., « L'entrave imputable à l'Union », in MICHEL V. (dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur. Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Paris, Bruylant, 2014, p. 138.

¹³⁰ Comp. CJCE, 29 février 1984, *Rewe-Zentrale*, aff. 37/83, *Rec.* 1984, p. 1229 (spéc. p. 1248) ; CJCE, 17 mai 1984, *Denkavit*, aff. 15/83, *Rec.* 1984, p. 2171 (spéc. p. 2184) ; CJCE, 14 juillet 1998, *Safety Hi-Tech*, aff. 284/95, *Rec.* 1998, p. 4301 (spéc. p. 4350).

¹³¹ CJCE, *Denkavit*, aff. précitée 15/83, pt. 15.

l'Union européenne¹³². De surcroît, elle peut aussi être déduite du principe de l'attribution de compétences limitées.

Ce principe, lu ensemble avec les articles 115 et 116 TFUE, permet une harmonisation des législations nationales uniquement dans la mesure où celle-ci vise à promouvoir la réalisation des libertés de circulation¹³³. Cette jurisprudence, initialement développée en matière de libre circulation des marchandises, est transposable aux autres libertés de circulation, comme la Cour de justice l'a confirmé dans l'affaire *Schmelz*¹³⁴ en matière de libre prestation de services.

Par conséquent, les institutions de l'Union sont tenues de respecter les dispositions relatives aux libertés de circulation : elles doivent s'assurer de ne pas les restreindre elles-mêmes ni d'habiliter ou d'autoriser les États membres à prendre des mesures restrictives¹³⁵. Le législateur européen ne doit pas adopter une mesure conduisant à une consolidation ou une multiplication d'entraves étatiques¹³⁶.

Il s'ensuit également que le droit dérivé doit être interprété conformément aux libertés de circulation garanties par le traité. Tout acte dérivé non conforme aux libertés de circulation est, en fonction de la procédure de mise en œuvre, non valide (article 267), nul (article 263 TFUE) ou inapplicable (article 277 TFUE)¹³⁷.

Tout comme pour les mesures étatiques, les actes des institutions de l'Union européenne susceptibles de constituer une entrave sont de nature diverse : règlements, directives ou décisions¹³⁸. Ainsi, dans l'affaire *Verband Sozialer Wettbewerb*, la Cour de justice a affirmé qu'une directive doit « *comme toute réglementation de droit dérivé, être interprétée à la lumière des règles du traité relatives à la libre circulation*

¹³² Comp. aussi RIDORÉ C.-A., *op.cit.*, § 53.

¹³³ FRENZ W., *op.cit.*, p. 128, pts. 334-336.

¹³⁴ CJCE, 26 octobre 2010, *Schmelz*, aff. C-97/09, *Rec.* 2010, p. I-10465.

¹³⁵ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 295.

¹³⁶ HOLOUBEK M., « Art 56, 57 AEUV », in SCHWARZE J., BECKER U., HATJE A. *et al.*, *EU-Kommentar*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 3^e édition, 2012, pt. 67.

¹³⁷ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 295.

¹³⁸ Comp. CJCE, 9 août 1994, *Lanercy*, aff. jts. C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-409/93, C-410/93 et C-411/93, *Rec.* 1994, p. I-03957.

des marchandises »¹³⁹. Comme le professeur Martucci le souligne dans une contribution, il n’y a pas de raison qu’un accord international conclu par l’Union ou que le comportement d’une institution ou d’un organe de l’Union qui en découle ne soient pas susceptibles de constituer une entrave¹⁴⁰.

Reste à déterminer si l’interdiction d’entraves émanant des institutions ne vise que les mesures discriminatoires ou également les mesures indistinctement applicables¹⁴¹. Cette question est contestée en doctrine. De nombreux facteurs plaident en faveur d’un plein assujettissement aux libertés de circulation visant ainsi les mesures discriminatoires et les mesures indistinctement applicables. De ce qui précède, nous aurions des difficultés à trouver des arguments pour une responsabilité réduite des institutions par rapport à celle des États membres.

Tout comme les États membres, les institutions doivent contribuer à la réalisation du marché intérieur et sont aussi fortement liées aux libertés de circulation que les États membres. Dans l’hypothèse contraire, l’effet utile serait compromis. Le fait que les mesures discriminatoires d’origine institutionnelle sont rares n’y change rien. Dans la grande majorité des cas, il s’agit d’une mesure indistinctement applicable réglementant, par exemple, le commerce d’un certain produit au sein de l’Union. *Per definitionem*, l’harmonisation sert à établir des règles générales indistinctement applicables harmonisant les différentes réglementations nationales¹⁴². L’exclusion de telles mesures d’harmonisation irait donc à l’encontre du fondement même de l’assujettissement des institutions aux obligations découlant des libertés de circulation.

Notons toutefois qu’une mesure émanant d’une institution de l’Union européenne est susceptible d’être justifiée, notamment et avant tout si l’institution, par sa mesure restrictive, poursuit un autre objectif de l’Union européenne, tel que la protection de

¹³⁹ CJCE, 2 février 1994, *Verband Sozialer Wettbewerb*, aff. C-315/92, *Rec.* 1994, p. I-00317, pt. 12.

¹⁴⁰ MARTUCCI F., « L’entrave imputable à l’Union », *op.cit.*, p. 142.

¹⁴¹ FRENZ W., *op.cit.*, p. 131, pt. 344 s.

¹⁴² *Ibid.*, p. 132, pt. 345.

l'environnement¹⁴³. Dans ce contexte, la doctrine met souvent en avant que la Cour de justice a tendance à porter un regard plus bienveillant sur les restrictions de l'Union qu'elle ne le fait au regard des mesures étatiques¹⁴⁴. Ceci s'explique principalement par deux raisons.

D'une part, la Cour de justice a recours à la technique de l'interprétation conforme¹⁴⁵. D'autre part, comme mentionné ci-dessus, il faut tenir compte du fait que par la mesure restrictive, l'institution de l'Union en cause poursuit certains objectifs, dont la réalisation du marché intérieur ou d'autres politiques comme la politique agricole. Il convient de procéder à une mise en balance, une conciliation de deux objectifs poursuivis par l'Union, par exemple la conciliation de la libre circulation des marchandises et de la politique agricole, puisque - *a priori* - aucune n'est plus forte ou importante que l'autre. Les institutions de l'Union, par leur nature et les missions qui leur sont attribuées, peuvent être contraintes de déroger à certaines règles du droit de l'Union¹⁴⁶. C'est pourquoi la Cour de justice leur accorde un pouvoir d'appréciation plus élevé que celui accordé aux États membres¹⁴⁷.

Ainsi, la Cour a déclaré qu' « *il y a lieu de reconnaître au législateur communautaire un large pouvoir d'appréciation dans un domaine tel que celui de l'espèce, qui implique de sa part des choix de nature politique, économique et sociale, et dans lequel il est appelé à effectuer des appréciations complexes. Seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure arrêtée en ce domaine, par rapport à l'objectif que les institutions compétentes entendent poursuivre, peut affecter la légalité d'une telle mesure* »¹⁴⁸.

¹⁴³ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 300.

¹⁴⁴ PICOD F., *Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises*, thèse, Strasbourg, 1994, p. 57 s ; OLIVER P. J., *op.cit.*, p. 66, pt. 354 ; V. aussi MARTUCCI F., « L'entrave imputable à l'Union », *op.cit.*, p. 143.

¹⁴⁵ Comp. p. ex. CJCE, 13 décembre 1993, *Commission/Conseil (quotas de rhum)*, aff. C-218/92, *Rec.* 1983, p. 4063 ; CJCE, 9 août 1994, *Meyhui*, aff. C-51/93, *Rec.* 1994, p. I-03879 ; CJCE, 20 mai 2003, *Ravil*, aff. C-469/00, *Rec.* 2003, p. I-05053. V. aussi MARTUCCI F., « L'entrave imputable à l'Union », *op.cit.*, p. 143.

¹⁴⁶ MARTUCCI F., « L'entrave imputable à l'Union », *op.cit.*, p. 146.

¹⁴⁷ V. aussi OLIVER P. J., *op.cit.*, p. 66 s.

¹⁴⁸ CJCE, 14 décembre 2004, *Swedish Match*, aff. C-210/03, *Rec.* 2004, p. I-11893, pt. 48.

Dans l'affaire *ESB*, la Cour va encore plus loin considérant que « *le contrôle du juge communautaire doit se limiter à examiner si l'exercice d'un tel pouvoir n'est pas entaché d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir ou encore si la Commission n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation* »¹⁴⁹. C'est cette large marge d'appréciation accordée par la Cour de justice qui permet de distinguer les entraves étatiques des entraves émanant des institutions de l'Union européenne¹⁵⁰.

Quant aux justifications possibles, la Cour se fonde aussi bien sur des justifications issues du traité, comme par exemple la santé publique¹⁵¹ et la protection de la propriété industrielle et commerciale¹⁵², que sur des justifications jurisprudentielles, comme la protection des consommateurs et la loyauté des transactions commerciales¹⁵³ ou l'efficacité des contrôles fiscaux¹⁵⁴, pour ne donner que quelques exemples.

Cette analogie des justifications par rapport aux justifications étatiques n'est guère surprenante, comme le professeur Martucci le relève. Il constate qu' « *à mesure que l'harmonisation avance, l'intérêt général de la mesure cesse d'être purement national ; il se communautarise progressivement. Initialement extérieur, l'objectif est finalement intériorisé par l'Union européenne ; c'est là le propre de toute intégration positive* »¹⁵⁵.

Nous déduisons de cette délimitation que l'origine privée d'une mesure se définit par opposition à l'origine étatique ou institutionnelle¹⁵⁶. Dès lors, dans la présente thèse, nous comprenons par « mesure d'origine privée » uniquement les mesures prises par un acteur autonome agissant sans être investi par une quelconque puissance publique, étatique ou institutionnelle.

¹⁴⁹ CJCE, 5 mai 1998, *RU/Commission dit ESB*, aff. C-180/96, *Rec.* 1998, p. I-02265, pt. 60.

¹⁵⁰ Dans le même sens : MARTUCCI F., « L'entrave imputable à l'Union », *op.cit.*, p. 163.

¹⁵¹ CJCE, arrêt *Verband Sozialer Wettbewerb* précité, aff. C-315/92 ; CJCE, arrêt *Swedish Match* précité, aff. C-210/03 ; CJCE, 14 décembre 2004, *Arnold André*, aff. C-434/02, *Rec.* 2004, p. I-1182.

¹⁵² CJCE, 20 mai 2003, *Consorzio del Prosciutto di Parma dit Jambon de Parme*, aff. C-108/01, *Rec.* 2003, p. I-05121.

¹⁵³ CJCE, arrêt *Verband Sozialer Wettbewerb* précité, aff. C-315/92.

¹⁵⁴ CJUE, arrêt *Schmelz* précité, aff. C-97/09.

¹⁵⁵ MARTUCCI F., « L'entrave imputable à l'Union », *op.cit.*, p. 161.

¹⁵⁶ Comp. PREEDY K., *op.cit.*, p. 22 ; RIDORÉ C.-A., *op.cit.*, § 54.

La notion de particulier inclut non seulement les individus, mais aussi les personnes morales. Ici encore, la définition se fait par opposition. Est particulier toute personne privée, physique ou morale, c'est-à-dire toute personne qui n'est pas une personne publique¹⁵⁷. La notion des personnes morales regroupe toute personne juridique régie par les règles du droit privé, poursuivant un but lucratif ou non¹⁵⁸. Ainsi, elle comprend les sociétés civiles ou commerciales aussi bien que les associations et fondations.

Ceci montre que la notion des personnes privées est hétérogène, constituée de différentes catégories de personnes. Pour autant, ces différentes catégories de personnes ont un élément commun : elles agissent d'une manière autonome sans être investies par la puissance publique ou les institutions de l'Union européenne. Cet élément commun permet de les regrouper toutes dans une seule notion.

Dans la présente thèse, nous allons analyser l'aptitude des dispositions des traités relatives aux libertés de circulation à être invoquées par une personne privée - tel que définie ci-avant - devant un juge national pour en déduire directement une créance à l'encontre d'une autre personne privée¹⁵⁹.

Analysant la jurisprudence en la matière ainsi que le débat doctrinal, nous allons tenter de trouver des réponses à la multitude des questions qui se posent dans le cadre des entraves d'origine privée : Quelles personnes privées et quelles mesures d'origine privée sont concernées ? Convient-il de distinguer parmi les différentes catégories de mesures d'origine privée et dans l'affirmative, suivant quels paramètres ? Convient-il de différencier suivant la liberté de circulation en cause ? Quel type d'effet horizontal doit être envisagé, l'effet horizontal direct, indirect ou une combinaison des deux ?

Comment faut-il appréhender le fait que les personnes privées disposent de l'autonomie privée et sont titulaires de droits et libertés ? Comment concilier ces libertés avec les exigences du marché intérieur ? Quelles conséquences diverses aurait l'assujettissement des personnes privées aux obligations découlant des libertés de

¹⁵⁷ LUMARET C., *op.cit.*, p. 36 s., pt. 11.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 37, pt. 11.

circulation, quels (nouveaux) devoirs imposerait-il, limitant ainsi les libertés et privilèges dont disposent les personnes privées ?

Convient-il d'imposer une « *conscience réflexive européenne* » aux personnes privées et dans l'affirmative, quelle est sa portée et quelles sont les limites ?

La question des limites de l'imposition d'une conscience réflexive européenne nous amène à une autre catégorie de questions, à savoir celles qui sont relatives aux justifications invocables par les personnes privées. Quels types de justifications peuvent-elles invoquer et comment résoudre un conflit entre des intérêts antagonistes dans le cadre d'un litige entre particuliers ? Comment tenir compte des particularités inhérentes aux personnes privées, les distinguant de l'autorité publique ?

Dans le cadre de la présente thèse, nous allons essayer de trouver des réponses à ce grand nombre de questions diverses. Ce faisant, nous tenterons dans un premier temps d'appréhender les entraves d'origine privée (Partie I) pour, ensuite, examiner dans un second temps la mise en œuvre des justifications des entraves (Partie II).

¹⁵⁹ RIDORÉ C.-A., *op.cit.*, § 94.

Partie 1. L'appréhension des entraves d'origine privée

La première partie de la présente thèse est consacrée à une tâche laborieuse : l'appréhension des entraves d'origine privée.

L'objectif est de déterminer si et dans quelle mesure les personnes privées doivent respecter les obligations découlant des libertés de circulation. Étudiant en détail les traités constitutifs, la jurisprudence et la doctrine, nous allons en tirer des conséquences pour les mesures restrictives émanant des personnes privées afin d'établir l'étendue et les limites des obligations que les libertés de circulation imposent aux particuliers.

Ce faisant, nous allons dresser les nombreux enjeux liés aux entraves d'origine privée dans le but de trouver une solution qui satisfait aux exigences découlant des libertés de circulation tout en respectant à la fois les particularités liées à l'origine privée de telles entraves.

Dans un premier temps, notre étude montrera pourquoi l'appréhension des entraves d'origine privée implique une approche complexe au regard des libertés de circulation (Titre 1). Dans un second temps, nous allons examiner les raisons pour lesquelles il est nécessaire de restreindre l'interdiction des entraves d'origine privée et des effets horizontaux (Titre 2).

TITRE 1 : UNE APPROCHE COMPLEXE AU REGARD DES LIBERTES DE CIRCULATION

L'appréhension des entraves d'origine privée soulève de nombreuses questions. La première qui se pose est celle de savoir si les personnes privées sont visées par les dispositions relatives aux libertés de circulation. À travers une analyse détaillée des dispositions des traités constitutifs et de la jurisprudence pertinente, nous allons essayer d'y apporter une réponse. Le but de ce premier titre est d'établir un état des lieux des entraves d'origine privée.

Nous constaterons que ce but s'avère difficile à atteindre. Une interprétation littérale, systémique et téléologique des libertés de circulation en particulier et du marché intérieur en général peut, *a priori*, donner l'impression d'un régime commun aux libertés de circulation (Chapitre 1). Cependant, une étude plus détaillée de chaque liberté de circulation, et notamment de la jurisprudence de la Cour de justice y afférente, remet les apparences en question en menant au constat de la persistance de disparités entre les libertés de circulation (Chapitre 2).

Chapitre 1 – L'apparence d'un régime commun aux libertés de circulation

Afin de déterminer si les entraves d'origine privée sont susceptibles de constituer des obstacles prohibés par libertés de circulation, il convient d'interpréter les dispositions pertinentes. Or l'interprétation n'est pas une tâche facile.

Dans un discours, le juge Murray en exprime les difficultés : « *The interpretation of legal texts such as statutes and constitutions has presented problems from the earliest time to the present day. Plato urged that laws be interpreted according to their spirit rather than literally. Voltaire expressed the view that to interpret the law is to corrupt it. Montesquieu viewed the judge as simply the mechanical spokesman of the law. The role of the Judge has been transformed since Montesquieu's day, but the historic tension still exists between the search for the "true intent" of a legal norm and the desire for certainty and transparency in the application of law. That such tension should persist to the present day is not surprising when one considers that first, there is the law; then there is interpretation. Then interpretation is the law. This simplified reference to the judicial process emphasises that when courts apply a legal norm the interpretation which they give it has ultimate authority* »¹⁶⁰.

Au sein du système du droit de l'Union, conformément à l'article 19 TUE, la Cour de justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités.

L'interprétation de la Cour de justice permet de combler les lacunes juridiques, « *que présente inéluctablement tout système juridique* »¹⁶¹. Ainsi, elle procède à l'évolution du droit *praeter legem*¹⁶². Pour autant, une telle évolution du droit nécessite

¹⁶⁰ MURRAY J.L., « Methods of Interpretation - Comparative Law Method », in *Actes du Colloque pour le cinquantième anniversaire des traités de Rome : 1957-2007. L'influence du droit national et de la jurisprudence des juridictions des États membres sur l'interprétation du droit communautaire*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007, p. 39.

¹⁶¹ SIMON D., *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Paris, Pedone, 1981, p. 124.

¹⁶² V. avec plus de références LENGAUER A.-M., *Drittwirkung von Grundfreiheiten : Ein Beitrag zu dem Konzept des Normadressaten im Gemeinschaftsrecht*, Wien, Springer Verlag, 2011, p. 41 s.

l'existence d'une incomplétude ou du silence de la loi : si une règle est claire, elle ne doit pas être interprétée, mais appliquée¹⁶³.

L'interprétation présuppose donc ce qu'on appelle une inconséquence de la loi ou un silence qualifié du législateur (« *planwidrige Unvollständigkeit* »)¹⁶⁴. Le juge doit prendre « *soin de combler cette lacune en interprétant les règles (...) existantes, de façon à intégrer dans leur champ d'application la situation litigieuse* »¹⁶⁵. L'existence d'une lacune est importante puisque tout en ayant la compétence de combler une lacune juridique, les juges ne sont pas compétents pour « corriger » une « erreur » du législateur¹⁶⁶.

Comme la professeure Lengauer¹⁶⁷ le souligne, la Cour de justice dispose de la compétence pour procéder au développement du droit. Encore faut-il analyser si dans le cadre des entraves d'origine privée, la Cour de justice a outrepassé ses compétences ou non. À cette fin, il est nécessaire d'interpréter les dispositions pertinentes et d'analyser la jurisprudence de la Cour de justice.

Il convient de procéder en deux temps. Dans un premier temps, nous prendrons en compte les arguments tirés des termes et de la systématique des traités (Section 1) pour, dans un second temps, étudier la finalité des traités (Section 2).

Section 1 : La prise en compte des arguments tirés des termes et de la systématique des traités

L'examen des arguments tirés des termes et de la systématique des traités nécessite, au préalable, une analyse des méthodes d'interprétation utilisées par la Cour de justice. L'étude va démontrer que la Cour de justice interprète le droit de l'Union d'une

¹⁶³ SIMON D., *op.cit.*, p. 82 s.

¹⁶⁴ V. pour plus de détails et références : LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 45 s; BYDLINSKI F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien, Springer Verlag, 2e édition, 1991, p. 473 s.

¹⁶⁵ SIMON D., *op.cit.*, p. 123.

¹⁶⁶ LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 45 s.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 52.

manière autonome, examinant les termes d'une disposition, sa position et systématique ainsi que son *telos*¹⁶⁸.

Nous allons suivre ce schéma. Après une étude des méthodes d'interprétation de la Cour de justice, nous allons examiner les termes des dispositions relatives au marché intérieur et celles relatives aux libertés de circulation. Ensuite, nous allons étudier leur position au sein des traités. Enfin, nous allons finir notre analyse par un examen des arguments tirés des buts des traités.

Commençons notre étude par l'examen des arguments tirés des termes et de la systématique des traités, ce dernier va nous démontrer l'absence d'identification des personnes privées (Paragraphe 1) et révéler les insuffisances des interprétations littérales et systématiques des traités (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'absence d'identification des personnes privées

Afin d'être en mesure d'identifier les personnes tenues au respect des obligations découlant des libertés de circulation, il convient, d'abord, d'étudier les méthodes d'interprétation utilisées par la Cour de justice (A). Cette étude des méthodes d'interprétation sera suivie par l'interprétation littérale des dispositions pertinentes, qui révélera la neutralité des termes des traités (B).

A) Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice

La première étape de toute interprétation d'une disposition juridique commence par une analyse littérale, ce qui vaut pour l'interprétation du droit de l'Union. Néanmoins, il faut constater que la Cour de justice octroie à cette méthode d'interprétation des traités une importance limitée. En effet, conformément à l'article 55 TUE, ces derniers sont rédigés en un exemplaire unique dans les 24 langues officielles de l'Union européenne. Ils font foi dans chacune de ces langues.

¹⁶⁸ V. aussi RIDEAU Joël, « Ordre juridique de l'Union européenne - Sources non écrites », *Jurisclasseur Europe Traités*, fasc. 191, mise à jour en août 2014, pt. 22 s ; LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 79 s.

Ainsi, une comparaison des différentes versions linguistiques des traités s'avère impraticable et d'un point de vue linguistique peu opérationnelle pour un problème d'interprétation juridique¹⁶⁹. C'est pourquoi aucune langue ne l'emporte en cas de divergences entre les différentes versions linguistiques.

De plus, la Cour de justice a souligné dans l'affaire *CILFIT* que « même en cas de concordance exacte des versions linguistiques », le droit de l'Union utilise « une terminologie qui lui est propre »¹⁷⁰. Dès lors, il s'ensuit pour la Cour que « les notions juridiques n'ont pas nécessairement le même contenu » en droit de l'Union « et dans les différents droits nationaux »¹⁷¹. Ceci a amené la Cour de justice à privilégier d'autres méthodes d'interprétation, notamment l'interprétation téléologique¹⁷².

La Cour de justice a une approche similaire s'agissant de l'interprétation historique. L'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose qu'il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, tels que les travaux préparatoires et/ou les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu. Or en droit de l'Union, cette méthode d'interprétation ne saurait être appliquée du fait que les travaux préparatoires et le procès-verbal des traités ne sont pas accessibles au public¹⁷³. Dans ce contexte, concernant l'interprétation du droit primaire¹⁷⁴, l'interprétation historique est inopérable. C'est pourquoi la Cour de justice y a rarement recours¹⁷⁵.

Cependant, cette impossibilité semble quelque peu atténuée. Désormais, de plus en plus de travaux préparatoires sont publiés¹⁷⁶. Ainsi, dans l'affaire *Pringle*, la Cour de justice s'est

¹⁶⁹ LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 56.

¹⁷⁰ CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. 283/81, *Rec.* 1982, p. 3415, pt. 19.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 56.

¹⁷³ V. notamment les conclusions de l'AG Mayras du 28 mai 1974 sur l'affaire *Reyners*, aff. 2/74, *Rec.* 1974, p. 657 (spéc. p. 666). L'Avocat général y renvoie à la jurisprudence de la Cour de justice et rappelle que la Cour n'a pas recours à cette méthode d'interprétation ; v. aussi: LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 79; LENAERTS K. et GUTIERREZ-FONS J. A., « To say what the Law of the EU is : Methods of Interpretation and the European Court of Justice », *Academy of European Law* [en ligne], Fiesole, EUI Working Paper, 2013/9, pp.3-4.

¹⁷⁴ Il y a une controverse doctrinale quant au recours à l'interprétation historique pour le droit dérivé, v. à cet effet : LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 79.

¹⁷⁵ V. PREEDY K., *Bindung Privater an die Grundfreiheiten*, Berlin, Duncker und Humblot, 2005, p. 88.

¹⁷⁶ LENAERTS K. et GUTIERREZ-FONS J. A., « To say what the Law of the EU is : Methods of Interpretation and the European Court of Justice », *op.cit.*, p. 19.

expressément référée aux « travaux d'élaboration » du traité de Maastricht pour interpréter l'article 125 TFUE¹⁷⁷. Dans l'affaire *Inuit*, le Tribunal a eu recours, entre autres, à l'interprétation historique, ce qui a été accentué par la Cour de justice dans son arrêt d'appel, où elle considérait que le Tribunal avait procédé à une interprétation littérale, historique et téléologique de la disposition en question et avait dès lors opéré une « *interprétation classique selon les méthodes d'interprétation reconnues par le droit de l'Union* »¹⁷⁸.

Néanmoins, la Cour de justice a affirmé dans l'affaire *Leffler* que « *s'agissant (...) des travaux préparatoires (...), il suffit de relever que la volonté supposée des délégations des États membres ne s'est pas matérialisée dans le texte même du règlement. Il s'ensuit que ces prétendus travaux préparatoires ne sauraient être invoqués à l'encontre d'une interprétation autonome du règlement visant à assurer un effet utile aux dispositions que celui-ci contient, en vue de son application uniforme dans la Communauté, dans le respect de sa finalité* »¹⁷⁹.

Ceci démontre que la Cour de justice refuse d'avoir recours aux travaux préparatoires si ces derniers ne sont pas accessibles au public et ne se matérialisent pas d'une manière univoque dans le texte à interpréter. Elle privilégie l'interprétation téléologique tenant compte de l'application uniforme du droit de l'Union et de la finalité des dispositions en cause.

Notons que la Cour de justice ne s'y réfère dans aucun arrêt relatif à l'effet horizontal des libertés de circulation¹⁸⁰. Ceci est cohérent puisque les travaux préparatoires des dispositions relatives aux libertés de circulation datant du début de la construction européenne et celles-ci étant restées quasiment inchangées depuis, ils ne sont toujours pas accessibles au public.

Comme l'interprétation historique est *a priori* exclue, la Cour de justice a avant tout recours à l'interprétation systémique et l'interprétation téléologique.

¹⁷⁷ CJUE, 27 novembre 2012, *Pringle*, aff. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, pt. 134 et 135.

¹⁷⁸ CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit*, aff. C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625, pt. 84.

¹⁷⁹ CJCE, 8 novembre 2005, *Leffler*, aff. C-443/05, *Rec.* 2005, p. I-9611, pt. 48.

¹⁸⁰ DE LA ROSA St., « L'écriture des libertés de circulation », in DUBOUT E. et MAITROT DE LA MOTTE A. (dir.), *L'unité des libertés de circulation - In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 36 ; PREEDY K., *op.cit.*, p. 88.

L'interprétation systémique implique la mise en contexte logique de la règle de droit à interpréter : le cadre textuel d'une règle et sa position au sein d'une loi ou d'un traité¹⁸¹. L'idée qui sous-tend cette méthode d'interprétation est que les normes d'un traité sont étroitement liées les unes aux autres. En interprétant une norme, il est nécessaire d'examiner le rapport de cette norme avec les autres normes du texte juridique en question. Le but est que les normes du même traité soient en harmonie les unes avec les autres - ou au moins qu'il n'y ait pas de contradiction directe¹⁸².

Il convient de faire une distinction entre l'interprétation systémique au sens étroit et au sens large. L'interprétation systémique au sens étroit permet seulement une analyse des normes voisines de celle qui est soumise à l'interprétation. En revanche, l'interprétation systémique au sens large étudie les normes qui, bien que se trouvant dans un autre chapitre ou titre, sont pertinentes pour comprendre le sens de la norme en question¹⁸³.

Le professeur Bengoetxea résume ce processus d'une manière particulièrement éclairante : « *The text under consideration (materia) can be a paragraph or a sentence of an article of a Community legal document, in which case its nearest wider context will be the section of the chapter in which it is placed, then the whole chapter, the title, the whole Treaty, or type of Community legislation - regulations, directives, decisions, etc. - including the preambles, annexes contained therein* »¹⁸⁴.

Nous allons suivre ce schéma en examinant tout d'abord les exceptions et dérogations aux libertés de circulation ainsi que leurs normes voisines. Ensuite, nous allons procéder à l'analyse plus large en étudiant notamment le droit de la concurrence et le principe de non-discrimination.

L'interprétation systémique joue un rôle important dans la jurisprudence de la Cour de justice¹⁸⁵. Pour autant, il faut souligner qu'il est souvent difficile de distinguer

¹⁸¹ BYDLINSKI F., *op.cit.* p. 442; v. aussi SIMON D., *op.cit.*, p. 350 s.

¹⁸² V. pour plus de détails GRABER R., *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, München, Herbert Utz Verlag, 2002, p. 36 s.

¹⁸³ PREEDY K., *op.cit.*, p. 89.

¹⁸⁴ BENGOETXEA J., *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford, Clarendon Press Oxford University Press, 1993, p. 242.

¹⁸⁵ V. avec plus de références : LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 62 s.

cette méthode d'interprétation de l'interprétation littérale ainsi que de l'interprétation téléologique¹⁸⁶, car en s'interrogeant sur le contexte d'une norme - sa systématique - l'on s'interroge également sur son *telos*, sa finalité, et l'on examine également les termes des normes en cause.

C'est la raison pour laquelle la Cour de justice combine souvent l'interprétation systémique et l'interprétation téléologique, sans que ces deux étapes puissent clairement être distinguées l'une de l'autre. Cependant, il est arrivé qu'elle distingue clairement les deux méthodes d'interprétation. Tel était le cas dans l'arrêt *Defrenne II*, où elle a constaté « *que la question de l'effet direct de l'article 119 doit être appréciée au regard de la nature du principe d'égalité de rémunération, de l'objectif poursuivi par cette disposition et de sa place dans le système du traité* »¹⁸⁷.

Ceci est un bon exemple d'interprétation où la Cour explique qu'elle s'interrogerait sur le *telos* de la disposition (interprétation téléologique) ainsi que sur la place de la norme dans le système du traité (interprétation systémique) tout en distinguant ces deux étapes.

Il n'empêche que dans la majeure partie de sa jurisprudence, la distinction s'avère difficile. Ceci est également lié au fait que les objectifs et principes de l'Union européenne sont énoncés dans la première partie du TUE. En se fondant sur un de ces objectifs, la Cour de justice a nécessairement recours à la fois à l'interprétation systémique et à l'interprétation téléologique¹⁸⁸. Souvent, la Cour de justice utilise une méthode d'interprétation qui peut être résumée comme étant une interprétation systémique-téléologique des traités.

Enfin, l'interprétation téléologique, qui constitue sans aucun doute la méthode la plus importante et répandue en droit de l'Union, s'interroge sur la finalité, le *telos*, d'une

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 61.

¹⁸⁷ CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne/Sabena (Defrenne II)*, aff. C-43/75, *Rec.* 1976, p. 455, pt. 7.

¹⁸⁸ LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 69.

norme à interpréter¹⁸⁹. La recherche de l'effet utile d'une disposition, voire des traités, est au cœur de cette méthode d'interprétation¹⁹⁰.

Trois types d'interprétation téléologique peuvent être distingués¹⁹¹. Le premier type dit « interprétation fonctionnelle » s'interroge sur l'effet utile d'une disposition. L'interprétation fonctionnelle est étroitement liée à l'interprétation systémique puisqu'afin de déterminer quelle interprétation respecte le plus l'effet utile de la norme, il est nécessaire d'analyser son contexte et sa systématique. L'interprétation téléologique *stricto sensu* s'interroge ensuite sur les objectifs que la disposition en cause vise à atteindre. Enfin, l'interprétation conséquentialiste met l'accent sur les conséquences potentielles d'un choix d'interprétation.

Il est évident que ces trois types d'interprétation téléologique sont étroitement liés, jouent ensemble et sont difficiles à distinguer. Tous poursuivent un but commun : la recherche du *telos* d'une norme.

Comme mentionné plus haut, la Cour de justice a une préférence pour cette méthode d'interprétation. Elle en déduit le principe de l'interprétation uniforme et autonome du droit de l'Union¹⁹². Même si la Cour de justice a une préférence pour l'interprétation téléologique, il n'y a pas de règle de priorité pour l'une ou l'autre méthode d'interprétation. Les traités sont silencieux à cet égard, aucune disposition ne privilégiant une méthode d'interprétation au détriment d'une autre¹⁹³.

Dans le but de procéder à un examen complet, nous allons exploiter toutes les différentes méthodes d'interprétation utilisées par la Cour de justice. Suivant son schéma d'interprétation, nous allons commencer par l'interprétation littérale des dispositions relatives au marché intérieur et celles relatives aux libertés de circulation.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 70 s.

¹⁹⁰ V. aussi LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 70 s.

¹⁹¹ BENGOETXEA J., *op.cit.*, p. 240 s.

¹⁹² V. avec plus de détails LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 78.

¹⁹³ LENAERTS K. et GUTIERREZ-FONS J., « To say what the Law of the EU is : Methods and Interpretation and the European Court of Justice », *op.cit.* ; ITZCOVICH G., « The interpretation of Community Law by the European Court of Justice », *German Law Journal*, 2009, vol. 10 (5), p. 537.

B) La neutralité des termes des traités

Les libertés de circulation sont traitées dans le titre II de la troisième partie du TFUE, aux articles 28 à 37 TFUE pour la libre circulation des marchandises, et dans le titre IV, aux articles 45 à 66 TFUE pour la libre circulation des personnes, des services et des capitaux.

Avant de procéder à l'examen de ces dispositions spécifiques, il convient d'analyser les dispositions générales des traités consacrées au marché intérieur, qui définissent le champ d'application et la portée des libertés de circulation.

En effet, la première partie du TUE énonce les principes sur lesquels est fondée l'Union européenne, et notamment la construction du marché intérieur. Conformément à l'article 3, paragraphe 3, TUE, l'Union établit un marché intérieur, qui est défini dans l'article 26, paragraphe 2, TFUE 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. L'article 26, paragraphe 2, TFUE ne fait donc pas référence à l'origine des entraves¹⁹⁴.

Dès lors, une interprétation littérale de la définition du marché intérieur ne peut pas apporter une réponse à la question de savoir qui est tenu de respecter les obligations découlant des libertés de circulation. Il convient donc de procéder à une interprétation littérale des dispositions relatives aux libertés de circulation.

Pour ce qui est de la libre circulation des marchandises, les articles 28 à 33 TFUE relatifs à l'Union et la coopération douanière s'appliquent aux seuls États membres. Lesdites dispositions ne se prêtent pas à une application aux personnes privées¹⁹⁵. Les personnes privées ne sont pas susceptibles d'imposer des droits de douane ou des taxes d'effet équivalent puisque ceci est une prérogative de la puissance publique.

¹⁹⁴ PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », in MICHEL V. (dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur. Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Paris, Bruylant, 2014, p. 122.

¹⁹⁵ V. p.ex. MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *EuR*, 2014, p. 8.

Pourtant, il est aussi envisageable qu'une institution ou un organe de l'Union européenne autorise ou facilite l'imposition d'une taxe d'effet équivalent¹⁹⁶. C'est pourquoi, dans un arrêt de 1978, la Cour de justice a déclaré invalide l'article 31, paragraphe 2, du règlement n° 816/70 parce qu'il autorisait les États membres à instaurer et à percevoir des taxes d'effet équivalent¹⁹⁷. Il en reste que les particuliers ne sont pas visés par l'interdiction d'imposer des droits de douanes et des taxes d'effet équivalent.

Cependant, la libre circulation des marchandises ne se limite pas à une interdiction de droits de douane. Elle va au-delà d'une simple union douanière, pour établir un véritable marché intérieur. Conformément aux articles 34 et 35 TFUE, les restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent sont interdites entre les États membres.

Ces articles utilisant le seul terme « États membres », il est possible d'en déduire qu'ils ne s'adressent qu'à ces derniers. Pourtant, une lecture attentive nous amène à constater que les articles ne désignent aucun destinataire¹⁹⁸. Ils ne font qu'imposer une condition pour leur application : la nécessité d'un élément transfrontalier. Le terme « entre » indique que l'application de la libre circulation des marchandises exige que la marchandise circule entre les frontières les États membres¹⁹⁹.

Reste que le terme « mesure » pourrait présumer qu'est visé un acte ou un comportement d'origine étatique. Pour éprouver cette théorie, il nous faut procéder à une interprétation systémique des traités afin d'examiner si, dans le système mis en place par les traités, ce terme est toujours et uniquement utilisé pour désigner un acte étatique²⁰⁰.

¹⁹⁶ Dans le même sens MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 8.

¹⁹⁷ CJCE, arrêt du 20 avril 1978, *Société Commissionnaires réunis*, aff. joint. 80 et 81/77, *Rec.* 1978, p. 927, pt 38.

¹⁹⁸ V. aussi OLIVER P. J., *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 55.

¹⁹⁹ Comp. p.ex.: MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p.8; GRABER R., *op.cit.*, p. 53.

²⁰⁰ V. p.ex GANTEN T. O., *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Berlin, Duncker und Humblot, 2000, p. 57 s; JAENSCH M., *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Baden-Baden, Nomos Verlag,

Or comme le professeur Ganten le constate, tel n'est pas le cas²⁰¹. Il suffit de citer l'article 114 TFUE comme exemple. En effet, cet article décrit le mécanisme selon lequel le Parlement européen et le Conseil doivent arrêter les *mesures* relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. Ici, le terme « mesure » est donc incontestablement utilisé pour désigner un acte d'un organe de l'Union et non d'un organe ou émanation étatique.

Il est vrai que dans la célèbre formule issue de l'affaire *Dassonville*, la Cour de justice a défini les mesures d'effet équivalent comme « *toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire* »²⁰². Cette définition a ensuite été étendue aux autres libertés de circulation. Ainsi, seules les mesures étatiques seraient susceptibles de constituer des entraves aux libertés de circulation²⁰³.

Cependant, la jurisprudence de la Cour de justice relative aux entraves d'origine privée démontre le contraire. En effet, la même année, à savoir en décembre 1974, la Cour de justice a constaté dans l'arrêt *Walrave* que la prohibition de toute discrimination en raison de la nationalité, issue, dans le cas d'espèce, des articles 18, 45 et 56 TFUE²⁰⁴, « *s'impose non seulement à l'action des autorités publiques mais s'étend également aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de services* »²⁰⁵.

Si le chapitre suivant ainsi que le titre 2 de cette première partie de thèse apporterons davantage de détails sur ce point, nous pouvons d'ores et déjà constater que la Cour de justice ne semble pas limiter la notion de mesures d'effet équivalent aux seules réglementations étatiques.

1997, p. 107 s; SCHAEFER D., *Die unmittelbare Wirkung des Verbots der nichttarifären Handelshemmnisse (Art. 30 EWGV) in den Rechtsbeziehungen zwischen Privaten. Probleme der horizontalen unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts*, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 1987, p. 106 s.

²⁰¹ GANTEN T.O., *op.cit.*, p. 57.

²⁰² CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, *Rec.* 1974, p. 837, pt. 5.

²⁰³ Dans ce sens maître Oliver qui y voit un „fort indice“: OLIVER P.J., *op.cit.*, p. 68 s.

²⁰⁴ À l'époque les articles 7, 48 et 59 du traité CEE.

²⁰⁵ CJCE, arrêt *Walrave und Koch* précité, aff. 36/74, pt. 17.

L'expression « toutes mesures d'effet équivalent » démontre et souligne que les dispositions en question ne mettent pas l'accent sur l'auteur de la restriction, mais sur son *effet*. Ce qui est donc déterminant, c'est l'effet de l'acte ou du comportement en cause sur le marché intérieur²⁰⁶. Dans ce contexte, les fins poursuivies par une mesure ne sont pas non plus déterminantes. Bien entendu, l'intention poursuivie par les auteurs d'une mesure peut être un indice pertinent pour la qualification d'entrave, mais c'est bien son effet qui est déterminant.

Comme le professeur Picod le souligne, c'est pour cela que l'article 34 TFUE emploie le terme « mesures d'effet équivalent » aux restrictions quantitatives, sans parler de l'intention ou de la finalité de la mesure en cause²⁰⁷.

Des considérations similaires peuvent être avancées s'agissant des autres libertés de circulation. La libre circulation des travailleurs est définie par l'article 45 TFUE, la liberté d'établissement par l'article 49 TFUE, la libre prestation de services par l'article 56 TFUE et, enfin, la libre circulation des capitaux et moyens de paiements par l'article 63 TFUE.

Selon l'article 45, première phrase, TFUE, la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de l'Union. L'article 49, paragraphe 1, TFUE prévoit que sont interdites les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre. L'article 56, paragraphe 1, TFUE impose une interdiction similaire pour la prestation de service disposant que les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation. La disposition relative à la libre circulation des capitaux, l'article 63, para-

²⁰⁶ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Direct Horizontal Effect of the Transnational Market Access Freedoms of the Internal Market », in AMTENBRINK F., DAVIES G., KOCHENOV D. (éds.) *et al.*, *The Internal Market and the Future of European Integration : Essays in Honour of Laurence W. Gormley*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 32 s ; MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p.3 s ; GRABER R., *op.cit.*, p. 53 ; GANTEN T.O., *op.cit.*, p. 57 ; PREEDY K., *op.cit.*, p. 95.

²⁰⁷ PICOD F., « La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges », *RTDE*, 1998, p. 186-187.

graphes 1 et 2, TFUE, se distingue des dispositions précédentes dans le sens où son champ d'application est plus large. En effet, sont interdites toutes les restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers.

Les articles 45 et suivants TFUE donnent donc encore moins d'indices que les articles 34 et 35 TFUE quant à l'origine d'une restriction²⁰⁸. La notion d'État membre qui figure dans les articles en question est à chaque fois liée à celle de ressortissant. Elle sert donc à définir le champ d'application personnel des libertés de circulation en cause. Pour la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, cela suppose que la personne qui souhaite s'en prévaloir soit un ressortissant d'un État membre de l'Union.

Pour autant, lesdites restrictions ne concernent pas exclusivement les restrictions étatiques. Bien au contraire, les articles en cause sont caractérisés par un libellé particulièrement large, général et neutre. L'article 63 TFUE va encore plus loin dans la mesure où il inclut également les flux de capitaux et paiements entre les États membres et les pays tiers.

Ainsi, une interprétation littérale des dispositions relatives aux libertés de circulation n'est pas susceptible de nous apporter des solutions. Déjà, dans l'arrêt *Walrave* de 1974, la Cour de justice a souligné la neutralité des termes des dispositions ayant trait aux libertés de circulation. En l'occurrence, il s'agissait de la libre prestation de services, constatant que l'article 59 du traité CEE (à l'époque) « *ne fait aucune distinction en ce qui concerne l'origine des entraves à éliminer* »²⁰⁹.

Il est incontestable que les États membres sont soumis au respect de ces interdictions²¹⁰, ce qui a été confirmé à maintes reprises par la Cour de justice²¹¹. De plus, les

²⁰⁸ V. aussi PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », *op.cit.*, p. 122; MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt 303 s; SCHAEFER D., *op.cit.*, p. 120; JAENSCH M., *op.cit.*, p. 93; SCHROEDER W., « Art. 34 AEUV », in STREINZ R. (éd.), *EU, AEUV*, München, C.H. Beck, 2^e édition, 2012, pt. 25-27.

²⁰⁹ CJCE, arrêt *Walrave* précité, aff. 36/74, pt. 20.

²¹⁰ V. à cet effet OLIVER P. J., *op.cit.*, p. 55; MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 288; KINGREEN T., « Art. 34-36 AEUV »,

dispositions du traité CEE s'adressaient expressément aux États membres, disposant que les « *États membres s'abstiennent* » d'introduire des restrictions quantitatives et des mesures d'effet équivalent²¹². Cependant, ces dispositions ont été modifiées par le traité d'Amsterdam. Aujourd'hui, nous l'avons vu ci-dessus, elles ne mentionnent plus les États membres, mais sont neutres, interdisant toute restriction aux libertés de circulation.

Or même à l'époque des dispositions d'origine, la Cour de justice a accordé peu d'importance à cette mention. En effet, elle s'y est référé dans la seule affaire Walrave concernant la libre prestation de services. Dans son arrêt, la Cour de justice a constaté encore que « *sans doute, les articles 60, alinéa 3, 62 et 64, concernent spécifiquement, dans le domaine des prestations de services, la suppression de mesures d'ordre étatique mais que cette circonstance ne permet pas de faire échec à la généralisation des termes de l'article 59, lequel ne fait aucune distinction en ce qui concerne l'origine des entraves à éliminer* »²¹³.

Un autre argument historique consiste à dire qu'en tant qu'auteurs des traités, les États membres ne visaient pas les personnes privées, mais uniquement les États. En raison de leur nature d'obligations étatiques issues d'un traité international²¹⁴, il n'aurait pas été prévu que les normes des traités puissent être directement applicables aux personnes privées²¹⁵. Or cet argument peut facilement être relativisé par une simple référence au caractère évolutif du droit de l'Union européenne et notamment à la jurisprudence de la Cour de justice. Dans son célèbre arrêt *Van Gend & Loos*²¹⁶, la Cour de justice a établi que « *la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines*

in CALLIESS Ch. et RUFFERT M., *EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar*, München, C.H. Beck, 5^e édition, 2016, pt. 104.

²¹¹ Comp. CJCE, arrêt *Vlaamse Reisbureaus* précité, aff. 311/85, pt. 30 ; CJCE, arrêt *Bayer/Süllhofer* précité, aff. C-65/85, pt. 1.

²¹² Articles 31-33, 34, paragraphe 2 et 35, 50, 53 et 60, paragraphe 3, du traité CEE.

²¹³ CJCE, arrêt *Walrave* précité, aff. 36/74, pt. 20.

²¹⁴ DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », in DUBOUT E. et MAITROT DE LA MOTTE A. (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 105.

²¹⁵ V. aussi MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 7.

²¹⁶ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, aff. 26/62, *Rec.* 1963, p. 3.

restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants ; que, partant, le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique »²¹⁷.

Même si une analyse des termes des articles 34 et 35 TFUE ainsi que des articles 45, 49, 56 et 63 TFUE a montré qu'ils sont rédigés d'une façon neutre sans distinguer selon l'origine d'une mesure restrictive, il convient de noter qu'un certain nombre de dispositions relatives aux libertés de circulation s'adressent expressément aux États membres et institutions, tandis que d'autres le font indirectement du fait que seuls les États membres ou les institutions disposent des pouvoirs requis pour les exécuter. Ainsi, les articles 47, 55, 60 et 61 TFUE s'adressent expressément aux États membres. Nous avons vu également que les dispositions des traités relatives à l'Union douanière s'adressent indirectement aux États membres.

Selon certains auteurs²¹⁸, tel serait aussi le cas pour les clauses justificatives prévues par les traités. Elles seraient la preuve que les libertés de circulation ne s'imposent pas aux personnes privées. La terminologie desdites clauses serait étroitement liée aux compétences et prérogatives réservées aux États membres et aux institutions de l'Union européenne²¹⁹.

Il est vrai que des notions telle que celles d'« ordre public », de « sécurité publique » ou encore de « santé publique » sont habituellement rattachées à l'État dans la mesure où c'est à lui qu'il revient de protéger les individus contre toute menace à l'ordre public, à la sécurité publique et à la santé publique, notamment à travers l'exercice de l'autorité publique²²⁰. Selon les propos du professeur Müller-Graff, les personnes pri-

²¹⁷ *Ibid.*, pt. 177.

²¹⁸ Comp. p.ex : DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 129 ; KINGREEN T., « Art. 36-36 », in CALLIESS Ch. et RUFFERT M., *op.cit.*, pt. 115.

²¹⁹ RIDORÉ C.-A., *L'effet horizontal de la libre circulation des personnes en droit communautaire : ses fondements, son régime et sa transposition à l'Accord Suisse-CE sur la libre circulation des personnes (ALCP)*, Berne, s.n., 2012, p. 80 s.

²²⁰ GRABER R., *op.cit.*, p. 92.

vées ne sont, en principe, pas légitimes à entraver le marché intérieur dans le but de protéger ou d'assurer un intérêt général de la société²²¹.

Néanmoins, dans l'arrêt *Bosman*, la Cour de justice a considéré que « rien ne s'oppose en effet à ce que les justifications tirées de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique soient invoquées par des particuliers. La nature publique ou privée de la réglementation en cause n'a aucune incidence sur la portée ou sur le contenu desdites justifications »²²². Il est vrai que ces deux phrases simplifient la problématique des justifications invocables par les personnes privées. Néanmoins, il convient de retenir que la Cour de justice a explicitement constaté que les justifications tirées de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique sont susceptibles d'être invoquées par les personnes privées.

De surcroît, dans plusieurs arrêts, la Cour de justice a reconnu que les personnes privées peuvent invoquer des « considérations objectives »²²³, des « objectifs à l'intérêt général »²²⁴ ou un « objectif légitime compatible avec le traité et justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général »²²⁵ à l'encontre des entraves aux libertés de circulation. Les termes utilisés par la Cour de justice semblent donc varier.

Le professeur Graber estime néanmoins que si le législateur avait l'intention d'obliger également les personnes privées, il aurait prévu des justifications expresses pour ces dernières²²⁶. Cependant, ce point de vue doit être rejeté.

D'une part, il ne faut pas négliger le fait que l'article 36 TFUE prévoit que la protection de la propriété industrielle et commerciale permet de déroger à l'interdiction de restriction. Or, cette protection de la propriété industrielle et commerciale est toujours mise en œuvre par une personne privée sous la forme d'une action en contrefaçon pour violation de ses droits exclusifs protégés au titre de la propriété intellectuelle, même si la restriction en

²²¹ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 12.

²²² CJCE, arrêt *Bosman* précité, aff. C-415/93, pt. 86.

²²³ CJCE, arrêt *Angonese* précité, aff. C-281/98, pt. 42.

²²⁴ CJUE, arrêt *Casteels* précité, aff. C-379/11, pt. 30.

²²⁵ CJCE, arrêt *Laval* précité, aff. C-341/05, pt. 101; CJUE, arrêt *Olympique Lyonnais* précité, aff. C-325/08, pt. 38.

²²⁶ GRABER R., *op.cit.*, p. 94.

cause trouve sa source dans la législation nationale accordant de tels droits à son titulaire²²⁷. C'est donc la législation nationale qui est examinée par la Cour de justice au regard du régime de dérogations prévu par l'article 36 TFUE ; ce faisant, elle apprécie également les comportements de la personne privée titulaire des droits de propriété intellectuelle, notamment par rapport aux exigences établies par la seconde phrase de l'article 36 TFUE, à savoir l'exclusion de discriminations arbitraires et de restrictions déguisées²²⁸.

Il en est de même en matière de concurrence déloyale. Alors que la restriction trouve sa source dans la législation nationale ou une jurisprudence nationale, l'action en concurrence déloyale est mise en œuvre par une personne privée à l'encontre d'une autre personne privée²²⁹. La Cour de justice examine la législation ou la jurisprudence nationale au regard de l'interdiction des entraves à la libre circulation, mais en prenant en compte les comportements de la personne privée se prévalant d'une atteinte à la concurrence déloyale, en particulier par rapport à l'exclusion de discriminations arbitraires ou de restrictions déguisées²³⁰.

D'autre part, il convient de souligner que le droit de l'Union est un droit dynamique et évolutif. Ainsi, en recourant aux méthodes d'interprétation, la Cour de justice a au fur et à mesure de sa jurisprudence adapté et étendu les justifications invocables par les États membres afin de prendre en considération les mutations et exigences contemporaines. Ceci lui a permis, par exemple, de tenir compte de la protection de l'environnement ainsi que de la protection des consommateurs²³¹.

Lesdites justifications ne figurent pas dans les traités. Pourtant, elles sont susceptibles d'être invoquées par les États membres ou les institutions de l'Union afin de justifier une restriction aux libertés de circulation. Le système de justifications prévu par les

²²⁷ PICOD F., « Libre circulation des marchandises. Champ d'application. Principaux mécanismes », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 530, mise à jour septembre 2019, pt. 80.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », *op.cit.*, p. 128.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ V. Partie II, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 1 de la présente thèse.

traités a donc déjà été assoupli par la reconnaissance jurisprudentielle de justifications non écrites dans les traités²³².

Pour conclure, les termes des traités ne peuvent nous apporter de réponses quant à la question des entraves d'origine privée puisque leur analyse a montré qu'ils sont neutres. Les dispositions pertinentes ne mentionnent pas le ou les auteur(s) de l'entrave. Reste la seule certitude que les termes n'*excluent* pas que les personnes privées soient également visées par l'interdiction de toute entrave aux libertés de circulation. Bien au contraire, leur examen a démontré qu'ils mettent l'accent sur l'effet d'une mesure sans désigner son auteur.

Pour autant, ce constat ne suffit pas pour établir l'existence d'un effet horizontal des libertés de circulation. L'interprétation des termes des traités ne pouvant à elle-seule nous donner une réponse satisfaisante, il convient d'analyser les dispositions voisines des libertés de circulation et de s'interroger sur la systématique des traités.

Paragraphe 2 : Les insuffisances des interprétations littérales et systémiques des traités

En raison de l'absence d'identification des personnes privées par les termes des traités constitutifs, il est nécessaire de procéder à une interprétation systémique des dispositions pertinentes. Nous allons étudier les différentes dispositions invoquées par la doctrine, soit dans le but d'établir l'effet horizontal des libertés de circulation, soit afin de démontrer le contraire.

Ce faisant, nous allons commencer dans un premier temps par une analyse systémique du droit primaire (A) pour, dans un second temps, procéder à une interprétation systémique du droit dérivé (B).

²³² Comp. à cet effet Partie II, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 1 de la présente thèse.

A) Analyse systémique du droit primaire

Commençons par l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité, prévue par l'article 18 TFUE, à laquelle la Cour de justice a eu recours à plusieurs reprises²³³ dans ses arrêts concernant les entraves d'origine privée aux libertés de circulation. Cette disposition interdit toute discrimination exercée en raison de la nationalité, sans préciser qui sera susceptible d'« exercer » une telle discrimination. Les termes de l'article sont donc également neutres.

Pour autant, la Cour de justice²³⁴ a retenu que l'article 18 TFUE couvre aussi les mesures d'origine privée. Néanmoins, il faut souligner que la Cour de justice interprète l'article 18 TFUE conjointement aux articles ayant trait à la libre circulation des travailleurs et la libre prestation de services²³⁵. Dans tous les arrêts qu'elle a rendus, la Cour de justice traitait toujours ensemble l'article 18 TFUE et ceux se référant aux libertés de circulation en cause. Ceci s'explique par le fait que l'article 18 TFUE impose un principe général de non-discrimination, dont les libertés de circulation sont la concrétisation. Elles constituent les *legi speciali* par rapport à l'article 18 TFUE qui, lui, constitue la *lex generalis*²³⁶.

Notons aussi que dans toutes les affaires en cause, il s'agissait toujours de mesures collectives et non pas de mesures individuelles, la Cour de justice ne s'étant pas encore prononcée sur le traitement des mesures privées individuelles dans le cadre de l'article 18 TFUE.

²³³ À l'époque l'article 7 du traité CEE (pour les arrêts *Walrave* et *Donà*) et l'article 6 du traité CE (pour l'arrêt *Lehtonen*) : CJCE, arrêt *Walrave* précité, aff. 36/74; CJCE, arrêt *Donà* précité, aff. 13/76 ; CJCE, arrêt *Lehtonen* précité, aff. C-176/96.

²³⁴ CJCE, arrêt *Walrave* précité, aff. 36/74, pt. 16 et 17; CJCE, arrêt *Donà* précité, aff. 13/76, pt. 17-19; CJCE, arrêt *Lehtonen* précité, aff. C-176/96, pt.35-38.

²³⁵ STREINZ R., « Art. 18 AEUV », in STREINZ R. (éd.), *EUUV, AEUV*, München, C.H. Beck, 2^e édition, 2012, pt. 43.

²³⁶ V. CJCE, arrêt *Lehtonen* précité, aff. C-176/96, en particulier pt. 37 dans lequel la Cour souligne que l'article 6 CEE (aujourd'hui l'article 18 TFUE) « qui consacre le principe général de non-discrimination en raison de la nationalité, n'a vocation à s'appliquer de façon autonome que dans des circonstances régies par le droit communautaire pour lesquelles le traité ne prévoit pas de règles spécifiques de non-discrimination »; comp. aussi STREINZ R., « Art. 18 AEUV », in STREINZ R. (éd.), *op.cit.*, pt. 43.

La doctrine est divisée. Certains auteurs plaident en faveur d'un effet direct horizontal des libertés de circulation²³⁷, d'autres sont (strictement) contre la reconnaissance d'un tel effet, et enfin d'autres plaident encore pour une limitation aux seules mesures collectives²³⁸. Le professeur Epiney choisit une approche différenciée mettant l'accent sur l'existence d'un déséquilibre de pouvoir²³⁹.

Nous pouvons toutefois déduire de la jurisprudence que la Cour de justice a, dans plusieurs arrêts, reconnu un effet horizontal direct de l'article 18 TFUE en présence d'une mesure collective. Le lien étroit qu'elle a opéré entre cet article et les libertés de circulation, notamment la libre circulation des personnes, montre que les libertés de circulation sont la concrétisation de l'article 18 TFUE. Un traitement cohérent et similaire paraît donc s'imposer d'un point de vue systémique, d'autant plus que la Cour de justice a également reconnu un effet horizontal direct à l'article 21 de la Charte - rédigé presque dans les mêmes termes - combiné au principe général de non-discrimination dont il est la concrétisation²⁴⁰. Ainsi, la Cour de justice semble reconnaître un effet horizontal direct au principe général de non-discrimination et à ses concrétisations en la forme des libertés de circulation.

Quant aux dispositions relatives à la citoyenneté de l'Union, l'article 20 TFUE énonce dans son deuxième paragraphe que les citoyens de l'Union jouissent des droits

²³⁷ BOGDANDY V., « Art 18 AEUV », in GRABITZ E., HILF M. et NETTESHEIM E. (éd.), *Das Recht der Europäischen Union: Kommentar: Vertrag von Lissabon*, München, C. H. Beck, 62e édition, 2017, pt. 28; SCHMAHL St., « § 15 Gleichheitsgarantien », in GRABENWARTER Ch., HATJE A. et MÜLLER-GRAFF P.-C. (éd.), *Enzyklopädie Europarecht [EnzEUR]: Europäischer Grundrechtsschutz*, tome 2, Wien, Nomos Verlag, 2014, pt. 67.

²³⁸ HOLOUBEK M., « Art 18 AEUV », in SCHWARZE J., BECKER U., HATJE A. *et al.*, *EU-Kommentar*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 3^e édition, 2012, pt. 44 s; STREINZ R., « Art. 18 AEUV », in STREINZ R. (éd.), *op.cit.*, pt. 43; ZULEEG M., « Art 12 EGV », in VON DER GROEBEN H. et SCHWARZE J., *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft: Art. 1-53 EUV, Art. 1-80 EGV*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 6e édition, 2003, pt. 17.

²³⁹ EPINEY A., « Art. 18 AEUV », in CALLIESS Ch. et RUFFERT M., *EU/EAUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar*, München, C.H. Beck, 5^e édition, 2016, pt. 40.

²⁴⁰ CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2 ; comp. aussi BRIBOSIA E., RIRVE I. et HISLAIRE J., « Article 21. Non-discrimination », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2019, p. 586 s ; v. aussi Partie II, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2 de la présente thèse pour plus d'information.

et sont soumis aux devoirs prévus par les traités²⁴¹. La question est de savoir si l'assujettissement des personnes privées au respect des libertés de circulation peut être fondé sur cette disposition. La réponse s'avère difficile.

L'article 20, paragraphe 2, TFUE dispose que les citoyens de l'Union ont, entre autres, le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen ainsi qu'aux élections municipales dans l'État membre où ils résident, le droit de bénéficier, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont ils sont ressortissants n'est pas représenté, de la protection des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État, le droit d'adresser des pétitions au Parlement européen, de recourir au médiateur européen, ainsi que le droit de s'adresser aux institutions et aux organes consultatifs de l'Union dans l'une des langues des traités et de recevoir une réponse dans la même langue.

Ceci nous montre bien qu'il s'agit d'une énumération de droits de citoyens « classiques ». De plus, les dispositions relatives à la libre circulation étant plus étroites, les deux dispositions ne se recoupent pas²⁴². Les libertés de circulation sont impérativement liées à l'exercice d'une activité économique²⁴³.

En revanche, la citoyenneté garantit le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres pour une durée maximale de trois mois tous les six mois, et ceci d'une manière globale et générale sans imposer une quelconque obligation d'exercer une activité économique²⁴⁴. Comme la Cour de justice l'a souligné à maintes reprises, la citoyenneté de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres²⁴⁵. Nous pouvons donc constater une extension des

²⁴¹ V. notamment JESUS-GIMENTO B., « Article 17 CE », in PINGEL I, et PESCATORE P. *Commentaire article par article des traités UE et CE : de Rome à Lisbonne*, Paris, Dalloz, 2^e édition, 2010, p. 330 s ; BLUMANN C. et DUBUIS L., *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 8^e édition, 2019, p. 43 s.

²⁴² RIDORÉ C.-A., *op.cit.*, p. 77.

²⁴³ Comp. p.ex. PREEDY K., *op.cit.*, p. 124.

²⁴⁴ V. aussi GRABER R., *op.cit.*, p. 28.

²⁴⁵ V. p.ex. CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.* 2001, p. I-6193, pt. 31; CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C- 209/03, *Rec.* 2005, I-2119, pt. 31.

droits initialement réservés aux personnes économiquement actives²⁴⁶. Il s'ensuit que les droits et obligations découlant des dispositions relatives à la citoyenneté constituent une *lex generalis* par rapport aux libertés de circulation qui, elles, doivent être qualifiées de *legi speciali*²⁴⁷.

De surcroît, il convient de souligner que la citoyenneté de l'Union a seulement été introduite par le traité de Maastricht en 1993, et donc bien après les premiers arrêts de la Cour de justice en matière d'entraves d'origine privée aux libertés de circulation, qui ont été rendus dans les années 70²⁴⁸. Même après l'introduction de la citoyenneté de l'Union dans les traités, on constate que la Cour de justice ne s'est jamais référée à l'article 20 TFUE pour fonder sa jurisprudence en matière d'entraves d'origine privée aux libertés de circulation²⁴⁹.

Nous pouvons déduire de cette étude que la citoyenneté de l'Union, conférée par l'article 20 TFUE, ne peut pas servir en elle-même de fondement suffisant pour justifier un effet horizontal direct des libertés de circulation.

Néanmoins, l'article 20 TFUE prouve que les personnes privées jouissent non seulement de droits, mais sont aussi soumises à des obligations. En effet, le professeur Picod remarque qu' « à force d'entendre dire que le droit communautaire est créateur de droits au profit des particuliers, on en oublierait presque que les particuliers ont des obligations qui découlent du droit communautaire »²⁵⁰. Cependant, à l'heure actuelle, l'article 20, paragraphe 2, TFUE, se limite à renvoyer aux « devoirs prévus par les traités » sans en préciser le contenu²⁵¹. En ce qui concerne les devoirs, la disposition demeure donc, pour l'heure, dépourvue de contenu spécifique²⁵².

²⁴⁶ RIDORÉ C.-A., *op.cit.*, p. 9 s.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ V. CJCE, arrêt *Walrave* précité, aff. 36/74 ; CJCE, arrêt *Donà* précité, aff. 13/76 et CJCE, arrêt *Van Ameyde* précité, aff. 90/76.

²⁴⁹ V. aussi RIDORÉ C.-A., *op.cit.*, p. 10.

²⁵⁰ PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 635.

²⁵¹ BLUMANN C. et DUBUIS L., *op.cit.*, p. 43, pt. 21.

²⁵² *Ibid.*

Bien que les raisons évoquées ci-dessus empêchent l'article 20 TFUE d'être un fondement suffisant pour établir un effet horizontal direct des libertés de circulation, cette disposition démontre que tout en étant créanciers de droits, les personnes privées sont également débitrices de certaines obligations découlant des traités.

Enfin, il convient d'examiner les dispositions des traités relatives au droit de la concurrence : les articles 101, 102 et 106 TFUE. Ces dispositions s'adressent expressément aux particuliers. Elles constituent les seules dispositions du TFUE s'adressant directement et explicitement aux personnes privées. Dès lors, certains auteurs²⁵³ estiment qu'en dehors du champ d'application desdites dispositions, les traités n'imposent pas d'obligations aux personnes privées. Ils présupposent une « répartition du travail » entre les règles de concurrence et les règles en matière des libertés de circulation qui, comme nous allons voir, ne peut pas être déduite ni des termes ni de la systématique ou du *telos* des traités²⁵⁴.

Tout d'abord, les finalités du droit de la concurrence et du marché intérieur sont à distinguer. Alors que les règles de concurrence ont pour fonction de garantir le maintien d'une concurrence non faussée au sein du marché intérieur, les libertés de circulation ont pour mission d'établir ce marché intérieur, de le protéger et d'assurer son bon fonctionnement²⁵⁵. Les règles de concurrence ont pour objectif d'assurer plus généralement les bénéfices d'une concurrence libre et effective, notamment au regard de la production, du prix et de l'innovation²⁵⁶. En revanche, les règles relatives aux libertés de circulation ne se limitent pas à la libre concurrence. Elles constituent entre

²⁵³ DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 128 s; FRENZ W., *Handbuch Europarecht, Band 1, Europäische Grundfreiheiten*, Heidelberg, Springer Verlag, 2^e édition, 2012, p. 10 s; KÖRBER T., *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 745 s; RIESENHUBER K., *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin, De Gruyter Recht, 2003, p. 103; PARPART H., *Die unmittelbare Bindung Privater an die Personenverkehrsfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht*, München, C.H. Beck, 2003, p. 332 s; JAENSCH M., *op.cit.*, p. 140 s; GRABER R., *op.cit.*, p. 103 s; KINGREEN T., « Art. 34-36 AEUV », in CALLIESS Ch. et RUFFERT M., *op.cit.*, pt. 115; STREINZ R. et LEIBL St., « Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten », *EuZW*, 2000, n° 15, p. 459 s.

²⁵⁴ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 13.

²⁵⁵ V. aussi FRENZ W., *op.cit.*, p. 10 s.

²⁵⁶ LENAERTS K. et VAN NUFFEL P. (dir.), *European Union Law*, London, Sweet & Maxwell, 3^e édition, 2011, p. 198, pt. 9-005.

autres la concrétisation du principe de non-discrimination de l'article 18 TFUE et ont, dès lors, une valeur propre en assurant une sphère de liberté spécifique²⁵⁷.

De plus, l'applicabilité de l'article 101 TFUE présume une restriction sensible de la concurrence, alors que les libertés de circulation visent tous les obstacles au libre-échange²⁵⁸.

Aussi, il convient de souligner que les règles en matière de concurrence ne visent qu'une certaine catégorie de personnes privées, à savoir les entreprises et associations d'entreprises²⁵⁹. Elles ne visent pas les particuliers non entrepreneurs ni les syndicats, pour ne donner que quelques exemples. En revanche, la nature privée ou publique de l'entreprise n'a pas d'importance pour l'application des articles 101 et suivant TFUE²⁶⁰. Le champ d'application limité des articles 101 et suivant TFUE a pour effet que de nombreuses situations ne sont pas couvertes par les règles de concurrence alors même qu'elles peuvent porter atteinte au bon fonctionnement du marché intérieur. En plus, elles ne visent que certains comportements prohibés (notamment accords entre entreprises et abus de position dominante²⁶¹).

Le professeur Picod remarque que « ces règles qui se rapportent à l'affectation du commerce entre États membres ne pouvaient pas a priori s'appliquer à des restrictions affectant la circulation des personnes, faute de marché les concernant »²⁶². Toutefois, l'auteur observe que dans l'arrêt *Wouters*²⁶³, la Cour de justice a constaté une violation des règles de concurrence dans le cadre du marché des experts-comptables et du marché des services juridiques. Ceci a été confirmé dans un arrêt de 2013²⁶⁴

²⁵⁷ FRENZ W., *op.cit.*, p. 11.

²⁵⁸ SCHROEDER W., « Art. 34 AEUV », in STREINZ R. (éd.), *op.cit.*, pt. 27.

²⁵⁹ V. aussi MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 307; OLIVER P.J. et ROTH W.-H., « The Internal market and the Four Freedoms », *Common Market Law Review*, n° 41, 2004, p. 423 ; BACHMANN G., « Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten », *Archiv für die civilistische Praxis* 210, n°3/4, 2010, p. 470.

²⁶⁰ RIDORÉ C.-A., *op.cit.*, p. 84

²⁶¹ Dans le même sens : MÜLLER-GRAFF P.-C., « Direct Horizontal Effect of the Transnational Market Access Freedoms of the Internal Market », in AMTENBRINK F., DAVIES G., KOCHENOV D. (éds.) *et al.*, *op.cit.*, p. 42 ; MÜLLER-GRAFF P.C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 13.

²⁶² PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », *op.cit.*, p. 122.

²⁶³ CJCE, arrêt *Wouters* précité, aff. C-309/99, pt. 91 et 94.

²⁶⁴ CJUE, 28 février 2013, *Ordem dos Tecnicos Oficiais de Contas*, aff. C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127, pt. 45.

intervenir également dans le contexte du marché des experts-comptables. Ainsi, la Cour de justice semble étendre la portée de la notion de l'affectation du commerce en l'appliquant également à des obstacles affectant la libre circulation des personnes.

Cependant, il est possible qu'un comportement ou une mesure soit à la fois contraire aux règles de concurrence et constitutif d'une entrave aux libertés de circulation²⁶⁵. Par exemple une interdiction d'exportation imposée dans le cadre d'un système de distribution sélective²⁶⁶ peut être contraire à l'article 102 TFUE et constituer une entrave à la libre circulation des marchandises, des services et à la liberté d'établissement. Il s'agit alors d'un véritable rapport de concurrence de normes²⁶⁷. Le professeur Müller-Graff considère que le constat d'un rapport de concurrence des deux catégories de normes a nécessairement pour conséquence de reconnaître qu'elles poursuivent une finalité distincte. Il s'ensuit pour le professeur Müller-Graff que les règles de concurrence et les règles en matière de libre circulation doivent être appliquées de manière parallèle²⁶⁸.

Cette approche a été confirmée par la Cour de justice dans l'arrêt *Wouters*²⁶⁹. Dans cet arrêt, la Cour a constaté que les mesures en question produisent un effet restrictif de la concurrence *et* constituent une entrave à la liberté d'établissement ainsi qu'à la libre prestation de services. Néanmoins, elle a jugé les mesures en cause nécessaires afin de garantir le bon exercice de la profession d'avocat. Dès lors, elle a conclu tout d'abord que les mesures en cause n'enfreignaient pas l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE²⁷⁰. Ensuite, la Cour a considéré que ces mesures étaient justifiées pour garantir le bon exercice de la profession d'avocat.

Il est particulièrement intéressant que dans cet arrêt, la Cour de justice renvoie explicitement au raisonnement élaboré en matière de concurrence pour justifier une restric-

²⁶⁵ Du même avis : VAN LEUKEN R., *op. cit.*, p. 105.

²⁶⁶ Exemple donné par MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 307 (voir en particulier note de bas de page 1037).

²⁶⁷ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 13.

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ CJCE, arrêt *Wouters* précité, aff. C-309/99.

²⁷⁰ Devenu l'article 101 TFUE.

tion aux libertés de circulation²⁷¹. Ainsi, elle démontre qu'en cas d'application parallèle des règles de concurrence et des dispositions relatives aux libertés de circulation, il faut tenir compte des exemptions prévues par l'article 101, paragraphe 3, TFUE lorsqu'on examine les justifications éventuelles d'entrave et *vice versa*²⁷².

Un autre argument peut être avancé contre une exclusivité des règles de concurrence s'adressant uniquement aux personnes privées. La Cour de justice a déjà étendu leur champ d'application aux États membres par l'application combinée de l'article 4, paragraphe 3, TUE et des articles 101 et 102 TFUE constatant que « *s'il est vrai que l'article 86 s'adresse aux entreprises, il n'en est pas moins vrai aussi que le traité impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile de cette disposition* »²⁷³. La « publicisation » des articles 101 et suivant TFUE doit s'accompagner d'une « privatisation »²⁷⁴ des règles des libertés de circulation²⁷⁵.

Cette thèse est également défendue par le professeur Waelbroeck qui, en examinant la jurisprudence pertinente en matière des règles de concurrence ainsi qu'en matière des libertés de circulation, constate un rapport de complémentarité entre les deux catégories de normes ainsi qu'une tendance, de la part de la Cour de justice, vers « la privatisation » des règles sur la libre circulation des marchandises et la « publicisation » des règles de concurrence²⁷⁶.

²⁷¹ CJCE, arrêt *Wouters* précité, aff. C-309/99, pt. 122.

²⁷² Dans le même sens : MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 13 s ; SCHWEITZER H., « Standardisierung als Mittel zur Förderung und Beschränkung des Handels und des Wettbewerbs », *EuZW*, 2012, n° 20, p.770.

²⁷³ CJCE, 16 novembre 1977, *Inno/Atab*, aff. 13/77, *Rec.* 1977, p. 2115, pt. 31 ; v. aussi CJCE, 17 novembre 1993, *Meng*, aff. C-2/91, *Rec.* 1993, p. I-5751, pt 14.

²⁷⁴ V. aussi DUBOUT qui critique la privatisation des libertés de circulation : « *À travers l'horizontalisation du champ des libertés de circulation se profile une privatisation de leur nature* » dans : DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 109.

²⁷⁵ V. Michel Waelbroeck qui démontre la « privatisation » des règles sur la libre circulation des marchandises et la « publicisation » des règles de concurrence à travers une analyse de la jurisprudence : WAELBROECK M., « Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE », in WAELBROECK M. et VANDERSANDEN G., *Droit international, intégration européenne et libres marchés : études de droit communautaire européen, 1965 - 2008*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 584; d'un autre avis: JAENSCH M., *op.cit.*, p. 186 s.

²⁷⁶ WAELBROECK M., « Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE », *op.cit.*, p. 583 s.

Il en est de même pour l'article 106, paragraphe 3, TFUE. Cet article dispose que les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union. Cet article renvoie non seulement aux règles des traités en matière de concurrence, mais également aux libertés de circulation²⁷⁷.

Néanmoins, cette disposition ne concerne qu'une catégorie très spécifique et limitée de personnes privées, à savoir les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal. Toute autre catégorie de personnes privées n'est pas concernée. De plus, comme il l'a été vu²⁷⁸, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, de nombreuses entités sont - sous certaines conditions - rattachées à l'État et, de suite, liées au respect des libertés de circulation. Ceci découle de l'approche fonctionnelle adoptée par la Cour de justice.

Il s'ensuit que la notion d'État peut également s'appliquer à des organismes de caractère privé. Or, les entreprises désignées à l'article 106, paragraphe 2, TFUE se trouvent dans une relation particulière avec l'État et sont dès lors susceptibles de remplir les critères de la notion fonctionnelle d'État telle qu'établie par la Cour de justice.

Ainsi, à la lumière des observations ci-dessus, les règles de concurrence n'ont pas de caractère exhaustif et n'excluent pas la reconnaissance d'un effet horizontal direct des libertés de circulation.

Enfin, pour terminer notre analyse du droit primaire, il convient encore d'examiner l'article 157 TFUE. Il dispose, dans son paragraphe 1, que chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs et tra-

²⁷⁷ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 338 s.

²⁷⁸ V. l'introduction de la présente these, pp. 39 ss.

vailleuses pour un même travail ou un travail de même valeur. Cette disposition s'adresse donc expressément aux États membres.

Il pourrait être déduit qu'une disposition explicitement adressée aux États ou une institution de l'Union européenne ne peut pas être appliquée aux personnes privées. Pour autant, dans son célèbre arrêt *Defrenne II*, la Cour de justice n'a pas suivi cette thèse. Elle a souligné que « *le fait que certaines dispositions du traité sont formellement adressées aux États membres n'exclut pas que des droits puissent être conférés en même temps à tout particulier intéressé à l'observation des obligations ainsi définies* »²⁷⁹. Dès lors, la Cour de justice a explicitement reconnu l'effet direct horizontal de l'article 157 TFUE alors même que cette disposition est expressément adressée aux États membres.

Dans cet arrêt, la Cour de justice a reposé son raisonnement sur deux points majeurs : l'effet utile de l'article 157, qui pose un principe fondamental d'égalité et de non-discrimination, et l'application uniforme du droit de l'Union²⁸⁰. Dans l'affaire *Angonese*²⁸¹, la Cour de justice a confirmé la transposition de cette approche aux libertés de circulation.

La comparaison systémique entre les articles 18 et 157 TFUE d'une part, et des dispositions relatives aux libertés de circulation d'autre part, est en faveur d'une reconnaissance de l'effet horizontal direct des libertés de circulation. Nous avons vu que la Cour de justice a reconnu un effet direct horizontal à l'article 157 TFUE. Quant à l'article 18 TFUE, ceci est plus controversé. Néanmoins, dans plusieurs arrêts rendus dans le cadre de la libre circulation des personnes, la Cour de justice a reconnu un effet direct horizontal de l'article 18 TFUE.

Dans ce contexte, il faut souligner que la Cour elle-même a fait un rapport étroit entre l'article 18 TFUE et la libre circulation des personnes, accentuant ainsi le lien entre le principe général de non-discrimination établi à l'article 18 TFUE et sa concrétisation dans les libertés de circulation, notamment la libre circulation des personnes.

²⁷⁹ CJCE, arrêt *Defrenne II* précité, aff. 43/75, pt. 31.

Il peut donc être conclu que l'interprétation systémique des articles 18 et 157 TFUE ainsi que des dispositions relatives aux libertés de circulation mène à la conclusion d'un traitement similaire. Ainsi, l'article 18 TFUE et l'article 157 TFUE fournissent des bons arguments en faveur d'un effet horizontal des libertés de circulation.

Pour autant, il faut souligner que cette comparaison systémique est uniquement valable pour l'interdiction de toute discrimination imposée par les libertés de circulation. Elle ne saurait nous fournir des arguments quant aux mesures d'origine privée indistinctement applicables, c'est-à-dire non discriminatoires.

Dès lors, concernant le principe de non-discrimination établi dans les articles 18 et 157 TFUE, ainsi que les libertés de circulation, une synchronisation du traitement s'impose. Ceci a été confirmé par la Cour de justice. Elle souligne les similitudes entre ces dispositions et met en avant les mêmes arguments : la nécessité de garantir le plein-effet du droit de l'Union et son application uniforme²⁸².

Un autre argument avancé contre un assujettissement des personnes privées aux règles de libertés de circulation est le principe de sécurité juridique²⁸³. Selon une partie de la doctrine²⁸⁴, seules les dispositions expressément adressées aux personnes privées sont susceptibles de leur imposer une obligation. Le fait d'imposer une obligation aux personnes privée qui ne ressort pas expressément des traités constituerait pour eux une violation du principe de sécurité juridique. Or, un argument majeur peut être invoqué contre ce point de vue : l'article 20, paragraphe 2 TFUE. Nous avons vu que, conformément à cette disposition, les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par les traités. Il s'ensuit que le système des traités est tel qu'il attribue des droits aux particuliers, tout en leur imposant aussi des obligations²⁸⁵.

²⁸⁰ *Ibid.*, pt. 27 ss.

²⁸¹ CJCE, arrêt *Angonese* précité, aff. C-281/98, pt. 35.

²⁸² V. aussi GANTEN T.O., *op.cit.*, p. 97.

²⁸³ RIDORÉ C.-A., *op.cit.*, p. 86 s.

²⁸⁴ V. p.ex JAENSCH M., *op.cit.*, p. 92;

²⁸⁵ RIDORÉ C.-A., *op.cit.*, p. 86.

De plus, une jurisprudence constante²⁸⁶ relative à l'effet direct horizontal des articles 18 et 157 TFUE prouve que l'argument de l'insécurité juridique est mal fondé.

Nonobstant la complexité de la question et des problèmes liés aux détails, la reconnaissance d'un effet horizontal direct en ce qui concerne tout du moins la libre circulation des personnes peut aujourd'hui être considérée comme établie par une jurisprudence désormais constante de la Cour de justice depuis les années 70²⁸⁷.

Enfin, il faut garder en mémoire qu'afin d'assurer le principe de sécurité juridique, la Cour de justice dispose d'un outil pratique : la limitation temporelle de sa propre jurisprudence²⁸⁸, à laquelle elle peut recourir lorsque les circonstances l'exigent. Les justiciables ne peuvent donc pas toujours invoquer un arrêt dans lequel la Cour de justice interprète certaines dispositions à propos de faits survenus antérieurement à la formulation de cette interprétation. Le but poursuivi par cette limitation temporelle est de tenir compte de la bonne foi établie avant la clarification donnée par la Cour et de garantir ainsi la sécurité juridique.

Dans l'arrêt *Bosman*²⁸⁹, la Cour de justice a déjà eu recours à ce principe en matière de libertés de circulation. Le raisonnement est le suivant : la Cour de justice interprète une règle telle qu'elle doit ou telle qu'elle aurait dû être comprise et appliquée depuis son entrée en vigueur²⁹⁰. Il en résulte que la règle ainsi interprétée peut et doit être appliquée par le juge même à des rapports juridiques nés et constitués avant cet arrêt²⁹¹. Pour autant, dans certaines circonstances, la Cour de justice peut limiter

²⁸⁶ Comp. p. ex. pour l'article 18 TFUE les arrêts *Donà* (aff. 13/76) et *Lehtonen* (aff. C-176/96) précités auparavant et pour l'article 157 TFUE l'arrêt *Defrenne II* (aff. 43/75), précité.

²⁸⁷ V. notamment les arrêts : CJCE, arrêt *Walrave* précité, aff. 36/74 ; CJCE, arrêt *Bosman* précité, aff. C-415/93 ; CJCE, arrêt *Viking Line* précité, aff. C-438/05 ; CJCE, arrêt *Laval* précité, aff. 341/05 ; CJCE, arrêt *Angonese* précité, aff. C-281/98 ; Comp. aussi RIDORÉ C.-A., *op.cit.*, p. 86 s; HINTERSTEININGER M., *Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot : unter besonderer Berücksichtigung der Situation nicht-staatlicher Handlungseinheiten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, p. 140, en particulier note de bas de page 440.

²⁸⁸ V. au sujet de la limitation dans le temps des arrêts préjudiciels p.ex. : PERTEK J., « Renvoi préjudiciel : Renvoi préjudiciel en interprétation », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 361, mise à jour février 2019, pt. 114 ; PICOD F., « Renvoi préjudiciel vers la Cour de justice », *Jurisclasseur Europe Traité*, Synthèse, mise à jour septembre 2019.

²⁸⁹ CJCE, arrêt *Bosman* précité, aff. C-415/93, pt. 139 s.

²⁹⁰ CJCE, arrêt *Defrenne II* précité, aff. 43/75 ; CJCE, 27 mars 1980, *Denkavit italiana*, aff. 61/79, *Rec.* 1980, p. 1205 ; CJCE, 2 février 1988, *Blaizot*, aff. 24/86, *Rec.* 1988, p. 398, pt. 27.

²⁹¹ CJCE, arrêt *Blaizot* précité, aff. 24/86, pt. 27.

l'invocabilité de son interprétation²⁹². Ainsi, la Cour de justice a rappelé dans l'arrêt *Bosman* qu'elle peut « être amenée à limiter la possibilité pour tout intéressé d'invoquer une disposition qu'elle a interprétée en vue de mettre en cause des relations juridiques établies de bonne foi. Pareille limitation ne peut être admise que par la Cour, dans l'arrêt même qui statue sur l'interprétation sollicitée »²⁹³. La Cour de justice en déduit que « dans ces conditions, des considérations impérieuses de sécurité juridique s'opposent à ce que des situations juridiques qui ont épuisé leurs effets dans le passé soient remis en cause. Il convient, toutefois, d'aménager une exception en faveur des personnes qui auraient pris en temps utile des initiatives pour sauvegarder leurs droits »²⁹⁴.

Le raisonnement suivi par la Cour dans l'affaire *Bosman* peut être qualifié d'illustration classique de la mise en balance entre l'établissement d'une nouvelle jurisprudence et le principe de sécurité juridique. Cette affaire démontre bien que la Cour de justice est consciente de l'impact ainsi que du risque potentiel de sa jurisprudence et prend dûment en compte le principe de sécurité juridique²⁹⁵.

De plus, il convient de souligner que l'interprétation de la Cour de justice relative à la reconnaissance d'un effet horizontal des libertés de circulation reste couverte par les termes des traités. Il s'ensuit pour notre sujet que l'argument selon lequel la reconnaissance d'un effet horizontal des libertés de circulation irait à l'encontre du principe de sécurité juridique n'est pas pertinent.

Après cette analyse systémique du droit primaire, nous allons étudier le droit dérivé afin de peser les arguments en faveur ou en défaveur de la reconnaissance d'un effet horizontal des libertés de circulation.

²⁹² *Ibid.*, pt. 28.

²⁹³ CJCE, arrêt *Bosman* précité, aff. C-415/93, pt. 142.

²⁹⁴ *Ibid.*, pt. 144-145.

²⁹⁵ V. dans le même sens RIDORÉ C.-A., *op.cit.*, p. 87.

B) Analyse systémique du droit dérivé

À titre préliminaire, il est indispensable de souligner la différence entre le droit primaire et le droit dérivé. Chaque analyse systémique qui s'interroge sur les obligations à la charge des particuliers découlant du droit dérivé doit tenir compte des spécificités du droit dérivé²⁹⁶. De plus, il faut différencier selon les différents types de droit dérivé, énoncés par l'article 288 TFUE : les règlements, les directives, les décisions, les recommandations et les avis.

Conformément à l'article 288, deuxième alinéa, TFUE, le règlement a une portée générale, il est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre. Le règlement peut créer des obligations à l'égard des États membres, des institutions et des personnes privées²⁹⁷. Ainsi, de nombreux règlements imposent des obligations aux particuliers ou entreprises qu'ils doivent respecter sous peine de sanctions infligées par les autorités nationales, par exemple des règlements relatifs à la production laitière ou au transport routier²⁹⁸.

Ceci ne vaut pas pour les directives. En effet, selon une jurisprudence constante, la Cour de justice a refusé de reconnaître un effet direct horizontal des directives²⁹⁹. Selon l'article 288, troisième alinéa, TFUE, la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. Les directives sont donc directement adressées aux États membres, lesquels ont l'obligation de transposer ces directives en droit national.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 26 s.

²⁹⁷ PINGEL I., « Article 249 CE », in PINGEL I. et PESCATORE P., *op.cit.*, p. 1602 s ; CLERGERIE J.L., GRUBER A. et RAMBAUD P., *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 12^e édition, 2018, p. 238 s ; BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 11^e édition, 2018, p. 376 s ; LENAERTS K. et VAN NUFFEL P. (dir.), *op.cit.*, p. 893 s.

²⁹⁸ PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : Une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 635.

²⁹⁹ V. notamment CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, aff. 152/84, *Rec.*1986, p. 723, pt. 48 ss ; CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, aff. C-91/92, *Rec.* 1994, p. I-3325.

Ainsi, les directives ne désignent que le cadre juridique, elles n'édicte pas elles-mêmes les normes directement applicables³⁰⁰. Si un État membre manque à son obligation de transposition, un particulier peut invoquer les dispositions de la directive à l'encontre de toute disposition nationale non conforme - à condition que les dispositions de la directive soient claires, inconditionnelles et suffisamment précises³⁰¹.

Selon une jurisprudence constante, la Cour de justice refuse d'appliquer cette solution aux personnes privées et de reconnaître un effet direct horizontal aux directives³⁰². Un particulier ne peut en invoquer la non-transposition qu'à l'égard de l'État membre. Ainsi, la Cour de justice distingue clairement les directives des règlements, mettant en avant que les États membres sont les seuls destinataires des directives. Les directives ne peuvent donc pas créer d'obligations à l'égard des particuliers³⁰³.

En effet, en cas de non-transposition d'une directive, il serait difficilement envisageable d'imputer ce défaut étatique de non-transposition à un particulier³⁰⁴. C'est pourquoi, dans son célèbre arrêt *Francovich*, la Cour a reconnu aux particuliers la possibilité de réclamer des dommages et intérêts à l'État membre n'ayant pas correctement transposé une directive³⁰⁵.

D'autres arrêts peuvent être cités pour montrer qu'au fil du temps, la Cour de justice a tempéré sa jurisprudence³⁰⁶. De fait, elle a considéré qu'à l'issue de la période de transposition, le droit national doit être interprété conformément aux directives non transposées. Dans un arrêt de 2016, la Cour de justice a encore souligné qu'une direc-

³⁰⁰ V. pour plus d'information : RIDEAU J., « Ordre juridique de l'Union européenne - Sources écrites », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 190, mise à jour juillet 2014, pt. 203 s.

³⁰¹ CJCE, 19 janvier 1982, *Becker*, aff. 8/81, *Rec.* 1982, p. 53, pt. 24 s.

³⁰² V. p.ex CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson*, aff. 14/83, *Rec.* 1984, p. 1891, pt. 27 ; CJCE, 10 avril 1984, *Harz/Deutsche Tradax*, aff. 79/83, *Rec.* 1984, p. 1921, pt. 27 ; CJCE, 8 novembre 1990, *Dekker/VJV-Centrum*, aff. C-177/88, *Rec.* 1990, p. I-3941, pt. 14 ; v. aussi, ROSTANE M., « Ordre juridique de l'Union européenne - Effet direct », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 195, mise à jour janvier 2018, pt. 40 s.

³⁰³ CJCE, arrêt *Marshall* précité, aff. 152/84, pt. 48 ; CJCE, 7 janvier 2004, *Delena Wells*, aff. C-201/02, *Rec.* 2004, p. I-723, pt. 56 ; PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : Une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 635.

³⁰⁴ Comp. aussi RIDORÉ C.-A., *op.cit.*, p. 29.

³⁰⁵ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, aff. joint. C-6/90 et C-9/90, *Rec.* 1991, p. I-5357, pt. 28 s.

³⁰⁶ V. pour plus d'information sur l'effet direct horizontal des directives : ROSTANE M., « Ordre juridique de l'Union européenne - Effet direct », fasc. 195, *op.cit.*, pt. 40 s ; SIMON D., « Effet direct - Directives », *Europe* n°12, comm. 450, décembre 2017 ; RIDEAU J., « Ordre juridique de l'Union européenne - Sources écrites », fasc. 190, *op.cit.*, pt. 203 s ;

tive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier³⁰⁷. Toutefois, elle a relevé qu'il n'en demeure pas moins que l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci ainsi que leur devoir de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation s'imposent à toutes les autorités des États membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, aux autorités juridictionnelles³⁰⁸. Il s'ensuit pour la Cour de justice « *que, en appliquant le droit national, les juridictions nationales sont tenues de prendre en considération l'ensemble des règles de ce droit et de faire application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci afin de l'interpréter, dans toute la mesure possible, à la lumière du texte ainsi que de la finalité de la directive en cause pour atteindre le résultat fixé par celle-ci et de se conformer ainsi à l'article 288, troisième alinéa, TFUE* »³⁰⁹.

Certes, la Cour de justice a précisé par la suite que le principe d'interprétation conforme du droit national connaît certaines limites. Ainsi, l'obligation pour le juge national de se référer au droit de l'Union lorsqu'il interprète et applique les règles pertinentes du droit interne est limitée par les principes généraux du droit, et ne peut pas servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national³¹⁰.

Néanmoins, la Cour de justice a constaté que lorsque les justiciables sont en mesure de se prévaloir d'une directive à l'encontre de l'État, ils peuvent le faire indépendamment de la qualité en laquelle a agi ce dernier - employeur ou autorité publique. À cet égard, la Cour souligne qu'il convient d'éviter que l'État puisse tirer avantage de sa méconnaissance du droit - à l'époque - communautaire³¹¹.

Dans l'arrêt *Foster*, la Cour de justice a précisé que « *figure en tout cas au nombre des entités qui peuvent se voir opposer les dispositions d'une directive susceptibles d'avoir des effets directs un organisme qui, quelle que soit sa forme juridique, a été*

³⁰⁷ CJUE, 19 avril 2016, *Dansk Industri*, aff. C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, pt. 30.

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ *Ibid.*, pt. 31 ; v. aussi CJUE, 24 janvier 2012, *Dominguez*, aff. C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33, pt. 24.

³¹⁰ CJUE, arrêt *Dansk Industri* précité, aff. C-441/14, pt. 32 et CJUE, arrêt *Dominguez* précité, aff. C-282/10, pt. 25.

³¹¹ CJCE, arrêt *Marshall* précité, aff. 152/84, pt. 49.

chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers »³¹².

Ceci a encore été concrétisé récemment dans l'affaire *Farrell*³¹³. Suivant les conclusions de l'Avocate générale Sharpston, la Cour de justice a précisé qu'une entité qui ne remplit pas toutes les caractéristiques énoncées à l'arrêt *Foster* peut néanmoins se voir opposer les dispositions d'une directive susceptible d'avoir un effet direct³¹⁴. La Cour de justice souligne que de tels organismes ou entités se distinguent des particuliers et doivent être assimilés à l'État.

Elle invoque trois scénarios qui justifient l'assimilation à l'État : les entités en question sont des personnes morales de droit public faisant partie de l'État au sens large ; ils sont soumis à l'autorité ou au contrôle d'une autorité publique ; ou bien ils ont été chargés, par une telle autorité, d'exercer une mission d'intérêt public et ont été dotés, à cet effet, desdits pouvoirs exorbitants. La Cour tire comme conséquence qu'une entité ou un organisme, fût-il de droit privé, qui s'est vu confier par un État membre l'accomplissement d'une mission d'intérêt public et qui détient à cet effet des pouvoirs exorbitants par rapport à ceux qui résultent des règles applicables dans les relations entre particuliers, est susceptible de se voir opposer les dispositions d'une directive revêtues d'un effet direct³¹⁵.

De plus, dans un arrêt³¹⁶ récent de 2019 relatif à la directive sur le commerce électronique³¹⁷, la Cour de justice a statué que la méconnaissance par un État membre de son obligation de notification prévue à l'article 3, paragraphe 4, sous b), second tiret, de

³¹² CJCE, arrêt *Foster* précité, aff. C-188/89, pt. 20; v. aussi le commentaire d'arrêt du professeur Simon : SIMON D, « Effet direct - Directives », *op.cit.*, comm. 450, décembre 2017.

³¹³ CJUE, arrêt *Farrell* précité, aff. C-413/15.

³¹⁴ *Ibid.*, pt. 29.

³¹⁵ *Ibid.*, pt. 34-35.

³¹⁶ CJUE, 19 décembre 2019, *Airbnb Ireland*, aff. C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112.

³¹⁷ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JO 2000, L 178, p. 1.

ladite directive entraîne l'inopposabilité de la mesure étatique aux particuliers³¹⁸. La Cour de justice a précisé que « *l'inopposabilité d'une mesure non notifiée restreignant la libre prestation des services de la société de l'information peut être invoquée à l'occasion non seulement d'une procédure pénale (...), mais également dans un litige entre des particuliers* »³¹⁹. La Cour de justice en a déduit que « *dans une procédure, telle que celle en cause au principal, où (...) un particulier demande réparation à un autre particulier d'un dommage trouvant son origine dans l'infraction poursuivie, la méconnaissance par l'État membre de son obligation de notification de cette infraction (...) rend la mesure nationale prévoyant ladite infraction inopposable au particulier poursuivi et permet à celui-ci de se prévaloir de cette méconnaissance dans le cadre non seulement des poursuites pénales dirigées contre lui, mais également de la demande indemnitaire formée par le particulier s'étant constitué partie civile* »³²⁰.

Ainsi, la Cour de justice a considérablement assoupli sa jurisprudence relative à l'effet direct horizontal des directives. Nonobstant ces précisions et assouplissements, en dehors de ces cas de figure démontrés ci-dessus, la Cour de justice refuse de reconnaître un effet direct horizontal aux directives.

La doctrine, quant à elle, est divisée³²¹. À notre avis, cette controverse peut être écartée en raison du caractère particulier des directives qui, comme nous l'avons vu, fonde le refus de la Cour de justice. Premièrement, il n'est pas possible d'imputer à un particulier le défaut de transposition de la directive par l'État. Deuxièmement, les traités opèrent justement une distinction entre les règlements et les directives, soulignant ainsi leurs différences. Il s'y ajoute que l'interprétation du droit primaire doit être distinguée de celle du droit dérivé. Conformément à la hiérarchie des normes, le droit dérivé doit être interprété d'une façon conforme au droit primaire, tandis que le droit primaire ne peut pas être influencé par l'interprétation donnée au droit dérivé.

³¹⁸ CJUE, arrêt *Airbnb Ireland* précité, aff. C-390/18, pt. 96.

³¹⁹ *Ibid.*, pt. 97.

³²⁰ CJUE, arrêt *Airbnb Ireland* précité, aff. C-390/18, pt. 98.

³²¹ V. pour plus de détails RIDORÉ C.-A., *op.cit.*, p. 30 s.

Une réflexion similaire s'impose pour l'article 7, paragraphe 4, du règlement n° 492/2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union³²². Cet article dispose que toute clause de convention collective ou individuelle, ou toute réglementation collective portant sur l'accès à l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail et de licenciement est nulle de plein droit dans la mesure où elle prévoit ou autorise des conditions discriminatoires à l'égard de travailleurs ressortissants des autres États membres.

Il est vrai que cette disposition présente de fortes similitudes avec la formule employée par la Cour de justice dans les arrêts *Walrave*, *Donà*, *Van Ameyde*, *Bosman*, *Lehtonen* et *Deliège* où elle parle de « réglementation d'une autre nature [...] visant à régler de façon collective » l'activité en question³²³. Néanmoins, cette disposition ne peut pas servir de fondement pour établir l'effet horizontal direct des libertés de circulation.

Tout d'abord, dans cette disposition, le législateur de l'Union a expressément soumis les personnes privées à l'obligation de non-discrimination à l'égard des travailleurs ressortissants des autres États membres. *Per definitionem*, il ne s'agit donc pas d'un cas d'effet horizontal puisque les personnes privées sont directement et explicitement visées. De plus, un règlement ne peut étendre la portée de dispositions des traités. L'article 7, paragraphe 4, du règlement n° 492/2011 ne peut octroyer davantage de droits que les traités ne lui en confèrent³²⁴. Bien entendu, cet article constitue un argument en faveur de l'effet horizontal direct des libertés de circulation, notamment de la libre circulation des personnes. Néanmoins, il convient de rappeler qu'au vu de la hiérarchie des normes, on ne saurait en déduire un assujettissement des personnes privées aux libertés de circulation.

Ceci a été confirmé par la Cour de justice qui, dans l'affaire *Walrave*, observe que l'article 7, paragraphe 4, du règlement n° 1612/68 n'est qu'une conséquence de l'effet

³²² Ce règlement a abrogé le règlement n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 qui contenait déjà une disposition similaire.

³²³ V. p.ex. CJCE, arrêt *Walrave* précité, aff. 36/74, pt. 17.

³²⁴ V. les conclusions de l'AG Warner du 24 octobre 1974 sur l'affaire *Walrave*, aff. 36/74, Rec. 1974, p. 1405 (spéc. p. 1426).

horizontal direct de la libre circulation des travailleurs³²⁵. La Cour de justice y a confirmé les réflexions de l'Avocat général Warner qui soulignait dans ses conclusions qu'« *un règlement ne peut pas étendre la portée des dispositions du traité, pour l'application duquel ce règlement a été adopté. La raison pour laquelle l'article 48 lie quiconque est que ses dispositions sont formulées en termes généraux* »³²⁶.

Notons aussi que dans les arrêts postérieurs relatifs aux entraves d'origine privée à la libre circulation des personnes, la Cour de justice n'a plus jamais fait référence à cette disposition³²⁷.

Force est donc de constater que ni les dispositions relatives aux libertés de circulation, ni les autres dispositions des traités ne prévoient - ou n'excluent - l'application des libertés de circulation aux personnes privées. Bien au contraire, la terminologie est neutre et indéterminée. L'interprétation littérale n'est donc pas suffisante.

Il en est de même pour l'interprétation systémique qui ne nous apporte pas non plus de résultats satisfaisants. En effet, nous avons examiné de nombreux arguments en faveur et défaveur d'un effet horizontal des libertés de circulation. Analysant un argument après l'autre, il s'est avéré que ces deux méthodes d'interprétation sont peu fructueuses pour établir - ou au contraire rejeter - une obligation des personnes privées de respecter les libertés de circulation.

Nous avons toutefois démontré que les termes des dispositions en cause et notamment la systématique des traités laissent présumer que le législateur européen n'avait pas l'intention d'exclure les personnes privées du champ d'application des libertés de circulation. De plus, des arguments systémiques parlent en faveur d'un traitement similaire du principe de non-discrimination, tel qu'établi par les libertés de circulation et les articles 18 et 157 TFUE ainsi que l'article 21 de la Charte.

³²⁵ CJCE, arrêt *Walrave* précité, aff. 36/74, pt. 22.

³²⁶ Conclusions de l'AG Warner sur l'affaire *Walrave* précitée, aff. 36/74, p. 1426.

³²⁷ RIDORÉ C.-A., *op.cit.*, p. 36.

Toutefois, une méthode d'interprétation essentielle est encore à explorer : l'interprétation téléologique. Ainsi, dans la section à suivre, nous allons nous interroger sur la finalité des traités, examinant le *telos* du marché intérieur en général et des libertés de circulation en particulier.

Section 2 : La prise en compte de la finalité des traités

Dans la section précédente, il a été vu que l'interprétation téléologique visant à analyser les buts des traités était la méthode d'interprétation la plus importante en droit de l'Union.

Suivant la systématique des traités, nous allons d'abord étudier le marché intérieur en nous interrogeant sur les objectifs qu'il poursuit. Ce faisant, nous allons voir pourquoi et dans quelle mesure le marché intérieur constitue un objectif fondamental de la construction européenne (Paragraphe 1). Ensuite, nous allons examiner le rôle des libertés de circulation comme facteur d'intégration (Paragraphe 2). À cet effet, nous allons également analyser si elles poursuivent une finalité commune ou non. Enfin, nous allons essayer de tirer de cet examen des arguments en faveur ou défaveur d'un effet horizontal des libertés de circulation.

Paragraphe 1 : Le marché intérieur : l'objectif fondamental de la construction européenne

Le marché intérieur est au cœur de l'examen de ce paragraphe. Afin de savoir comment appréhender les entraves d'origine privées aux libertés de circulation, il y a lieu de s'interroger sur le marché intérieur, son historique et, surtout, sa finalité.

En effet, depuis la fondation de la Communauté économique européenne en 1958, un objectif majeur est poursuivi : l'établissement d'un marché intérieur unique. Le but

est de fusionner les différents marchés nationaux afin qu'ils n'en constituent qu'un seul, le marché intérieur³²⁸.

Dans un arrêt de 1982, la Cour de justice constate que « *la notion de marché commun telle que la Cour l'a dégagée dans une jurisprudence constante, vise à l'élimination de toutes les entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible de celles d'un véritable marché intérieur* »³²⁹. Cette formule élaborée par la Cour de justice montre bien qu'elle n'accorde qu'une importance mineure à la terminologie, parlant, dans une seule phrase, tantôt de marché commun que de marché unique et intérieur³³⁰. Ce qui importe est de fusionner les marchés nationaux dans un ensemble afin de former un seul marché européen³³¹. La professeure Vial démontre que le but est que les opérateurs économiques se comportent un jour « *de la même manière que dans le cadre d'un marché interne où le principe de la liberté du commerce et de l'industrie va de soi* »³³².

Se pose alors la question de savoir pourquoi l'Union européenne tend vers l'objectif d'établissement d'un marché intérieur et de fusion des marchés nationaux. Des explications de différentes natures peuvent être avancées³³³. Afin de mieux comprendre les objectifs visés par l'établissement du marché intérieur, il faut d'abord délimiter le marché intérieur ou « marché commun » pour le distinguer d'autres formes de coopérations économiques entre États.

Trois différents stades de l'intégration économique peuvent être distingués : la zone de libre-échange, l'union douanière et le marché commun ou marché intérieur³³⁴. La

³²⁸ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 9.

³²⁹ CJCE, 5 mai 1982, *Schul*, aff. 15/81, *Rec.* 1982, p. 1409, pt. 33.

³³⁰ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Commentaire Mégret. Introduction au marché intérieur : libre circulation des marchandises*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 3^e édition, 2015, p. 14.

³³¹ *Ibid.*

³³² VIAL C., *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 15.

³³³ Comp. aussi les conclusions de l'AG Fenelly du 15 juin 2000 sur l'affaire *Allemagne/Parlement et Conseil*, aff. C-376/98, *Rec.* 2000, p. I-8423, pt. 82-86.

³³⁴ V. aussi BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Commentaire Mégret. Introduction au marché intérieur*, *op.cit.*, p. 11 s.

zone de libre-échange est caractérisée par l'abolition des droits de douane et restrictions quantitatives à l'intérieur de la zone. En revanche, chaque État peut imposer son propre tarif douanier vis-à-vis des États tiers. L'union douanière va plus loin dans la mesure où elle impose un tarif douanier commun vis-à-vis des États tiers. Enfin, le marché commun est le stade d'intégration économique le plus poussé. Il peut être décrit comme un espace dans lequel la libre circulation de produits (marchandises et services) et de facteurs de production (travail et capital) est assurée. De plus, il y existe une réglementation externe commune pour toute relation avec un État tiers. Cette réglementation concerne aussi bien les produits que les facteurs de production³³⁵.

Dès lors, l'Union européenne a, dès sa création, opté pour la forme la plus poussée d'intégration économique entre ses États membres. Ceci s'explique principalement par le contexte historique qui précédait la fondation des Communautés européennes. Afin de comprendre ce contexte historique, il est indispensable de revenir à l'histoire de l'intégration économique en Europe.

Jusqu'au dix-huitième siècle, le commerce intra-européen restait limité³³⁶. Ce n'est qu'à partir du milieu du dix-neuvième siècle que l'on a pu observer une ouverture des marchés nationaux, accompagnée par une spécialisation sectorielle dans les différents pays européens. La croissance du commerce international a été suivie d'une plus grande migration de travailleurs et d'une circulation élevée de capitaux³³⁷. Or le déclenchement de la Première Guerre mondiale a mis fin à l'intégration économique européenne. Tous les États européens sont retournés vers un système clos de marchés nationaux³³⁸. Entre les deux guerres, les désavantages résultant de la clôture des marchés ont été de plus en plus reconnus et des tentatives de réintégration de l'économie des pays européens ont été ébauchées. Toutefois, pendant la Seconde Guerre mondiale, toute intégration a été de nouveau abolie, pour être réinitiée après la guerre.

³³⁵ MOLLE W., *The Economics of European Integration: theory, practice, policy*, Aldershot, Ashgate, 5^e édition, 2006, p. 10 s.

³³⁶ *Ibid.*, p. 33.

³³⁷ *Ibid.*, p. 35.

³³⁸ *Ibid.*, p. 39 s.

À l'échelle européenne³³⁹, les ravages des deux guerres ont montré et prouvé que la seule chance de survie et de paix constante résidait dans l'intégration progressive des pays européens³⁴⁰. Il fallait rapprocher les peuples en procédant à une intégration économique, politique et sociale de ces États. Ainsi, en 1949 a été créé le Conseil de l'Europe, agissant dans les domaines de la protection des droits de l'homme, du renforcement de la démocratie et de la prééminence du droit en Europe.

Toutes les initiatives de l'époque ont été inspirées par l'espoir d'éliminer la menace de guerre potentielle entre la France et l'Allemagne. Ce but devait être atteint non par des projets irréalistes trop poussés visant une intégration politique complète, mais par une stratégie d'intégration partielle, qui devrait, par la suite, être progressivement étendue³⁴¹.

Le 9 mai 1950, Robert Schumann, ministre des affaires étrangères français, inspiré par Jean Monnet, a présenté un projet visant à unir les industries française et allemande et les placer ensemble sous l'autorité de la Haute Autorité européenne. Finalement, ce projet a été accepté non seulement par la France et l'Allemagne, mais aussi par l'Italie et les pays du Benelux. Dès lors, en 1952, la Communauté européenne du charbon et de l'acier a été créée. Après l'échec des tentatives visant à créer une Communauté européenne de défense et une Communauté politique européenne, le traité de Rome de 1958 a fait naître la Communauté économique européenne. La même année, la Communauté européenne de l'énergie atomique a été établie. Depuis, les Communautés se sont élargies à la fois quant au nombre de leurs membres que quant à leurs compétences. Les différentes Communautés ont été regroupées en une Communauté européenne, qui depuis le traité de Maastricht de 1993 est devenue l'Union européenne.

Cette évolution historique nous permet d'ores et déjà de constater que le marché intérieur poursuivait dès le début une vision intégrative et visait le rapprochement des

³³⁹ Au niveau international, le General Agreement on Tariffs and Trade a été créé en 1947 dans le but de faire baisser les prix et de mieux utiliser et répartir les facteurs de production. Il s'agit d'un accord multilatéral de libre-échange. En 1990, l'Organisation mondiale du commerce (ci-après « l'OMC ») a été établie.

³⁴⁰ MOLLE W., *op.cit.*, p. 42.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 43.

peuples. L'idée que l'intégration économique peut servir comme un instrument utile et fructueux pour rapprocher les peuples n'était pas nouvelle. Déjà en 1904, l'auteur R. von Jhering soulignait le pouvoir intégratif du commerce transnational. Pendant que les États luttent l'un contre l'autre, le commerce trouvait des chemins pour rendre possible l'échange transnational. Cet échange ne se limitait pas seulement aux biens, mais entraînait et promouvait toujours également l'échange d'idées, ce qui rapprochait les peuples³⁴².

Ces réflexions sont l'expression de la théorie du commerce international, selon laquelle le libre-échange serait le meilleur moyen d'assurer la plus grande richesse. En effet, le bien-être commun serait accru par des relations économiques étroites entre les États³⁴³.

La théorie de l'avantage comparatif affine cette approche dans la mesure où, selon ladite théorie, chaque pays devrait importer les biens qui ne peuvent pas y être produits d'une manière rationnelle, efficace et peu coûteuse. Ainsi, la main-d'œuvre peut être répartie de la manière la plus rationnelle et efficace et utilisée là où elle est la plus nécessaire. Le but est donc qu'une marchandise soit produite dans le pays où la fabrication est la moins coûteuse, pour ensuite être vendue librement dans les autres pays. Ceci permet à chaque État d'utiliser au mieux ses ressources afin d'accroître la richesse et le bien-être économique de ses citoyens³⁴⁴.

Cette vision est étroitement liée à la notion de « marché ». Cette dernière peut être définie comme la coordination de décisions de préférence entre l'offrant et le débiteur³⁴⁵. Or toute décision présume une sélection. Elle est l'expression de la libre détermination des personnes et de l'autonomie privée³⁴⁶.

Ainsi, le marché intérieur crée un espace européen au sein duquel les personnes peuvent échanger ; autrement dit, « *des millions de ficelles créent des interdépen-*

³⁴² VON JHERING R., *Zweck im Recht*, tome I, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 4ème édition, 1904, p. 280.

³⁴³ FRENZ W., *op.cit.*, p. 6.

³⁴⁴ V. avec plus de détails et références : FRENZ W., *op.cit.*, p. 7.

³⁴⁵ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p.11.

³⁴⁶ *Ibid.*

dances »³⁴⁷ qui, d'une manière quasi automatique, relie les peuples de l'Union. Le marché intérieur vise avant tout l'élimination de tous les obstacles qui mettent en péril l'échange transfrontalier de biens, personnes, services et capitaux.

Dès lors, l'abolition de frontières et d'obstacles aux échanges transfrontaliers sert à rendre possible l'échange entre les peuples européens, afin de les rapprocher progressivement. Ainsi, le marché intérieur comporte tant des effets de prospérité, c'est-à-dire des effets économiques, que des effets politiques et des effets sociaux.

D'un point de vue économique, les différents échanges transfrontaliers servent à assurer la fabrication du produit le plus rentable, la répartition du produit dans les lieux où la demande est la plus élevée, à inciter les acteurs du marché à investir, à l'innovation, ainsi qu'à promouvoir la meilleure répartition de main-d'œuvre et de capital³⁴⁸. D'un point de vue politique, le marché intérieur poursuit des objectifs pacificateurs, notamment du point de vue des relations entre les États membres³⁴⁹.

Ainsi, le marché intérieur vise des objectifs bien précis. Ces objectifs sont énoncés à l'article 3, paragraphe 3, TUE. Il dispose que l'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe. Ce dernier doit être fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Enfin, l'Union promeut le progrès scientifique et technique.

Lesdits objectifs se fondent sur l'idée selon laquelle le principe de l'avantage comparatif, à savoir la meilleure allocation de biens, personnes, services et capitaux, permettrait à l'Union européenne de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples, qui constituent, conformément à l'article 3, paragraphe 1, TUE, les buts de l'Union européenne. En effet, l'article 3 TUE se caractérise par une structure logique et cohérente, révé-

³⁴⁷ „Millionen von Fäden schaffen Interdependenzen“: ENZENSBERGER H. M., *Sanftes Monster Brüssel oder die Entmündigung Europas*, Berlin, Suhrkamp, 2011, p. 67.

³⁴⁸ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 4.

³⁴⁹ *Ibid.*

lant dans un unique article les objectifs majeurs de l'Union européenne ainsi que les instruments prévus pour leur promotion et leur réalisation progressive.

Dans son premier paragraphe, l'article 3 TUE établit la « *triade des objectifs majeurs* »³⁵⁰ : la promotion de la paix, des valeurs de l'Union et du bien-être des peuples européens. Ensuite, les paragraphes deux à cinq détaillent les quatre instruments qui favorisent la réalisation de la triade : l'espace de liberté, de sécurité et de justice ; le marché intérieur ; l'union économique et monétaire ; et l'action extérieure commune de l'Union. Ces instruments doivent constamment, chacun de leur manière, contribuer à la réalisation des objectifs de l'Union européenne³⁵¹.

À notre avis, il faut souligner que dans les années 50, Jean Monnet et ses partenaires Etienne Hirsch, Paul Reuter et Pierre Uri étaient déjà conscients de la nécessité d'établir un marché intérieur - et d'aller au-delà d'un « simple » accord de libre-échange. Les pères fondateurs de la Communauté étaient convaincus que l'établissement d'un marché intérieur était la meilleure façon de promouvoir la croissance économique et sociale et de rapprocher les peuples de l'Europe.

Ainsi, dans la version initiale du traité CECA se trouve déjà la phrase suivante : « *Progressivement, se dégageront les conditions assurant spontanément la répartition la plus rationnelle de la production au niveau de productivité le plus élevé* »³⁵². Cela est également reflété par l'article 2 du traité CECA, qui prévoyait dans son paragraphe premier que la CECA a « *pour mission de contribuer, en harmonie avec l'économie générale des États membres et grâce à l'établissement d'un marché commun à l'expansion économique, au développement de l'emploi et au relèvement du niveau de vie dans les États membres* ».

L'idée que seul l'établissement d'un marché commun peut assurer l'expansion économique, le développement et le relèvement du niveau de vie pour contribuer ainsi au bien-être des peuples de l'Europe et pour promouvoir la paix était donc à l'origine de

³⁵⁰ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts: Integrationswert für Bürger und Gesellschaft, Mitgliedstaaten und Union », *integration*, n° 2, 2012, p. 101.

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² Article 2, paragraphe 2, du traité CECA ; v. aussi Déclaration de Robert Schumann du 9 mai 1950.

la fondation de la CECA et des Communautés européennes³⁵³. Comme le professeur De La Rosa le rappelle, la CEE a failli être dénommée « Communauté du Marché commun ». L'article 1^{er} du traité n'a été modifié que dans la dernière phase des négociations en février 1957³⁵⁴.

Il s'ensuit que l'importance cardinale du marché intérieur pour la construction européenne ne peut pas être sous-estimée³⁵⁵. L'établissement et l'assurance du bon fonctionnement du marché intérieur restent l'une des tâches principales de l'Union européenne³⁵⁶. Le professeur Müller-Graff remarque que le marché intérieur constitue un « *objectif constitutionnel crucial* » de l'Union européenne, ce qui explique sa place primordiale au sein du système des traités³⁵⁷.

Nous pouvons donc retenir, sans exagérer, que le marché intérieur constitue le noyau dur de l'intégration européenne³⁵⁸. La Commission européenne le désigne souvent comme le « *véritable moteur de croissance de l'économie européenne* »³⁵⁹.

Le marché intérieur ne se limite pas aux règles relatives aux libertés de circulation, mais comprend également l'harmonisation des législations, les règles de concurrence et les dispositions fiscales. Lesdits éléments constitutifs du marché intérieur doivent être mis en œuvre en respectant les principes fondamentaux de l'Union, énoncés à l'articles 3 TUE.

Parmi ces principes figurent notamment le principe de légalité, le principe d'égalité, le principe de non-discrimination en tant que principe fondamental de l'Union, le principe de libre-concurrence, le principe de liberté économique, le principe social et

³⁵³ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 10.

³⁵⁴ DE LA ROSA S., « L'écriture des libertés de circulation », *op.cit.*, p. 18.

³⁵⁵ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 11.

³⁵⁶ V. aussi LENAERTS K. et VAN NUFFEL P. (dir.), *op.cit.*, p. 195, pt. 9-001.

³⁵⁷ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 3.

³⁵⁸ HOLOUBEK M., « Grundfreiheiten, Grundrechte und Normenkontrollmonopole », in STUMPF C., KAINER F. et BALDUS C. (éd.), *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht: Privatinitiative und Gemeinwohlorizonte in der europäischen Integration: Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag am 29. September 2015*, Baden-Baden, Nomos, 2015, p. 1369.

³⁵⁹V. p.ex.: COM(2011) 206 final, p. 2.

le principe de solidarité³⁶⁰. Ces principes sont étroitement liés au marché intérieur, dont ils assurent le bon fonctionnement³⁶¹. Ils constituent des principes constitutionnels³⁶². Tout acte ou mesure de l'Union doit y être conforme, ce qui explique aussi leur rôle important pour l'interprétation du droit de l'Union. En effet, le professeur Constantinesco considère que l'interprétation téléologique « *recherchant l'objet et le but des traités n'est autre chose que l'interprétation faite par le prisme de la Constitution économique et en tenant compte des principes régissant le fonctionnement du Marché commun et de la Communauté* »³⁶³.

Cette formule nécessite de s'interroger sur la notion importante de « Constitution économique » de l'Union. En effet, c'est elle qui pose les principes régissant le fonctionnement du marché intérieur, qui est au cœur de notre étude. La notion de « Constitution économique », issue de la doctrine allemande du 20^{ème} siècle³⁶⁴, peut être définie comme « *l'ensemble des normes juridiques qui précisent et ordonnent le cours du processus économique dans un ensemble économique donné* »³⁶⁵. Dans les années soixante, ce concept juridico-économique a été transposé dans la doctrine européenne et permet d'expliquer la notion de Constitution économique européenne³⁶⁶.

Il convient de noter qu'au niveau européen, le terme de « Constitution » n'a pas la même définition qu'au niveau national, mais désigne l'ensemble de règles et de valeurs déterminant l'action et le fonctionnement de l'Union européenne³⁶⁷.

Les traités ne définissent pas directement la Constitution économique européenne³⁶⁸. Néanmoins, elle résulte indirectement des principes et objectifs énoncés dans le pré-

³⁶⁰ Comp. CONSTANTINESCO L.-J., « La Constitution économique de la CEE », *RTDE*, 1977, p. 273 s.

³⁶¹ CONSTANTINESCO L.-J., « La Constitution économique de la CEE », *op.cit.*, p. 272.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ *Ibid.*, p. 273.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 245.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 249.

³⁶⁶ V. avec plus de détails: CONSTANTINESCO L.-J., « La Constitution économique de la CEE », *op.cit.*, p. 246 s.

³⁶⁷ GEORGOPOULOS T., « Sur le concept de "Constitution économique de l'Union européenne" », in DEBARGE O., GEORGOPOULOS T. et RABAEY O. (éd.), *La Constitution économique de l'Union européenne : 2^e Rencontres du GIEPI, 12 et 13 mai 2006*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 7.

³⁶⁸ CONSTANTINESCO L.-J., « La Constitution économique de la CEE », *op.cit.*, p. 252 s.

ambule et les titres I et II du TUE. En effet, les principes et objectifs énoncés à l'article 3 TUE constituent ensemble la Constitution économique européenne.

Ce sont ces principes et objectifs que nous avons étudiés ci-dessus qui « *donnent au traité dans son ensemble son vrai sens et éclairent la signification de chacun des articles suivants* »³⁶⁹. Par conséquent, leur examen était un exercice indispensable pour comprendre le cadre dans lequel le marché intérieur doit être réalisé.

Cet examen nous a permis de comprendre que le marché intérieur est au cœur de la Constitution économique. Dès lors, nous constatons des liens étroits et des interdépendances entre le marché intérieur, les principes constitutionnels et les objectifs majeurs poursuivis par l'Union européenne.

La place primordiale du marché intérieur au sein de l'Union européenne est justement due au fait qu'il est indispensable pour la réalisation du premier but de l'Union : l'intégration économique, politique et sociale des peuples européens. Cette intégration vise la prospérité et le bien-être économique, la paix, la démocratie et les droits de l'homme³⁷⁰. On ne peut pas penser le projet européen sans intégration des marchés, ce qui a pour conséquence que l'Union européenne ne peut être pensée sans marché intérieur.

Dès lors, nous pouvons résumer notre analyse sur la portée du marché intérieur comme suit : le marché intérieur constitue « *la principale réalisation de l'Union européenne* »³⁷¹. Il forme le « *socle de la construction européenne et représente le creuset à l'intérieur duquel se déploient les activités de l'Union européenne* »³⁷². Cette « centralité » du marché intérieur explique l'importance qui lui est consacrée dans le cadre de l'interprétation des traités³⁷³. Il y est conçu comme « *une orientation pour l'interprétation du traité* », comme la « *justification à une interprétation finaliste du*

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 252.

³⁷⁰ MOLLE W., *op.cit.*, p. 4.

³⁷¹ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Commentaire Mégret. Introduction au marché intérieur*, *op.cit.*, p. 9.

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ DE LA ROSA S., « L'écriture des libertés de circulation », *op.cit.*, p. 18.

traité, qui conduit à remonter aux grands objectifs du traité pour interpréter ses dispositions particulières »³⁷⁴.

Or le marché intérieur n'a pas été établi en une fois, mais se caractérise par une réalisation progressive. En effet, l'article 8 du traité CEE prévoyait que le marché commun devait progressivement être établi au cours d'une période de transition de douze ans³⁷⁵.

Malgré certains progrès intervenus, notamment dans le cadre de l'union douanière, la Communauté européenne n'a pas réussi à achever l'établissement du marché commun avant la fin de la période de transition³⁷⁶. La Commission européenne a alors dû convaincre les États membres de continuer à poursuivre la réalisation du marché intérieur. Ainsi, en juin 1985, elle a adopté son Livre blanc intitulé « L'achèvement du marché intérieur »³⁷⁷ dans lequel elle présentait un projet ambitieux d'élimination des obstacles s'opposant encore à l'intégration des marchés.

Enfin, l'Acte unique européen, adopté en 1986, a considérablement promu l'établissement du marché intérieur. Il avait pour objectif d'en assurer l'achèvement avant janvier 1993 en abolissant les obstacles non tarifaires aux libertés de circulation et en généralisant le principe de reconnaissance mutuelle. Il utilisait pour la première fois la notion de marché intérieur, le définissant 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 du présent traité* ». Enfin, le traité de Lisbonne a remplacé la notion de marché commun par celle de marché intérieur. La notion de marché intérieur est donc à présent celle qu'il convient de retenir pour désigner l'objectif d'intégration des marchés au sein de l'Union européenne³⁷⁸.

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ V. pour plus d'information notamment : CARTOU L., « Article 8 » in CONSTANTINESCO V., JACQUE J-P, KOVAR R. et al., *Traité instituant la CEE : commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, p. 70 s.

³⁷⁶ LENAERTS K. et VAN NUFFEL P., *op.cit.*, p. 199, pt. 9-008.

³⁷⁷ COM(85) 310 final.

³⁷⁸ LENAERTS K. et VAN NUFFEL P., *op.cit.*, p. 195, pt. 9-002.

La Commission européenne est régulièrement amenée à faire des évaluations de l'état de réalisation du marché intérieur³⁷⁹. À cette fin, elle publie des communications dans lesquelles elle identifie le stade actuel de réalisation du marché intérieur, les problèmes restant à surmonter ainsi que les mesures à prendre pour y remédier. Parmi les nombreuses communications et rapports émis par la Commission, il convient de mentionner la communication du 28 septembre 2015 « Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises »³⁸⁰, dans laquelle la Commission accentue de nouveau l'importance fondamentale du marché intérieur en le désignant comme « *l'une des plus belles réussites européennes* »³⁸¹. Ici encore, la Commission insiste sur le fait que le marché intérieur doit constamment être approfondi tout en ne constituant pas une fin en soi, mais en visant le bien-être des peuples européens et un marché « *plus équitable* »³⁸².

Cet aperçu a montré que malgré tous les efforts entrepris, le marché intérieur n'est pas encore achevé. De nombreux obstacles demeurent. Le professeur Constantinesco montre bien que le marché intérieur « *n'est, ni du point de vue économique, ni du point de vue juridique, un concept fixé une fois pour toutes* » mais, étant « *une création volontaire du Traité C.E.E. (...) trop complexe pour être établi uno actu* », il doit être réalisé progressivement³⁸³. Il n'est pas figé, mais évolue constamment³⁸⁴. Dès lors, il constitue une « *création permanente* » qui doit régulièrement se protéger contre les différentes tentatives d'entrave³⁸⁵. Par ailleurs, c'est à dessein que l'article 26, paragraphe 2, TFUE ne définit pas de date pour l'achèvement du marché intérieur. Bien au contraire, ceci est la preuve de la tâche continue que constitue son établissement.

Ce caractère évolutif n'est point surprenant. En effet, le professeur Georgopoulos relève que « *toute Constitution économique est censée évoluer, afin de répondre aux*

³⁷⁹ V. aussi PICOD F., « Libre circulation des marchandises... », fasc. 530, *op.cit.*, pt. 8.

³⁸⁰ COM(2015) 550 final.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 1.

³⁸² COM(2015) 550 final.

³⁸³ CONSTANTINESCO L.-J., « La Constitution économique de la CEE », *op.cit.*, p. 263.

³⁸⁴ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Commentaire Mégret. Introduction au marché intérieur*, *op.cit.*, p. 9.

³⁸⁵ *Ibid.*

changements de conjoncture ou de s'adapter à l'évolution des esprits et des aspirations »³⁸⁶.

Ceci se reflète également dans la jurisprudence de la Cour de justice. Examinant la jurisprudence relative aux obstacles au marché intérieur, on constate qu'elle a, dans un premier temps, visé l'abolition des droits de douane et des taxes d'effet équivalent. Ensuite, elle a tendu à l'élimination des restrictions quantitatives. Ces obstacles « évidents » et particulièrement importants ont été progressivement éliminés. Enfin, la Cour de justice a pris en compte tout autre type de restrictions. Ce sont les taxes d'effet équivalent et surtout les mesures d'effet équivalent qui ont fait l'objet de la plus grande attention de la part des juges³⁸⁷. Seules les restrictions qui sont nécessaires pour assurer la réalisation d'un objectif d'intérêt général reconnu et mises en œuvre de manière non discriminatoire et proportionnée doivent demeurer³⁸⁸.

Nous pouvons tirer deux conclusions majeures de cette étude du marché intérieur.

Premièrement, le caractère fortement évolutif du marché intérieur nécessite de tenir compte de tous les changements socio-économiques susceptibles d'avoir un effet sur le fonctionnement du marché intérieur.

Or de nos jours, ce n'est plus seulement l'État - ou plus largement la personne publique - qui jouit de l'imperium. Des changements profonds sont intervenus depuis la seconde guerre mondiale. Force est de constater que compte tenu du retrait de la puissance publique dans tous les États membres, de nombreuses activités et pouvoirs normatifs ou réglementaires se trouvent exercés, *de facto* ou *de jure*, par des personnes privées³⁸⁹. Certaines personnes privées disposent alors pour des raisons va-

³⁸⁶ GEORPOULOS T., « Sur le concept de "Constitution économique de l'Union européenne" », *op.cit.*, p. 28.

³⁸⁷ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Commentaire Mégret. Introduction au marché intérieur*, *op.cit.*, p. 82.

³⁸⁸ PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », *op.cit.*, p. 120.

³⁸⁹ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Commentaire Mégret. Introduction au marché intérieur*, *op.cit.*, p. 245 s.

riées d'un pouvoir économique et politique considérable susceptible d'affecter le marché intérieur³⁹⁰.

Ignorer cette évolution socio-économique, intervenue dans tous les États membres de l'Union européenne, aurait pour effet de négliger une source potentielle d'entraves aux échanges intra-européens. Or à notre avis, il faut se poser la question de savoir si la place primordiale du marché intérieur ainsi que son *telos* n'exigent de protéger ce dernier contre toute tentative d'entrave, y compris les entraves résultant de l'exercice d'un pouvoir d'autorité privée³⁹¹.

Deuxièmement, nous avons pu constater que le marché intérieur ne constitue pas un but en soi, mais poursuit certains objectifs, énoncés à l'article 3 TUE, à savoir la promotion de la paix, des valeurs de l'Union et du bien-être des peuples européens. Il s'ensuit que le marché intérieur a une orientation macroéconomique et macropolitique qui a nécessairement pour conséquence de mettre l'accent sur l'*effet* d'une mesure qui entrave le libre-échange et non sur la qualité de l'auteur de la mesure en cause³⁹².

Cependant, notre examen n'est pas encore achevé. Avant d'être en mesure de nous prononcer en faveur ou en défaveur d'un assujettissement des personnes privées au respect des obligations découlant des libertés de circulation, il convient d'interpréter les dispositions pertinentes y relatives. Ce faisant, nous allons nous interroger en particulier sur leur finalité et leur rôle en tant que facteur d'intégration.

³⁹⁰ Dans le même sens : PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », *op.cit.*, p. 130.

³⁹¹ Encore faut-il définir ce pouvoir d'autorité privée, ce que nous allons entamer dans la Partie I, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2 de la présente thèse.

³⁹² MÜLLER-GRAFF P.-C., « Direct Horizontal Effect of the Transnational Market Access Freedoms of the Internal Market », in AMTENBRINK F., DAVIES G., KOCHENOV D. (éds.) *et al.*, *The Internal Market and the Future of European Integration : Essays in Honour of Laurence W. Gormley*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 41 ; MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 11.

Paragraphe 2 : Les libertés de circulation comme facteur d'intégration

Alors qu'on ne peut limiter le marché intérieur aux « seules » libertés de circulation, ces dernières y jouent un rôle extrêmement important. Nous allons les traiter dans ce paragraphe, tout en mettant l'accent sur l'examen de leur finalité, leur *telos*, afin d'en déduire des arguments en faveur ou en défaveur de la reconnaissance d'un effet horizontal des libertés de circulation.

La fonction principale des libertés de circulation est d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur et d'empêcher les restrictions aux échanges intra-européens. Dès lors, elles sont le fondement de l'objectif de réalisation du marché intérieur³⁹³. L'établissement d'un marché intérieur n'est pas possible sans libertés de circulation. Il nécessite que les biens, personnes, services et capitaux puissent circuler librement³⁹⁴.

La professeure Vial souligne que « *l'interdiction des entraves aux échanges et l'instauration d'un marché intérieur sont en définitive deux objectifs communautaires qui se complètent et s'enrichissent l'un et l'autre. En effet, si la libre circulation est une condition fondamentale de l'existence d'un marché unique européen, l'achèvement de cet espace sans frontières intérieures a pour nécessaire conséquence de faciliter les échanges de marchandises entre les États membres, les opérateurs économiques se comportant finalement de la même manière que dans le cadre d'un marché interne où le principe de la liberté du commerce et de l'industrie va de soi* »³⁹⁵.

Aussi les dispositions relatives aux libertés de circulation assurent-elles l'exercice transfrontalier de l'autonomie privée³⁹⁶. L'autonomie privée est le fondement com-

³⁹³ Dans le même sens : MÜLLER-GRAFF P.-C., « § 101. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union », in KUBE H., MELLINGHOFF R., MORGENTHALER G. *et al.*, *Leitgedanken des Rechts: Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag*, tome 1, Heidelberg, C.F. Müller, 2013, p. 1073.

³⁹⁴ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Vor Art. 34-37 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 2.

³⁹⁵ VIAL C., *op.cit.*, p. 14.

³⁹⁶ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Vor Art. 34-37 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 3; STREINZ R. et LEIBLE St., « Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 465.

mun des régimes de droit privé des États membres³⁹⁷. Les libertés de circulation étendent ce principe fondamental au-delà des frontières des États membres en rendant possible l'échange transfrontalier³⁹⁸. Ainsi, les libertés de circulation s'opposent, en principe, à toute mesure entravant le commerce transfrontalier. Elles visent à assurer la liberté commerciale transfrontalière et à promouvoir l'intégration³⁹⁹.

Dès lors, elles interdisent le cloisonnement des marchés nationaux⁴⁰⁰. Autrement dit, la *ratio* des libertés de circulation est l'abolition des mesures protectionnistes et restrictives au sein de l'Union européenne pour assurer le libre-échange entre les États membres⁴⁰¹.

Ce faisant, les libertés de circulation poursuivent une mission fondamentale au sein de l'Union européenne. En contribuant aux échanges entre les États membres, elles vont au-delà d'un simple droit à exercer des activités économiques. Elles sont indispensables pour la réalisation du marché intérieur, elles correspondent à des normes d'une valeur fondamentale et sont au cœur de l'établissement du marché intérieur⁴⁰². Comme le professeur Picod le souligne, elles n'ont pas été conçues de manière isolée par les auteurs des traités constitutifs comme une finalité en soi, mais elles servent des objectifs qui commandent l'action de l'Union européenne. Ainsi, elles s'inscrivent dans le cadre de la Constitution économique européenne⁴⁰³.

Dès lors, les libertés de circulation n'ont pas pour fonction de mettre en balance les intérêts (économiques) des États membres⁴⁰⁴, mais de promouvoir l'échange transfrontalier de personnes privées. Elles contribuent à l'intégration économique *et* poli-

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ V. aussi MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die Verdichtung des Binnenmarktrechts zwischen Handlungsfreiheit und Sozialgestaltung », *EuR*, Beiheft 1/2002, p. 39.

⁴⁰⁰ PERNER St., *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*, Wien, Mohr Siebeck, 2013, p. 9.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 75.

⁴⁰² MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 304.

⁴⁰³ PICOD F., « Libre circulation des marchandises », fasc 530, *op.cit.*, pt. 2.

⁴⁰⁴ Dans le même sens: MÜLLER-GRAFF P.-C., « Vor Art. 34-37 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 3.

tique de l'Union européenne⁴⁰⁵. Leur contribution capitale à l'intégration des marchés ainsi que leur importance pour l'Union européenne en général⁴⁰⁶ a été reconnue à maintes reprises par la Cour de justice⁴⁰⁷.

En effet, la jurisprudence de la Cour de justice a considérablement contribué à définir le régime des libertés de circulation⁴⁰⁸. Le professeur De La Rosa relève qu'« *en s'attelant à définir une approche commune de l'entrave aux échanges, la Cour a certainement permis la réalisation de l'intégration économique* »⁴⁰⁹. L'intégration économique se réalise à travers la libre circulation : tous les facteurs de production doivent pouvoir circuler librement au-delà des frontières. Il en est de même pour les consommateurs qui ont le droit d'acheter des biens et des services librement dans toute l'Union européenne⁴¹⁰.

Il est important de souligner que dès le célèbre jugement Van Gend en Loos⁴¹¹, la Cour de justice a affirmé que « *l'article 12 du traité instituant la Communauté économique européenne produit des effets immédiats et engendre dans le chef des justiciables des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder* »⁴¹².

Ainsi, les libertés de circulation constituent des droits subjectifs, tant pour l'offrant que pour le demandeur, pour le commerçant et pour le non commerçant, tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales⁴¹³. Elles accordent aux individus un droit subjectif à l'exercice d'une activité économique transfrontalière sans discri-

⁴⁰⁵ Dans le même sens par exemple : JANN P. et CEDE F., « Grundrechte und Grundfreiheiten in Europa », Wiener Juristische Gesellschaft 1997, *JBl*, 1998, p. 32.

⁴⁰⁶ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Vor Art. 34-37 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 4.

⁴⁰⁷ Comp. p.ex. CJCE, 10 décembre 1974, *Charmasson/Ministre des Économies et des Finances*, aff. 48/74, *Rec.* 1974, p. 1383 ; CJCE, 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, *Rec.* 1979, p. 649.

⁴⁰⁸ DE LA ROSA S., « L'écriture des libertés de circulation », *op.cit.*, p. 38.

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ LENAERTS K. et VAN NUFFEL P., *op.cit.*, p. 202, pt. 9-012.

⁴¹¹ V. pour plus d'informations sur l'arrêt *Van Gend en Loos* ainsi que les droits individuels : *Actes du colloque, 50^{ème} anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos : 1963-2013*, Luxembourg, 13 mai 2013, dont notamment l'intervention du professeur Picod F. sur « Le statut des particuliers, désormais titulaires de droits individuels », p. 81.

⁴¹² CJCE, arrêt *Van Gend en Loos* précité, aff. 26/62, p. 28.

⁴¹³ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt 1 ; v. aussi DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 124 ; OLIVER P. J., *op.cit.*, p. 81.

mination⁴¹⁴. Or les libertés de circulation s'appliquent non seulement aux relations entre professionnels, mais aussi aux échanges non professionnels, c'est-à-dire à tout type de transactions⁴¹⁵. En effet, la Cour de justice a confirmé à plusieurs reprises que les libertés de circulation s'appliquent non seulement au commerce professionnel, mais concernent également les particuliers⁴¹⁶.

En revanche, les règles relatives aux libertés de circulation supposent l'échange transfrontalier entre les États membres. Leur application nécessite un élément de circulation voire de mobilité⁴¹⁷. Dès lors, les situations purement internes⁴¹⁸, c'est-à-dire les situations dans lesquelles il n'existe aucun élément de rattachement avec le droit de l'Union, ne sont pas régies par les règles en matière de libre circulation⁴¹⁹. De telles situations internes ne sont, en principe, régies que par le droit national⁴²⁰. Par conséquent, le droit de l'Union s'applique à tous les échanges entre les États membres, alors que le droit national s'applique aux échanges internes⁴²¹.

D'une manière générale, les libertés de circulation peuvent être classées en libertés visant la protection d'un objet de droit et en libertés visant la protection d'un sujet de droit⁴²². La libre circulation des marchandises et la libre prestation de services assurent l'échange transfrontalier de marchandises et la prestation transfrontalières de services. La libre circulation des personnes comprend l'activité dépendante et

⁴¹⁴ HATJE A., « The Economic Constitution within the Internal Market », in VON BOGDANDY A. et BAST J. (éd.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2^e édition, 2011, p. 599 ; v. aussi au regard des droits subjectifs: PICOD F., « Le statut des particuliers, désormais titulaires de droits individuels », in *Actes du Colloque* du 13 mai 2013, *op.cit.*, p. 81.

⁴¹⁵ PICOD F., « Libre circulation des marchandises », fasc. 530, *op.cit.*, pt. 42.

⁴¹⁶ Comp. p. ex un arrêt relatif à la libre circulation des marchandises : CJCE, 7 mars 1990, *GB-INNO-BM*, aff. C-362/88, *Rec.* 1990, p. I-667, pt. 8 ; v. aussi CJCE, 11 juin 1987, *Gofette et Gilliard*, aff. 406/85, *Rec.* 1987, p. 2525 ; CJCE, 7 mars 1989, *Schumacher*, aff. 215/87, *Rec.* 1989, p. 617.

⁴¹⁷ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Commentaire Mégret. Introduction au marché intérieur*, *op.cit.*, p. 49 s.

⁴¹⁸ V. pour plus d'informations sur les situations purement internes notamment l'excellente contribution du professeur Martucci : MARTUCCI F., « Situations purement internes et libertés de circulation », in DUBOUT E. et MAITROT DE LA MOTTE A. (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 43.

⁴¹⁹ V. p. ex PERNER S., *op.cit.*, p. 20 s.

⁴²⁰ Même si la Cour de justice a relativisé ce principe, v. notamment : CJCE, 9 août 1994, *Lancry*, aff. C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-409/93, C-410/93 et C-411/93, *Rec.* 1994, p. I-3957 ; CJCE, 9 septembre 2004, *Carbonati Apuani*, aff. C-72/03, *Rec.* 2004, p. I-8027.

⁴²¹ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Commentaire Mégret. Introduction au marché intérieur*, *op.cit.*, p. 50.

l'activité indépendante en protégeant la libre circulation des travailleurs ainsi que la liberté d'établissement des personnes physiques et morales. Enfin, la libre circulation des capitaux et moyens de paiements assure les investissements transfrontaliers et l'exécution transfrontalière des paiements.

La libre circulation des marchandises est primordiale pour rendre possible l'échange transfrontalier de biens. Ainsi, elle assure la meilleure allocation de biens⁴²³ et favorise la production la plus rationnelle.

La libre prestation de services vise également l'échange transfrontalier et la meilleure allocation, mais de services et de biens immatériels. De même, la libre circulation des capitaux et moyens de paiements est indispensable pour assurer le libre-échange. Elle permet de faire des investissements dans l'État où ils sont le plus demandés et elle rend possible le transfert d'argent.

La liberté d'établissement permet à un opérateur de s'installer dans un autre État membre et favorise ainsi l'accès au marché. La libre circulation des travailleurs permet d'une part que les travailleurs nécessaires pour la production d'un bien puissent se rendre dans le pays où la production de ce bien est la plus favorable, et d'autre part, elle favorise la compétition pour attirer les « meilleurs cerveaux » de l'Europe⁴²⁴.

Dès lors, les libertés de circulation constituent le facteur clé pour le marché intérieur. Ce dernier est seulement pleinement réalisé si les libertés de circulation sont assurées d'une manière effective et intégrale⁴²⁵. Or comme il a été vu dans le paragraphe précédent, l'objectif d'établissement d'un marché intérieur et de garantie de son bon fonctionnement a un caractère permanent. Sa réalisation n'est pas encore survenue du fait que l'Union européenne doit constamment tendre vers ce but⁴²⁶.

⁴²² PERNER S., *op.cit.*, p. 8.

⁴²³ FRENZ W., *op.cit.*, p. 9.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 10, pt 16 s.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 12.

⁴²⁶ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Vor Art. 34-37 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 6.

Toutefois, il ne faut pas assimiler le marché intérieur et les libertés de circulation. Ces dernières constituent la base du marché intérieur, mais ne peuvent pas être assimilés à celui-ci. D'autres instruments sont nécessaires pour sa réalisation, notamment l'alignement législatif établi à l'article 114 TFUE⁴²⁷.

Contrairement au régime des libertés de circulation qui vise l'élimination de discriminations et entraves et constitue dès lors ce qu'on appelle « l'harmonisation négative », l'alignement législatif vise « l'harmonisation positive ». En ce sens, l'alignement législatif va encore plus loin que le régime des libertés de circulation. Ceci s'explique par le fait que le marché intérieur a pour objectif la liberté du marché et l'égalité des marchés⁴²⁸. Les libertés de circulation garantissent la liberté du marché dans le sens où elles assurent l'ouverture et le libre accès au marché. L'harmonisation positive, quant à elle, assure l'égalité de tous les opérateurs du marché.

Il s'ensuit que les libertés de circulation assurent les bases de l'économie de marché ouverte en accordant un droit d'accès au marché⁴²⁹. Leurs fonctions peuvent être résumées comme suit : elles assurent l'ouverture des marchés nationaux (i), elles rendent possible la libre concurrence (ii), elles promeuvent les objectifs énoncés à l'article 3, paragraphe 1, TUE, à savoir la paix, les valeurs de l'Union et le bien-être des peuples européens (iii) et enfin, elles promeuvent l'intégration et le rapprochement des peuples européens à l'aide de l'autonomie privée (iv)⁴³⁰.

Tel est donc le *telos*, l'objectif des libertés de circulation. De ce point de vue, il importe peu de savoir *qui* est responsable d'une entrave aux libertés de circulation : un État membre, une institution de l'Union européenne ou un particulier⁴³¹. Ce qui importe, c'est que le bon fonctionnement du marché intérieur ne soit pas entravé.

⁴²⁷ Comp. les conclusions de l'AG Fenelly sur l'affaire *Allemagne/Parlement et Conseil* précitée, aff. C-376/98, pt. 75.

⁴²⁸ FRENZ W., *op.cit.*, p. 24.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 67.

⁴³⁰ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 1.

⁴³¹ Dans le même sens : MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p.9.

Ce raisonnement est reflété par la Cour de justice dans sa jurisprudence relative aux entraves d'origine privée. À titre exemplaire, il convient de citer les arrêts *Walrave*⁴³² et *Fra.Bo*⁴³³. Dans l'arrêt *Walrave*⁴³⁴, la Cour de justice commence son raisonnement en signalant que les libertés de circulation ont en commun de prohiber, dans leur domaine d'application respectif, toutes discriminations exercées en raison de la nationalité.

Ainsi, elle souligne le principe de non-discrimination ainsi que l'importance des libertés de circulation. Ensuite, la Cour affirme que l'interdiction de discrimination s'étend également aux réglementations non-étatiques visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de services⁴³⁵. De plus, la Cour poursuit son raisonnement en jugeant que l'abolition d'obstacles « *à la libre circulation des personnes et à la libre prestation des services, objectifs fondamentaux de la Communauté* » serait compromise si « *l'abolition des barrières d'origine étatique pouvait être neutralisée par des obstacles résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations ou organismes ne relevant pas du droit public* »⁴³⁶.

En effet, notamment en matière de libre circulation des travailleurs, les conditions de travail sont tantôt régies « *par la voie de dispositions d'ordre législatif ou réglementaire, tantôt par des conventions et autres actes conclus ou adoptés par des personnes privées, une limitation des interdictions en cause aux actes de l'autorité publique risquerait de créer des inégalités quant à leur application* »⁴³⁷. Il est indéniable que la Cour de justice met l'accent sur l'effet de la mesure en question.

L'arrêt *Fra.Bo*⁴³⁸ est un autre bon exemple pour cette approche mettant l'accent sur l'effet d'une mesure. Dans cette affaire, la Cour examine la mise en pratique, le fonctionnement et en particulier l'effet de la mesure en cause et accorde seulement une

⁴³² CJCE, arrêt *Walrave* précité, aff. 36/74.

⁴³³ ⁴³³ CJUE, arrêt *Fra.Bo* précité, aff. C-171/11.

⁴³⁴ CJCE, arrêt *Walrave* précité, aff. 36/74, pt. 16-19.

⁴³⁵ *Ibid.*, pt. 17.

⁴³⁶ *Ibid.*, pt. 18.

⁴³⁷ CJCE, arrêt *Walrave* précité, aff. 36/74, pt. 19.

⁴³⁸ CJUE, arrêt *Fra.Bo* précité, aff. C-171/11.

importance mineure à la qualification de l'auteur de l'entrave⁴³⁹. Ainsi, la Cour de justice constate qu'un organisme privé « *détient en réalité, du fait notamment de son habilitation à certifier les produits, le pouvoir de réglementer l'entrée sur le marché allemand, de produits tels que les raccords en cuivre en cause au principal* »⁴⁴⁰.

Dès lors, l'élément déterminant est le pouvoir de réglementer l'entrée sur le marché, c'est-à-dire l'aptitude d'une mesure à entraver le bon fonctionnement du marché intérieur. De cette manière, la Cour de justice favorise l'effet utile des libertés de circulation. De même, elle promeut l'application uniforme du droit de l'Union⁴⁴¹ puisqu'une limitation aux seules mesures étatiques aurait pour conséquence que les États membres pourraient contourner l'interdiction des entraves⁴⁴².

Nous pouvons déduire de cette analyse téléologique du marché intérieur en général et des libertés de circulation en particulier qu'en présence d'une entrave, l'accent doit être mis sur l'effet de la mesure restrictive, et non sur son origine⁴⁴³.

L'effet utile plaide en faveur de la reconnaissance d'un effet horizontal des libertés de circulation et exige de tenir compte des changements historiques, politiques et sociaux qui ont eu lieu depuis la création de la CECA et des CEE. Les acteurs privés, ou du moins certains acteurs privés, disposent d'un pouvoir considérable susceptible d'entraver le bon fonctionnement du marché intérieur. De surcroît, les mesures et opérations d'origine privée occupent une place importante dans les transactions juridiques et commerciales du marché intérieur⁴⁴⁴. Il ne serait donc pas conforme à l'effet utile du marché intérieur ainsi qu'au rôle primordial des libertés de circulation de les faire « échapper » au respect des dispositions relatives aux libertés de circulation.

⁴³⁹ V. aussi MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p.9.

⁴⁴⁰ CJUE, arrêt *Fra.Bo* précité, aff. C-171/11, pt. 31.

⁴⁴¹ Dans le même sens tout en critiquant la jurisprudence de la Cour de justice : STREINZ R. et LEIBLE St., « Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 459 s.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 459.

⁴⁴³ V. aussi MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 304.

⁴⁴⁴ WAGNER E., « Die unmittelbare Drittwirkung der EG-Grundfreiheiten im Privatrecht », *ÖJZ*, 2007, n° 54, p. 641.

Malgré ce constat intermédiaire, notre étude n'est pas achevée. Après une interprétation littérale, systémique et téléologique du marché intérieur et des libertés de circulation, nous allons désormais nous concentrer sur la jurisprudence de la Cour de justice.

En examinant la jurisprudence de la Cour de justice, nous observerons rapidement que cette dernière a une forte tendance à se référer à sa propre jurisprudence. La jurisprudence antérieure de la Cour de justice constitue souvent sa première référence et le point de départ de son raisonnement⁴⁴⁵. Comme le professeur Rebhahn l'a constaté, la jurisprudence passée a dès lors le même poids que le texte des traités et autres arguments d'interprétation⁴⁴⁶. Il s'ensuit que l'étude du droit de l'Union implique souvent moins d'examiner en détail les termes des traités que d'analyser les décisions antérieures de la Cour⁴⁴⁷.

Dès lors, il est indispensable d'examiner la jurisprudence de la Cour de justice relative aux libertés de circulation en général et aux entraves d'origine privée en particulier. Ce faisant, nous allons voir qu'il convient de différencier selon les libertés de circulation en cause. Même si nous avons vu dans ce chapitre que les libertés de circulation ont une finalité commune, l'examen de la jurisprudence de la Cour de justice va nous montrer que malgré un grand nombre de points communs, des divergences persistent, notamment entre la libre circulation des personnes ainsi que la libre prestation de services d'une part, et la libre circulation des marchandises, d'autre part⁴⁴⁸. Étudiant la jurisprudence pertinente, nous allons nous interroger sur l'impact de telles divergences à l'appréhension des entraves d'origine privée.

⁴⁴⁵ REBHahn R., « Zur Methodenlehre des Unionsrechts », in HENSSLER M., JOUSSEN J., M.MATIES M. et al., *Festschrift für Rolf Wank zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2014, p. 445.

⁴⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ Dans le même sens: PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : Une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 637.

Chapitre 2 – La persistance de disparités au sein des libertés de circulation

Malgré les nombreux points communs entre les différentes libertés de circulation, celles-ci présentent certaines divergences qui persistent, notamment entre, d'une part, le régime de la libre circulation des personnes et des services et, d'autre part, celui de la libre circulation des marchandises.

Dans le présent chapitre, nous allons étudier l'approche commune aux libertés de circulation des personnes, des services et des capitaux (Section 1) pour ensuite examiner les particularités de la libre circulation des marchandises (Section 2) dans le but d'en tirer des conclusions pour l'appréhension des entraves d'origine privée.

Section 1 : Une approche commune aux libertés de circulation des personnes, des services et des capitaux

Contrairement à la libre circulation des marchandises qui se trouve dans un titre à part - le titre II de la troisième partie du TFUE - les libertés de circulation des personnes, des services et des capitaux sont regroupées dans un seul et même titre, le titre IV de la troisième partie du TFUE. Ces libertés de circulation présentent de nombreuses similitudes, notamment en ce qui concerne leur régime juridique⁴⁴⁹.

La Cour de justice, elle aussi, a adopté une approche commune aux libertés de circulation des personnes, des services et des capitaux, spécialement au regard des entraves d'origine privée à ces libertés. Analysant chaque liberté de circulation à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice, nous allons essayer de démontrer le fondement d'une telle approche commune. Ce faisant, nous allons d'abord étudier la

⁴⁴⁹ PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 638.

libre circulation des personnes et des services (Paragraphe 1), pour examiner ensuite la libre circulation des capitaux et des moyens de paiements (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La libre circulation des personnes et des services

La libre circulation des personnes comprend la libre circulation des travailleurs et la liberté d'établissement. Elle vise à atteindre une répartition optimale d'offre et de demande à l'intérieur du marché européen par le biais d'un mouvement libre et sans restriction des opérateurs économiques⁴⁵⁰. L'objectif de la libre circulation des personnes est dès lors de « *faciliter, pour les ressortissants communautaires, l'exercice des activités professionnelles de toute nature sur l'ensemble du territoire de la Communauté* »⁴⁵¹.

Les bénéficiaires de la libre circulation des personnes sont les travailleurs salariés et non salariés qui ont la nationalité d'un État membre et qui présentent un lien avec le droit de l'Union, ce qui exclut les situations purement internes⁴⁵². Même si, en principe, l'exercice de la libre circulation des personnes est limité aux personnes ayant la nationalité d'un État membre, le droit de l'Union prévoit également l'extension de certains droits aux personnes des États tiers, notamment aux membres de la famille de travailleurs salariés et non salariés ainsi qu'à d'autres personnes auxquelles le droit de l'Union confère un droit de séjour, indépendamment de leur nationalité⁴⁵³. Cette extension s'est également faite au moyen d'accords conclus avec les pays tiers, lesquels ont conféré des droits aux ressortissants de ces pays signataires ainsi qu'aux membres de leur famille⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ LENAERTS K. et VAN NUFFEL P. (dir.), *European Union Law*, London, Sweet & Maxwell, 3^e édition, 2011, p. 228, pt. 9-046.

⁴⁵¹ CJCE, 7 juillet 1988, *Stanton*, aff. 143/87, *Rec.* 1988, p. 3877, pt. 13.

⁴⁵² LENAERTS K. et VAN NUFFEL P. (dir.), *op.cit.*, p. 230, pt. 9-049.

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 231, pt. 9-051.

⁴⁵⁴ *Ibid.*

Dans ce premier paragraphe, nous allons consécutivement explorer la libre circulation des travailleurs (A), la liberté d'établissement (B) et la libre prestation de services (C), pour étudier ensuite un point essentiel de cette thèse : la jurisprudence de la Cour de justice relative aux entraves d'origine privée à la libre circulation des personnes et des services (D).

A) La libre circulation des travailleurs

Le droit d'exercer une activité salariée dans un autre État membre a, pendant longtemps, représenté la composante principale de la libre circulation des personnes⁴⁵⁵. Aujourd'hui encore, ce droit constitue son élément le plus achevé⁴⁵⁶.

La libre circulation des travailleurs doit être mise en lien avec le droit de tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, lequel a été introduit par le traité de Maastricht et inscrit à l'article 21 TFUE⁴⁵⁷. En effet, la libre circulation des travailleurs est la concrétisation, pour les travailleurs, de ce droit général de circuler et de séjourner⁴⁵⁸. Depuis l'expiration de la période de transition, la libre circulation des travailleurs a un effet direct, reconnu très tôt par la Cour de justice dans son arrêt *Van Duyn*⁴⁵⁹.

La notion de travailleur est au centre des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs. Pour autant, les traités ne la définissent pas. Par conséquent, il incombait à la Cour de justice de procéder à son élaboration. La Cour de justice considère qu'elle est une notion propre au droit de l'Union dont il faut retenir une interprétation large⁴⁶⁰. Dans l'affaire *Lawrie-Blum*, elle relève que « *la caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant*

⁴⁵⁵ BLUMANN C. (dir.), *Commentaire Mégret. Marché intérieur : Libre circulation des personnes et des capitaux : Rapprochement des législations*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 3^e édition, 2006, p. 13, pt. 4.

⁴⁵⁶ *Ibid.*

⁴⁵⁷ KREUSCHITZ V., « Vor Art. 45-48 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *Europäisches Unionsrecht*, tome 1, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 7^e éd., 2015, p. 1630, pt. 2.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, Rec. 1974, p. 1337.

⁴⁶⁰ BLUMANN C. (dir.), *Libre circulation des personnes et des capitaux, op.cit.*, p. 18, pt. 15 ; LENAERTS K. et VAN NUFFEL P.(dir.), *op.cit.*, p. 231, pt. 9-052.

un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération »⁴⁶¹. Dès lors, nous pouvons retenir trois critères : (i) l'exercice d'une activité économique, (ii) un lien de subordination et (iii) une rémunération⁴⁶². Notons toutefois que sous certaines conditions, les demandeurs d'emploi peuvent également bénéficier des protections et droits issus de la libre circulation des travailleurs⁴⁶³. Les activités exercées doivent être « réelles et effectives », ce qui exclut les activités « purement marginales et accessoires »⁴⁶⁴.

L'article 45, paragraphe 2, TFUE prévoit que la libre circulation des travailleurs implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail.

Dans son arrêt *Commission contre France* de 1974, la Cour de justice a souligné que « le caractère absolu de l'interdiction des discriminations (...) a pour effet, non seulement de permettre dans chaque État membre aux ressortissants des autres États membres un accès égal à l'emploi, mais également de garantir aux ressortissants nationaux qu'ils ne subiront pas les conséquences défavorables qui pourraient résulter de l'offre ou de l'acceptation, par des ressortissants des autres États membres, de conditions d'emploi ou de rémunération moins avantageuses que celles qui sont en vigueur dans le droit national, pareilles offre ou acceptation étant interdites »⁴⁶⁵.

La libre circulation des travailleurs garantit non seulement un accès égal à l'emploi, mais également des droits divers comme des droits relatifs aux conditions d'emploi, un accès égal aux avantages sociaux et fiscaux, un droit d'accès au logement et un

⁴⁶¹ CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, aff. 66/85, *Rec.* 1986, p. 2121, pt. 17.

⁴⁶² Pour plus d'informations voir, p. ex. : LENAERTS K. et VAN NUFFEL P. (dir.), *op.cit.*, p. 232, pt. 9-053.

⁴⁶³ V. pour plus d'informations à ce sujet p. ex LENAERTS K. et VAN NUFFEL P. (dir.), *op.cit.*, p. 233, pt. 9-054.

⁴⁶⁴ CJCE, 3 juin 1986, *Kempf*, aff. 139/85, *Rec.* 1985, p. 1741 ; CJCE, 26 février 1992, *Raulin*, aff. C-357/89, *Rec.* 1992, p. I-1027.

⁴⁶⁵ CJCE, 4 avril 1974, *Commission/France*, aff. 167/73, *Rec.* 1974, p. 359, pt. 45.

accès égal à l'éducation pour les enfants des travailleurs⁴⁶⁶. Pour autant, le droit de l'Union ne garantit pas au travailleur que l'exercice de son droit à la libre circulation sera « neutre » et sans impact quelconque au regard du droit social⁴⁶⁷. Les traités constitutifs ne prévoient pas d'harmonisation législative en matière de sécurité sociale⁴⁶⁸. Le fait de circuler, de séjourner et notamment de travailler dans un autre État membre peut donc avoir des effets positifs ou négatifs au niveau de la protection et de la sécurité sociale du travailleur et de sa famille⁴⁶⁹.

De même, la libre circulation des travailleurs n'accorde pas au travailleur qui circule le droit de se prévaloir, dans l'État membre d'accueil, des conditions de travail dont il bénéficiait dans son État membre d'origine, mais garantit seulement que les travailleurs exerçant une activité sur le territoire d'un autre État membre sont soumis aux mêmes conditions que les travailleurs qui relèvent de la législation nationale de l'État membre d'accueil⁴⁷⁰.

Or, l'interdiction de discrimination s'étend non seulement aux discriminations directes, mais également aux discriminations indirectes qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat que la discrimination directe fondée sur le critère de nationalité⁴⁷¹.

De plus, la Cour de justice a établi dans sa jurisprudence que les traités interdisaient non seulement toute forme de discrimination dans l'exercice de la libre circulation, mais aussi les mesures indistinctement applicables susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice de la libre circulation des travailleurs⁴⁷².

⁴⁶⁶ KREUSCHITZ V., « Vor Art. 45-48 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1630, pt. 3.

⁴⁶⁷ CJUE, 10 octobre 2019, *Krah*, aff. C-703/17, ECLI:EU:C:2019:850, pt. 44; KREUSCHITZ V., « Vor Art. 45-48 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1662, pt. 9.

⁴⁶⁸ KREUSCHITZ V., « Vor Art. 45-48 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1662, pt. 10.

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ CJUE, arrêt *Krah* précité, aff. C-703/17, pt. 45 et 46.

⁴⁷¹ Comp. p. ex. CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, aff. 172/73, *Rec.* 1974, p. 153 ; CJCE 15 janvier 1986, *Pinna*, aff. 41/84, *Rec.* 1986, p. 1 ; CJCE, 23 février 1994, *Scholz*, aff. C-419/92, *Rec.* 1994, p. I-505.

⁴⁷² V. notamment l'arrêt *Kraus* de la Cour de justice : CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, aff. C-19/92, *Rec.* 1993, p. I-1663.

L'interdiction de discrimination est, de plus, précisée dans le règlement n°492/2011 du Parlement européen et du Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union, qui abroge le règlement n° 1612/68. Ainsi, l'article 7 du règlement n°492/2011 prévoit qu'un travailleur ressortissant d'un État membre qui se rend dans un autre État membre ne peut, en raison de sa nationalité, être traité différemment des travailleurs nationaux, pour toute condition d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement et de réintégration professionnelle ou de réemploi.

Or, l'article 45, paragraphe 3, TFUE prévoit qu'une restriction à la libre circulation des travailleurs est susceptible d'être justifiée par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. Les mesures indistinctement applicables peuvent de plus être justifiées si elles poursuivent un « objectif légitime compatible avec le traité » ou « une raison impérieuse d'intérêt général », sous condition qu'elles soient non discriminatoires, propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre⁴⁷³.

Notons aussi que, conformément à l'article 45, paragraphe 4, TFUE, les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs ne s'appliquent pas aux emplois dans l'administration publique. Très tôt, la Cour de justice a établi que la notion de « l'emploi dans l'administration publique » comporte une interprétation et une application strictes et uniformes dans l'ensemble de l'Union⁴⁷⁴.

Ce principe vaut également pour la liberté d'établissement, qui prévoit à l'article 51 TFUE une exception similaire pour les activités participant à l'exercice de l'autorité publique.

⁴⁷³ V. p. ex. CJCE, arrêt *Kraus* précité, aff. C-19/92 ; CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard*, aff. C-55/94, *Rec.* 1995, p. I-4165 ; CJCE, arrêt *Bosman*, précité, aff. C-415/93 ; comp. aussi GRISEL D.-E., KADDOUS Ch., *La libre circulation des personnes et des services*, Dossier de droit européen n° 26, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2012.

B) La liberté d'établissement

La liberté d'établissement concerne toute activité économique exercée dans un autre État membre par une personne en dehors de tout lien de subordination et sous sa responsabilité personnelle⁴⁷⁵. Le champ d'application personnel de cette liberté comprend les personnes physiques et morales⁴⁷⁶. Dans l'arrêt *Reyners*, la Cour de justice a affirmé l'effet direct de la liberté d'établissement⁴⁷⁷.

La liberté d'établissement consiste en « *l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans un autre État membre pour une durée indéterminée* »⁴⁷⁸. Dès lors, la différence par rapport à la libre circulation des travailleurs est l'absence de subordination et la différence par rapport à la libre prestation de service est la durée indéterminée de l'exercice d'une activité économique⁴⁷⁹.

Dans l'arrêt *Gebhard*, la Cour de justice a précisé la notion d'« établissement » soulignant qu'il s'agit d'une notion « *très large, impliquant la possibilité pour un ressortissant communautaire de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un État membre autre que son État membre d'origine, et d'en tirer profit, favorisant ainsi l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de la Communauté dans le domaine des activités non salariées* »⁴⁸⁰.

Toutefois, la substance du droit d'établissement n'est pas la même pour les personnes physiques et morales⁴⁸¹. Pour les personnes physiques, la liberté d'établissement englobe, outre le droit de créer un premier établissement sur le territoire d'un autre État membre, le droit de créer et de maintenir plus qu'un centre d'activité sur le territoire de l'Union⁴⁸². La Cour de justice a explicitement relevé que « *la liberté d'établissement ne se limite au droit de créer un seul établissement à l'intérieur de la*

⁴⁷⁴ CJCE, 17 décembre 1980, *Commission/Belgique*, aff. 149/79, *Rec.* 1980, p. 3883, pt. 12.

⁴⁷⁵ LENAERTS K. et VAN NUFFEL P. (dir.), *op.cit.*, p. 234, pt. 9-056.

⁴⁷⁶ *Ibid.* : Veuillez-vous y référer pour plus d'informations concernant les personnes morales, leur siège social et le transfert de ce dernier.

⁴⁷⁷ CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74, *Rec.* 1974, p. 631.

⁴⁷⁸ CJCE, 25 juillet 1991, *Factorame II*, aff. C-221/89, *Rec.* 1991, I-03905, pt. 20.

⁴⁷⁹ LENAERTS K. et VAN NUFFEL P. (dir.), *op.cit.*, p. 234, pt. 9-056.

⁴⁸⁰ CJCE, arrêt *Gebhard* précité, aff. C-55/94, pt. 25.

⁴⁸¹ LENAERTS K. et VAN NUFFEL P. (dir.), *op.cit.*, p. 247, pt. 9-066.

⁴⁸² *Ibid.*, p. 247, pt. 9-067.

Communauté », mais « *s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un autre État membre* »⁴⁸³.

Pour les personnes morales constituées en vertu de la législation d'un État membre, le droit de l'Union reconnaît également un droit d'établissement secondaire, mais non pas le droit principal de déplacer leur siège⁴⁸⁴. Contrairement aux personnes physiques, les sociétés n'existent qu'en vertu de la loi régissant les conditions de leur création et fonctionnement⁴⁸⁵.

Or, la législation des États membres diffère considérablement en termes du lien requis avec le territoire national au moment de la création d'une société et en ce qui concerne le changement de ce lien à la suite d'un déplacement⁴⁸⁶. C'est pourquoi l'article 54 TFUE prévoit trois critères alternatifs pour déterminer la « nationalité » d'une personne morale : le siège social, l'administration centrale ou le principal établissement⁴⁸⁷.

Les droits des travailleurs non salariés sont similaires à ceux des travailleurs salariés : ils ont également le droit d'entrer sur le territoire d'un autre État membre, d'y résider et d'y exercer une activité économique - en l'occurrence indépendante - et de quitter le territoire d'un État membre⁴⁸⁸.

La liberté d'établissement comporte dès lors l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve toutefois des dispositions du TFUE relatives aux capitaux⁴⁸⁹.

⁴⁸³ CJCE, 12 juillet 1984, *Klopp*, aff. 107/83, *Rec.* 1984, p. 2971, pt. 19.

⁴⁸⁴ LENAERTS K. et VAN NUFFEL P. (dir.), *op.cit.*, p. 248, pt. 9-068.

⁴⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁸⁶ V. pour plus d'information à ce sujet ainsi que des références supplémentaires : LENAERTS K. et VAN NUFFEL P. (dir.), *op.cit.*, p. 248, pt. 9-068.

⁴⁸⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 237, pt. 9-059.

⁴⁸⁹ L'article 49, paragraphe 2, TFUE.

L'article 49 TFUE interdit toutes les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre. Ceci inclut non seulement les discriminations directes⁴⁹⁰ fondées sur la nationalité, mais aussi « *toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat* »⁴⁹¹.

Quant aux mesures indistinctement applicables, il convient de constater que pendant longtemps, leur appréhension en matière de libre circulation des personnes a été controversée⁴⁹². Jusqu'à la fin des années 1980, il a été présumé qu'en matière de libre circulation des personnes - contrairement à la libre circulation des marchandises et la libre prestation des services - les mesures indistinctement applicables ne constituaient pas une restriction de la mobilité des opérateurs économiques, salariés ou non salariés⁴⁹³. Puis à la fin des années 1980, la Cour de justice a établi que les mesures indistinctement applicables sont également prohibées en matière de libre circulation des personnes⁴⁹⁴.

Ainsi, elle a aligné sa jurisprudence en matière de libre circulation des personnes à celle en matière de libre circulation des marchandises et des services⁴⁹⁵. Dans l'arrêt *Kraus*, rendu en 1993, la Cour de justice a pris position en affirmant que les articles 39 et 43 du traité CE⁴⁹⁶ « *s'opposent à toute mesure nationale (...) qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires (...), des libertés fondamentales garanties par le traité* »⁴⁹⁷. Cela vaut également pour toute mesure susceptible de placer les sociétés d'autres États membres « *dans une situation de fait ou de droit désavantageuse par rapport à celles des sociétés de l'État membre*

⁴⁹⁰ V. p.ex. CJCE, 14 juillet 1988, *Commission/Grèce*, aff. 38/87, *Rec.* 1988, p. 4415 ; CJCE, 18 janvier 2001, *Commission/Italie*, aff. C-162/99, *Rec.* 2001, p. I-541.

⁴⁹¹ CJCE, 10 mars 1993, *Commission/Luxembourg*, aff. C-111/91, *Rec.* 1993, p. I-817.

⁴⁹² V. pour plus d'information LENAERTS K. et VAN NUFFEL P. (dir.), *op.cit.*, p. 245, pt. 9-065.

⁴⁹³ *Ibid.*

⁴⁹⁴ *Ibid.*

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ Désormais les articles 45 et 49 TFUE.

⁴⁹⁷ CJCE, arrêt *Kraus* précité, aff. C-19/92, pt. 32.

d'établissement »⁴⁹⁸. Par conséquent, la libre circulation des personnes interdit non seulement toute mesure directement ou indirectement discriminatoire, mais aussi toute mesure indistinctement applicable susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice de cette liberté.

Or, l'article 52 TFUE prévoit qu'une restriction à la liberté d'établissement est susceptible d'être justifiée par des raisons d'ordre public, de sécurité et de santé publique. De plus, une mesure indistinctement applicable peut être admise si elle poursuit un objectif légitime et se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général, à condition que son application soit propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre⁴⁹⁹.

C) La libre prestation des services

L'article 56 TFUE interdit les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union pour les ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation. Tout comme la liberté d'établissement, la libre prestation des services s'applique tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales⁵⁰⁰.

L'article 57, paragraphe 1, TFUE définit la notion de « services » comme étant des prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes. La libre prestation des services possède donc un caractère secondaire. Cette disposition qui n'a pas été modifiée depuis l'origine du traité CEE ne semble plus correspondre à la réalité économique actuelle. Alors qu'il est vrai qu'à l'époque, l'économie reposait fortement sur l'échange de biens, tel n'est

⁴⁹⁸ CJCE, 11 mai 1999, *Pfeiffer*, aff. C-255/97, Rec. 1999, p. I-2835, pt. 19 ; v. aussi CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, Rec. 2003, p. I-10155.

⁴⁹⁹ V. l'arrêt *Kraus*, précité, aff. C-19/92 ; v. aussi BLUMANN C. (dir.), *Libre circulation des personnes et des capitaux*, *op.cit.*, p. 46, pt. 72.

⁵⁰⁰ BLUMANN C. (dir.), *Libre circulation des personnes et des capitaux*, *op.cit.*, p. 38, pt. 55.

plus le cas aujourd'hui. En effet, l'échange de services représente entre 20 et 25% de l'ensemble des échanges intraeuropéens⁵⁰¹.

La différence principale entre la liberté d'établissement et la libre prestation des services réside dans le caractère temporaire de cette dernière. Le caractère temporaire d'une prestation s'apprécie non seulement en fonction de sa durée, mais également en fonction de sa fréquence, périodicité et continuité⁵⁰². La Cour de justice a souligné que le caractère temporaire de la prestation n'exclut pas la possibilité pour le prestataire de services de se doter, dans l'État membre d'accueil, d'une certaine infrastructure (y compris un bureau, cabinet ou étude) dans la mesure où cette infrastructure est nécessaire aux fins de l'accomplissement de la prestation en cause⁵⁰³.

En présence de situations comparables, la jurisprudence a tendance à interpréter les dispositions relatives à la libre prestation des services et celles relatives à la libre circulation des marchandises de manière parallèle, en particulier si les services sont fournis par-delà les frontières sans que ni le prestataire, ni le destinataire ne circulent⁵⁰⁴.

L'élément transfrontalier exigé pour l'applicabilité de la libre prestation des services peut être réalisé selon trois formes différentes. D'abord, le prestataire de service peut se déplacer dans l'État membre où il doit accomplir sa prestation⁵⁰⁵. De même, le destinataire de services peut se déplacer, par exemple pour recevoir des soins médicaux⁵⁰⁶. Enfin, ce peut être la prestation elle-même qui se déplace, sans mouvement du prestataire ou destinataire⁵⁰⁷.

La libre prestation des services interdit d'abord toute discrimination en raison de la nationalité. Ceci inclut tant les discriminations à l'encontre du prestataire de service

⁵⁰¹ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Commentaire Mégret. Introduction au marché intérieur : libre circulation des marchandises*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 3^e édition, 2015, p. 42 pt. 60.

⁵⁰² CJCE, arrêt *Gebhard* précité, aff. C-55/94, pt. 27.

⁵⁰³ *Ibid.*

⁵⁰⁴ LENAERTS K. et VAN NUFFEL P. (dir.), *op.cit.*, p. 271, pt. 9-085.

⁵⁰⁵ BLUMANN C. (dir.), *Libre circulation des personnes et des capitaux, op.cit.*, p. 49, pt. 78.

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ BLUMANN C. (dir.), *Libre circulation des personnes et des capitaux, op.cit.*, p. 50, pt. 79.

que celles à l'égard du destinataire de service⁵⁰⁸. Les discriminations indirectes sont également prohibées⁵⁰⁹. Ainsi, la Cour de justice a statué que la libre prestation des services exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire en raison de sa nationalité, mais aussi « *la suppression de toute restriction à la libre prestation de services imposée au motif que le prestataire est établi dans un État membre différent de celui où la prestation est fournie. En particulier, l'État membre ne peut subordonner l'exécution de la prestation de services sur son territoire à l'observation de toutes les conditions requises pour un établissement, sous peine de priver de tout effet utile les dispositions destinées à assurer la libre prestation de services* »⁵¹⁰.

La Cour de justice a dès lors clairement énoncé qu'un État membre doit différencier et ne peut pas imposer à un prestataire de service qui se rend sur son territoire d'une manière temporaire les mêmes règles qu'à une personne qui s'y établit d'une manière permanente. Néanmoins, elle a ajouté qu'un État membre peut prendre des dispositions destinées à empêcher que la libre prestation de services soit « *utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, en vue de se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet État, une telle situation pouvant être justiciable du chapitre relatif au droit d'établissement et non de celui des prestations de services* »⁵¹¹. Un État membre peut donc prendre les mesures nécessaires pour empêcher un abus de droit.

L'article 62 TFUE dispose que les articles 51 à 54 TFUE s'appliquent également aux prestations de services. Dès lors, les justifications d'ordre public, de santé publique et de sécurité publique sont également susceptibles d'être invoquées en matière de libre prestation des services. De même, tout comme la liberté d'établissement, la libre prestation des services doit être facilitée par la reconnaissance mutuelle des diplômes

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 55, pt. 91.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 55, pt. 92.

⁵¹⁰ CJCE, 26 février 1991, *Commission/France*, aff. C-154/89, *Rec.* 1991, I-659, pt. 12. V. aussi CJCE, 25 juillet 1991, *Säger*, aff. C-76/90, *Rec.* 1991, I-4221, pt. 13.

⁵¹¹ CJCE, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, aff. 33/74, *Rec.* 1974, p. 1299, pt. 13 ; v. aussi CJCE, 7 février 1979, *Knoors*, aff. 115/78, *Rec.* 1979, p. 399, pt. 25.

et d'autres directives harmonisant la matière et rapprochant les législations des États membres⁵¹².

Les mesures indistinctement applicables sont également interdites lorsqu'elles sont « *de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services analogues* »⁵¹³. De telles mesures indistinctement applicables constitutives d'entraves peuvent toutefois être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général si elles sont non discriminatoires et satisfont aux tests de proportionnalité et de nécessité⁵¹⁴.

Après ce rappel des éléments essentiels de la libre circulation des personnes et des services, nous allons désormais étudier la jurisprudence relativement riche de la Cour de justice en matière d'entraves d'origine privée à la libre circulation des personnes et des services.

D) La jurisprudence de la Cour de justice relative aux entraves d'origine privée aux libertés de circulation des personnes et des services

La présentation concise de la libre circulation des personnes et de la libre prestation des services nous permet de comprendre plus facilement pourquoi ces libertés de circulation ont marqué le point de départ de la jurisprudence relative aux entraves d'origine privée. En effet, les particuliers disposent de moyens importants de discriminer ou, plus généralement, d'entraver les libertés de circulation des personnes et des services⁵¹⁵. C'est pourquoi la Cour de justice a très tôt été amenée à se prononcer au sujet de l'effet direct horizontal de la libre circulation des personnes et des services. À l'heure actuelle, cette jurisprudence est nombreuse et riche. Trois domaines

⁵¹² LENAERTS K. et VAN NUFFEL P. (dir.), *op.cit.*, p. 271, pt. 9-085.

⁵¹³ CJCE, arrêt *Säger* précité, aff. C-76/90, pt. 12 ; v. aussi CJCE, 20 février 2001, *Analir e.a.*, aff. C-205/99, *Rec.* 2001, p. I-1271 ; CJCE, 29 novembre 2001, *De Coster*, aff. C-17/00, *Rec.* 2001, p. I-9445.

⁵¹⁴ V. CJCE, arrêt *Säger* précité, aff. C-76/90 ; CJCE, 25 juillet 1991, *Collectieve Antennevoorziening Gouda e.a.*, aff. C-288/89, *Rec.* 1991, p. I-4007 ; v. aussi BLUMANN C. (dir.), *Libre circulation des personnes et des capitaux*, *op.cit.*, p. 57, pt. 94.

⁵¹⁵ PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 638.

principaux peuvent être dégagés : le sport ; le droit du travail, notamment dans sa composante de l'accès à l'emploi ; et les actions collectives.

Par la suite, nous allons essayer de dresser les contours de la jurisprudence relative aux entraves d'origine privée à la libre circulation des personnes et des services pour en extraire les points essentiels afin d'appréhender l'approche de la Cour de justice en la matière.

La première affaire où la Cour de justice a été confrontée à une entrave d'origine privée à la libre circulation des personnes est l'affaire *Walrave et Koch*⁵¹⁶. Elle concerne un domaine significatif de la jurisprudence relative aux entraves d'origine privée, à savoir, le domaine du sport. En l'occurrence, l'affaire a trait au monde du cyclisme et concerne la participation aux championnats du monde, soumis à un règlement établi par l'Union cycliste internationale (ci-après, « UCI ») qui prévoit que « *dès l'année 1973 l'entraîneur doit être de la nationalité du coureur* »⁵¹⁷. Saisie par la juridiction néerlandaise, la Cour de justice constate que l'exercice du sport constitue une activité économique si elle a le caractère d'une prestation de travail salariée ou d'une prestation de service rémunérée⁵¹⁸. Or, la libre circulation des travailleurs et la libre prestation de service, qui mettent en œuvre la règle générale de l'article 18 TFUE, interdisent toute discrimination fondée sur la nationalité⁵¹⁹.

La Cour de justice relève ensuite un point crucial pour notre analyse en considérant que la prohibition de discrimination exercée en raison de la nationalité « *s'impose non seulement à l'action des autorités publiques mais s'étend également aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de services* »⁵²⁰. Elle affirme « *qu'en effet, l'abolition entre les États membres des obstacles à la libre circulation des personnes et à la libre prestation des services, objectifs fondamentaux de la Communauté (...) serait compromise si l'abolition des barrières d'origine étatique pouvait être neutralisée par des obstacles*

⁵¹⁶ CJCE, arrêt *Walrave et Koch* précité, aff. 36/74, p. 1407.

⁵¹⁷ *Ibid.*

⁵¹⁸ *Ibid.*, pt. 5.

⁵¹⁹ *Ibid.*, pt. 6.

⁵²⁰ CJCE, arrêt *Walrave et Koch* précité, aff. 36/74, pt. 17 (nous soulignons).

résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations ou organismes ne relevant pas du droit public »⁵²¹.

La Cour de justice constate que dans les différents États membres, les conditions de travail sont tantôt régies par la voie de dispositions d'ordre législatif ou réglementaire, tantôt par des conventions et autres actes conclus ou adoptés par des personnes privées⁵²². Elle en déduit qu'une limitation des interdictions en cause, aux seuls actes de l'autorité publique, risquerait de créer des inégalités quant à leur application⁵²³.

Puis la Cour de justice met l'accent sur la généralité des termes régissant la libre prestation des services. Alors que les articles 60, alinéa 3, 62 et 64 du traité CEE - désormais abolis - concernaient spécifiquement la suppression de mesures d'ordre étatique, la Cour de justice relève que l'article 59 du traité CEE relatif à la libre prestation des services « *ne fait aucune distinction en ce qui concerne l'origine des entraves à éliminer* »⁵²⁴. De plus, la Cour de justice précise que dans le contexte de la libre circulation des travailleurs, il est constant que l'abolition de toute discrimination en raison de la nationalité s'étend également aux conventions et règlements n'émanant pas des autorités publiques⁵²⁵.

La Cour de justice en conclut que les dispositions des articles 7, 48 et 59 du traité CEE « *peuvent être prises en considération, par le juge national, en vue d'apprécier la validité ou les effets d'une disposition insérée dans le règlement d'une organisation sportive* »⁵²⁶.

La Cour de justice affirme enfin que l'article 59 du traité CEE⁵²⁷ engendre, « *en tout cas dans la mesure où il vise l'élimination de toute discrimination fondée sur la na-*

⁵²¹ *Ibid.*, pt. 18.

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ *Ibid.*

⁵²⁴ *Ibid.*, pt. 20.

⁵²⁵ *Ibid.*, pt. 21.

⁵²⁶ *Ibid.*, pt. 25.

⁵²⁷ Désormais l'article 56 TFUE.

tionnalité, dans le chef des justiciables, des droits que les juridictions nationales sont tenues de sauvegarder »⁵²⁸.

Cet arrêt démontre que la Cour de justice met l'accent sur l'effet utile de la libre circulation des personnes et des services. Pour la Cour de justice, la reconnaissance d'un effet direct horizontal est indispensable pour l'établissement et le bon fonctionnement du marché intérieur⁵²⁹.

Il convient toutefois de souligner que l'affaire *Walrave* porte sur une discrimination directe en raison de la nationalité. Dans son raisonnement, la Cour de justice adopte une approche globale en examinant l'article 18 TFUE ensemble avec les articles 45 et 56 TFUE⁵³⁰. De plus, elle souligne que lesdits articles engendrent des droits dans le chef des justiciables « *en tout cas dans la mesure où [ils visent] l'élimination de toute discrimination fondée sur la nationalité* »⁵³¹. Ainsi, dans ce premier arrêt relatif aux entraves d'origine privée, la Cour de justice limite l'effet direct horizontal de la libre circulation des travailleurs et de la libre prestation de services aux restrictions discriminatoires fondées sur la nationalité. Le caractère discriminatoire de la mesure semble donc avoir joué un rôle décisif pour la Cour de justice.

Tout comme l'affaire *Walrave*, les affaires suivantes concernent également le monde du sport, un domaine prépondérant dans les premières années du développement jurisprudentiel en matière d'entraves d'origine privée à la libre circulation des personnes et des services.

Ainsi, l'affaire *Donà*⁵³² a trait au domaine footballistique. Comme l'Avocat général Trabucchi le résume, les questions préjudicielles posées par le juge italien « *visent essentiellement à établir si l'ordre juridique communautaire permet à une organisa-*

⁵²⁸ CJCE, arrêt *Walrave et Koch* précité, aff. 36/74, pt. 34.

⁵²⁹ PREEDY K., *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, p. 43.

⁵³⁰ Comp. CJCE, arrêt *Walrave et Koch* précité, aff. 36/74, pt. 15 s.

⁵³¹ *Ibid.*, pt. 34.

⁵³² CJCE, arrêt *Donà* précité, aff. 13/76.

tion sportive de caractère privé, de subordonner la participation aux compétitions, des joueurs de football professionnels, à la possession de la nationalité de l'État »⁵³³.

En vue de la similitude entre les affaires *Walrave* et *Donà*, la Cour de justice répond d'une manière brève aux questions posées renvoyant principalement aux constats retenus dans l'arrêt *Walrave*. Elle se limite à répéter que l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité s'impose non seulement à l'action des autorités publiques, mais s'étend également aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de services⁵³⁴. La Cour de justice en conclut qu'est incompatible avec les articles 18, 45 et 56 TFUE une réglementation ou pratique nationale, même édictée par une organisation sportive, réservant aux seuls ressortissants de l'État membre concerné le droit de participer, en tant que joueurs professionnels ou semi-professionnels, à des rencontres de football, à moins qu'il ne s'agisse d'une réglementation ou pratique excluant les joueurs étrangers de la participation à certaines rencontres pour des motifs non économiques, tenant au caractère et au cadre spécifiques de ces rencontres et intéressant donc uniquement le sport en tant que tel⁵³⁵.

Enfin, la Cour de justice répète que la libre circulation des travailleurs ainsi que la libre prestation des services - cette dernière « *en tout cas* » dans la mesure où elle vise à l'élimination de toutes discriminations à l'encontre du prestataire en raison de sa nationalité ou de la circonstance qu'il réside dans un État membre autre que celui où la prestation doit être fournie - ont un effet direct dans les ordres juridiques des États membres et confèrent aux particuliers des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder⁵³⁶.

L'affaire suivante relative aux entraves d'origine privée ne relève pas du domaine sportif, mais concerne les assurances. Les faits de l'affaire *Van Ameyde* sont assez complexes et soulèvent plusieurs questions dans des domaines variés du droit. Ce-

⁵³³ Conclusions de l'AG Trabucchi du 6 juillet 1976 sur l'affaire *Donà*, aff. 13/76, Rec. 1976, p. 1343.

⁵³⁴ CJCE, arrêt *Donà* précité, aff. 13/76, pt. 17.

⁵³⁵ *Ibid.*, pt. 19.

⁵³⁶ *Ibid.*, pt. 20.

pendant, nous nous concentrerons sur la question de l'effet direct horizontal des libertés de circulation.

Le litige au principal oppose Van Ameyde, une société italienne, filiale d'une société néerlandaise, exerçant la profession de « *loss adjuster* »⁵³⁷ au bureau central italien d'assurance automobile (ci-après « UCI »)⁵³⁸. Van Ameyde se plaint d'avoir été exclue - soit par une décision de l'UCI, soit par une décision de ses membres, soit par une pratique concertée de ceux-ci - du marché des règlements des sinistres causés par des véhicules étrangers en Italie, marché qui est sa spécialité⁵³⁹. Par son renvoi préjudiciel, la juridiction italienne tend à déterminer, entre autres, si le principe de non-discrimination et les dispositions relatives au droit d'établissement ainsi qu'à la libre prestation des services interdisent « *toute disposition nationale et tout comportement qui ont directement ou indirectement pour effet d'empêcher, sur le territoire d'un État membre, l'exercice effectif et la gestion de l'activité économique de la liquidation des sinistres par une entreprise qui s'établit sur le territoire dudit État membre, alors même que la disposition ou le comportement sont imputables à un bureau national d'assurance au sens de la définition donnée par la directive (CEE) n° 72/166* »⁵⁴⁰.

Alors que la juridiction italienne emploie les termes assez flous de « *tout comportement* », sans insister sur l'origine privée de ce comportement, la Cour de justice répond d'une manière explicite statuant qu' « *afin que la discrimination tombe sous le coup des interdictions édictées par lesdits articles, il suffit qu'elle résulte d'une réglementation, de quelque nature qu'elle soit, visant à régler, de façon collective, l'exercice de l'activité considérée ; que, dans ce cas, il est sans importance que cette*

⁵³⁷ La profession de « *loss adjuster* » trouve son origine au Royaume-Uni. Il s'agit d'experts indépendants auxquels les assureurs font appel pour l'instruction des sinistres et, dans certains cas, pour la vérification des risques proposés à l'assurance. Ce faisant, le « *loss adjuster* » doit fournir à l'assureur une information aussi complète que possible sur tous les éléments qui permettent de décider si le sinistre doit donner lieu à un remboursement et à combien le remboursement éventuel devra s'élever. Néanmoins, la décision finale quant au remboursement appartient à l'assureur. V. à cet effet : CJCE, 9 juin 1977, *Van Ameyde*, aff. 90/76, *Rec.* 1977, p. 1093 s.

⁵³⁸ CJCE, arrêt *Van Ameyde* précité, aff. 90/76, p. 1093.

⁵³⁹ *Ibid.*

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 1099.

discrimination ait son origine dans des actes de l'autorité publique ou, au contraire, dans des actes imputables aux bureaux d'assurance »⁵⁴¹.

Il est intéressant de noter que la Cour de justice ne se réfère pas à sa jurisprudence antérieure développée dans les affaires *Walrave* et *Donà*⁵⁴². Toutefois, elle confirme manifestement l'effet direct horizontal du principe de non-discrimination, établi à l'article 18 TFUE et concrétisé dans les dispositions relatives à la libre circulation des personnes et la libre prestation des services.

L'affaire suivante concerne également le domaine de l'assurance automobile⁵⁴³. Conformément à ses conditions générales, la société d'assurance en litige avec M. Haug-Adrion a appliqué, pour l'assurance d'un véhicule immatriculé sous plaques de douane, et par dérogation à sa tarification habituelle, un tarif qui ne tient pas compte, pour le calcul de la prime d'assurance, de la qualité de conduite de l'assuré au cours des années écoulées⁵⁴⁴. Ce tarif a été prévu dans les conditions générales de la société d'assurances qui, elles, reposaient sur une réglementation allemande autorisant les compagnies d'assurance à prendre en compte les conditions d'utilisation particulières des véhicules qui augmentent ou diminuent le risque d'assurance⁵⁴⁵. La juridiction allemande saisie a interrogé la Cour de justice sur le point de savoir s'il était « *compatible avec le traité CEE et d'autres dispositions du droit communautaire qu'un bonus de bon conducteur ne soit pas accordé aux assurés qui résident dans un autre État membre et sont propriétaires d'un véhicule immatriculé sous plaques de douane* »⁵⁴⁶.

La Cour de justice affirme qu'il faut non seulement examiner la compatibilité de la réglementation en question avec le principe fondamental de non-discrimination énoncé à l'article 18 TFUE et précisé en matière de libre prestation des services, mais aussi au regard, d'une part, de la libre circulation des travailleurs qui interdit toute dis-

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 1126, pt. 28 (nous soulignons).

⁵⁴² PREEDY K., *op.cit.*, p. 44.

⁵⁴³ CJCE, 13 décembre 1984, *Haug-Adrion*, aff. 251/83, *Rec.* 1984, p. 4277, pt. 2-3.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, pt. 3.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, pt. 21.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, pt. 7.

crimination fondée sur la nationalité entre les travailleurs ressortissants des États membres en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail et, d'autre part, au regard des dispositions visant l'élimination des restrictions quantitatives dans le commerce entre les États membres⁵⁴⁷.

Il est intéressant de noter que la Cour de justice ne se préoccupe pas de la nature privée de la mesure en cause qui trouve pourtant son origine dans un acte privé, à savoir les conditions générales d'une compagnie d'assurance. Elle se contente d'affirmer que le principe général de non-discrimination, précisé dans les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs et à la libre prestation de services, vise à éliminer « *toutes les mesures qui, dans les domaines respectifs de la libre circulation des travailleurs et de la libre prestation de services, imposent à un ressortissant d'un autre État membre un traitement plus rigoureux, ou le placent dans une situation de droit ou de fait désavantageuse, par rapport à la situation faite, dans les mêmes circonstances, à un national* »⁵⁴⁸.

Appliquant ceci aux faits du litige, la Cour de justice constate que les conditions de tarification en cause ne prennent aucunement en considération la nationalité ou le lieu de résidence de l'assuré, mais se fondent exclusivement sur des données objectives relatives à la technique même de l'assurance et sur le critère objectif de l'immatriculation sous plaques de douane⁵⁴⁹. La Cour de justice en conclut que la mesure en cause est compatible avec le principe de non-discrimination énoncé à l'article 18 TFUE ainsi qu'avec la libre circulation des travailleurs et la libre prestation de services⁵⁵⁰.

Avant de passer à l'affaire suivante, il convient de s'interroger sur les termes employés par la Cour de justice. Comme cité ci-avant, la Cour de justice utilise les termes « *toutes les mesures* » sans mentionner ni la nature, ni le caractère privé de la mesure en cause. Le terme « mesure » est une notion très vaste. Il est particulièrement intéressant de noter que, contrairement aux arrêts précédents, elle ne parle ni de « *me-*

⁵⁴⁷ *Ibid.*, pt. 12 et 13.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, pt. 14.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, pt. 16.

sure collective » ni d'une « *mesure visant, de façon collective* » à opérer une discrimination.

Même si ce choix de terminologie vaste et générale nous paraît être un aspect intéressant qui ne doit pas être négligé, il ne doit, au contraire, pas non plus être surestimé. En effet, au vu des faits du litige de l'affaire *Haug-Adrion*, il est évident qu'il s'agit d'une mesure collective puisqu'il est question d'une disposition contenue dans les conditions tarifaires d'une grande compagnie d'assurance. Dès lors, la nature collective de la mesure en cause ne laisse place à aucun doute. Il est donc possible que la Cour de justice ne mentionne pas la nature collective de la mesure du simple fait que la nature collective d'une disposition insérée dans des conditions générales va de soi. Néanmoins, il n'est pas à exclure non plus que la Cour de justice avait l'intention, d'une manière délibérée, d'étendre sa jurisprudence en y incluant « toute mesure » discriminatoire.

Ce qui est sûr, c'est que la Cour de justice a de nouveau mis en avant le caractère discriminatoire de la mesure en cause. Dans tous les arrêts que nous avons traités ci-avant, elle a souligné l'importance cruciale du principe de non-discrimination qui s'impose non seulement aux États membres, mais aussi aux personnes privées. En effet, toutes les affaires précédentes portaient sur des mesures discriminatoires. Ceci a changé avec l'affaire *Bosman*⁵⁵¹, qui était la première affaire où la Cour de justice a été confrontée à une mesure d'origine privée indistinctement applicable, ce qui explique son grand intérêt doctrinal.

Avec cette affaire, nous retournons dans le domaine du sport, plus précisément du football. L'affaire *Bosman* soulève deux questions portant sur la compatibilité de certains règlements relatifs au football avec le droit de l'Union⁵⁵². D'une part, la juridiction de renvoi a posé des questions quant à la « somme de transfert », qui est exigée par un club de football au cas où un de ses joueurs change de club au terme de son

⁵⁵⁰ *Ibid.*, pt. 18.

⁵⁵¹ CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, *Rec.* 1995, p. I-4921.

⁵⁵² Conclusions de l'AG Lenz du 20 septembre 1995 sur l'affaire *Bosman*, aff. C-415/93, *Rec.* 1995, p. I-4930, pt. 1.

contrat⁵⁵³. D'autre part, il est question de la « clause de nationalité » qui restreint la faculté des joueurs étrangers d'accéder aux différentes compétitions⁵⁵⁴.

À l'issue d'une procédure nationale relativement longue et complexe, la juridiction de renvoi a interrogé la Cour de justice sur la question de savoir si les articles 48, 85 et 86 du traité CEE⁵⁵⁵ doivent être interprétés en ce sens qu'ils interdisent qu'un club de football puisse exiger et percevoir le paiement d'une somme d'argent à l'occasion de l'engagement d'un de ses joueurs arrivé au terme de son contrat par un nouveau club employeur (clause de transfert), et que les associations ou fédérations sportives nationales et internationales puissent prévoir dans leurs réglementations des dispositions limitant l'accès des joueurs étrangers ressortissants de l'Union aux compétitions qu'elles organisent (clause de nationalité)⁵⁵⁶.

Dans son arrêt, la Cour de justice réaffirme que l'exercice des sports relève du droit de l'Union dans la mesure où il constitue une activité économique⁵⁵⁷. Tel est le cas de l'activité des joueurs professionnels ou semi-professionnels de football, dès lors qu'ils exercent une activité salariée ou effectuent des prestations de services contre rémunération⁵⁵⁸.

Par la suite, la Cour de justice souligne que l'obligation d'acquitter des indemnités à l'occasion du recrutement d'un joueur provenant d'un autre club concerne, certes, les rapports économiques entre clubs, mais cette obligation affecte aussi directement les possibilités des joueurs de trouver un emploi, ainsi que les conditions auxquelles cet emploi est offert⁵⁵⁹. Ainsi, la Cour de justice suit le raisonnement de l'Avocat général Lenz qui soulignait dans ses conclusions que les règles de transfert conditionnent directement l'accès au marché du travail dans les autres États membres et se distinguent dès lors « *fondamentalement* » des autres règles indistinctement applicables qui con-

⁵⁵³ *Ibid.*

⁵⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵⁵ Désormais les articles 45, 101 et 102 TFUE.

⁵⁵⁶ CJCE, arrêt *Bosman* précité, aff. C-415/93, pt. 49.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, pt. 73.

⁵⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁵⁹ *Ibid.*, pt. 75.

cernent l'exercice de la profession⁵⁶⁰. Réaffirmant sa jurisprudence *Walrave*, la Cour de justice constate que les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs s'étendent également aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié⁵⁶¹.

L'UEFA conteste fermement cette interprétation en indiquant qu'une telle interprétation de la libre circulation des travailleurs aboutirait à rendre l'article 48 du traité CEE plus contraignant pour les personnes privées que pour les États membres qui, eux, peuvent se prévaloir des justifications prévues par les traités, à savoir les raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique⁵⁶². La Cour de justice rejette cette argumentation constatant qu'elle « *repose sur une prémisse inexacte* ». Rien ne s'oppose en effet à ce que les justifications tirées de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique soient invoquées par des particuliers, ce que la Cour de justice affirme en énonçant que « *la nature publique ou privée de la réglementation en cause n'a aucune incidence sur la portée ou sur le contenu desdites justifications* »⁵⁶³.

Alors que nous traiterons de la question des justifications invocables par les personnes privées en détail dans la seconde partie de la présente thèse, nous pouvons d'ores et déjà retenir que l'importance de cette affirmation opérée par la Cour de justice est considérable. Elle a établi que les justifications textuelles et jurisprudentielles sont invocables par les personnes privées.

Après avoir analysé la clause de transfert ainsi que la clause de nationalité, la Cour de justice conclut que lesdites clauses sont incompatibles avec le traité⁵⁶⁴.

Dès lors, l'importance de l'affaire *Bosman* repose, d'une part, sur le fait que la Cour de justice étend la formule *Walrave* aux mesures indistinctement applicables et,

⁵⁶⁰ Conclusions de l'AG Lenz sur l'affaire *Bosman* précitée, aff. C-415/93, pt. 206 et 210.

⁵⁶¹ CJCE, arrêt *Bosman* précité, aff. C-415/93, pt. 82-84.

⁵⁶² *Ibid.*, pt. 85.

⁵⁶³ *Ibid.*, pt. 86.

⁵⁶⁴ CJCE, arrêt *Bosman* précité, aff. C-415/93, pt. 100-130.

d'autre part, sur son affirmation que les justifications d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique peuvent aussi être invoquées par les particuliers⁵⁶⁵.

Les deux affaires suivantes, *Deliège* et *Lehtonen*, concernent également le domaine du sport. Dans le cadre de l'affaire *Deliège*, la juridiction de renvoi a interrogé la Cour de justice sur la conformité d'un règlement qui impose à un sportif professionnel, semi-professionnel ou candidat à un tel statut, d'être en possession d'une autorisation ou sélection de sa fédération nationale pour pouvoir concourir dans une compétition internationale et qui prévoit des quotas nationaux d'engagement ou de semblables compétitions au regard des articles 59 à 66⁵⁶⁶, ainsi qu'aux articles 85 et 86⁵⁶⁷ du traité CEE⁵⁶⁸.

Au vu des similitudes de cette affaire avec les affaires antérieures, la Cour de justice renvoie à sa jurisprudence antérieure dans les affaires *Walrave et Koch* et *Bosman*⁵⁶⁹, réaffirmant sa position. Elle répète que les dispositions relatives à la libre circulation des personnes et des services s'étendent également aux « *réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de services* »⁵⁷⁰. Or, à la différence des règles applicables dans l'affaire *Bosman*, celles en cause dans l'affaire *Deliège* ne déterminent pas les conditions d'accès au marché du travail et ne comportent pas de clause de nationalité⁵⁷¹. Elles ont certes pour effet de limiter le nombre de participants à un tournoi, mais, selon la Cour de justice, une telle limitation est inhérente au déroulement d'une compétition sportive internationale de haut niveau, qui implique forcément l'adoption de certaines règles ou de certains critères de sélection⁵⁷². La Cour de justice en déduit que les règles en cause ne sauraient être qualifiées de restrictions à la libre prestation des services⁵⁷³.

⁵⁶⁵ Nous allons étudier les justifications invocables par les personnes privées dans la Partie II, Titre 1, Chapitre 1 et 2 de la présente thèse.

⁵⁶⁶ Désormais les articles 56 à 62 TUE.

⁵⁶⁷ Désormais les articles 101 et 102 TFUE.

⁵⁶⁸ CJCE, 11 avril 2000, *Deliège*, aff. C-51/96, *Rec.* 2000, p. I-2549, pt. 16.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, pt. 41 s.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, pt. 47.

⁵⁷¹ *Ibid.*, pt. 61.

⁵⁷² *Ibid.*, pt. 64.

⁵⁷³ *Ibid.*, pt. 64.

Ainsi, la Cour de justice confirme de nouveau sa jurisprudence antérieure. Dès lors, la reconnaissance d'un effet direct horizontal des mesures collectives entravant la libre circulation des personnes et la libre prestation des services peut être considérée comme établie.

L'affaire *Lehtonen*⁵⁷⁴ porte sur la compatibilité de certaines règles de transfert applicables aux joueurs de basket-ball en Belgique avec les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs⁵⁷⁵. La Cour de justice se limite à rappeler sa jurisprudence antérieure en la matière⁵⁷⁶. Appliquant ces principes à l'affaire de l'espèce, la Cour de justice constate que les règles de transfert en cause prévoient des délais de transfert plus rigoureux pour les joueurs en provenance d'autres États membres⁵⁷⁷. Par conséquent, lesdites règles constituent une entrave à la libre circulation des travailleurs⁵⁷⁸.

Ainsi, après avoir étudié les arrêts *Walrave*, *Donà*, *Bosman*, *Deliège* et *Lehtonen* qui concernent tous le domaine du sport professionnel ou semi-professionnel, nous pouvons en déduire que l'exercice des sports relève du droit de l'Union dans la mesure où il constitue une activité économique. Les règles établies par les associations sportives sont susceptibles de constituer une entrave à la libre circulation des personnes et la libre prestation des services. Une telle entrave peut être justifiée, soit par recours à une des justifications prévues par les traités, soit par recours à d'autres justifications reconnues par la Cour de justice.

L'affaire suivante relative aux entraves d'origine privée marque un point important dans la jurisprudence de la Cour de justice dans la mesure où elle ne concerne non pas une mesure collective, mais individuelle. L'affaire porte sur une condition d'accès à un concours de recrutement imposée par une banque, la Cassa di Risparmio di Bolzano SpA⁵⁷⁹.

⁵⁷⁴ CJCE, 13 avril 2000, *Lehtonen*, aff. C-176/96, *Rec.* 2000, p. I-2681.

⁵⁷⁵ Conclusions de l'AG Alber du 22 juin 1999 sur l'affaire *Lehtonen*, aff. C-176/96, *Rec.* 2000, p. I-2685, pt. 1.

⁵⁷⁶ CJCE, arrêt *Lehtonen* précité, aff. C-176/96, pt. 32 s.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, pt. 48-50.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, pt. 49.

⁵⁷⁹ CJCE, arrêt *Angonese* précité, aff. C-281/98, pt. 2.

Monsieur Angonese, ressortissant italien de langue maternelle allemande, avait fait ses études en Autriche⁵⁸⁰. Lors de son retour à Bolzano, il s'est porté candidat à un concours de recrutement pour l'accès à un emploi auprès de la banque mentionnée ci-dessus⁵⁸¹. Or, parmi les conditions d'admission au concours de la banque figurait la possession d'un certificat de bilinguisme allemand/italien qui s'appelle « *patentino* »⁵⁸². Ce certificat est exigé dans la province de Bolzano pour l'accès à l'ancienne carrière d'employé supérieur dans la fonction publique⁵⁸³. Tout en étant bilingue, Monsieur Angonese ne dispose pas d'un tel certificat⁵⁸⁴ qui est délivré par une administration publique de la province de Bolzano à l'issue d'un examen ayant lieu uniquement dans cette province⁵⁸⁵. Ne disposant pas du certificat, la banque de Bolzano a informé Monsieur Angonese qu'il ne pouvait pas participer au concours de recrutement⁵⁸⁶.

Alors que Monsieur Angonese reconnaissait que la banque attendait de ses futurs col-laborateurs d'être bilingue, il contestait la légalité de la condition relative à la possession obligatoire du certificat, exigence qu'il considérait contraire au principe de la libre circulation des travailleurs⁵⁸⁷. Il a dès lors saisi le juge italien pour que cette condition soit déclarée nulle et que la banque de Bolzano soit condamnée à réparer le préjudice qu'il avait subi du fait de la perte d'une chance ainsi qu'à rembourser les frais de procédure⁵⁸⁸.

Saisie par la juridiction italienne, la Cour de justice devait d'abord statuer sur sa propre compétence. Alors que l'Avocat général Fenelly avait proposé de décider que la libre circulation des travailleurs ne s'applique pas à la mesure d'origine privée en cause pour le motif qu'il s'agissait d'une affaire purement interne, la Cour de justice a considéré qu' « *il n'apparaît pas de manière manifeste que l'interprétation sollici-*

⁵⁸⁰ *Ibid.*, pt. 5.

⁵⁸¹ *Ibid.*

⁵⁸² *Ibid.*, pt. 6.

⁵⁸³ *Ibid.*

⁵⁸⁴ *Ibid.*, pt. 8.

⁵⁸⁵ CJCE, arrêt *Angonese* précité, aff. C-281/98, pt. 7.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, pt. 9.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, pt. 12.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, pt. 13.

tée du droit communautaire n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal »⁵⁸⁹. Ceci montre la volonté de la Cour de justice de répondre à la question posée par le tribunal italien.

S'agissant de l'application du règlement n° 1612/68 relatif à la condition de la possession du certificat, la Cour de justice relève que le règlement ne vise que les dispositions législatives, réglementaires ou administratives ou des pratiques administratives des États membres⁵⁹⁰. Il s'ensuit que le règlement ne s'applique pas à la mesure en cause⁵⁹¹.

Quant à la libre circulation des travailleurs, énoncée à l'article 45 TFUE, la Cour de justice souligne que le principe de non-discrimination est formulé en termes généraux et ne s'adresse pas spécialement aux États membres⁵⁹². Faisant référence à sa jurisprudence *Walrave et Koch* et *Bosman*⁵⁹³, elle réaffirme que la prohibition des discriminations fondées sur la nationalité « s'étend également aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de services »⁵⁹⁴. Cette citation paraît étonnante puisque l'affaire *Angonese* ne porte pas sur une mesure collective, mais sur une mesure individuelle, prise par une seule banque.

Ensuite, la Cour de justice rappelle que l'abolition entre les États membres des obstacles à la libre circulation des personnes serait compromise si la suppression des barrières d'origine étatique pouvait être neutralisée par des obstacles d'origine privée, les conditions de travail dans les différents États membres étant régies tantôt par voie de dispositions d'ordre législatif ou réglementaire, tantôt par des conventions et autres actes conclus ou adoptés par des personnes privées⁵⁹⁵. Une limitation de

⁵⁸⁹ CJCE, arrêt *Angonese* précité, aff. C-281/98, pt. 19.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, pt. 22.

⁵⁹¹ *Ibid.*, pt. 23.

⁵⁹² *Ibid.*, pt. 30.

⁵⁹³ *Ibid.*, pt. 31 s.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, pt. 31.

⁵⁹⁵ CJCE, arrêt *Angonese* précité, aff. C-281/98, pt. 32–33.

l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité aux mesures d'origine étatique risquerait alors de créer des inégalités quant à son application⁵⁹⁶.

Enfin, la Cour de justice renvoie à l'arrêt *Defrenne* constatant que « *la Cour a également jugé que le fait que certaines dispositions du traité sont formellement adressées aux États membres n'exclut pas que des droits puissent être conférés simultanément à tout particulier intéressé à l'observation des obligations ainsi définies (...). La Cour a ainsi conclu (...) que la prohibition de la discrimination s'impose également à toutes conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats entre particuliers* »⁵⁹⁷. Appliquant ces observations au cas d'espèce, la Cour de justice constate que la condition de posséder le « *patentino* » comme seul moyen pour prouver le bilinguisme constitue une discrimination indirecte en raison de la nationalité puisque la majorité des résidents de la province de Bolzano sont de nationalité italienne, ce qui défavorise les ressortissants des autres États membres⁵⁹⁸.

La Cour de justice en déduit que « *l'obligation imposée par un employeur pour l'accès d'un candidat à un concours de recrutement de faire la preuve de ses connaissances linguistiques exclusivement au moyen d'un unique diplôme, tel que le certificat, délivré dans une seule province d'un État membre, constitue une discrimination sur le fondement de la nationalité contraire à l'article 48 du traité* »⁵⁹⁹.

Ainsi, la Cour de justice a explicitement décidé qu'une mesure discriminatoire prise par un employeur, c'est-à-dire une mesure d'origine privée *individuelle*, est susceptible de constituer une entrave à la libre circulation des travailleurs.

Comme maître Oliver le souligne, l'importance de cet arrêt ne peut pas être exagérée⁶⁰⁰. La Cour de justice en était bien consciente. Alors que la présence d'un élément transfrontalier était discutable, elle n'a pas suivi son avocat général, arguant qu'il ne

⁵⁹⁶ *Ibid.*, pt. 33.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, pt. 34.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, pt. 40.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, pt. 45.

⁶⁰⁰ OLIVER P. J., *Oliver on Free movement of Goods in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 74.

s'agissait pas d'une situation purement interne⁶⁰¹. Les professeurs Streinz et Leible en déduisent la volonté de la Cour de justice de saisir l'occasion pour trancher une question cruciale du droit de l'Union et « *prendre une décision de principe* »⁶⁰².

Néanmoins, il convient de souligner que l'arrêt *Angonese* concerne la libre circulation des travailleurs, laquelle se prête particulièrement bien à l'applicabilité aux personnes privées⁶⁰³. Déjà dans l'affaire *Bosman*, la Cour de justice constatait un « *droit fondamental* » d'accès à l'emploi⁶⁰⁴. Cette vision converge avec celle du législateur européen qui prévoyait déjà dans le règlement n° 1612/78 l'application du principe de non-discrimination aux conventions collectives et aux contrats individuels⁶⁰⁵. Comme nous allons voir en détail dans le titre suivant, l'issue de l'affaire *Angonese* s'explique par les caractéristiques spécifiques de la libre circulation des travailleurs⁶⁰⁶.

L'affaire suivante, l'affaire *Ferlini*⁶⁰⁷, porte sur le régime de sécurité sociale et concerne l'épouse d'un fonctionnaire des Communautés européennes résidant au Luxembourg. Madame Ferlini est, comme son mari, affiliée au régime commun d'assurance maladie des Communautés européennes (ci-après « RCAM ») et n'est pas couverte par le régime luxembourgeois de sécurité sociale⁶⁰⁸. Lors de la naissance de son enfant, elle a accouché dans un centre hospitalier au Luxembourg⁶⁰⁹. Le centre hospitalier a fait parvenir une facture aux époux pour les frais d'accouchement et de séjour à l'hôpital. La facture était basée sur les « *tarifs hospitaliers à partir du 1er janvier 1989 valables pour les personnes et organismes non affiliés au système de sécurité sociale nationale* », qui ont été fixés unilatéralement et de manière uniforme par

⁶⁰¹ CJCE, arrêt *Angonese* précité, aff. C-281/98, pt. 19.

⁶⁰² „eine Grundsatzentscheidung treffen“: STREINZ R. et LEIBLE St., « Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten », *EuZW*, 2000, n° 15, p. 460

⁶⁰³ DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », in DUBOUT E. et MAITROT DE LA MOTTE A. (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 121.

⁶⁰⁴ CJCE, arrêt *Bosman* précité, aff. C-415/93, pt. 129.

⁶⁰⁵ Article 7, paragraphe 4, du règlement n° 1612/68 ; v. aussi DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 121.

⁶⁰⁶ Nous allons approfondir le raisonnement sur les spécificités de la libre circulation des travailleurs dans la Partie I, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1 de la présente thèse.

⁶⁰⁷ CJCE, 3 octobre 2000, *Ferlini*, aff. C-411/98, *Rec.* 2000, p. I-8081.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, pt. 18.

l'ensemble des hôpitaux luxembourgeois, réunis au sein de l'« *Entente des hôpitaux luxembourgeois* »⁶¹⁰. Monsieur Ferlini a toutefois refusé de payer la somme réclamée au motif que le tarif était nettement plus élevé que le tarif applicable aux personnes assujetties à l'assurance maladie-maternité luxembourgeoise⁶¹¹.

Saisie par la juridiction luxembourgeoise, la Cour de justice constate qu'en tant que fonctionnaire des Communautés européennes, Monsieur Ferlini et sa femme ne sont pas soumis à une législation nationale en matière de sécurité sociale⁶¹². Dès lors, le règlement n° 1408/71 ne leur est pas applicable. En revanche, Monsieur Ferlini est incontestablement un travailleur ressortissant d'un État membre, qui doit pouvoir bénéficier des droits et avantages que la libre circulation des travailleurs et le règlement n° 1612/68 lui confèrent⁶¹³. Néanmoins, en l'occurrence, la Cour de justice considère que les tarifs plus élevés que ceux applicables aux affiliés au régime de sécurité sociale luxembourgeoise ne sauraient être qualifiés de condition de travail au sens de la libre circulation des travailleurs. La Cour de justice en déduit que ni l'article 48 du traité CE⁶¹⁴ ni le règlement n° 1612/68⁶¹⁵ ne s'appliquent au cas d'espèce⁶¹⁶.

Par conséquent, la Cour de justice analyse la question posée par la juridiction de renvoi au regard du principe général de non-discrimination en raison de la nationalité, énoncé à l'article 18 TFUE⁶¹⁷. Renvoyant aux arrêts *Walrave et Koch*, *Defrenne II* et *Bosman*, la Cour de justice réaffirme que l'article 18 TFUE « *s'applique également dans des cas dans lesquels un groupe ou une organisation tels que l'EHL exerce un certain pouvoir sur les particuliers et est en mesure de leur imposer des conditions qui nuisent à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité* »⁶¹⁸. La Cour de justice en déduit que dans le cas d'espèce, l'application de tarifs plus élevés aux fonctionnaires des Communautés européennes que ceux applicables aux affiliés

⁶⁰⁹ *Ibid.*, pt. 18 s.

⁶¹⁰ *Ibid.*, pt. 21.

⁶¹¹ *Ibid.*, pt. 23.

⁶¹² CJCE, arrêt *Ferlini* précité, aff. C-411/98, pt. 41.

⁶¹³ *Ibid.*, pt. 42 et 43.

⁶¹⁴ Article 45 TFUE.

⁶¹⁵ Règlement (UE) n° 492/2011.

⁶¹⁶ CJCE, arrêt *Ferlini* précité, aff. C-411/98, pt. 46.

⁶¹⁷ *Ibid.*, pt. 47 s.

de la sécurité sociale nationale constitue une discrimination en raison de la nationalité prohibée par l'article 6, premier alinéa, du traité CE⁶¹⁹, en l'absence de justification objective à cet égard⁶²⁰.

Dans l'affaire suivante, l'affaire *Wouters*⁶²¹, la Cour de justice s'est implicitement prononcée sur la relation entre le droit de la concurrence et le droit relatif aux libertés de circulation. Cette affaire, traitée en grande chambre, porte sur la profession d'avocat⁶²². Il s'agit d'une décision du comité de surveillance de l'ordre des avocats de l'arrondissement de Rotterdam interdisant la collaboration entre des personnes inscrites au barreau aux Pays-Bas et des membres de la catégorie professionnelle des experts-comptables. Après avoir été saisie par cinq requérants, la juridiction de renvoi a interrogé la Cour de justice sur la conformité de décisions prises par l'ordre néerlandais des avocats au regard du droit européen de la concurrence ainsi que de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services.

La Cour de justice répond à la première question qu'un règlement adopté par un organisme tel que l'ordre néerlandais des avocats doit être considéré comme une décision prise par une association d'entreprise au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité CE⁶²³. Dès lors, l'ordre des avocats, tout en étant régi par un statut de droit public⁶²⁴, est soumis au respect du droit européen de la concurrence. Pour autant, la Cour de justice retient que la décision interdisant la collaboration entre avocats et experts-comptables n'enfreint pas l'article 85, paragraphe 1, du traité CE⁶²⁵, étant donné que l'ordre des avocats a pu raisonnablement considérer que la réglementation en cause, malgré les effets restrictifs de la concurrence qui lui sont inhérents, s'avère nécessaire au bon exercice de la profession d'avocat telle qu'elle est organisée dans l'État membre concerné⁶²⁶.

⁶¹⁸ *Ibid.*, pt. 50 (nous soulignons).

⁶¹⁹ Article 18 TFUE.

⁶²⁰ CJCE, arrêt *Ferlini* précité, aff. C-411/98, pt. 62.

⁶²¹ CJCE, 19 février 2002, *Wouters e.a.*, aff. C-309/99, *Rec.* 2002, p. I-1577.

⁶²² CJCE, arrêt *Wouters e.a.* précité, aff. C-309/99.

⁶²³ Aujourd'hui l'article 101, paragraphe 1, TFUE ; CJCE, arrêt *Wouters e.a.* précité, aff. C-309/99, pt 71.

⁶²⁴ CJCE, arrêt *Wouters e.a.* précité, aff. C-309/99, pt. 65.

⁶²⁵ Aujourd'hui l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

⁶²⁶ CJCE, arrêt *Wouters e.a.* précité, aff. C-309/99, pt. 110.

Quant aux restrictions à la liberté d'établissement et la libre prestation de services, la Cour de justice répète son raisonnement fondé sur l'effet utile des libertés de circulation qui serait compromis si l'abolition des restrictions d'origine étatique « *pouvait être neutralisée par des obstacles résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations ou organismes ne relevant pas du droit public* »⁶²⁷.

Or, dans le cas d'espèce, la Cour de justice retient que la restriction « *apparaît justifiée pour les raisons exposées* »⁶²⁸ dans le cadre de son raisonnement en matière de concurrence. Dès lors, la Cour de justice renvoie aux exemptions prévues en matière de concurrence, notamment à l'article 101, paragraphe 2, TFUE, pour justifier une entrave à une liberté de circulation.

On peut en déduire au moins que lorsqu'une affaire porte tantôt sur le droit européen de la concurrence, tantôt sur les libertés de circulation, les exemptions prévues par les traités en matière de concurrence sont également susceptibles d'être invoquées pour justifier une entrave à une liberté de circulation, et *vice versa*.

Nous pouvons donc constater que la Cour de justice applique le droit de la concurrence et le droit des libertés de circulation parallèlement. Ainsi, les deux catégories de normes ne s'excluent pas, mais se complètent⁶²⁹.

Les deux prochains arrêts que nous allons traiter successivement, *Viking* et *Laval*, ont suscité un intérêt exceptionnel - y compris dans les médias et au-delà de la sphère juridique. Dans ces deux affaires, la Cour de justice a été amenée pour la première fois à se prononcer sur la compatibilité d'actions syndicales avec les libertés de circulation, spécifiquement avec la liberté d'établissement et la libre prestation de service.

Viking, une société de droit finlandais, est un opérateur de transport pour ferries qui assure, sous pavillon finlandais, la liaison maritime entre Tallin (Estonie) et Helsinki

⁶²⁷ *Ibid.*, pt. 120.

⁶²⁸ *Ibid.*, pt. 122.

⁶²⁹ Pour plus d'informations voir : Partie I, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2, A) de la présente thèse.

(Finlande)⁶³⁰. L'affaire concerne un de ses navires, le *Rosella*, dont tous les membres de son équipage sont des adhérents du syndicat finlandais de marins (FSU), comptant environ 10.000 membres⁶³¹. FSU est affiliée à ITF, la fédération internationale de syndicats d'ouvriers employés dans le secteur des transports dont le siège est à Londres⁶³². Une des principales politiques de l'ITF est la lutte contre les pavillons de complaisance⁶³³. À cet effet, ITF vise à protéger les équipages des navires sous pavillon de complaisance et à améliorer leurs conditions de travail⁶³⁴. Selon ITF, un navire est enregistré sous un pavillon de complaisance lorsque la propriété effective et le contrôle du navire se situent dans un autre État membre que celui du pavillon sous lequel il est immatriculé⁶³⁵. La lutte contre les pavillons de complaisance comprend aussi des boycotts et d'autres actions de solidarité entre les travailleurs⁶³⁶.

Battant pavillon finlandais, Viking était tenue de payer à l'équipage des salaires d'un niveau identique à ceux pratiqués en Finlande, ceci conformément à la loi finlandaise et à la convention collective de travail applicable⁶³⁷. Or les salaires versés aux équipages estoniens étaient inférieurs à ceux versés en Finlande. Comme l'exploitation du *Rosella* était déficitaire du fait de la concurrence directe des navires estoniens assurant la même liaison à des coûts salariaux moindres, Viking a décidé de changer le pavillon en l'enregistrant en Estonie dans le but de conclure une nouvelle convention collective dans cet État⁶³⁸.

Conformément au droit finlandais, Viking a informé FSU et l'équipage du *Rosella* de son projet⁶³⁹. FSU s'y est fortement opposée et en a informé ITF en indiquant que la « *propriété effective du Rosella se trouv[ait] en Finlande* » et que FSU conservait dès lors le droit de négociation avec Viking⁶⁴⁰. Les autres syndicats ont été « invités » à

⁶³⁰ CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05, *Rec.* 2007, p. I-10806, pt. 6.

⁶³¹ *Ibid.*, pt. 7.

⁶³² *Ibid.*

⁶³³ CJCE, arrêt *Viking* précité, aff. C-438/05, pt. 8.

⁶³⁴ *Ibid.*

⁶³⁵ *Ibid.*

⁶³⁶ *Ibid.*

⁶³⁷ CJCE, arrêt *Viking* précité, aff. C-438/05, pt. 9.

⁶³⁸ *Ibid.*

⁶³⁹ *Ibid.*, pt. 10.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, pt. 10 et 11.

ne pas négocier avec Viking⁶⁴¹. ITF a confirmé cela en envoyant une circulaire à tous ses membres les enjoignant de s'abstenir de négocier avec Viking⁶⁴². Par la suite, FSU a annoncé une grève exigeant que Viking augmente son équipage du Rosella de huit personnes et, surtout, renonce à son projet de changement de pavillon de ce navire⁶⁴³. Viking a accepté d'embaucher huit personnes, mais a refusé de renoncer à son projet⁶⁴⁴.

Suite à ce refus et de l'échec de la négociation, FSU a annoncé engager un mouvement de grève⁶⁴⁵. Viking a saisi le tribunal de première instance d'Helsinki visant l'interdiction de la grève⁶⁴⁶. Lors d'une procédure de conciliation, Viking s'est engagée à ce que le changement de pavillon n'entraîne aucun licenciement⁶⁴⁷. Ensuite, FSU ayant refusé de renoncer à la grève, Viking a mis un terme au litige en acceptant les revendications de FSU et en s'engageant à ne pas entamer un changement de pavillon avant fin février 2005⁶⁴⁸. Sur ces entrefaites, la République d'Estonie est devenue membre de l'Union européenne, et Viking a repris son projet de changement de pavillon alors que la position de FSU restait inchangée⁶⁴⁹. De même, la circulaire ITF avec la demande adressée aux syndicats affiliés relative au Rosella est restée en vigueur⁶⁵⁰. C'est pourquoi Viking a saisi la High Court of Justice du Royaume-Uni afin de déclarer l'action d'ITF et de FSU contraire à la liberté d'établissement⁶⁵¹.

Saisie en appel par ITF et FSU, la Court of Appeal pose dix questions préjudicielles à la Cour de justice. Par sa première question, la juridiction de renvoi vise à savoir si l'action collective engagée par un syndicat ou une association de syndicats entre dans le champ d'application de la liberté d'établissement⁶⁵². Par la deuxième question, la juridiction de renvoi interroge explicitement la Cour de justice sur un éventuel effet

⁶⁴¹ *Ibid.*, pt. 11.

⁶⁴² CJCE, arrêt *Viking* précité, aff. C-438/05, pt. 12.

⁶⁴³ *Ibid.*, pt. 13.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, pt. 14.

⁶⁴⁵ CJCE, arrêt *Viking* précité, aff. C-438/05, pt. 17.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, pt. 18.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, pt. 19.

⁶⁴⁸ *Ibid.*

⁶⁴⁹ CJCE, arrêt *Viking* précité, aff. C-438/05, pt. 20 à 21.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, pt. 21.

⁶⁵¹ *Ibid.*

direct horizontal de la liberté d'établissement pour demander ensuite si une action collective comme celle décrite ci-dessus serait susceptible de constituer une entrave à la liberté d'établissement⁶⁵³. Dans l'affirmative, la juridiction de renvoi interroge la Cour de justice aux termes de ses questions quatre à dix sur l'existence et l'analyse d'éventuelles justifications aux restrictions⁶⁵⁴.

Avant d'analyser à la réponse donnée par la Cour de justice, nous allons nous concentrer sur les conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro, qui a procédé à une analyse détaillée des entraves d'origine privée.

Tout d'abord, l'Avocat général souligne qu'il convient de concilier la politique sociale de l'Union et l'objectif du bon fonctionnement du marché⁶⁵⁵. Selon l'Avocat général, il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour de justice que les différentes politiques poursuivies par l'Union entrent dans le champ d'application des libertés de circulation et doivent être mises en balance avec ces dernières⁶⁵⁶. Il en est ainsi, par exemple, avec la protection de l'environnement, la protection des consommateurs, la santé publique ou encore, comme dans l'affaire *Viking*, la politique sociale de l'Union⁶⁵⁷.

Dès lors, l'Avocat général propose à la Cour de justice de répondre par l'affirmative à la première question posée par la juridiction anglaise et de statuer que les actions collectives menées par des syndicats ou des associations de syndicats entrent dans le champ d'application des libertés de circulation⁶⁵⁸.

Quant à la question relative à l'effet direct horizontal de la liberté d'établissement, l'Avocat général procède presque à un exposé sur l'effet direct horizontal, résumant la jurisprudence ainsi que les principales positions doctrinales. Il constate que l'objectif du marché intérieur est d'assurer, entre les États membres, la libre circula-

⁶⁵² *Ibid.*

⁶⁵³ *Ibid.*

⁶⁵⁴ *Ibid.*

⁶⁵⁵ Conclusions de l'AG Poiares Maduro du 23 mai 2007 sur l'affaire *Viking*, aff. C-438/05, p. I-10784, pt. 23.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, pt. 25.

⁶⁵⁷ *Ibid.*

tion des marchandises, des personnes, des services et des capitaux dans des conditions de « *pleine et égale concurrence* »⁶⁵⁹.

Pour l'Avocat général Poiares Maduro, la question centrale est de savoir si « *le traité implique que, pour assurer le bon fonctionnement du marché commun, les dispositions sur la libre circulation protègent les droits des acteurs du marché, non seulement en limitant les pouvoirs des autorités étatiques, mais en limitant aussi l'autonomie d'autres personnes* »⁶⁶⁰. Il déduit des différentes positions doctrinales en la matière⁶⁶¹ ainsi que de celle de la Cour de justice que la réponse doit être affirmative, la Cour de justice ayant, à maintes reprises, mis en balance les libertés de circulation avec des actions ou mesures d'origine privée⁶⁶².

Pour autant, cela ne signifie pas que, dans des procédures engagées contre un particulier, on puisse toujours faire appel aux règles sur la libre circulation⁶⁶³. Pour l'Avocat général Poiares Maduro, le point essentiel est de savoir si la mesure ou l'action privée en cause est susceptible de restreindre effectivement d'autres personnes dans l'exercice de leur droit à la libre circulation⁶⁶⁴.

Cependant, l'Avocat général plaide en faveur d'une différenciation. Les personnes privées ne devraient pas être tenues « *exactement par les mêmes principes que les autorités étatiques. La Cour peut mettre en œuvre différents degrés de contrôle, selon la source et la gravité de l'obstacle à l'exercice du droit à la libre circulation, et selon la force et le bien-fondé des prétentions concurrentes d'autonomie privée* »⁶⁶⁵.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, pt. 28.

⁶⁵⁹ Conclusions de l'AG Poiares Maduro sur l'affaire *Viking* précitée, aff. C-438/05, pt. 31.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, pt. 35.

⁶⁶¹ *Ibid.*, pt. 37.

⁶⁶² *Ibid.*, pt. 38 s.

⁶⁶³ *Ibid.*, pt. 41.

⁶⁶⁴ Conclusions de l'AG Poiares Maduro sur l'affaire *Viking* précitée, aff. C-438/05, pt. 41 à 43 (spéc. pt. 43).

⁶⁶⁵ *Ibid.*, pt. 49.

Il s'ensuit que pour l'Avocat général, la nécessité de respecter l'autonomie privée des personnes privées entraîne une marge d'appréciation différenciée en tenant compte des intérêts propres des personnes privées⁶⁶⁶.

Ensuite, l'Avocat général procède à la mise en balance, dans le cas d'espèce, du droit à la liberté d'établissement et du droit d'action collective⁶⁶⁷. Selon l'Avocat général, il convient de différencier. « *En principe* », le droit de l'Union n'empêche pas de mener une action collective, même si elle a pour effet de restreindre la liberté d'établissement d'une entreprise qui envisage de déménager dans un autre État membre, si ladite action collective a pour but de protéger les travailleurs de cette entreprise⁶⁶⁸. Dans cette hypothèse, l'action collective a essentiellement pour but de convaincre l'entreprise en question de conserver ses emplois et conditions de travail actuels⁶⁶⁹. Or, il est inadmissible pour l'Avocat général que puisse subsister toute action collective qui a pour but d'empêcher une entreprise de fournir ses services, une fois la délocalisation effectuée⁶⁷⁰. Car dans ce dernier scénario, l'action collective « *réduit à néant la raison d'être du marché commun* »⁶⁷¹.

La Cour de justice opte pour une solution considérablement moins détaillée que celle proposée par l'Avocat général. Renvoyant à sa jurisprudence antérieure en matière d'entraves d'origine privée aux libertés de circulation, citant notamment les arrêts *Walrave et Koch*, *Donà*, *Bosman*, *Deliège*, *Angonese* et *Wouters*⁶⁷², la Cour de justice constate que FSU et ITF ne constituent pas des entités de droit public⁶⁷³. Néanmoins, leurs actions collectives « *qui peuvent constituer l'ultime recours des organisations syndicales pour faire aboutir leur revendication* » relèvent, en principe, du champ d'application de la liberté d'établissement⁶⁷⁴.

⁶⁶⁶ S'agissant d'un aspect primordial dans le cadre de l'examen des entraves d'origine privée, nous allons traiter cette question en détail dans la Partie II, Titre 1, Chapitre 1 et 2 de la présente thèse.

⁶⁶⁷ Conclusions de l'AG Poiares Maduro sur l'affaire *Viking* précitée, aff. C-438/05, pt. 57 s. Nous allons traiter de cette mise en balance en détail dans la Partie II, Titre 2, Chapitre 1 de la présente thèse.

⁶⁶⁸ Conclusions de l'AG Poiares Maduro sur l'affaire *Viking* précitée, aff. C-438/05, pt. 66.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, pt. 67.

⁶⁷⁰ *Ibid.*

⁶⁷¹ *Ibid.*, pt. 68.

⁶⁷² CJCE, arrêt *Viking* précité, aff. C-438/05, pt. 33 s.

⁶⁷³ *Ibid.*, pt. 35.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, pt. 36 et 37.

Quant au droit de mener une action collective, y compris le droit de grève, la Cour de justice précise, tout comme l'Avocat général, que ce droit « *est reconnu par différents instruments internationaux auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré* »⁶⁷⁵. Pour autant, tout en étant un « *droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect* »⁶⁷⁶, il ne s'agit pas d'un droit absolu.

Renvoyant à sa jurisprudence dans les affaires *Schmidberger* et *Omega*⁶⁷⁷, la Cour de justice indique que « *la protection des droits fondamentaux constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité* »⁶⁷⁸, mais que cela ne signifie pas que la mesure ou action en cause échappe au champ d'application de la liberté d'établissement⁶⁷⁹.

La Cour de justice poursuit son raisonnement confirmant l'effet direct horizontal de la liberté d'établissement⁶⁸⁰. Dans ce contexte, il est intéressant de noter que la Cour se réfère à sa jurisprudence dans les affaires *Commission/France* et *Schmidberger*⁶⁸¹, intervenue en matière de libre circulation des marchandises et dans lesquelles il était question de l'inaction des États, soit des entraves étatiques. La Cour de justice remarque qu'il ressort de cette jurisprudence que « *des restrictions peuvent être d'origine non étatique et résulter d'actions menées par des personnes privées ou des groupements de telles personnes* »⁶⁸².

Rejetant un argument avancé par l'ITF, la Cour de justice insiste sur le fait que « *cette jurisprudence ne comporte aucun indice permettant de soutenir valablement qu'elle se limiterait aux associations ou aux organismes exerçant une fonction réglementaire ou disposant d'un pouvoir quasi législatif. Au demeurant, il y a lieu de*

⁶⁷⁵ *Ibid.*, pt. 43.

⁶⁷⁶ CJCE, arrêt *Viking* précité, aff. C-438/05, pt. 44.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, pt. 45.

⁶⁷⁸ *Ibid.*

⁶⁷⁹ *Ibid.*, pt. 47.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, pt. 56 s.

⁶⁸¹ *Ibid.*, pt. 62.

⁶⁸² *Ibid.*

constater que, en exerçant le pouvoir autonome dont elles disposent au titre de la liberté syndicale de négocier avec les employeurs ou les organisations professionnelles les conditions de travail et de rémunération des travailleurs, les organisations syndicales des travailleurs participent à la formation des conventions visant à régler de façon collective le travail salarié »⁶⁸³.

Enfin, la Cour de justice examine si les restrictions en cause sont susceptibles d'être justifiées⁶⁸⁴. Elle admet que des restrictions comme celles en cause « *peuvent, en principe, être justifiées au titre de la protection d'une raison impérieuse d'intérêt général, telle que la protection des travailleurs, à condition qu'il soit établi qu'elles sont aptes à garantir la réalisation de l'objectif légitime poursuivi et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif* »⁶⁸⁵. Aussi, il revient à la juridiction nationale de déterminer si l'action collective menée par FSU et ITF était proportionnelle ou non.

Environ une semaine après le prononcé de l'arrêt *Viking*, la Cour de justice a prononcé l'arrêt *Laval*, de nouveau en grande chambre. Laval est une société de droit letton qui détient 100% du capital de L&P Baltic Bygg AB (ci-après « Baltic »), une société de droit suédois⁶⁸⁶. Du mois de mai au mois de décembre 2004, Laval a détaché en Suède environ trente-cinq travailleurs pour l'exécution de chantiers entrepris par Baltic⁶⁸⁷. Tout en ayant signé, en Lettonie, des conventions collectives avec le syndicat letton des travailleurs du bâtiment, Laval n'était liée par aucune convention collective conclue avec le syndicat suédois des travailleurs du bâtiment et des travailleurs électriciens⁶⁸⁸, aucun travailleur du personnel de Laval n'était membre d'un syndicat suédois, et environ 65% des salariés lettons étaient membres du syndicat des travailleurs du bâtiment letton⁶⁸⁹.

⁶⁸³ CJCE, arrêt *Viking* précité, aff. C-438/05, pt. 65 (nous soulignons).

⁶⁸⁴ *Ibid.*, pt. 75 s.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, pt. 90.

⁶⁸⁶ CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05, Rec. 2007, p. I-11767, pt. 27.

⁶⁸⁷ *Ibid.*

⁶⁸⁸ *Ibid.*, pt. 28.

⁶⁸⁹ *Ibid.*

Au cours du début des travaux en Suède, le syndicat suédois des travailleurs du bâtiment, d'une part, et Laval et Baltic, d'autre part, ont entamé des négociations en vue de l'adhésion de Laval à la convention collective du bâtiment⁶⁹⁰. Lors d'une réunion de négociation, le syndicat suédois a posé plusieurs conditions à Laval, dont notamment l'adhésion à la convention collective du bâtiment pour le chantier et la garantie que Laval versera aux travailleurs détachés un salaire d'un certain montant, fixé par le syndicat suédois et fondé sur des statistiques salariales de la région de Stockholm concernant les travailleurs des secteurs du béton et du bois possédant une attestation professionnelle⁶⁹¹. À défaut, le syndicat suédois s'est déclaré prêt à déclencher une action collective⁶⁹².

Comme les négociations n'avaient pas abouti, le syndicat suédois a engagé une action collective⁶⁹³. Ainsi, en novembre 2004, un blocus du chantier a débuté, qui consistait notamment à empêcher la livraison de marchandises sur le chantier, à mettre en place des piquets de grève et à interdire l'entrée du chantier aux travailleurs lettons ainsi qu'aux véhicules⁶⁹⁴. Les forces de police, auxquelles Laval avait demandé assistance, l'ont informé que l'action collective était licite selon le droit suédois⁶⁹⁵. Dès lors, la police ne pouvait intervenir ni enlever les obstacles physiques empêchant l'accès au chantier⁶⁹⁶.

La réunion de médiation et l'audience de conciliation n'ayant pas abouti, les actions collectives se sont intensifiées⁶⁹⁷. À Noël, les travailleurs détachés de Laval sont rentrés en Lettonie et ne sont plus revenus sur le chantier⁶⁹⁸. En janvier 2005, d'autres organisations syndicales ont annoncé des actions de solidarité consistant en un boycott de tous les chantiers de Laval en Suède⁶⁹⁹. Dès lors, cette dernière n'était plus en

⁶⁹⁰ *Ibid.*, pt. 29.

⁶⁹¹ CJCE, arrêt *Laval* précité, aff. C-341/05, pt. 30.

⁶⁹² *Ibid.*

⁶⁹³ *Ibid.*, pt. 33.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, pt. 34.

⁶⁹⁵ *Ibid.*

⁶⁹⁶ *Ibid.*

⁶⁹⁷ CJCE, arrêt *Laval* précité, aff. C-341/05, pt. 35 s.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, pt. 37.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, pt. 38.

mesure d'exercer ses activités sur le territoire suédois⁷⁰⁰. Finalement, en mars 2005, Baltic a déclaré faillite⁷⁰¹.

Saisie par la juridiction de renvoi suédoise, la Cour de justice examine le régime suédois en cause au regard de la directive 96/71, adoptée dans le but de prévoir, dans l'intérêt des employeurs et de leurs personnels, les conditions de travail et d'emploi applicables à la relation de travail au cas du détachement des travailleurs à titre temporaire dans le cadre d'une prestation de services⁷⁰².

La Cour de justice remarque qu'il ne s'agit pas de salaires minimaux et qu'ils ne sont, de plus, pas fixés selon les modalités prévues par la directive⁷⁰³. Elle déclare le système suédois non conforme à la directive, ce qui a provoqué des réactions fermes dans la doctrine, les médias et le grand public, tant en Suède et d'autres pays scandinaves qu'ailleurs. Le fait que l'État membre d'accueil ne saurait imposer des règles relatives aux conditions de travail et d'emploi allant au-delà des règles impératives de protection minimale a notamment suscité une vive critique.

Par la suite, la Cour de justice examine les actions collectives en question au regard de la libre prestation de services⁷⁰⁴. Elle affirme que le droit de mener une action collective constitue un droit fondamental⁷⁰⁵, mais que n'étant pas un droit absolu, il peut être soumis à certaines restrictions⁷⁰⁶

Renvoyant, comme dans l'arrêt *Viking*, à sa jurisprudence dans les affaires *Schmidberger* et *Omega*⁷⁰⁷, la Cour de justice en conclut que le caractère fondamental du droit de mener une action collective ne fait pas échapper une telle action au champ d'application du droit de l'Union⁷⁰⁸. Rappelant sa jurisprudence antérieure⁷⁰⁹, la Cour de justice considère que le droit des organisations syndicales d'un État membre de

⁷⁰⁰ *Ibid.*

⁷⁰¹ *Ibid.*

⁷⁰² *Ibid.*, pt. 58.

⁷⁰³ *Ibid.*, pt. 70.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, pt. 85 s.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, pt. 90.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, pt. 91.

⁷⁰⁷ V. CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05, pt. 93 s.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, pt. 95.

mener des actions collectives, par lesquelles les entreprises établies dans un autre État membre peuvent se voir contraintes d'adhérer à une convention collective dont certaines clauses s'écartent des dispositions législatives en prévoyant des conditions de travail et d'emploi plus favorables que la directive 96/71 et d'autres portant sur des matières non visées par ladite directive, est susceptible de rendre moins attrayant ou plus difficile, pour ces entreprises, l'exécution de travaux de construction sur le territoire de l'État d'accueil⁷¹⁰. Dès lors, l'action collective constitue une restriction à la libre prestation des services⁷¹¹.

Quant à une éventuelle justification, la Cour de justice reconnaît que le droit de mener une action collective ayant pour but la protection des travailleurs de l'État d'accueil contre une éventuelle pratique de dumping social peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général de nature à justifier, « *en principe* », une restriction à la libre prestation des services⁷¹². Néanmoins, dans le cas d'espèce, la Cour de justice estime que l'entrave ne saurait être justifiée au regard d'un tel objectif⁷¹³. Ainsi, la Cour de justice retient que l'action collective des organisations syndicales suédoises constitue une entrave non justifiée à la libre prestation des services.

Dans le respect de cet arrêt, le législateur a adopté une loi dite « Lex Laval » qui restreint l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le cadre du détachement de travailleurs⁷¹⁴. Désormais, la loi suédoise prévoit qu'aucune action collective ne peut être entamée par les syndicats si l'employeur parvient à démontrer que les travailleurs détachés bénéficient de conditions d'emploi qui sont au moins aussi favorables que les conditions minimales établies par les conventions conclues au niveau central⁷¹⁵.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, pt. 98.

⁷¹⁰ *Ibid.*, pt. 99.

⁷¹¹ *Ibid.*

⁷¹² CJCE, arrêt *Laval* précité, aff. C-341/05, pt. 103.

⁷¹³ *Ibid.*, pt. 108.

⁷¹⁴ CHATZILAOU K., « La réponse du CEDS aux arrêts Viking et Laval », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 160.

⁷¹⁵ *Ibid.*

Les deux arrêts, *Viking* et *Laval*, ont été rendus en grande chambre. Peu après, la Cour de justice a rendu encore un arrêt, l'arrêt *Rüffert*⁷¹⁶, portant sur le rapport entre, d'un côté, les actions sociales collectives, et, d'un autre côté, la libre circulation des travailleurs ainsi que la liberté d'établissement⁷¹⁷. Alors que les arrêts *Viking* et *Laval* concernent des mesures d'origine privée, l'arrêt *Rüffert* porte sur la loi du land de Basse Saxe et, dès lors, sur une mesure étatique. C'est la raison pour laquelle nous n'allons pas traiter cet arrêt puisqu'il concerne une restriction étatique « classique ».

Néanmoins, il convient de le mentionner puisque cette « trilogie » d'arrêts, s'interrogeant sur la relation entre la libre circulation des personnes et les actions collectives et rendus successivement dans une courte période de temps, a provoqué un écho retentissant dans les médias⁷¹⁸.

Le professeur Dehousse⁷¹⁹ cite comme exemple des commentaires tels que « *La liberté de s'établir prime* »⁷²⁰, « *L'Europe légitime le dumping social* »⁷²¹ ou encore « *Swedish unions lose cheap labour case in EU court* »⁷²². Ceci démontre que les arrêts touchent à plusieurs sujets sensibles : l'élargissement de l'Union européenne vers l'Est et la différence de niveau de vie entre les « anciens » et nouveaux États membres ; le détachement des travailleurs et la « défense » des acquis salariaux et sociaux des anciens États membres ; et enfin le respect des libertés de circulation⁷²³.

Nous pouvons retenir de cette analyse que depuis les arrêts *Viking* et *Laval*, il est établi que les actions collectives sont susceptibles de tomber sous le coup de la libre circulation des personnes et des services.

⁷¹⁶ CJCE, 3 avril 2008, *Rüffert*, aff. C-346/06, *Rec.* 2008, p. I-1989.

⁷¹⁷ Comp. dans le même sens : DEHOUSSE F., « Les arrêts *Laval* et *Viking* de la Cour de justice : vers une protection sociale plus petite dans une Europe plus grande ? », in *Mélanges en hommage à Georges Vander-sanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 489.

⁷¹⁸ V. p. ex. DEHOUSSE F., « Les arrêts *Laval* et *Viking* de la Cour de justice », *op.cit.*, p. 489.

⁷¹⁹ DEHOUSSE F., « Les arrêts *Laval* et *Viking* de la Cour de justice », *op.cit.*, p. 489.

⁷²⁰ La Voix, 13 décembre 2007.

⁷²¹ Le Figaro, 19 décembre 2007.

⁷²² The Guardian, 18 décembre 2007.

⁷²³ DEHOUSSE F., « Les arrêts *Laval* et *Viking* de la Cour de justice », *op.cit.*, p. 490 s.

Cinq autres arrêts doivent encore être cités pour compléter notre panorama de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice en matière d'entraves d'origine privée à la libre circulation des personnes et des services. Parmi ces arrêts, deux - les arrêts *Raccanelli*⁷²⁴ et *Erny*⁷²⁵ - s'inscrivent directement dans la jurisprudence *Angonese*. Les arrêts *Olympique Lyonnais*⁷²⁶ et *TopFit et Biffi*⁷²⁷ s'inscrivent dans la tradition de l'affaire *Bosman*, et l'arrêt *Casteels*⁷²⁸ porte sur les droits à pension complémentaire au titre de régimes professionnels de retraite.

Le premier arrêt à traiter, l'arrêt *Raccanelli*, concerne l'application de la libre circulation des travailleurs et du principe de non-discrimination en raison de la nationalité qui en découle, à un organisme privé. Monsieur Raccanelli, ressortissant italien et doctorant, a obtenu une bourse auprès de la Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (ci-après « MPG »)⁷²⁹. Il a saisi les juridictions allemandes pour que ces dernières constatent qu'une relation de travail avait existé entre lui et la MPG⁷³⁰.

Saisie par la juridiction allemande, la Cour de justice réaffirme sa jurisprudence antérieure, renvoyant aux arrêts *Walrave et Koch*, *Bosman*, *Defrenne* et - en vue des similitudes - en particulier et de manière répétitive à l'affaire *Angonese*⁷³¹. Ainsi, citant l'arrêt *Angonese*, elle souligne que l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité s'impose également aux contrats entre particuliers⁷³². La Cour de justice en déduit qu'une association de droit privé, telle que la MPG, doit respecter le principe de non-discrimination⁷³³.

L'affaire *Raccanelli* présente donc de fortes similitudes avec l'affaire *Angonese*. La Cour de justice saisit l'occasion pour renvoyer le plus possible à son arrêt *Angonese*,

⁷²⁴ CJCE, 17 juillet 2008, *Raccanelli*, aff. C-94/07, *Rec.* 2008, p. I-5939.

⁷²⁵ CJUE, 27 février 2014, *Erny*, aff. C-172/11, ECLI:EU:C:2014:157.

⁷²⁶ CJUE, 16 mars 2010, *Olympique Lyonnais*, aff. C-325/08, *Rec.* 2010, p. I-2177.

⁷²⁷ CUJE, 13 juin 2019, *TopFit et Biffi*, aff. C-22/18, ECLI:EU:C:2019:497.

⁷²⁸ CJUE, 10 mars 2011, *Casteels*, aff. C-379/09, *Rec.* 2011, p. I-1379.

⁷²⁹ CJCE, arrêt *Raccanelli* précité, aff. C-94/07, pt. 12 s.

⁷³⁰ *Ibid.*, pt. 16.

⁷³¹ *Ibid.*, pt. 41-45.

⁷³² *Ibid.*, pt. 45.

⁷³³ *Ibid.*, pt. 48.

qui ne constitue plus une affaire isolée, mais une jurisprudence confirmée qui doit, désormais, être considérée comme établie.

L'affaire *Olympique Lyonnais*⁷³⁴, elle, est proche de l'affaire *Bosman* et concerne également le football. Saisie par la Cour de cassation française, la Cour de justice rappelle qu'il est de jurisprudence constante que « l'article 45 TFUE ne régit pas seulement l'action des autorités publiques, mais s'étend également aux réglementations d'une autre nature qui visent à régler, de façon collective, le travail salarié »⁷³⁵. Analysant la réglementation d'origine privée en cause, la Cour de justice considère qu'elle est susceptible de dissuader le joueur d'exercer son droit à la libre circulation⁷³⁶. En conséquence, le régime constitue une restriction à la libre circulation des travailleurs⁷³⁷. Tout en reconnaissant comme légitime l'objectif consistant à encourager le recrutement et la formation des jeunes joueurs, la Cour de justice considère que dans le cas d'espèce, la perspective de percevoir des dommages-intérêts tels que prévus par la réglementation en cause allait au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif⁷³⁸.

Avec l'affaire *Casteels*⁷³⁹, qui porte sur la sécurité sociale des travailleurs migrants, nous quittons le domaine du sport. Monsieur Casteels, un travailleur belge, a été employé pendant des années sans interruption par le même employeur, British Airways, exerçant son activité dans plusieurs de ses établissements, situés dans différents États membres⁷⁴⁰. Pour la période d'environ trois ans que Monsieur Casteels a passée dans l'établissement de British Airways en Allemagne, cette dernière lui a refusé l'octroi de la retraite complémentaire professionnelle au motif qu'il n'a pas été affilié pendant la période minimale obligatoire au régime professionnel de retraite existant dans son établissement allemand et qu'il est volontairement passé dans un autre établissement

⁷³⁴ CJUE, arrêt *Olympique Lyonnais* précité, aff. C-325/08.

⁷³⁵ *Ibid.*, pt. 30.

⁷³⁶ *Ibid.*, pt. 35.

⁷³⁷ *Ibid.*, pt. 37.

⁷³⁸ *Ibid.*, pt. 39, 48 et 50.

⁷³⁹ CJUE, arrêt *Casteels* précité, aff. C-379/09.

⁷⁴⁰ Conclusions de l'AG Kokott du 11 novembre 2010 sur l'affaire *Casteels*, aff. C-379/09, ECLI:EU:C:2010:675, pt. 3.

de British Airways en France⁷⁴¹. En effet, en vertu d'un accord conclu entre Monsieur Casteels et British Airways, c'est toujours le régime professionnel de retraite en vigueur au lieu de son affectation qui devait s'appliquer⁷⁴².

La question qui se pose est de savoir si British Airways pouvait lui refuser l'octroi de la retraite complémentaire professionnelle pour la période passée dans leur établissement en Allemagne au motif qu'il a volontairement quitté cet établissement pour aller travailler dans leur établissement en France, et ceci avant l'expiration des périodes d'acquisition requises conformément au régime professionnel de retraite en vigueur dans leur établissement en Allemagne⁷⁴³.

Dans son arrêt, la Cour de justice rappelle de nouveau que l'article 45 TFUE ne régit pas seulement l'action des autorités publiques, mais s'étend également aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié⁷⁴⁴. Elle souligne également que l'article 45 TFUE s'oppose à toute mesure qui, même indistinctement applicable, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés de circulation⁷⁴⁵.

Quant à l'argumentation invoquée par British Airways selon laquelle la mesure poursuivait l'objectif d'éviter qu'un travailleur soit simultanément affilié à plusieurs régimes de pension dans différents États membres et l'objectif de fidélisation du personnel⁷⁴⁶, la Cour de justice la rejette fermement⁷⁴⁷. Dès lors, l'entrave à la libre circulation des travailleurs n'est pas justifiée.

L'avant-dernier arrêt, l'arrêt *Erny*, porte sur l'interprétation de l'article 45 TFUE et l'article 7, paragraphe 4, du règlement (CEE) n° 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté⁷⁴⁸.

⁷⁴¹ Conclusions de l'AG Kokott sur l'affaire *Casteels* précitée, aff. C-379/09, pt. 3.

⁷⁴² *Ibid.*, pt. 13.

⁷⁴³ *Ibid.*, pt. 17.

⁷⁴⁴ CJUE, arrêt *Casteels* précité, aff. C-379/09, pt. 19.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, pt. 22.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, pt. 31 et 32.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, pt. 32.

⁷⁴⁸ CJUE, arrêt *Erny* précité, aff. C-172/11, pt. 1.

Monsieur Erny, travailleur frontalier chez Daimler AG, a conclu une convention de préretraite progressive en vertu de laquelle son contrat de travail à temps plein est devenu un contrat de travail à temps partiel⁷⁴⁹. Il a été convenu entre les parties que pendant la période de préretraite progressive, la rémunération mensuelle nette à temps partiel serait portée à 85 % de la rémunération mensuelle nette forfaitaire à plein temps⁷⁵⁰. Or, en raison de son statut de travailleur frontalier travaillant en Allemagne et résidant en France et dans la mesure où le taux de l'impôt sur les salaires est plus bas en France qu'en Allemagne, il y avait un désaccord entre Monsieur Erny et Daimler quant à la détermination de la majoration en cause. Monsieur Erny, qui estimait que la majoration était soumise à l'impôt sur le revenu en France et que la double imposition de fait résultant de la méthode de calcul entraînait une discrimination, en ce que des situations différentes seraient traitées de la même manière, a saisi les juridictions allemandes pour connaître du litige⁷⁵¹.

Saisie par la juridiction allemande, la Cour de justice renvoie à son arrêt *Raccanelli* pour réaffirmer que l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité s'impose également à toutes conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats conclus entre particuliers⁷⁵². Elle souligne que l'article 7, paragraphe 4, du règlement n° 1612/68 dispose explicitement qu'est nulle de plein droit toute clause de convention collective ou individuelle portant, notamment, sur la rémunération ainsi que sur les autres conditions de travail et de licenciement, dans la mesure où elle prévoit des conditions discriminatoires à l'égard des travailleurs ressortissants des autres États membres⁷⁵³. Ensuite, la Cour de justice constate qu'une prestation telle que la majoration relève, en tant qu'élément de la rémunération, du champ d'application matériel des articles 45 TFUE et 7, paragraphe 4, du règlement

⁷⁴⁹ *Ibid.*, pt. 14 et 15.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, pt. 16.

⁷⁵¹ CJUE, arrêt précité *Erny*, aff. C-172/11, pt. 23.

⁷⁵² *Ibid.*, pt. 36.

⁷⁵³ *Ibid.*, pt. 37.

n° 1612/68⁷⁵⁴. Elle estime qu'il s'agit d'une discrimination indirecte, qui n'est pas justifiée⁷⁵⁵.

Enfin, la Cour de justice a rendu un arrêt en 2019 relatif à l'effet horizontal du principe de non-discrimination dans le domaine du sport. Or l'arrêt ne concerne pas, cette fois-ci, une activité économique, mais une pratique sportive en amateur, raison pour laquelle l'affaire porte sur les articles 18, 21 et 165 TFUE⁷⁵⁶.

Rappelant que « conformément à une jurisprudence constante, le respect des libertés fondamentales et l'interdiction de la discrimination sur le fondement de la nationalité prévus par le traité s'imposent aussi aux réglementations de nature non publique qui visent à régler de façon collective le travail salarié et les prestations de services », la Cour de justice affirme que ce principe s'applique également aux groupes ou organisations exerçant « un certain pouvoir sur les particuliers et est en mesure de leur imposer des conditions qui nuisent à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité »⁷⁵⁷. La Cour de justice en déduit que les règles d'une fédération sportive nationale qui régissent l'accès des citoyens de l'Union aux compétitions sportives sont soumises aux règles des traités, dont notamment les articles 18 et 21 TFUE⁷⁵⁸.

Dans le cas d'espèce, la Cour de justice constate que des règles telles que celles en cause, qui limitent l'accès aux championnats nationaux aux seuls ressortissants allemands, sont susceptibles de rendre moins attrayant l'exercice du sport amateur par les citoyens de l'Union et constituent, dès lors, une restriction à la liberté de circulation de ces derniers au sens de l'article 21 TFUE⁷⁵⁹.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, pt. 38.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, pt. 39-53.

⁷⁵⁶ CJUE, arrêt *TopFit et Biffi* précité, aff. C-22/18, pt. 26 s.

⁷⁵⁷ CJUE, arrêt *TopFit et Biffi* précité, aff. C-22/18, pt. 38 et 39.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, pt. 40.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, pt. 47.

Pour conclure notre étude de ce grand nombre d'arrêts relatifs aux entraves d'origine privée à la libre circulation des personnes et des services, nous pouvons constater que conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, toute mesure discriminatoire, d'origine publique ou privée, émanant d'une réglementation collective ou d'un acte individuel, est susceptible de tomber sous le coup des dispositions relatives à la libre circulation des personnes⁷⁶⁰.

Il ressort notamment des arrêts *Angonese*, *Raccanelli* et *Erny* qu'en matière de libre circulation des travailleurs, l'interdiction de toute discrimination s'impose non seulement aux mesures collectives, mais aussi aux contrats entre particuliers.

De plus, il ressort de l'arrêt *Bosman* qu'en présence d'au moins une mesure collective, les mesures d'origine privée indistinctement applicables sont également prohibées. Ainsi, en cas de mesures collectives, l'interdiction de toute restriction à la libre circulation des personnes et la libre prestation des services s'étend aussi bien aux mesures discriminatoires qu'aux mesures indistinctement applicables. Pour ce qui est des mesures individuelles, la Cour de justice semble, à l'heure actuelle, limiter l'assujettissement des personnes privées aux mesures discriminatoires intervenues dans le cadre de la libre circulation des travailleurs.

Ceci peut aujourd'hui être considéré comme un acquis jurisprudentiel.

Pour autant, cet acquis jurisprudentiel ne concerne que la libre circulation des personnes et la libre prestation de services. Quid donc de la libre circulation des capitaux et des moyens de paiements ?

⁷⁶⁰ PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 639.

Paragraphe 2 : La libre circulation des capitaux et des moyens de paiements

La libre circulation des capitaux a considérablement évolué au fil du temps. Au début de la construction européenne, elle a fait l'objet d'un traitement prudent⁷⁶¹. En effet, le traité de Rome prévoyait que les capitaux ne devaient être libérés que progressivement et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché commun⁷⁶². C'est seulement au moment où l'établissement d'un marché unique puis d'une union économique et monétaire sont devenus des objectifs fondamentaux de l'Union que l'approche a changé⁷⁶³. La libre circulation des capitaux est désormais considérée comme une condition préalable nécessaire à la réalisation de ces objectifs⁷⁶⁴. Ainsi, en 1988, l'adoption de la directive 88/361/CEE, et l'abolition de la directive de 1960 et ses amendements, marquaient un point important et faisaient preuve de la volonté de la Communauté européenne de procéder à la libération complète des mouvements de capitaux⁷⁶⁵.

Puis, lors de l'adoption du traité de Maastricht, le dispositif du traité en matière de capitaux a été réécrit, pour rester inchangé depuis⁷⁶⁶. Notons que depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, il n'y plus de droit dérivé en matière de capitaux, même si la doctrine et la jurisprudence se réfèrent encore, par commodité, à la nomenclature qui figurait en annexe de la directive 88/361/CEE⁷⁶⁷.

Jusqu'en 1994, la libre circulation des capitaux et des moyens de paiements était dépourvue d'effet direct au sens de l'invocabilité de cette liberté dans les litiges devant les juridictions nationales⁷⁶⁸. Elle ne contenait pas de droits subjectifs dont les particuliers pouvaient se prévaloir. Ceci a changé en 1994 avec l'abolition des articles 67

⁷⁶¹ BLUMANN C. (dir.), *Libre circulation des personnes et des capitaux*, *op.cit.*, p. 149, pt. 292.

⁷⁶² *Ibid.*, p. 150, pt. 295.

⁷⁶³ *Ibid.*, p. 149, pt. 292.

⁷⁶⁴ *Ibid.*

⁷⁶⁵ BLUMANN C. (dir.), *Libre circulation des personnes et des capitaux*, *op.cit.*, p. 151, pt. 296.

⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 151, pt. 297.

⁷⁶⁷ V. PICOD F., « Libre circulation des capitaux et des moyens de paiement », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 890, mise à jour en février 2020, pt. 20 ss.

⁷⁶⁸ PREEDY K., *op.cit.*, p. 25.

à 73 du traité CEE. Dès lors, les particuliers peuvent se prévaloir de l'article 63 TFUE qui garantit des droits subjectifs⁷⁶⁹.

Aujourd'hui, la libre circulation des capitaux et des moyens de paiements présente un tel degré d'achèvement qu'elle peut être considérée comme la liberté de circulation la plus aboutie⁷⁷⁰. Ceci est notamment lié au fait que la libre circulation des capitaux et des moyens de paiements n'a pas comme critère de son application la nationalité d'une personne. Dès lors, en plus des personnes physiques et des personnes morales ayant la nationalité d'un des États membres du fait du lieu de leur siège social, des personnes provenant d'un État tiers peuvent également se prévaloir de cette liberté⁷⁷¹.

Par conséquent, le traitement prudent de la libre circulation des capitaux a été aboli au profit d'un traitement particulièrement poussé dans la mesure où la libre circulation des capitaux et moyens de paiements concerne non seulement les restrictions entre les États membres, mais aussi entre les États membres et les pays tiers. Cet effet *erga omnes* ne se retrouve pas dans le champ d'application des autres libertés de circulation⁷⁷². Comme le commentaire J. Megret le souligne, il ressort de l'article 63 TFUE que les États membres et les pays tiers sont « *traités de manière identique, dans le même article, le même alinéa, la même phrase* »⁷⁷³. Ceci est d'autant plus remarquable que l'Union européenne est la seule entité politique au monde à avoir adopté une interdiction des restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements de portée *erga omnes*⁷⁷⁴.

Dès lors, les champs d'application *ratione personae*, *ratione materiae* et *ratione loci* sont illimités⁷⁷⁵. Notons toutefois que comme les autres libertés de circulation, la libre

⁷⁶⁹ V. p. ex. CJCE, 14 décembre 1995, *Sanz de Lera et autres*, aff. jt. C-163/94 et C-205/94, *Rec.* 1995, p. I-4821, pts. 41 à 48.

⁷⁷⁰ V. p. ex. BLIN O., « Capitaux », *Répertoire de droit européen*, mise à jour juin 2015.

⁷⁷¹ LENGAUER A.-M., *Drittwirkung von Grundfreiheiten*, Wien, Springer Verlag, 2010, p. 253 s.

⁷⁷² BLUMANN C. (dir.), *Libre circulation des personnes et des capitaux*, *op.cit.*, p. 163, pt. 320.

⁷⁷³ *Ibid.*

⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 164, pt. 321.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 166, pt. 329.

circulation des capitaux et moyens de paiement exige également un élément d'extranéité⁷⁷⁶.

En l'absence de définition de la notion de « mouvements de capitaux » par les traités constitutifs, la Cour de justice a relevé que dans la mesure où l'article 63 TFUE a repris en substance le contenu de l'article premier de la directive 88/361, la nomenclature des mouvements de capitaux qui lui est annexée conserve la valeur indicative pour définir la notion de « mouvements de capitaux », étant entendu que, conformément à son introduction, la liste qu'elle contient ne présente pas un caractère exhaustif⁷⁷⁷.

La notion de « mouvements de capitaux » couvre donc non seulement les investissements directs, les investissements immobiliers, les opérations sur titres normalement traités sur le marché des capitaux, les prêts et crédits financiers, les primes et prestations au titre de contrats d'assurances, mais aussi les dons et dotations, les successions et legs, les dommages et intérêts et les droits d'auteur⁷⁷⁸. Autrement dit, la notion de « mouvement de capitaux » peut être définie comme une opération financière constituant une transaction à caractère autonome⁷⁷⁹.

Alors que les mouvements de capitaux sont des opérations financières qui visent essentiellement le placement ou l'investissement du montant en cause, les paiements courants sont des transferts de devises qui constituent une contre-prestation dans le cadre d'une transaction sous-jacente⁷⁸⁰. Les mouvements de capitaux peuvent donc eux-mêmes être la cause de paiements courants⁷⁸¹.

Au vu de ces définitions établies par la Cour de justice, il est évident que la libre circulation des capitaux constitue un soutien indispensable aux autres libertés de circulation puisqu'une transaction de bien, de service ou d'établissement dans un autre État

⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 165, pt. 328.

⁷⁷⁷ CJCE, 16 mars 1999, *Trummer et Mayer*, aff. C-222/97, *Rec.* 1999, p. I-1661, pt. 21.

⁷⁷⁸ Comp. Nomenclature, annexe 1 de la directive 88/36/CEE du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité.

⁷⁷⁹ BLUMANN C. (dir.), *Libre circulation des personnes et des capitaux*, *op.cit.*, p. 150, pt. 294.

⁷⁸⁰ CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone*, aff. jt. 286/82 et 26/83, *Rec.* 1984, p. 377, pt. 21.

⁷⁸¹ *Ibid.*

membre nécessite souvent un mouvement de capital vers un autre État membre⁷⁸². Il n'est donc pas surprenant que la délimitation puisse parfois poser des problèmes, notamment la délimitation de la libre circulation des capitaux par rapport à la libre circulation des marchandises. Or, il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour de justice que la libre circulation des capitaux et la libre circulation des marchandises s'excluent mutuellement⁷⁸³. Pour autant, cette exclusion mutuelle ne vaut que par rapport à la libre circulation des marchandises. La libre prestation des services et la liberté d'établissement peuvent s'appliquer cumulativement avec la libre circulation des capitaux, puisque l'une est souvent le préalable ou le complément de l'autre⁷⁸⁴.

En principe, la Cour de justice applique de manière parallèle la libre circulation des capitaux avec la liberté d'établissement et la libre prestation des services, sauf si une atteinte est directe et l'autre seulement indirecte⁷⁸⁵.

Il est évident que ce parallélisme nécessite une cohérence de la jurisprudence des trois libertés de circulation concernées⁷⁸⁶. Nous pouvons observer cette cohérence notamment dans le régime des restrictions prohibées.

En effet, la libre circulation des capitaux et des moyens de paiements interdit non seulement les discriminations directes et indirectes en raison de la nationalité, mais aussi toute mesure susceptible de rendre son exercice plus compliqué, moins attrayant ou impossible en empêchant les opérateurs économiques d'investir dans un autre État membre ou de mobiliser des capitaux⁷⁸⁷. Ceci vaut également pour toute mesure indistinctement applicable, si la mesure en cause est susceptible de dissuader les inves-

⁷⁸² LENAERTS K. et VAN NUFFEL P.(dir.), *op.cit.*, p. 285, pt. 9-101.

⁷⁸³ V. notamment CJCE, 23 novembre 1978, *Thompson*, aff. 7/78, *Rec.* 1978, p. 2247 ; CJCE, 23 février 1995, *Bordessa e.a.*, aff. jt. C-358/93 et C-416/93, *Rec.* 1995, p. I-361.

⁷⁸⁴ PICOD F., « Libre circulation des capitaux et des moyens de paiement », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 890, mise à jour en février 2020, pt. 48 ss ; comp. aussi BLUMANN C. (dir.), *Libre circulation des personnes et des capitaux*, *op.cit.*, p. 177, pt. 347.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 178, pt. 348.

⁷⁸⁶ Conclusions de l'AG Alber du 14 octobre 1999 sur l'affaire *Baars*, C-251/98, *Rec.* 1999, p. I-2789 ; BLUMANN C. (dir.), *Libre circulation des personnes et des capitaux*, *op.cit.*, p. 178, pt. 348.

⁷⁸⁷ LENAERTS K. et VAN NUFFEL P. (dir.), *op.cit.*, p. 286, pt. 9-101 ; v. aussi BLUMANN C. (dir.), *Libre circulation des personnes et des capitaux*, *op.cit.*, p. 164, pt. 325.

tisseurs d'effectuer des investissements dans un autre État membre et d'affecter, en conséquence, l'accès au marché⁷⁸⁸.

Dans ses conclusions de l'affaire *Manninen*, l'Avocate générale Kokott a bien précisé que la notion de restriction aux mouvements de capitaux correspond à la « *notion de restriction que la Cour a développé dans le domaine des autres libertés fondamentales* »⁷⁸⁹. Dès lors, tout comme pour les autres libertés de circulation, la Cour de justice a établi une interprétation large quant aux obstacles susceptibles d'entraver la libre circulation des capitaux. Ainsi, toute situation de droit ou de fait qui a pour effet de restreindre directement ou indirectement le libre transfert des capitaux est susceptible de tomber sous le coup de la libre circulation des capitaux⁷⁹⁰.

Néanmoins, tout comme pour les autres libertés de circulation, certaines restrictions à la libre circulation des capitaux sont permises par les traités.

Quant aux limites de la libre circulation des capitaux, cette liberté présente une particularité par rapport aux autres libertés de circulation, dans la mesure où il convient de distinguer les clauses de sauvegarde des dérogations. Les clauses de sauvegarde, intégrées au sein des articles 64, 66 et 75 TFUE, sont soumises à un régime strict et par nature temporaire. Elles ne peuvent être prises que dans des circonstances exceptionnelles et suivant une procédure déterminée. Les dérogations, en revanche, ressemblent à celles des autres libertés de circulation et suivent le même régime. D'interprétation stricte, elles permettent néanmoins d'écarter l'application de la libre circulation des capitaux de manière permanente.

Conformément à l'article 65 TFUE, l'article 63 TFUE ne porte pas atteinte au droit qu'ont les États membres d'appliquer les dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui établissent une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis ainsi que de prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec

⁷⁸⁸ LENAERTS K. et VAN NUFFEL P. (dir.), *op.cit.*, p. 287, pt. 9-101.

⁷⁸⁹ Conclusions de l'AG Kokott du 18 mars 2004 sur l'affaire *Manninen*, aff. C-319/02, *Rec.* 2004, p. I-7480, pt. 28.

⁷⁹⁰ *Comp. p. ex* CJCE, 14 novembre 1995, *Svensson*, aff. C-484/93, *Rec.* 1995, p. I-3955 ; CJCE, 16 mars 1999, *Trummer et Mayer*, aff. C-222/97, *Rec.* 1999, p. I-1661.

aux infractions à leurs lois, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers. Ils peuvent également prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou la sécurité publique. L'article 65, paragraphe 2, TFUE précise que le chapitre relatif à la libre circulation des capitaux ne préjuge pas de la possibilité d'appliquer des restrictions en matière de droit d'établissement qui sont compatibles avec les traités.

De plus, la Cour de justice a également transposé dans le domaine des capitaux sa jurisprudence élaborée pour les autres libertés de circulation en vertu de laquelle des mesures restrictives peuvent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et appliquées de manière non discriminatoire⁷⁹¹. Ainsi, la Cour de justice a reconnu comme raisons impérieuses d'intérêt général des motifs de cohérence fiscale et la nécessité de maintenir certains ancrages nationaux lors de privatisations d'entreprises publiques⁷⁹².

La Cour de justice n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer au sujet des entraves d'origine privée à la libre circulation des capitaux et des moyens de paiements, faute de renvoi préjudiciel à ce sujet. Pour autant, la doctrine semble être en faveur d'un traitement similaire de la libre circulation des capitaux et de la libre circulation des personnes et des services⁷⁹³.

Différents éléments peuvent être avancés pour soutenir cette thèse. D'une part, les termes sont proches des libertés de circulation des personnes et des services⁷⁹⁴. Ceci parle en faveur d'une analogie avec la jurisprudence de la Cour de justice en matière de libre circulation des personnes et services⁷⁹⁵. De plus, la formulation de l'article 63

⁷⁹¹ V. BLUMANN C. (dir.), *Libre circulation des personnes et des capitaux*, *op.cit.*, p. 170, pt. 336.

⁷⁹² *Ibid.*, p. 170, pt. 337.

⁷⁹³ V. p. ex. PARTSCH Ph., « Article 56 » in LÉGER Ph. (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Paris, Dalloz, 2000, p. 492 ; BLUMANN C. (dir.), *Libre circulation des personnes et des capitaux*, *op.cit.*, p. 167 ; PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 641 ; VAN LEUKEN R., *Private law and the internal market : direct horizontal effect of the treaty provisions on free movement*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 137 ; LÜBKE J., « § 5. Die binnenmarktrechtliche Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit », in MÜLLER-GRAFF P.-C. (éd.), *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht (EnzEuR)*, tome 4, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2015, pt. 66.

⁷⁹⁴ PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 641.

⁷⁹⁵ BLUMANN C. (dir.), *Libre circulation des personnes et des capitaux*, *op.cit.*, p. 167, pt. 332.

TFUE présente un caractère général et neutre⁷⁹⁶. D'autre part, tout comme pour les libertés de circulation des personnes et des services, « *la logique exige* »⁷⁹⁷ de soumettre les personnes privées au respect de la libre circulation des capitaux et des moyens de paiements, des entraves émanant de mesures de particuliers étant facilement envisageables, comme des entraves imputables à des banques ou des organismes de crédit, discriminant, par exemple, lors de l'ouverture d'un compte bancaire ou l'octroi d'un crédit. D'autres exemples peuvent être donnés, comme des mesures privées de défense contre un rachat d'entreprise ; des restrictions prévues dans les statuts d'une société interdisant le transfert des actions vers un investisseur étranger ; une réduction de la cote de crédit effectuée par des agences de notation ayant un effet négatif sur les transactions transfrontalières⁷⁹⁸ ; ou des conditions générales d'une banque entravant la libre circulation des capitaux et des moyens de paiement⁷⁹⁹.

Cette solution paraît s'imposer, notamment en vue de la dérégulation mise en œuvre en matière financière⁸⁰⁰. En effet, dans le cas échéant, l'effectivité de la liberté des capitaux serait compromise⁸⁰¹.

Afin de finaliser notre étude sur les libertés de circulation et la jurisprudence de la Cour de justice relative aux entraves d'origine privée aux différentes libertés, il nous reste à examiner si la libre circulation des marchandises est soumise au même régime ou si la Cour de justice opère une distinction dans l'appréhension, d'une part, des entraves à la libre circulation des personnes, services et capitaux, et des entraves à la libre circulation des marchandises, d'autre part⁸⁰².

⁷⁹⁶ *Ibid.*

⁷⁹⁷ PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 641.

⁷⁹⁸ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *EuR*, 2014, p. 16.

⁷⁹⁹ LÜBKE J., « § 5. Die binnenmarktrechtliche Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit », in MÜLLER-GRAFF P.-C. (éd.), *op.cit.*, pt. 66.

⁸⁰⁰ BLUMANN C. (dir.), *Libre circulation des personnes et des capitaux*, *op.cit.*, p. 167, pt. 332.

⁸⁰¹ *Ibid.*

⁸⁰² PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 641.

Section 2 : Les particularités de la libre circulation des marchandises

Malgré le grand nombre de points communs entre les différentes libertés de circulation, il faut admettre que la libre circulation des marchandises se distingue des autres libertés de circulation en raison de certaines particularités qui lui sont inhérentes.

Pour mieux comprendre ces particularités et leur impact sur l'appréhension des entraves d'origine privée à la libre circulation des marchandises, nous allons d'abord étudier le caractère extensif des transactions commerciales (Paragraphe 1), pour, dans un second temps, nous pencher sur le caractère exploratoire d'une liberté première (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le caractère extensif des transactions commerciales

La libre circulation des marchandises vise tous les obstacles aux échanges intra-européens, de nature tarifaire et non tarifaire. En effet, le titre consacré à la libre circulation des marchandises est divisé en deux chapitres relatifs à l'union et la coopération douanière et un chapitre 3 dédié aux restrictions quantitatives.

Ceci montre que les auteurs du traité de Rome étaient conscients qu'il ne suffisait pas d'abolir les entraves tarifaires, mais qu'il fallait également interdire les entraves non tarifaires en raison de leur caractère potentiellement néfaste pour l'établissement du marché intérieur⁸⁰³. Pour autant, nous verrons dans ce paragraphe que le régime applicable aux deux types d'entraves n'est pas le même. En effet, celui applicable aux entraves tarifaires s'avère plus stricte.

Les dispositions relatives aux entraves tarifaires se trouvent aux articles 30 à 32 TFUE pour les entraves de nature douanière et aux articles 110 et 111 TFUE pour les entraves de nature fiscale.

⁸⁰³ VIAL C., *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 18.

L'article 28, paragraphe 1, TFUE indique que l'Union européenne comprend une union douanière qui s'étend à l'ensemble des échanges de marchandises et qui comporte l'interdiction, entre les États membres, des droits de douane à l'importation et à l'exportation et de toutes taxes d'effet équivalent, ainsi que l'adoption d'un tarif douanier commun dans leurs relations avec les pays tiers. Ainsi, l'Union européenne comporte un territoire douanier unique au sens de l'article XXIV du GATT⁸⁰⁴. La Cour de justice a reconnu un effet direct aux dispositions relatives à l'union douanière⁸⁰⁵.

La notion de droits de douane ne pose pas de problème étant donné que ces droits sont facilement identifiables par leur inscription dans les tarifs douaniers. Il s'agit de charges pécuniaires perçues lors du passage d'une frontière⁸⁰⁶.

En revanche, la notion de taxes d'effet équivalent était plus difficile à appréhender. La Cour de justice a donné une définition large de la notion de taxe d'effet équivalent, la désignant comme une « *charge pécuniaire, fût-elle minime, unilatéralement imposée, quelles que soient son appellation et sa technique et frappant les marchandises nationales ou étrangères à raison du fait qu'elles franchissent la frontière, lorsqu'elle n'est pas un droit de douane proprement dit (...) alors même qu'elle ne serait pas perçue au profit de l'État, qu'elle n'exerçait aucun effet discriminatoire ou protecteur et que le produit imposé ne se trouverait pas en concurrence avec une production nationale* »⁸⁰⁷.

Le traité ne prévoit aucune exception à l'interdiction des droits de douane et des taxes d'effet équivalent⁸⁰⁸. La Cour de justice a souligné, dans une jurisprudence constante et établie, que toute dérogation à l'interdiction doit être « *clairement prévue* » et

⁸⁰⁴ CJCE, 16 mars 1983, *Ministero delle finanze*, aff. 266/81, Rec. 1983, p. 731, pt 12.

⁸⁰⁵ CJCE, 17 décembre 1970, *Spa Sace*, aff. 33/70, Rec. 1970, p. 1213.

⁸⁰⁶ V. p. ex VIAL C., *op.cit.*, p. 20 ; PICOD F., « Libre circulation des marchandises. Champ d'application. Principes mécanismes », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 530, 2019, pt. 87.

⁸⁰⁷ CJCE, 1er juillet 1969, *Comm/Italie*, aff. 24/68, Rec. 1969, p. 193, pt. 9 ; comp. aussi CJCE, 8 novembre 2007, *Stadtgemeinde Frohnleiten et Gemeindebetriebe Frohnleiten*, aff. C-221/06, Rec. 2007, p. I-9643, pt. 27.

⁸⁰⁸ CJCE, arrêt *Comm/Italie* précité, aff. 24/68, pt. 10 ; CJCE, 1er juill. 1969, *Sociaal Fonds voor de Diamen-tarbeiders/ Brachfeld e.a.*, aff. jts. 2/69 et 3/69, Rec. 1969, p. 211, pt. 19.

« *d'interprétation stricte* »⁸⁰⁹. En particulier, l'article 36 TFUE n'est pas applicable à l'interdiction des droits de douanes et des taxes d'effet équivalent⁸¹⁰. Toutefois, la Cour de justice a admis deux exceptions : un service déterminé effectivement rendu à un opérateur économique⁸¹¹ et une obligation imposée par une réglementation européenne ou une convention internationale, telle qu'un contrôle sanitaire⁸¹².

Les articles 110 et 111 TFUE complètent les dispositions relatives aux droits de douane et des taxes d'effet équivalent⁸¹³. Alors que la fiscalité demeure de la compétence des États membres, il était évident, dès le début de la construction européenne, que les mesures fiscales offrent la possibilité aux États de réintroduire des barrières fiscales. Aussi, en vue d'éviter qu'un produit soit doublement imposé - dans l'État d'origine et l'État de destination - les auteurs des traités ont décidé que les marchandises franchissant une frontière seraient indirectement imposées uniquement dans l'État d'importation⁸¹⁴. Bien entendu, ce système pourrait « motiver » les États à user de leur pouvoir fiscal pour favoriser les produits nationaux, raison pour laquelle les articles 110 et 111 TFUE interdisent aux États membres de frapper les produits étrangers d'impositions intérieures discriminatoires ou protectrices.

Les entraves tarifaires ne visent, *a priori*, pas les personnes privées. Traditionnellement, c'est une prérogative de l'État de fixer des droits de douane et d'établir des

⁸⁰⁹ V. p.ex : CJCE, 14 déc. 1962, *Comm/Luxembourg et Belgique*, aff. jts. 2/62 et 3/62, *Rec.* 1962, p. 813 (spéc. p. 827) ; CJCE, 13 nov. 1964, *Comm/Luxembourg et Belgique*, aff. jts. 90/63 et 91/63, *Rec.* 1964, p. 1217 (spéc. p. 1235) ; CJCE, 20 avr. 1978, *Commissionnaires réunis*, aff. jts. 80/77 et 81/77, *Rec.* 1978, p. 927, pt. 24 ; CJCE, 22 juin 1994, *Deutsches Milch-Kontor*, aff. C-426/92, *Rec.* 1994, p. I-2757, pt. 51.

⁸¹⁰ CJCE, 10 déc. 1968, *Commission /Italie*, aff. 7/68, *Rec.* 1968, p. 617 (spéc. p. 623) ; CJCE, 14 déc. 1972, *Marimex*, aff. 29/72, *Rec.* 1972, p. 1309, pt. 4 ; CJCE, 25 janv. 1977, *W.J.G Bauhuis*, aff. 46/76, *Rec.* 1977, p. 1, pt. 12 ; CJCE, 28 janv. 1981, *Ministère public*, aff. 32/80, *Rec.* 1981, p. 251, pt. 11 ; CJCE, 4 juin 1988, *Dansk Denkavit*, aff. C-29/87, *Rec.* 1988, p. 2965, pt. 32 ; CJCE, 2 mai 1990, *Staat der Nederlanden / Bakker Hillegon*, aff. C-111/89, *Rec.* 1990, p. I-1735, pt. 8.

⁸¹¹ V. p. ex. CJCE, arrêt *Comm/Italie* précité, aff. 24/68, pt. 11.

⁸¹² CJCE, arrêt *Bauhuis* précité, aff. 46/76, pt. 31.

⁸¹³ V. pour plus de détails p. ex. PICOD F., « Libre circulation des marchandises. Champ d'application. Principaux mécanismes », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 530, mise à jour septembre 2019, pt. 94 s ; PICOD F., « Interdiction des droits de douane et des taxes d'effet équivalent », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 540, mise à jour en septembre 2018, pt. 46.

⁸¹⁴ V. aussi VIAL C., *op.cit.*, p. 21.

impôts⁸¹⁵. Notons toutefois qu'ici encore, la Cour de justice a recours à une interprétation large de l'autorité publique⁸¹⁶.

Pour autant, ceci ne veut pas dire que les dispositions en question ne puissent pas être invoquées par un particulier à l'encontre d'un autre particulier dans le cas de figure où l'un d'eux vise à obtenir le paiement d'une taxe qu'il a dû acquitter auprès d'un organisme public⁸¹⁷. Ainsi, dans l'affaire *Garonor*, la Cour de justice a confirmé que « *la nature de l'acte mettant à la charge d'un opérateur économique une partie des frais de fonctionnement des services douaniers est indifférente. Que la charge pécuniaire frappe l'opérateur en vertu d'un acte unilatéral de l'autorité ou bien par le biais d'une série de conventions privées (...), elle découle toujours directement ou indirectement du manquement de l'État membre concerné aux obligations financières lui incombant* »⁸¹⁸. Dès lors, les dispositions relatives aux entraves tarifaires sont invocables dans un litige entre particuliers⁸¹⁹.

Comme il l'a été vu⁸²⁰, les entraves tarifaires ont, au fur et à mesure, été supprimées. Ceci grâce à la jurisprudence vigilante et attentive de la Cour de justice qui a suscité une véritable conscience de la part des États membres face aux entraves tarifaires. L'harmonisation et le rapprochement des législations ont encore contribué à ce développement⁸²¹. Dès lors, les entraves non tarifaires sont passées sur le devant de la scène. Au fil du temps, elles ont pris des formes de plus en plus sophistiquées et diverses⁸²².

⁸¹⁵ Dans le même sens p.ex. PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 641 ; DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales : La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 114.

⁸¹⁶ PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 641.

⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 642.

⁸¹⁸ CJCE, 11 août 1995, *Garonor*, aff. C-16/94, *Rec.* 1995, p. I-2421, pt. 20.

⁸¹⁹ PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 643.

⁸²⁰ Comp. à cet effet: Introduction et Partie I, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2 de la présente thèse.

⁸²¹ V. p. ex. PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », in MICHEL V. (dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur. Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Paris, Bruylant, 2014, p. 119.

⁸²² BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. et al., *Commentaire Mégret. Introduction au marché intérieur : libre circulation des marchandises*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 3^e édition, 2015, p. 82 pt. 122.

Conformément aux articles 34 et 35 TFUE, sont interdites toutes les restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation ainsi que toute mesure d'effet équivalent. Les restrictions quantitatives concernent essentiellement les quotas et les contingents, mais les articles 34 et 35 TFUE trouvent également à s'appliquer en cas d'interdictions totales d'importer ou d'exporter⁸²³. La Cour de justice a affirmé que l'interdiction de restrictions quantitatives vise toutes les « *mesures ayant le caractère de prohibition totale ou partielle, d'importation, d'exportation ou de transit suivant le cas* »⁸²⁴.

La notion de mesure d'effet équivalent n'est pas définie dans les traités. Dans son célèbre arrêt *Dassonville* la Cour de justice a établi une définition des mesures d'effet équivalent les désignant comme « *toute réglementation commerciale des États membres, susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire* »⁸²⁵.

Peuvent être données comme exemples de mesures diminuant la valeur d'un bien importé en augmentant ses frais ; des mesures imposant des conditions plus strictes aux produits importés auxquelles il est difficile de répondre ; ou encore des mesures entravant, décourageant ou rendant plus difficile l'achat de produits importés⁸²⁶.

Au surplus de cette définition large qui comprend toute forme de transaction commerciale, la Cour de justice a également retenu une interprétation large de chacun des éléments de définition⁸²⁷. En conséquence, de nombreuses réglementations tombaient sous le coup de l'article 34 TFUE étant donné que l'effet entravant d'une mesure en cause est, selon cette définition, l'unique critère à prendre en considération pour qualifier une mesure litigieuse⁸²⁸. Ainsi, des réglementations concernant la distribution, les contrôles techniques ou sanitaires, la publicité, certaines formalités administra-

⁸²³ CJCE, 14 décembre 1979, *Henn et Darby*, aff. 34/79, *Rec.* 1979, p. 379, pt. 13.

⁸²⁴ CJCE, 12 juillet 1973, *Geddo*, aff. 2/73, *Rec.* 1973, p. 865, pt. 7.

⁸²⁵ CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, *Rec.* 1974, p. 837, pt. 5.

⁸²⁶ Comp. avec plus d'exemples : OLIVER P. J., *op.cit.*, p. 93.

⁸²⁷ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Introduction au marché intérieur*, *op.cit.*, p. 274 pt. 447 ; v. aussi PICOD F., « Libre circulation des marchandises - Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives - Typologie », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 550, dernière mise à jour en février 2020.

⁸²⁸ Comp. aussi VIAL C., *op.cit.*, p. 25.

tives ou le régime des prix ont été visées par l'interdiction imposée par l'article 34 TFUE⁸²⁹.

Dès lors, les renvois préjudiciels se sont multipliés, ce qui avait un impact sur la bonne administration de la justice. C'est pourquoi dans l'affaire *Cassis de Dijon*⁸³⁰, la Cour de justice a introduit une première atténuation en reconnaissant certaines raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier une mesure restrictive en cas d'absence d'harmonisation européenne.

Par la suite, dans son célèbre arrêt *Keck et Mithouard*⁸³¹, la Cour de justice a considérablement restreint sa définition *Dassonville* dans la mesure où elle a statué qu'il convenait de distinguer les réglementations imposant des conditions aux produits de celles relatives à certaines modalités de vente qui ne tombent plus sous le coup de l'article 34 TFUE sauf si elles présentent, en droit ou en fait, un caractère discriminatoire. La Cour de justice justifie cette limitation par le grand nombre d'opérateurs économiques invoquant l'article 30 TCE⁸³² pour contester toute espèce de réglementations qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si elles ne visent pas les produits en provenance d'autres États membres. C'est la raison pour laquelle la Cour de justice estime « *nécessaire de réexaminer et de préciser sa jurisprudence en la matière* »⁸³³.

Cette « précision » a pourtant été fortement critiquée par la doctrine européenne la qualifiant d'arbitraire⁸³⁴. Notamment la notion de « certaines modalités de vente » a été jugée trop vague et imprécise, ce qui va à l'encontre de la sécurité juridique⁸³⁵. De plus, l'introduction du principe de non-discrimination a été remise en cause. En effet,

⁸²⁹ Comp. aussi BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Introduction au marché intérieur*, *op.cit.*, p. 274 pt. 447.

⁸³⁰ CJCE, 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, *Rec.* 1979, p. 649.

⁸³¹ CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jts. C-267 et C-268/91, *Rec.* I-6097, pt. 13 s.

⁸³² Désormais l'article 34 TFUE.

⁸³³ CJCE, arrêt *Keck et Mithouard* précité, aff. jts. C-267 et C-268/91, pt. 14.

⁸³⁴ Comp. notamment l'analyse particulièrement pertinente et stimulante de PICOD F qui dresse tout le développement de cette jurisprudence en montrant ses points faibles : PICOD F., « La jurisprudence Keck et Mithouard a-t-elle un avenir ? », in AZOULAI L. (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 47 s ; v. aussi VIAL C., *op.cit.*, p. 25 s.

⁸³⁵ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 247.

comme le professeur Picod le démontre, il n'est pas logique de soumettre à des régimes aussi différents deux types de réglementations qui ne sont pas fondamentalement différents et qui peuvent avoir des effets comparables dans la pratique⁸³⁶.

Certains auteurs, en revanche, soutiennent l'approche de la Cour de justice en faisant remarquer que les réglementations relatives aux modalités de vente, notamment lorsqu'elles s'appliquent indistinctement, n'ont pas en soi pour but de régir les échanges entre les États membres, mais imposent des réglementations d'intérêt général auxquelles tous les opérateurs économiques sont tenus de répondre⁸³⁷.

Cependant, il faut souligner que la Cour de justice était attentive à certaines critiques avancées par la doctrine⁸³⁸. Analysant la jurisprudence plus récente en la matière, il apparaît que la jurisprudence *Keck et Mithouard* n'est plus la « référence obligée », mais est concurrencée par d'autres lignes de jurisprudence qui se fondent sur d'autres modes de raisonnement⁸³⁹. Dans ce contexte, il convient notamment de mettre en lumière l'affaire *Commission/Italie*⁸⁴⁰ concernant une interdiction faite aux cyclomoteurs, motocyclettes, tricycles et quadricycles de tirer des remorques. La Cour de justice y a fait référence à *trois* types de mesures d'effet équivalent : (i) les mesures étatiques qui ont pour objet ou effet de traiter moins favorablement des produits en provenance d'autres États membres ; (ii) les réglementations fixant des conditions auxquelles doivent répondre les produits dans l'État d'importation ; (iii) toute autre mesure qui entrave l'accès au marché d'un État membre des produits originaires d'autres États membres⁸⁴¹.

Cette prise de position a été confirmée peu après dans l'affaire *Mickellsson*⁸⁴² où la Cour de justice avait appliqué les mêmes critères. Les deux premiers types de me-

⁸³⁶ PICOD F., « La jurisprudence Keck et Mithouard a-t-elle un avenir ? », *op.cit.*, p. 51.

⁸³⁷ Comp. notamment BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Introduction au marché intérieur*, *op.cit.*, p. 277 pt. 450.

⁸³⁸ PICOD F., « La jurisprudence Keck et Mithouard a-t-elle un avenir ? », *op.cit.*, p. 51 ; v. aussi VIAL C., *op.cit.*, p. 26.

⁸³⁹ *Ibid.*, p. 65.

⁸⁴⁰ CJCE, 10 février 2009, *Commission/Italie*, aff. C-110/05, *Rec.* 2009, p. I-519.

⁸⁴¹ *Ibid.*, pt. 37.

⁸⁴² CJUE, 4 juin 2009, *Mickellsson et Roos*, aff. C-142/05, *Rec.* 2009, p. I-4273.

sures étant suffisamment clairs, il convient désormais à la Cour de justice de mieux définir le troisième type qui se rapporte au critère de l'accès au marché⁸⁴³.

Malgré ce développement jurisprudentiel relativement récent, il ne peut être ignoré que la Cour de justice n'a pas abandonné la jurisprudence *Keck et Mithouard*, qu'elle applique encore aujourd'hui au cas par cas, sans qu'une ligne claire ne puisse être tracée⁸⁴⁴.

Dès lors, il serait souhaitable que la Cour de justice prenne position afin de préciser et d'unifier de manière explicite sa propre jurisprudence⁸⁴⁵. Toutefois, comme le professeur Picod le souligne, il ne revient pas forcément à la Cour de justice de développer une typologie, mais il incombe à la doctrine de systématiser sa jurisprudence dans le cas où celle-ci s'avère non cohérente⁸⁴⁶. Le professeur Picod explique que la Cour de justice sera en tout état de cause amenée à se prononcer de façon plus claire sur le sujet au regard de l'importance des mesures d'effet équivalent. À cette fin, le professeur Picod propose d'appréhender d'une manière globale les mesures rendant moins attrayantes l'exercice d'une des libertés de circulation en considérant que, « *dans certains cas, les effets restrictifs sont d'une intensité insuffisante ou bien, en présence d'effets non encore constatés, sont trop aléatoires et indirects pour en inférer une entrave* »⁸⁴⁷. Cette approche présente l'avantage d'unifier le régime des libertés de circulation et de prévenir des abus de la part des opérateurs économiques consistant à invoquer une violation d'une liberté de circulation dans des cas où l'entrave est aléatoire ou indirecte⁸⁴⁸.

En ce qui concerne les exportations, l'article 35 TFUE est l'homologue de l'article 34 TFUE. En effet, l'élimination des restrictions aux exportations est tout aussi importante que celles relatives aux importations.

⁸⁴³ PICOD F., « La jurisprudence Keck et Mithouard a-t-elle un avenir ? », *op.cit.*, p. 69.

⁸⁴⁴ *Ibid.*, p. 68.

⁸⁴⁵ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 250.

⁸⁴⁶ PICOD F., « La jurisprudence Keck et Mithouard a-t-elle un avenir ? », *op.cit.*, p. 68 s.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, p. 71.

⁸⁴⁸ *Ibid.*

Malgré leur parallélisme, il convient néanmoins de constater que la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'article 35 TFUE diffère par certains aspects de celle relative à l'article 34 TFUE, cette dernière étant souvent plus vaste, notamment dans l'interprétation de la notion de « mesure d'effet équivalent »⁸⁴⁹. Ceci est aussi dû au fait qu'en pratique, les restrictions aux importations sont plus répandues et nombreuses que celles relatives aux exportations. Dès lors, leur importance pratique est réduite par rapport à celle des importations.

De plus, la transposition de la formule *Dassonville* à l'article 35 TFUE aurait pour effet que quasiment toute mesure réglementant la production ou la commercialisation d'un bien serait susceptible de constituer une entrave. C'est la raison pour laquelle la formule *Dassonville* doit être adaptée et limitée pour les exportations afin de permettre aux États membres de satisfaire à leur obligation d'assurer l'intérêt général⁸⁵⁰. Il s'ensuit que le critère déterminant est de savoir si une mesure a un effet non seulement sur la production ou la commercialisation en général, mais plus spécifiquement sur l'exportation d'un bien⁸⁵¹.

Ceci correspondant à la jurisprudence de la Cour de justice qui a affirmé que l'interdiction posée par l'article 35 TFUE ne vise que « *les mesures nationales qui ont pour objet ou pour effet de restreindre spécifiquement les courants d'exportation et d'établir ainsi une différence de traitement entre le commerce intérieur d'un État membre et son commerce d'exportation, de manière à assurer un avantage particulier à la production nationale ou au marché intérieur de l'État concerné, au détriment de la production ou du commerce d'autres États membres* »⁸⁵².

Or, au fil du temps, la Cour de justice a assoupli cette définition restrictive⁸⁵³. Désormais, il y a lieu de se demander si la réglementation en cause affecte, en fait, davantage la sortie des produits du marché de l'État membre d'exportation que la com-

⁸⁴⁹ V. p. ex. MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 35 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, pt. 1.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, pt. 15.

⁸⁵¹ *Ibid.*, pt. 17.

⁸⁵² CJCE, 8 novembre 1979, *Groenveld*, aff. 15/79, *Rec.* 1979, p. 3409, pt. 7.

mercionalisation des produits sur le marché national de cet État⁸⁵⁴. Le professeur Picod souligne que dans certaines circonstances, la Cour de justice peut même appliquer des critères comparables à ceux mis en œuvre pour les entraves à l'importation⁸⁵⁵.

L'interprétation large de la notion des mesures d'effet équivalent par la Cour de justice a pour conséquence qu'un grand nombre de mesures très diverses est susceptible de constituer une entrave à la libre circulation des marchandises. Elle a essentiellement pour objectif d'assurer qu'en principe, les transactions commerciales puissent être réalisées au sein du marché intérieur sans restriction quelconque, en n'accordant des exceptions qu'aux mesures restrictives justifiées par une dérogation textuelle ou une raison impérieuse d'intérêt général.

Le caractère extensif de la libre circulation des marchandises explique pourquoi elle constitue une liberté première qui était souvent à l'origine de nouvelles explorations jurisprudentielles de la Cour de justice.

Paragraphe 2 : Le caractère exploratoire d'une liberté première

Comme nous avons pu le constater dans le chapitre précédent, la libre circulation des marchandises occupe une place importante au sein du régime des libertés de circulation. Selon le commentaire J. Mégret, la libre circulation des marchandises est « *en quelque sorte la base de la base, et le point de départ aussi de la mécanique de l'effet d'entraînement devant déboucher sur d'autres réalisations et avancées* »⁸⁵⁶.

Cette place particulière qu'occupe la libre circulation des marchandises est due, d'une part, au fait qu'elle constituait la liberté de circulation la plus répandue. Au début de

⁸⁵³ CJCE, 16 décembre 2008, *Gysbrechts*, aff. C-205/07, *Rec.* 2008, p. I-9947, pt. 43 ; v. aussi PICOD F., « Libre circulation des marchandises. Champ d'application. Principaux mécanismes », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 530, mise à jour septembre 2019, pt. 80pt. 109.

⁸⁵⁴ CJUE, 21 juin 2016, *New Valmar*, aff. C-15/15, ECLI:EU:C:2016:464, pt. 36 ; CJUE, 14 juin 2018, *Aociacion Nacional de Productores de Ganado Porcino*, aff. C-169/17, ECLI:EU:C:2018:440, pt. 29.

⁸⁵⁵ PICOD F., « Libre circulation des marchandises. Champ d'application. Principaux mécanismes », *op.cit.*, fasc. 530, pt. 109 ; CJUE, 3 mars 2011, *Kakavetsos-Fragkopoulos*, aff. C-161/09, *Rec.* 2011, p. I-915, pt. 27 ss.

⁸⁵⁶ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Introduction au marché intérieur*, *op.cit.*, p. 81 pt. 120.

la construction européenne, la libre circulation des marchandises présentait le plus grand intérêt aux opérateurs économiques. D'autre part, comme il s'agissait pendant longtemps de la liberté de circulation la plus répandue, elle a souvent été le point de départ pour des évolutions jurisprudentielles qui ont, ensuite, été transposées aux autres libertés de circulation. Tel est, par exemple, le cas pour la définition d'entrave ou la consécration des justifications jurisprudentielles.

La notion de marchandise est la notion clé de cette liberté de circulation. À maintes reprises, la Cour de justice a défini la notion de marchandises comme étant des « *produits appréciables en argent et susceptibles, comme tels, de former l'objet de transactions commerciales* »⁸⁵⁷. Cette définition consacrée par la Cour de justice est vaste et couvre un grand nombre de produits variés⁸⁵⁸. Dès lors, la libre circulation des marchandises vise tout autant les biens de production⁸⁵⁹ que les biens de consommation et de loisirs⁸⁶⁰, les produits de première nécessité⁸⁶¹, les produits à forte valeur ajoutée⁸⁶² ou encore les produits des végétaux et des animaux⁸⁶³.

Des considérations d'ordre moral, qualitatives ou relatives à la valeur marchande d'un produit ne sont pas pertinentes dans le cadre de la qualification d'un produit comme marchandise au sens des traités⁸⁶⁴. Ainsi, des déchets sont également susceptibles de constituer une marchandise⁸⁶⁵, y inclus les déchets non recyclables et non

⁸⁵⁷ V. notamment CJCE, arrêt *Comm/Italie* précité, aff. 7/68, p. 627 ; confirmé à maintes reprises, comp. p.ex. CJCE, 21 oct. 1999, *Jägerskiöld*, aff. C-97/98, *Rec.* 1999, I-7319, pt. 30 ; CJCE, 26 oct. 2006, *Comm/Grèce*, aff. C-65/05, *Rec.* 2006, I-10341, pt. 23.

⁸⁵⁸ V. aussi PICOD F., « Libre circulation des marchandises », *op.cit.*, fasc. 530, pt. 14 s.

⁸⁵⁹ CJCE, 28 janv. 1986, *Comm/France*, aff. 188/84, *Rec.* 1986, p. 419.

⁸⁶⁰ V. pour les biens de consommation à propos des pâtes : CJCE, 14 juill. 1988, *Zoni*, aff. 90/86, *Rec.* 1988, p. 4285 ; pour les biens de loisirs à propos des livres ou vidéo-cassettes CJCE, 10 janv. 1985, *Leclerc*, aff. 229/83, *Rec.* 1985, p. 1 ; CJCE, 11 juill. 1985, *Cinéthèque*, aff. jts. 60/84 et 61/84, *Rec.* 1985, p. 2605.

⁸⁶¹ V. p. ex CJCE, 23 févr. 1988, *Comm/France*, aff. 216/84, *Rec.* 1988, p. 793.

⁸⁶² Comp. p.ex pour des médicaments : CJCE, 14 juill. 1981, *Merck*, aff. 187/80, *Rec.* 1981, p. 2063.

⁸⁶³ Pour les végétaux comp. p.ex. CJCE, 30 oct. 1974, *Van Haaster*, aff. 190/73, *Rec.* 1974, p. 1123 ; pour les animaux : CJCE, 15 juill. 1982, *Comm/Royaume-Uni*, aff. 40/82, *Rec.* 1982, p. 2793 ; CJCE, 3 déc. 1998, *Bluhme*, aff. C-67/97, *Rec.* 1998, I-8033.

⁸⁶⁴ PICOD F., « Libre circulation des marchandises », *op.cit.*, fasc. 530, pt. 16 et 17.

⁸⁶⁵ V. p. ex. : CJCE, 10 mars 1983, *Inter-Huiles*, aff. 172/82, *Rec.* 1983, p. 555 ; CJCE, 9 févr. 1984, *GIE "Rhône-Alpes Huiles"*, aff. 295/82, *Rec.* 1984, p. 575 ; CJCE, 7 févr. 1985, *Comm/France*, aff. 173/83, *Rec.* 1985, p. 491.

recupérables, ce qui a été longtemps contesté⁸⁶⁶. Il en est de même pour les œuvres d'art que la Cour de justice avait également qualifiées de marchandises⁸⁶⁷.

Malgré cette vaste définition, certains produits ne sont pas visés par la libre circulation des marchandises, et d'autres sont exclus. Il en est ainsi avec les produits militaires au sens de l'article 346 TFUE et les produits « hors commerce »⁸⁶⁸. Ces derniers sont des produits insusceptibles d'être mise en circulation dans un État membre, comme les stupéfiants⁸⁶⁹ et la fausse monnaie⁸⁷⁰.

La libre circulation des marchandises vise non seulement les marchandises provenant de l'Union européenne, mais aussi les produits en provenance de pays tiers qui sont en libre pratique dans un État membre⁸⁷¹. Dès lors, conformément à une jurisprudence constante de la Cour de justice, les produits de pays tiers mis en libre pratique dans un État membre sont « *définitivement et totalement assimilés aux produits originaires des États membres* »⁸⁷².

Or, l'application des dispositions relatives à la libre circulation des marchandises suppose qu'une condition impérative soit remplie : la nécessité d'un échange entre les États membres. En présence d'un échange, la libre circulation des marchandises s'applique tant aux produits originaires des États membres qu'à ceux qui ont été mis en libre pratique dans un État membre. Sont considérés comme échange intra-européen l'importation, l'exportation ou le transit d'une marchandise⁸⁷³. Les réimportations sont également couvertes, sous limite des abus de droit⁸⁷⁴. Dès lors, contrairement aux autres libertés de circulation, la libre circulation des marchandises n'a pas comme critère de base la nationalité d'un importateur ou exportateur, mais le fran-

⁸⁶⁶ CJCE, 9 juillet 1992, *Comm/Belgique*, aff. C-2/90, *Rec.* 1992, I-4431, pt. 26-28.

⁸⁶⁷ CJCE, 10 déc. 1968, *Comm/Italie*, aff. 7/68, *Rec.* 1968, p. 617.

⁸⁶⁸ Comp. aussi PICOD F., « Libre circulation des marchandises », *op.cit.*, fasc. 530, pt. 22-29.

⁸⁶⁹ V. à cet effet notamment : CJUE, 16 déc. 2010, *Josemans*, aff. C-137/09, *Rec.* 2010, I-13019, pt. 41.

⁸⁷⁰ V. p.ex. CJCE, 6 déc. 1990, *Witzemann*, aff. C-343/89, *Rec.* 1990, I-4477, pt. 15.

⁸⁷¹ Selon l'article 29 TFUE, sont considérés comme étant en libre pratique dans un État membre les produits en provenance de pays tiers pour lesquels les formalités d'importation ont été accomplies et les droits de douane et taxes d'effet équivalent exigibles ont été perçues dans cet État membre, et qui n'ont pas bénéficié d'une ristourne totale ou partielle de ces droits et taxes.

⁸⁷² CJCE, 11 juin 1985, *Comm/Irlande*, aff. 288/83, *Rec.* 1985, p. 1761, pt 24 ; v. aussi CJCE, 23 sept. 2003, *Comm/Royaume-Uni*, aff. C-30/01, *Rec.* 2001, I-9481, pt 54.

⁸⁷³ V. aussi PICOD F., « Libre circulation des marchandises », *op.cit.*, fasc. 530, pts. 48 s.

chissement d'une frontière d'une marchandise. La nationalité de l'opérateur économique produisant, vendant, achetant ou plus amplement commercialisant le bien en question est indifférente au regard de l'article 34 TFUE⁸⁷⁵. Ainsi, la libre circulation des marchandises ne met pas une personne, mais un bien au centre de son attention⁸⁷⁶.

Les particularités de la libre circulation des marchandises ont également un impact sur la jurisprudence en matière d'entraves d'origine privée. Longtemps, nous pouvions observer une nette différence entre la jurisprudence de la Cour de justice relative aux entraves d'origine privée à la libre circulation des marchandises et celle relative aux entraves d'origine privée aux libertés de circulation des personnes et des services⁸⁷⁷. L'arrêt *Fra.Bo*⁸⁷⁸, rendu en 2012, semble marquer un tournant et mener à un rapprochement et une plus grande cohérence de la jurisprudence de la Cour de justice.

Les trois premiers arrêts à citer concernent des droits de propriété industrielle et commerciale. Il a été constaté dans le chapitre précédent que la protection des droits de propriété industrielle et commerciale repose sur une législation nationale, mais est mise en œuvre par une personne privée⁸⁷⁹. La Cour de justice examine la mesure étatique, mais en prenant en compte le comportement de la personne privée, en particulier pour évaluer l'absence d'une restriction déguisée ou d'une discrimination arbitraire au sens de l'article 36 TFUE.

Dans les trois premières affaires que nous allons étudier, la Cour de justice a soigneusement pris en compte le comportement de la personne privée exerçant ses droits de propriété industrielle et commerciale. En effet, la mesure privée était au cœur de son raisonnement, ce qui a amené le professeur Waelbroeck à en déduire que « *le principe de la libre circulation des marchandises oblige tant les particuliers que les États*

⁸⁷⁴ V. p. ex. CJCE, 10 janv. 1985, *Leclerc/Au blé vert*, aff. 229/83, *Rec.* 1985, p.1.

⁸⁷⁵ OLIVER P. J., *op.cit.*, p. 76.

⁸⁷⁶ *Ibid.*

⁸⁷⁷ V. p. ex. DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales : La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 106 ; PREEDY K., *op.cit.*, p. 25.

⁸⁷⁸ CJUE, 12 juillet 2012, *Fra.Bo.*, aff. C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453.

⁸⁷⁹ Partie I, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1 de la présente thèse.

membres »⁸⁸⁰. Afin d'être en mesure de commenter cette conclusion du professeur Waelbroeck, il convient d'abord d'étudier les trois arrêts en question.

Dans l'affaire *Terrapin*⁸⁸¹, la Cour de justice a été amenée à statuer sur la question de savoir si le fait pour le titulaire d'une marque d'agir systématiquement contre les importations de produits portant une marque similaire à la sienne alors qu'il tolère la vente de produits nationaux constitue une discrimination arbitraire au sens de l'article 36, deuxième alinéa, CEE⁸⁸². La Cour de justice considère qu'il appartient au juge national de vérifier « *si les droits en cause sont effectivement exercés par le titulaire avec la même rigueur, quelle que soit l'origine nationale du contrevenant éventuel* »⁸⁸³. Ce faisant, la Cour de justice n'enjoint pas le juge national de vérifier si la législation nationale ou son application par les tribunaux nationaux accorderait une protection discriminatoire, mais plutôt d'analyser comment la personne privée titulaire du droit de marque exerçait son droit⁸⁸⁴.

La deuxième affaire, l'affaire *Dansk supermarked*⁸⁸⁵, a connu un grand écho dans la doctrine dû à certaines considérations retenues par la Cour de justice relatives aux mesures d'origine privée. Les faits de l'affaire ont trait à la matière des pratiques commerciales déloyales. À l'occasion du cinquantième anniversaire de sa fondation, Imerco, une société danoise de quincaillerie en gros, a commandé à un producteur de faïence établi au Royaume-Uni un certain nombre de services de faïence, référant au cinquantième anniversaire de la société. La société danoise avait prévu de commercialiser ses services au Danemark, exclusivement par ses actionnaires. En raison des conditions de qualité très strictes imposées à la fabrication des services, environ 1000

⁸⁸⁰ WAELBROECK M., « Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE », in WAELBROECK M. et VANDERSANDEN G., *Droit international, intégration européenne et libres marchés : études de droit communautaire européen, 1965 - 2008*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 588.

⁸⁸¹ CJCE, 22 juin 1976, *Terrapin/Terranova*, aff. 119/75, *Rec.* 1976, p. 1039. V. aussi WAELBROECK M., « Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE », in : WAELBROECK M., *Droit international, intégration européenne et libres marchés. Études de droit communautaire européen 1965-2008*, p. 583 (spéc. p. 586).

⁸⁸² Désormais l'article 36 TFUE.

⁸⁸³ CJCE, arrêt *Terrapin/Terranova*, précité, aff. 119/75, p. 1061, pt. 4.

⁸⁸⁴ WAELBROECK M., « Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE », *op.cit.*, p. 586.

⁸⁸⁵ CJCE, 22 janvier 1981, *Dansk Supermarked*, aff. 58/80, *Rec.* 1981, p. 181.

services n'ont pas pu être retenus. La société danoise autorisait la vente de ces services désassortis, mais pas dans les pays scandinaves. Le producteur des services en a vendu un certain nombre à des entreprises de gros au Royaume-Uni, avec l'interdiction d'en opérer la revente vers le Danemark. Néanmoins, la société Dansk Supermarked a acheté, par l'intermédiaire d'un revendeur danois qui les avait lui-même acquis au Royaume-Uni, un certain nombre de ces services désassortis, emballés différemment, et les a mis en vente dans ses propres magasins de grande surface à des prix sensiblement inférieurs à ceux des services vendus par Imerco.

À la demande d'Imerco, les juridictions danoises ont interdit à Dansk Supermarked la vente des services en question et ont considéré que son comportement contrevenait à la loi danoise relative aux pratiques commerciales déloyales. Dansk Supermarked a saisi la Cour suprême danoise qui a interrogé la Cour de justice sur la question de savoir si certaines dispositions du traité CEE ou des actes adoptés en vue de son application faisaient obstacle à l'application, dans le cas d'espèce, des lois danoises relatives au droit d'auteur, au droit de marque et aux pratiques commerciales déloyales.

Tout d'abord, la Cour de justice a exclu l'application des règles de concurrence à ce litige. Elle a souligné que les seules dispositions applicables au litige sont celles relatives à la libre circulation des marchandises⁸⁸⁶. Ensuite, la Cour de justice a affirmé qu'« *en aucun cas, des conventions entre particuliers ne sauraient déroger aux dispositions impératives du traité relatives à la libre circulation des marchandises* »⁸⁸⁷.

Un an plus tard, dans l'affaire *Polydor*⁸⁸⁸, la Cour de justice a de nouveau été confrontée à un litige portant sur l'exercice d'un droit de propriété industrielle et commerciale. Renvoyant à sa jurisprudence antérieure, la Cour de justice constate que « *selon une jurisprudence constante de la Cour, l'exercice de son droit par le titulaire d'un droit de propriété industrielle et commerciale (...) en vue d'empêcher l'importation dans un État membre d'un produit en provenance d'un autre État*

⁸⁸⁶ *Ibid.*, pt. 8.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, pt. 17.

membre, où ce produit a été licitement mis en circulation par ce titulaire ou avec son consentement, constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, au sens de l'article 30 du traité, non justifiée par la protection de la propriété industrielle et commerciale au sens où l'entend l'article 36 du traité »⁸⁸⁹.

Le professeur Waelbroeck en tire la conclusion qu'il « *ne semble plus possible de mettre sérieusement en doute que la Cour de justice considère aujourd'hui comme susceptibles d'être interdites par l'article 30 du traité non seulement les dispositions du droit national qui permettent de restreindre l'importation mais aussi les actions intentées à cette fin par les personnes privées devant les juridictions nationales* »⁸⁹⁰.

Néanmoins ce constat est à nuancer. Il est vrai que la Cour de justice a placé le comportement privé au centre de son examen et a retenu des affirmations vastes quant à l'exercice d'un droit de propriété industrielle et commerciale. Cependant, il est nécessaire de placer ces trois arrêts dans leur contexte. Comme il l'a été vu au chapitre précédent et répété ci-avant, la protection de la propriété industrielle et commerciale est toujours mise en œuvre par des personnes privées, titulaires des droits en question⁸⁹¹. Il ressort de la nature de ce droit que la Cour de justice doit examiner le comportement privé. Pour autant, le droit de propriété industrielle et commerciale est conféré par une législation nationale⁸⁹². Comme maître Oliver le souligne, la protection de la propriété intellectuelle ne serait possible sans lois, brevets et marques⁸⁹³. Dès lors, c'est la législation nationale qui constitue l'entrave à la libre circulation des marchandises, même si la Cour de justice tient compte du comportement privé, no-

⁸⁸⁸ CJCE, 9 février 1982, *Polydor e.a./Harlequin e.a.*, aff. 270/80, *Rec.* 1982, p. 329.

⁸⁸⁹ *Ibid.*, pt. 7.

⁸⁹⁰ WAELBROECK M., « Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE », *op.cit.*, p. 586.

⁸⁹¹ PICOD F., « Libre circulation des marchandises. Champ d'application. Principaux mécanismes », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 530, mise à jour 2019, pt. 80 ; PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », *op.cit.*, p. 128.

⁸⁹² PICOD F., « Libre circulation des marchandises... », *op.cit.*, fasc. 530, pt. 80 ; PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », *op.cit.*, p. 128.

⁸⁹³ "Without legislation, patent, trade mark and copyright protection would simply not exist": OLIVER P. J., *op.cit.*, p. 70.

tamment au regard de l'article 36 TFUE pour vérifier l'absence d'une restriction déguisée ou d'une discrimination arbitraire⁸⁹⁴.

Pour autant, il est vrai que les trois arrêts démontrent que la Cour de justice analyse l'exercice du droit de propriété industrielle et commerciale et l'existence d'une concurrence déloyale par le titulaire du droit de manière directe et minutieuse. Même si nous ne pouvons suivre la conclusion qu'a tirée le professeur Waelbroeck, nous pouvons néanmoins déduire de ces arrêts rendus en matière de propriété industrielle et commerciale et de concurrence déloyale que la Cour de justice accorde une attention particulière au comportement de la personne privée titulaire de ces droits.

En revanche, en dehors du contexte de la propriété industrielle et commerciale et de la concurrence déloyale, la jurisprudence de la Cour de justice allait, pendant longtemps, dans la direction inverse, établissant une stricte distinction entre le droit de la concurrence, applicable aux personnes privées, et la libre circulation des marchandises, applicable aux États membres.

L'affaire *Van de Haar*⁸⁹⁵ en est le premier exemple. Dans cette affaire, la juridiction néerlandaise a interrogé la Cour de justice sur l'interaction entre les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises et celles relatives au droit européen de la concurrence dans un litige concernant le commerce de gros des tabacs manufacturés. La Cour de justice souligne que les dispositions relatives au droit de la concurrence s'appliquent aux personnes privées alors que les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises visent les mesures étatiques. Par conséquent, elles visent des objectifs différents. La Cour de justice en tire la conclusion que ces deux catégories de normes doivent être interprétées d'une manière autonome l'une de l'autre⁸⁹⁶.

Dans l'arrêt *Vlaamse Reisbureaus*⁸⁹⁷, la Cour de justice a précisé davantage sa position en statuant comme suit : « *Étant donné que les articles 30 et 34 du traité ne vi-*

⁸⁹⁴ PICOD F., « Libre circulation des marchandises... », *op.cit.*, fasc. 530, pt. 80 ; PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », *op.cit.*, p. 128.

⁸⁹⁵ CJCE, 5 avril 1984, *Van de Haar*, aff. jts. 177/82 et 178/82, *Rec.* 1984, p. 1797.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, pt. 8 s (spéc. 11-14).

⁸⁹⁷ CJCE, 1er octobre 1987, *Vlaamse Reisbureaus*, aff. 311/85, *Rec.* 1987, p. 3801.

sent que des mesures publiques et non des comportements d'entreprises, seule la compatibilité avec ces articles de dispositions nationales du type de celles en cause dans l'affaire au principal doit être examinée »⁸⁹⁸.

Ainsi, la Cour de justice refuse d'examiner la compatibilité d'un accord privé avec la libre circulation des marchandises, se limitant exclusivement à l'examen de mesures d'origine étatique.

Cette jurisprudence se trouve confirmée dans l'arrêt *Bayer/Süßhöfer*⁸⁹⁹ concernant une clause d'un accord de licence, par laquelle le licencié s'était engagé à ne pas contester la validité de certains droits techniques de propriété industrielle d'une teneur identique à ceux qui lui avaient été concédés en licence et qui avaient été octroyés au donneur de licence dans plusieurs États membres de l'Union.

Ici encore, la Cour de justice souligna que la question préjudicielle visait l'insertion dans un contrat de licence d'un brevet, d'une clause de non-contestation, constatant qu'elle « *ne met donc pas en cause l'application d'une législation nationale relative à l'exercice d'un droit de propriété industrielle susceptible d'entraver la libre circulation des marchandises entre les États membres, mais la validité d'un accord entre entreprises qui pourrait avoir pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence* »⁹⁰⁰. La Cour de justice en déduit que la question préjudicielle concerne uniquement l'interprétation des dispositions relatives à la concurrence et non pas celles relatives à la libre circulation des marchandises⁹⁰¹.

Encore en 2002, dans le cadre d'un litige⁹⁰² opposant la société Sapod Audic à la société Eco-Emballages au sujet d'un contrat par lequel Sapod a déclaré adhérer, en vue de satisfaire à certaines obligations légales, au système visant à l'élimination des déchets mis en place par Eco-Emballages, la Cour de justice a limité son examen aux dispositions légales, refusant d'examiner le contrat au regard de la libre circulation

⁸⁹⁸ *Ibid.*, pt. 30.

⁸⁹⁹ CJCE, 27 septembre 1988, *Bayer/Süßhöfer*, aff. 65/85, *Rec.* 1988, p. 5249.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, pt. 12.

⁹⁰¹ *Ibid.*, pt. 13.

⁹⁰² CJCE, 6 juin 2002, *Sapod Audic*, aff. C-159/00, *Rec.* 2002, p. I-5031.

des marchandises. Renvoyant à sa jurisprudence *Dassonville*, elle a considéré qu'une disposition résultant d'un contrat privé passé entre les parties au principal « *ne peut pas être qualifiée d'entrave au sens de l'article 30 du traité puisqu'elle n'est pas édictée par un État membre mais convenue entre particuliers* »⁹⁰³.

Dès lors, force est de constater que cette jurisprudence caractérisée par le refus de la Cour de justice d'analyser les mesures d'origine privée à la lumière de la libre circulation des marchandises ne se limite pas à quelques arrêts isolés, mais constitue, au contraire, une jurisprudence bien établie depuis plusieurs années.

Cependant, le développement de la jurisprudence en matière de la libre circulation des personnes et des services prenait, nous l'avons vu ci-avant, une autre direction. La Cour de justice a progressivement étendu la portée de la libre circulation des personnes et des services. En revanche, elle n'a jamais justifié cette approche divergente selon les libertés de circulation en cause⁹⁰⁴.

Pour le professeur Weatherill, cette divergence n'est pas justifiée : « *The current system, whereby some freedoms have a broader personal scope than others, is very hard to justify - and, moreover, the Court has never made a serious attempt to justify it* »⁹⁰⁵.

Or l'approche de la Cour de justice en matière d'entraves à la libre circulation des marchandises semble avoir changé en 2011 avec l'arrêt *Fra.Bo*⁹⁰⁶.

La question centrale de cette affaire est de savoir si l'article 28 TCE⁹⁰⁷ s'applique aux activités de normalisation et de certification d'un organisme privé, lorsque la législation nationale d'un État membre considère les produits certifiés par cet organisme comme conformes au droit national. L'organisme privé en question constitue pour

⁹⁰³ CJCE, arrêt *Sapod Audic*, précité, aff. C-159/00, pt. 74.

⁹⁰⁴ VAN HARTEN H. et NAUTA T., « Towards Horizontal Direct Effect for the Free Movement of Goods? Comment on *Fra.Bo* », *European Law Review*, 2013, p. 685.

⁹⁰⁵ WEATHERILL S., « The Elusive Character of Private Autonomy in EU Law », in LECZYKIEWICZ D. et WEATHERILL S. (éd.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 12.

⁹⁰⁶ CJUE, arrêt *Fra.Bo*, précité, aff. C-171/11.

⁹⁰⁷ Devenu l'article 34 TFUE.

certaines produits la seule possibilité d'obtenir une certification de conformité au droit allemand. Il s'agit dès lors d'un quasi-monopole de Fra.Bo⁹⁰⁸. Sans leur autorisation, la pénétration du marché allemand est impossible⁹⁰⁹. Par conséquent, la commercialisation sur le marché allemand d'un produit qui n'est pas certifié par ledit organisme privé est considérablement entravée.

La Cour de justice affirme que « *dans de telles circonstances, force est de constater qu'un organisme tel que la DVGW détient en réalité, du fait notamment de son habilitation à certifier les produits, le pouvoir de réglementer l'entrée sur le marché allemand de produits tels que les raccords en cuivre en cause au principal* »⁹¹⁰. La Cour de justice en conclut que « *l'article 28 CE doit être interprété en ce sens qu'il s'applique aux activités de normalisation et de certification d'un organisme privé, lorsque la législation nationale considère les produits certifiés par cet organisme comme conformes au droit national et que cela a pour effet d'entraver la commercialisation de produits qui ne sont pas certifiés par ledit organisme* »⁹¹¹.

Cet arrêt a suscité un grand écho doctrinal. Or l'avis de la doctrine est partagé. Certains auteurs⁹¹² mettent l'accent sur le fait que la Cour de justice a privilégié une approche fondée sur l'effet de la mesure d'origine privée. Le professeur Müller-Graff fait valoir que le raisonnement de la Cour de justice ne se préoccupe pas d'une éventuelle imputabilité à l'État allemand, mais se concentre sur les fonctions et les effets des mesures prises par l'organisme de normalisation ainsi que de son influence sur le marché concerné. Ainsi, le raisonnement de la Cour de justice est essentiellement fondé sur des réflexions téléologiques qui visent, avant tout, à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur⁹¹³.

⁹⁰⁸ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Introduction au marché intérieur*, *op.cit.*, p. 246, pt. 406.

⁹⁰⁹ *Ibid.*

⁹¹⁰ CJCE, arrêt *Fra.Bo*, précité, aff. C-171/11, pt. 31 (nous soulignons).

⁹¹¹ *Ibid.*, pt. 32.

⁹¹² MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 9 s ; SCHWEITZER H., « Standardisierung als Mittel zur Förderung und Beschränkung des Handels und des Wettbewerbs », *EuZW*, 2012, n° 20, p. 765.

⁹¹³ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 9 s.

Pour le professeur Schweitzer, le caractère « innovant » de cet arrêt repose sur le fait que l'intention de l'organisme privé était sans importance ; ce qui compte pour la Cour de justice, c'est l'effet de la mesure⁹¹⁴. D'autres auteurs⁹¹⁵, en revanche, soulignent l'impact limité de l'arrêt.

Il est vrai aussi qu'en l'occurrence, Fra.Bo constitue le seul organisme de certification des raccords en cuivre en Allemagne⁹¹⁶. Même si les opérateurs intéressés peuvent recourir à un expert privé, ceci semble être très coûteux et bureaucratique. S'y ajoute le fait que les consommateurs allemands semblent n'acheter que des raccords de cuivre certifiés⁹¹⁷. Dès lors, Fra.Bo dispose d'un quasi-monopole de normalisation. Selon certains auteurs, c'est ce quasi-monopole qui explique le raisonnement de la Cour de justice et entraîne l'application des dispositions relatives à la libre circulation des marchandises⁹¹⁸. Ainsi, ils interprètent le statut particulier et l'activité de Fra.Bo comme une délégation indirecte à un organisme privé d'une prérogative de puissance publique⁹¹⁹. Dès lors, il s'agissait, plutôt d'un élargissement de la notion de « réglementation des États membres » que d'une affaire portant sur l'effet direct horizontal⁹²⁰. Cette jurisprudence « *trouve donc pour l'heure en soi ses limites* »⁹²¹.

Pour autant, comme le professeur Van Harten le relève, le résultat reste le même : l'organisme de droit privé est, sous certaines conditions présentées ci-dessus, soumis au respect des obligations découlant des articles 34 et 35 TFUE⁹²².

⁹¹⁴ SCHWEITZER H., « Standardisierung als Mittel zur Förderung und Beschränkung des Handels und des Wettbewerbs », *op.cit.*, p. 768.

⁹¹⁵ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Introduction au marché intérieur*, *op.cit.*, p. 248 ; VAN HARTEN H. et NAUTA T., « Towards Horizontal Direct Effect for the Free Movement of Goods? Comment on Fra.Bo », *op.cit.*, p. 677 ; DEFOSSEZ A., « Effet direct horizontal de la libre circulation des marchandises », *RTDE*, 2013, p. 171.

⁹¹⁶ CJUE, arrêt *Fra.Bo*. précité, aff. C-171/11.

⁹¹⁷ *Ibid.*

⁹¹⁸ V. p. ex. BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Introduction au marché intérieur*, *op.cit.*, p. 248 pt. 408.

⁹¹⁹ *Ibid.*

⁹²⁰ *Ibid.*

⁹²¹ *Ibid.*, p. 268 pt. 438.

⁹²² VAN HARTEN H. et NAUTA T., « Towards Horizontal Direct Effect for the Free Movement of Goods? Comment on Fra.Bo », *op.cit.*, p. 689.

De plus, comme le met en évidence le professeur Roth, il est intéressant de noter que la Cour de justice n'a pas suivi les arguments de certains auteurs privilégiant la reconnaissance d'un effet horizontal indirect, mais a directement condamné l'organisme privé et non pas la législation allemande⁹²³. Le professeur Picod adopte un raisonnement similaire soulignant que « *l'aspect original de cette affaire* » résulte du caractère privé de l'organisme de normalisation⁹²⁴.

Il est regrettable que la Cour de justice ne se soit pas clairement prononcée, mais se soit limitée à donner des réponses ponctuelles réduites aux circonstances relevées dans cette affaire précise. Jusqu'à présent, nous attendons en vain une prise de position claire relative à la question de savoir si la libre circulation des marchandises s'applique ou non aux entraves d'origine privée⁹²⁵.

Loin de résoudre toutes les questions relatives aux entraves d'origine privée à la libre circulation des marchandises, l'arrêt *Fra.Bo* a engendré de nouvelles questions⁹²⁶. La Cour de justice ne s'est notamment pas prononcée sur les justifications invocables par les personnes privées ni sur les conséquences d'un assujettissement des personnes privées aux obligations découlant de la libre circulation des marchandises⁹²⁷.

Cet aperçu jurisprudentiel relatif à l'effet direct horizontal de la libre circulation des marchandises nous montre que la jurisprudence n'est pas homogène et parfois ambiguë⁹²⁸. En effet, comme le professeur Picod le remarque, « *on est encore loin d'une application pure et simple de la libre circulation des marchandises à toutes les entraves d'origine privée* »⁹²⁹.

⁹²³ ROTH W.-H., « Die horizontale Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit (Art 34 AEUV) », *EWS*, 2013, n° 1-2, p. 24.

⁹²⁴ PICOD F., « Activités d'un organisme de droit privé et liberté de circulation », *La Semaine Juridique Édition générale*, n° 35, août 2012, p. 918.

⁹²⁵ *Ibid.*

⁹²⁶ VAN HARTEN H. et NAUTA T., « Towards Horizontal Direct Effect for the Free Movement of Goods? Comment on *Fra.Bo* », *op.cit.*, p. 693.

⁹²⁷ *Ibid.*

⁹²⁸ PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 641.

⁹²⁹ PICOD F., « Activités d'un organisme de droit privé et liberté de circulation », *op.cit.*, p. 918.

Ce constat est renforcé par le fait que parallèlement au refus (initial) d'examiner les mesures d'origine privée à la lumière de la libre circulation des marchandises, la Cour de justice a développé une jurisprudence imposant aux États membres une obligation de protection de la libre circulation des marchandises⁹³⁰.

L'arrêt *Commission/France*⁹³¹, connu aussi sous le nom de « guerre des fraises », est à l'origine de cette jurisprudence. Les circonstances de l'affaire sont plutôt particulières dans la mesure où les agriculteurs français ont, pendant plus d'une décennie, commis des actes de violence à l'encontre de produits agricoles en provenance d'autres États membres. Ainsi, ils ont intercepté des camions transportant des produits agricoles étrangers (pour la plupart d'origine espagnole) et détruit leur cargaison, fait preuve de violence à l'encontre des camionneurs, menacé les grandes surfaces françaises mettant en vente des produits agricoles originaires d'autres États membres et dégradé des marchandises étrangères mises à l'étalage dans des magasins en France⁹³². Dans le même temps, la République française est restée inactive face à ces actes de vandalisme. La Commission européenne a donc introduit un recours en manquement estimant que la République française, en ne prenant pas toutes les mesures nécessaires et proportionnées afin que des actions de particuliers n'entravent pas, par des actes délictueux, la libre circulation de produits agricoles, avait manqué aux obligations découlant de l'article 30 du traité, en liaison avec l'article 5 du traité⁹³³.

La Cour de justice affirme dans son arrêt qu' « *en tant que moyen indispensable à la réalisation du marché sans frontières intérieures, l'article 30 ne prohibe donc pas les seules mesures étatiques qui, en elles-mêmes, créent des restrictions au commerce entre les États membres, mais peut également trouver à s'appliquer lorsqu'un État membre s'est abstenu de prendre les mesures requises pour faire face à des entraves* ».

⁹³⁰ Cette jurisprudence est souvent résumée en Allemagne comme la « *Schutzpflichtentheorie* », la théorie du devoir de protéger. Tout comme la notion de *Drittwirkung*, cette notion est également issue de la doctrine allemande relative aux droits fondamentaux. Pour plus d'information, voir ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1986, p. 480 s ; PREEDY K., *op.cit.*, p. 32 s.

⁹³¹ CJCE, 9 décembre 1997, *Commission/France*, aff. C-265/95, *Rec.* 1997, I-6959.

⁹³² *Ibid.*, pt. 2.

⁹³³ Désormais l'article 34 TFUE en liaison avec l'article 4, paragraphe 3, TUE.

à la libre circulation des marchandises dues à des causes qui ne sont pas d'origine étatique »⁹³⁴. La Cour de justice en déduit une obligation des États membres de « *prendre toutes mesures nécessaires et appropriées pour assurer sur leur territoire le respect de cette liberté fondamentale* »⁹³⁵.

Pour autant, la Cour de justice a reconnu une marge de manœuvre relativement large aux États membres quant aux mesures à prendre afin de mettre fin à l'entrave. Toutefois, il appartient à la Cour de justice de vérifier, dans les cas dont elle est saisie, si les mesures prises par un État membre sont propres à éliminer l'entrave en question⁹³⁶.

Dans le cas d'espèce, la Cour de justice a établi que les actes commis par les agriculteurs français créaient « *incontestablement* » des obstacles aux échanges intra-européens⁹³⁷. Elle a estimé que les mesures entamées par la République française n'était ni suffisantes ni appropriées pour mettre fin aux entraves à la libre circulation des marchandises⁹³⁸. Dès lors, la Cour de justice a condamné la République française pour violation de l'article 30 du traité CE en liaison avec l'article 5 du traité CE.

Cette jurisprudence a été confirmée dans l'affaire *Schmidberger*⁹³⁹ dont les faits étaient plus complexes. Les autorités autrichiennes ont autorisé une association à finalité essentiellement environnementale à organiser un rassemblement sur l'autoroute du Brenner - une grande route commerciale et voie de communication importante - afin de sensibiliser le grand public aux menaces environnementales causées par le trafic dense sur cette route, notamment par les nombreux camions. Ce rassemblement a eu pour effet de bloquer complètement toute circulation sur la route du Brenner pendant près de 30 heures⁹⁴⁰. Notons encore que des informations pratiques aux usa-

⁹³⁴ CJCE, arrêt *Commission/France* précité, aff. C-265/95, pt. 30 (nous soulignons).

⁹³⁵ *Ibid.*, pt. 32.

⁹³⁶ *Ibid.*, pt. 35.

⁹³⁷ *Ibid.*, pt. 38.

⁹³⁸ *Ibid.*, pt. 39.

⁹³⁹ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, *Rec.* 2003, p. I-5659.

⁹⁴⁰ *Ibid.*, pt. 2.

gers de la route ont été diffusées indiquant notamment qu'il fallait éviter cette route pendant la période en cause⁹⁴¹.

Schmidberger, une société internationale de transports a porté plainte en Autriche, arguant qu'en autorisant le blocage de cette unique route de transit entre l'Allemagne et l'Italie, les autorités autrichiennes avaient entravé la libre circulation des marchandises. Les juridictions autrichiennes ont interrogé la Cour de justice sur la question de savoir si le principe de la libre circulation des marchandises impose à un État membre de garantir le libre accès aux itinéraires de transit importants et si cette obligation prévaut sur les droits fondamentaux, tels que la liberté d'expression et la liberté de réunion⁹⁴².

La Cour de justice souligne de nouveau l'importance de la libre circulation des marchandises et renvoie à son arrêt dans l'affaire *Commission/France*. Elle réaffirme l'obligation incombant aux États membres d'empêcher toute entrave due à des actes de particuliers. Pour la Cour de justice, il en résulte que le fait de ne pas avoir interdit un rassemblement entraînant le blocage complet d'une voie de communication importante est de nature à restreindre le commerce intra-européen de marchandises. Ainsi, l'autorisation accordée par les autorités autrichiennes constitue une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives⁹⁴³. Ensuite, la Cour de justice procède à l'examen des justifications de l'entrave et conclut - après une mise en balance détaillée que nous allons étudier dans la seconde partie de la présente thèse - qu'au vu des circonstances, l'entrave est justifiée⁹⁴⁴.

Enfin, une dernière affaire, traitée devant la grande chambre de la Cour de justice, peut être citée, l'affaire *Alands Vindkraft*⁹⁴⁵. Alands Vindkraft a sollicité auprès de l'autorité suédoise compétente l'agrément de son parc éolien situé en Finlande en vue de l'attribution de certificats d'électricité. Cette demande a été rejetée au motif que

⁹⁴¹ *Ibid.*, pt. 11.

⁹⁴² *Ibid.*, pt. 20.

⁹⁴³ *Ibid.*, pt. 64.

⁹⁴⁴ *Ibid.*, pt. 83 s.

⁹⁴⁵ CJUE, 1^{er} juillet 2014, *Alands Vindkraft*, aff. C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037.

seules les installations de production d'électricité vertes situées en Suède seraient susceptibles d'être agréées pour l'attribution de certificats d'électricité⁹⁴⁶.

Saisie par la juridiction suédoise, la Cour de justice renvoie aux arrêts *Commission/France* et *Schmidberger* ainsi qu'aux principes y étant élaborés. Il en découle pour la Cour de justice que le défaut d'un État membre « *d'adopter les mesures suffisantes pour empêcher des obstacles à la libre circulation des marchandises créés notamment par des actions d'opérateurs mais rendus possible par une réglementation particulière qu'il a instituée, est de nature à entraver les échanges intracommunautaires tout autant qu'un acte positif* »⁹⁴⁷. La Cour de justice en conclut que la réglementation en cause constitue une entrave à la libre circulation des marchandises. Or, en l'occurrence, l'entrave est justifiée eu égard à l'objectif d'augmentation de la production d'électricité verte⁹⁴⁸.

En vue de ces trois arrêts, il est désormais indéniable que la Cour de justice a imposé une obligation de protection aux États membres qui doivent « *adopter les mesures suffisantes pour empêcher des obstacles à la libre circulation des marchandises* »⁹⁴⁹.

À notre avis, la reconnaissance d'un effet horizontal direct et l'obligation de protection ne s'excluent pas, mais devraient être appliqués de manière parallèle⁹⁵⁰, indépendamment de la liberté de circulation en cause, ce que nous allons explorer en détail dans le titre suivant. La jurisprudence de la Cour de justice semble soutenir cette thèse. Une analyse chronologique de la jurisprudence démontre que la Cour de justice a, pendant longtemps, refusé de reconnaître un effet horizontal direct à la libre circulation des marchandises. Ensuite, dans les arrêts *Commission/France* et *Schmidberger*, elle a imposé une obligation de protection aux États membres. Dans l'affaire

⁹⁴⁶ *Ibid.*, pt. 23 et 24.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, pt. 74.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, pt. 76-119.

⁹⁴⁹ *Ibid.*, pt. 74.

⁹⁵⁰ Du même avis p. ex. FÖRSTER Ph., *Die unmittelbare Drittwirkung der Europäischen Grundfreiheiten, Zur Dogmatik des Adressatenkreises von Pflichten der EG-Grundfreiheiten*, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 2007, p. 181 ; WAGNER E., « Die unmittelbare Drittwirkung der EG-Grundfreiheiten im Privatrecht - Das Ende der Privatautonomie? », *ÖJZ*, 2007, n° 54, p. 634.

Fra.Bo en 2011, elle a directement condamné l'organisme privé pour revenir à l'obligation de protection en 2014 avec l'affaire *Alands Vindkraft*.

L'arrêt *Fra.Bo* soutient cette analyse. Dans cette affaire, la Cour de justice a condamné directement la mesure d'origine privée sans avoir fait appel à une quelconque obligation étatique. Pour autant, dans l'affaire *Fra.Bo*, la Cour de justice aurait tout aussi bien pu utiliser la formule de *Alands Vindkraft* selon laquelle il s'agissait d'une mesure privée qui a été « *rendue possible par une réglementation nationale* ». Car c'était la réglementation allemande qui - par renvoi à la normalisation - « rendait possible » l'entrave. En effet, sans renvoi par la loi, la mesure d'origine privée de l'association de normalisation n'aurait pas eu le même effet restrictif.

Le fait que la Cour de justice a choisi la reconnaissance d'un effet horizontal direct condamnant non pas la réglementation allemande, mais directement l'organisme privé, entraîne, à notre avis, deux conséquences. D'une part, avec l'arrêt *Fra.Bo*, la Cour de justice reconnaît un effet horizontal direct à la libre circulation des marchandises et semble harmoniser le régime des entraves d'origine privée aux libertés de circulation ou, au moins, faire un premier pas vers l'harmonisation. D'autre part, il convient de déduire de sa jurisprudence en matière de la libre circulation des marchandises que la Cour de justice entend appliquer parallèlement les deux lignes de jurisprudence, à savoir effet horizontal direct et l'obligation de protection. Le fait qu'en 2011, la Cour de justice a choisi la reconnaissance d'un effet direct et qu'en 2014, elle a préféré avoir recours à l'obligation de protection démontre que le choix entre l'effet direct et l'obligation de protection dépend des faits portés devant la Cour de justice.

De plus, l'arrêt *Fra.Bo* laisse présumer que la Cour de justice privilégie une approche fonctionnelle globale⁹⁵¹, visant l'alignement de l'appréhension des entraves d'origine privée. Comme le professeur Picod le constate, il « *ne serait, en effet, pas raisonnable de traiter différemment un comportement d'un individu selon qu'il entrave la circulation d'une marchandise ou la prestation d'un service. À supposer qu'il entrave ces deux libertés à la fois par un même acte ou comportement, il ne serait pas satis-*

faisant de lui imputer directement l'entrave à la libre prestation des services et de rechercher une carence de l'État en ce qui concerne la libre circulation des marchandises »⁹⁵².

L'Avocate générale Trstenjak va dans le même sens dans ses conclusions de l'affaire *Fra.Bo* constatant une forte tendance de la jurisprudence à élargir le champ d'application de toutes les libertés de circulation⁹⁵³. Pour l'Avocate générale, « *aucune objection de principe ne s'oppose à la transposition de l'argumentation développée dans la jurisprudence relative à l'effet direct horizontal limité de la libre circulation des travailleurs, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services à un cas comme celui de l'espèce, qui soulève la question de l'applicabilité de la libre circulation des marchandises à une association de droit privé dotée d'une compétence normative de fait* »⁹⁵⁴. En effet, l'Avocate générale souligne qu'il « *serait difficilement concevable de considérer que, dans certaines conditions, la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et la libre prestation de services sont directement applicables à des réglementations collectives de nature non publique, mais de refuser catégoriquement que la libre circulation des marchandises et la libre circulation des capitaux le soient* »⁹⁵⁵.

Comme l'Avocate générale Trstenjak le souligne également, cette solution s'impose non seulement à la lumière d'un traitement similaire et cohérent des entraves d'origine privée aux libertés de circulation, mais également au vu de l'effet utile et de l'application uniforme des libertés de circulation⁹⁵⁶. Or, il a été vu qu'en matière de libertés de circulation des personnes et des services, la Cour de justice a très tôt adopté une approche privilégiant l'effet utile et l'application uniforme des libertés de circulation qui seraient compromis si les organismes privés n'étaient pas assujettis au

⁹⁵¹ DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales : La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 116.

⁹⁵² PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 646. Dans le même sens : BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Introduction au marché intérieur*, *op.cit.*, p. 247, pt. 408.

⁹⁵³ Conclusions de l'AG Trstenjak du 28 mars 2012 sur l'affaire *Fra.Bo*, aff. C-171/11, ECLI:EU:C:2012:176, pt. 32 s.

⁹⁵⁴ Conclusions de l'AG Trstenjak sur l'affaire *Fra.Bo* précitée, aff. C-171/11, pt. 45.

⁹⁵⁵ *Ibid.*, pt. 44.

respect de la libre circulation des personnes et des services. Un raisonnement similaire s'impose en matière de libre circulation des marchandises où de plus en plus d'organismes privés sont chargés de développer des standards et normes qui déploient, de droit ou de fait, un effet contraignant susceptible de restreindre la libre circulation des marchandises⁹⁵⁷.

Comme le professeur Roth le relève, l'effet utile de la libre circulation des marchandises ne permettrait pas une autre solution que de transposer les solutions élaborées dans le cadre des autres libertés de circulation à la libre circulation des marchandises, assurant ainsi un traitement analogue et similaire pour toutes les libertés de circulation⁹⁵⁸. Le professeur Förster souligne à ce titre que l'objectif d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur ne peut être atteint que si l'accès égal et libre audit marché est assuré, ce qui exige l'élaboration d'un régime cohérent et uniforme des entraves d'origine privée à toutes les libertés de circulation, sans différencier selon la libre circulation en cause⁹⁵⁹.

Dès lors, malgré certaines particularités inhérentes à la libre circulation des marchandises, il nous semble toutefois que le principe d'égalité et de similarité entre les libertés de circulation plaident dans le sens d'un traitement cohérent et global des entraves d'origine privée⁹⁶⁰.

Ayant étudié la jurisprudence de la Cour de justice relative aux entraves d'origine privée aux différentes libertés de circulation, il nous semble que la différenciation ne devrait pas être opérée selon la liberté de circulation en cause, mais selon d'autres critères qu'il convient d'identifier. En effet, comme le professeur Picod le souligne,

⁹⁵⁶ Comp. Conclusions de l'AG Trstenjak sur l'affaire *Fra.Bo* précitée, aff. C-171/11, pt. 46 s.

⁹⁵⁷ Dans le même sens Conclusions de l'AG Trstenjak sur l'affaire *Fra.Bo* précitée, aff. C-171/11, pt. 46 s (spéc. pt. 49).

⁹⁵⁸ ROTH W.-H., « Die horizontale Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit (Art 34 AEUV) », *op.cit.*, p. 24.

⁹⁵⁹ FÖRSTER Ph., *op.cit.*, p. 163.

⁹⁶⁰ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Introduction au marché intérieur*, *op.cit.*, p. 247 pt. 408.

« la voie la plus audacieuse consistant à prendre en considération l'entrave d'origine privée en tant que telle mériterait d'être explorée plus précisément »⁹⁶¹.

Après cette analyse de la jurisprudence, il ne peut plus être contesté que la Cour de justice reconnaît un effet horizontal aux libertés de circulation. En effet, il peut être déduit de cet aperçu jurisprudentiel que la Cour de justice tend vers un traitement global des entraves aux libertés de circulation. Une différenciation selon la liberté de circulation en cause ne paraît plus s'imposer. Toutefois, l'étude des arrêts pertinents a également démontré que la Cour de justice ne condamne pas toutes les mesures d'origine privée, mais semble différencier selon les mesures en cause. Dans le titre suivant, nous allons examiner pourquoi il est nécessaire de restreindre l'interdiction des entraves d'origine privée et d'élaborer une solution différenciée des effets horizontaux.

⁹⁶¹ PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », *op.cit.*, p. 123.

TITRE 2: LA NECESSAIRE RESTRICTION DE L'INTERDICTION DES ENTRAVES D'ORIGINE PRIVEE ET DES EFFETS HORIZONTALS

Le titre 1 de la première partie de la présente thèse a démontré que la Cour de justice a développé une jurisprudence relativement riche en matière d'entraves d'origine privée aux libertés de circulation. On ne saurait dès lors contester que les libertés de circulation déploient un effet horizontal⁹⁶². Or, le fondement, la nature ainsi que l'étendue de cet effet horizontal restent incertains⁹⁶³. Il n'est notamment pas aisé de savoir si l'extension du champ d'application des libertés de circulation s'étend à toutes les personnes privées ou seulement à certaines catégories de personnes privées, si l'extension couvre toutes les mesures d'origine privée ou seulement les mesures collectives ou discriminatoires⁹⁶⁴.

La doctrine⁹⁶⁵ a développé un grand nombre de théories pour systématiser la jurisprudence et pour ébaucher un concept d'entraves d'origine privée. Ces théories en toutes

⁹⁶² V. p. ex. ROTH W.-H., « Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags », in BEUTHIEN V., FUCHS M., ROTH H. *et al.*, *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2009, p. 403.

⁹⁶³ Du même avis: ROTH W.-H., « Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags », *op.cit.*, p. 403.

⁹⁶⁴ DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », in DUBOUT E. et MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 120.

⁹⁶⁵ V. p. ex. : PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 635 ; PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », in MICHEL V. (dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur. Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Paris, Bruylant, 2014, p. 119 ; DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 105 ; BLUMANN C. (dir.), *Commentaire Mégret. Marché intérieur : Libre circulation des personnes et des capitaux : Rapprochement des législations*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2006 ; BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Commentaire Mégret. Introduction au marché intérieur : libre circulation des marchandises*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 3e édition, 2015 ; MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *EuR*, 2014, p. 3 ; LENGAUER A.-M., *Drittwirkung von Grundfreiheiten*, Wien, Springer Verlag, 2011 ; PERNER S., *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013 ; PREEDY K., *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005 ; LÖWISCH St., *Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2009 ; FÖRSTER Ph., *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007 ; KOCH B., *Die Gewährleistungspflicht der Mitgliedstaaten zur Aufrechterhal-*

en commun de tourner autour des mêmes questions : faut-il reconnaître un effet horizontal direct, indirect, ou une combinaison des deux effets horizontaux ? Quelle est l'étendue de cet effet horizontal ? Quelles mesures et personnes sont concernées ? Quelles sont les éventuelles limites d'une reconnaissance d'un effet horizontal des libertés de circulation ? Quel est l'impact d'une telle reconnaissance dans l'ordre juridique de l'Union et dans les ordres juridiques nationaux ?

Tous ces différents concepts tournent, en réalité, autour de la question de savoir si et dans quelle mesure le respect des libertés de circulation peut être imposé aux personnes privées. Peut-on exiger de ces dernières qu'elles fassent systématiquement preuve de rationalité, cohérence et proportionnalité ? Certains auteurs se plaisent à imaginer des scénarios en se demandant si le droit de l'Union interdira à une organisation environnementale d'appeler publiquement les citoyens à renoncer aux voitures et aux avions, ou à un médecin de conseiller un patient d'arrêter de fumer⁹⁶⁶. Greta Thunberg peut-elle, avec ses appels à la protection de l'environnement, violer les libertés de circulation ?

Même si ces questionnements paraissent exagérés, il est légitime et même nécessaire de se poser la question de l'étendue et des limites de la reconnaissance d'un effet horizontal direct ou indirect des libertés de circulation. Vu le grand impact d'une telle reconnaissance, il est crucial de procéder à une systématisation de la jurisprudence relative aux entraves d'origine privée et de déterminer la portée d'un effet horizontal direct ou indirect des libertés de circulation.

Nous allons ainsi essayer, dans le présent titre, de démontrer pourquoi il est nécessaire de restreindre l'interdiction des entraves d'origine privée et des effets horizontaux. À cet effet, nous nous efforcerons d'identifier les excès de la généralisation

tung des Binnenmarktes, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2003; WERNICKE S., *Die Privatwirkung im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2002; LEIBLE St. (éd.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, München, Sellier, 2006; HINTERSTEININGER M., *Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999; ROTH W-H., « Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags », *op.cit.*, p. 403.

⁹⁶⁶ De telles exemples se trouvent, entre autres, chez Koch : KOCH B., *op.cit.*, p. 102.

pleine et entière de l'effet direct horizontal (Chapitre 1), pour élaborer ensuite une solution différenciée des effets horizontaux (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Les excès de la généralisation pleine et entière de l’effet direct horizontal

Il serait certainement tentant de reconnaître un effet direct horizontal plein et entier à toutes les libertés de circulation.

Mais que signifie la généralisation pleine et entière de l’effet direct horizontal ? Une telle généralisation, autrement dit une reconnaissance pleine et entière d’un effet direct horizontal des libertés de circulation, signifierait que toute mesure d’origine privée serait directement soumise au respect des obligations découlant des libertés de circulation. Cette obligation s’appliquerait à tous les actes émanant des personnes privées sans distinguer entre les différentes catégories de personnes privées, c’est-à-dire les individus, les associations, les entreprises et les organismes professionnels, ni distinguer entre les différentes mesures envisageables : les mesures directement ou indirectement discriminatoires et les mesures indistinctement applicables. Elle impliquerait qu’une personne privée pourrait directement invoquer une liberté de circulation à l’encontre d’une autre personne privée dans le cadre d’un litige entre particuliers porté devant un juge national qui, lui, serait appelé à apprécier la licéité de la mesure d’origine privée directement à la lumière des libertés de circulation.

Une telle généralisation présenterait, certes, l’avantage de la simplicité et de l’unité du régime applicable. Elle permettrait de ne pas procéder à des différenciations, mais d’appliquer une seule solution à toutes les situations données.

Or la généralisation pleine et entière de l’effet direct horizontal comporte également de nombreux risques.

Dans ce chapitre, consacré à la démonstration des risques et dangers inhérents à un excès de la généralisation pleine et entière de l’effet horizontal direct, nous examinerons les conséquences d’une applicabilité directe des libertés de circulation aux personnes privées (Section 1) avant d’essayer de démontrer en quoi la recherche d’une égalité substantielle des personnes privées est illusoire (Section 2).

Section 1: Les conséquences d'une applicabilité directe des libertés de circulation aux personnes privées

Afin d'être en mesure de comprendre les excès de la généralisation pleine et entière de l'effet direct horizontal, il importe d'en comprendre les conséquences.

Comme le juge Masing le fait remarquer dans le contexte de l'effet horizontal des droits fondamentaux, le « *thème de l'effet horizontal implique toujours la question de savoir dans quelle mesure le libéralisme d'une Constitution est relativisé par l'égalité et la compensation sociale. En définitive se pose le problème du rôle respectif des juges et des décideurs politiques dans le traitement réservé aux acteurs privés socialement puissants* »⁹⁶⁷.

Ceci qui est vrai pour l'effet horizontal des droits fondamentaux, l'est également pour l'effet horizontal des libertés de circulation, ce qui pose des questions diverses telle que la mise en balance entre égalité et libéralisme, le rôle respectif des juges et « *décideurs politiques* » et l'appréhension des actes émanant des « *acteurs privés socialement puissants* ». Il convient d'y ajouter la dimension européenne, c'est-à-dire l'incidence d'une reconnaissance d'un effet horizontal direct des libertés de circulation sur le système juridique des États membres et de l'Union.

Nous étudierons l'incidence de la reconnaissance pleine et entière de l'effet direct horizontal, successivement, sur les relations de droit privé (Paragraphe 1) puis sur le système juridique des États membres et de l'Union européenne (Paragraphe 2).

⁹⁶⁷ MASING J., « Avant-propos », in HOCHMANN T. et REINHARDT J., *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Edition Pedone, 2018, p. 6.

Paragraphe 1: L'incidence sur les relations de droit privé

Les ordres juridiques des États membres sont marqués par une distinction entre deux types de relations juridiques : les situations de droit public et les situations de droit privé⁹⁶⁸. La première situation est caractérisée par un rapport d'autorité accordant à cette autorité des privilèges justifiés par la défense des intérêts généraux⁹⁶⁹. Cette autorité, généralement attribuée à l'État et à ses organes, soumet les particuliers à un système de contraintes, théorisé par le biais du concept d'État de droit, en contrepartie de la défense des intérêts généraux⁹⁷⁰.

En revanche, les situations de droit privé sont caractérisées par un rapport d'égalité autonome entre les parties, basé sur une corrélation de droits et d'obligations⁹⁷¹. Contrairement aux relations verticales de droit public, les relations de droit privé reposent donc, en principe, sur une situation horizontale d'égalité⁹⁷².

Cette distinction entre droit privé et droit public joue également un rôle en droit de l'Union. Dans le contexte des entraves d'origine étatique, il est intéressant de noter que la Cour de justice a rarement sanctionné une mesure étatique qui relève du droit privé « pur » d'un État membre, dont notamment le droit des contrats, les règles relatives à la validité d'un acte juridique et le transfert de propriété⁹⁷³.

Certes, la Cour de justice n'exclut pas de son contrôle au regard des libertés de circulation le droit privé national présentant un lien avec l'économie⁹⁷⁴, mais elle semble accorder une certaine souplesse aux États membres⁹⁷⁵. Or cette réserve du contrôle jurisprudentiel ne concerne que le domaine « essentiel » du droit privé. Dans le cadre

⁹⁶⁸ AZOULAI L., « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2010, n° 46 (4), p. 844.

⁹⁶⁹ *Ibid.*

⁹⁷⁰ *Ibid.*

⁹⁷¹ *Ibid.*

⁹⁷² DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 105.

⁹⁷³ PERNER St., *op.cit.*, p. 84.

⁹⁷⁴ Le droit privé sans aucun lien avec l'économie ne saurait tomber sous le contrôle de la Cour de justice à la lumière des libertés de circulation, v. aussi EBERS M., *Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, p. 239.

⁹⁷⁵ PERNER S., *op.cit.*, p. 85.

des normes en matière de conflits de loi, du droit des sociétés et du droit de travail, en revanche, la Cour de justice exerce un plein contrôle des mesures étatiques⁹⁷⁶.

Cette jurisprudence consiste moins dans une différenciation au sein du droit privé excluant certains domaines de son contrôle, que dans une approche qui exclut d'un contrôle approfondi des normes de droit privé (matériel et procédural) qui n'ont pas pour objectif de réglementer les échanges commerciaux car ces normes s'avèrent trop incertaines ou indirectes pour affecter le marché intérieur⁹⁷⁷. Cette approche prévoit notamment que des différences dans les législations nationales ne sont, *a priori*, pas contraire aux libertés de circulation⁹⁷⁸.

Ainsi, la Cour de justice a constaté dans l'arrêt *Perfili* que selon une jurisprudence constante, les libertés de circulation « *ne visent pas les éventuelles disparités de traitement qui peuvent résulter, d'un État membre à l'autre, des divergences existant entre les législations des différents États membres du moment que celles-ci affectent toutes personnes tombant sous leur application, selon des critères objectifs et sans regard à leur nationalité* »⁹⁷⁹. Il s'ensuit que la Cour de justice n'exclut pas le droit privé des États membres de son contrôle au regard des libertés de circulation, mais ce contrôle est limité et accepte des divergences entre les législations, tant que les règles sont non-discriminatoires et objectives⁹⁸⁰.

Ce contrôle limité s'explique par le fait que le droit privé qui régit les relations et interactions privées est consubstantiel à tout échange commercial⁹⁸¹. Comme nous avons eu l'occasion de l'étudier dans le premier titre de la présente thèse, le marché intérieur est irréalisable sans échanges entre les personnes privées. L'échange est le sel de tout marché. Or, l'échange et toute interaction commerciale reposent sur le droit privé des États membres, et notamment sur le droit des contrats. Le droit privé règle la vente d'un bien, la prestation d'un service, la création d'une société,

⁹⁷⁶ *Ibid.*, p. 86.

⁹⁷⁷ EBERS M., *op.cit.*, p. 241.

⁹⁷⁸ *Ibid.*, p. 243.

⁹⁷⁹ CJCE, 1^{er} février 1996, *Perfili*, C-177/94, *Rec.* 1996, p. I-161, pt. 17.

⁹⁸⁰ EBERS M., *op.cit.*, p. 244.

⁹⁸¹ PERNER S., *op.cit.*, p. 87.

l'embauche d'un salarié, le paiement et les investissements et ainsi de suite. Tous les États membres prévoient des normes pour régler l'exercice de ces instruments et droits. Ces règles diffèrent parfois d'un État membre à l'autre.

Il n'empêche que, sans ces règles, toute transaction commerciale serait impossible. Il faut des instruments et normes qui réglementent les différentes transactions. À défaut de quoi, il n'y aurait plus de sécurité juridique, et l'arbitraire et l'anarchie s'appliqueraient.

Or le droit privé relève de la compétence des États membres. Chaque État membre prévoit, par exemple, ses propres normes relatives au transfert de propriété. Néanmoins, ces normes ne sont pas exclues du contrôle de la Cour de justice au regard des libertés de circulation puisque toutes les autorités étatiques, y compris le législateur, sont soumises au respect des obligations découlant des libertés de circulation. Une norme nationale de droit privé ne saurait échapper par principe au contrôle du juge de l'Union puisqu'elle est susceptible d'entraver les libertés de circulation.

Pour autant, le marché intérieur n'a pas pour objectif de supprimer toutes les normes de droit privé ni d'uniformiser le droit privé des États membres. Comme le professeur Frenz souligne à juste titre, le marché intérieur ne comprend pas un ordre juridique uniformisé, mais - en absence de mesures d'harmonisation - une coexistence de désormais 27 ordres juridiques nationaux⁹⁸².

Le marché intérieur vise à assurer le libre-échange des biens, services, personnes et capitaux au sein de l'Union. La Cour de justice peut donc être amenée à vérifier si une norme nationale est susceptible d'affecter le libre-échange, dans la mesure où elle constitue une restriction à l'une des libertés de circulation. De plus, comme il l'a été vu au titre précédent, la mesure en cause doit présenter un élément transfrontalier pour être appréciée à la lumière des libertés de circulation⁹⁸³. Le marché intérieur a en

⁹⁸² FRENZ W., *Handbuch Europarecht. Band 1: Europäische Grundfreiheiten*, Heidelberg, Springer Verlag, 2^e édition, 2012, p. 69, pt. 167.

⁹⁸³ EHLERS D., « § 7. Allgemeine Lehren », in EHLERS D. (éd.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Berlin, De Gruyter, 4^e édition, 2014, pt. 25.

effet essentiellement pour objectif de garantir l'accès aux différents marchés nationaux et d'assurer le libre-échange au sein de l'Union⁹⁸⁴.

Le marché intérieur demeure donc caractérisé par la coexistence d'une multitude d'ordres juridiques et de systèmes économiques.

Il incombe à la Commission par le biais du recours en manquement, et à la Cour de justice dans le cadre des renvois préjudiciels, de veiller à ce que les États membres n'usent pas du droit privé pour introduire des restrictions aux échanges et entraver le marché intérieur, tout en respectant les spécificités des différents droits privés étatiques qui n'ont pas pour effet de restreindre les échanges intraeuropéens⁹⁸⁵. La Cour de justice s'est donc efforcée d'atteindre un équilibre entre ces deux impératifs, ce à quoi elle est globalement parvenue⁹⁸⁶.

Même si le droit privé n'est pas uniformisé, il convient de constater qu'il a été fortement influencé - et modifié - par des mesures d'harmonisation basées sur différentes dispositions des traités constitutifs habilitant l'Union à adopter des règlements ou directives nécessaires, par exemple, au bon fonctionnement du marché intérieur, à la santé, à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, et ainsi de suite⁹⁸⁷. Les domaines de droit privé les plus affectés par de telles mesures d'harmonisation sont le droit de travail, le droit des sociétés et le droit de la protection des consommateurs⁹⁸⁸. S'y ajoutent les directives et règlements relatifs à l'établissement et le bon fonctionnement du marché intérieur, adoptés sur le fondement de l'article 26 TFUE, qui ont également un fort impact sur le droit privé des États membres⁹⁸⁹.

Ainsi, bien que le droit privé ne constitue pas la majorité des normes nationales soumises au contrôle juridictionnel du respect des libertés de circulation, il a néanmoins été influencé et modifié par la jurisprudence de la Cour de justice relative aux en-

⁹⁸⁴ *Ibid.*

⁹⁸⁵ PERNER S., *op.cit.*, p 87.

⁹⁸⁶ Du même avis : PERNER S., *op.cit.*, p. 86 s.

⁹⁸⁷ STREINZ R., « Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes », in LEIBL St. (éd.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, München, Sellier, 2006, p. 28.

⁹⁸⁸ *Ibid.*

⁹⁸⁹ *Ibid.*

traves d'origine étatique ainsi que par les mesures d'harmonisation. Une certaine « européanisation » indirecte des relations de droit privé peut donc être constatée, indépendamment des démarches visant directement à l'harmonisation de certaines relations de droit privé.

Pour autant, nous estimons que l'impact de la généralisation pleine et entière de l'effet direct horizontal irait bien au-delà de cette influence du droit de l'Union sur les relations de droit privé.

Pour comprendre l'impact d'une telle généralisation, il convient d'identifier les caractéristiques des relations de droit privé. Les relations de droit privé sont, en effet, caractérisées par un rapport entre personnes privées, c'est-à-dire, en principe un rapport d'égale autonomie, et une corrélation entre droits et obligations.

Contrairement aux États membres, les personnes privées disposent des droits fondamentaux et de l'autonomie privée. L'autonomie privée et les droits fondamentaux seront étudiés de manière détaillée dans la seconde partie de la présente thèse. Cependant, il est d'ores et déjà possible de relever que chaque personne en est titulaire. Ce constat ne saurait être négligé dans le cadre d'un litige entre particuliers né d'une entrave d'origine privée à une liberté de circulation. Le fait que toute personne privée soit titulaire des droits fondamentaux et de l'autonomie privée constitue une différence fondamentale par rapport aux situations impliquant les États membres et les institutions de l'Union européenne, laquelle doit être prise en compte.

Un litige entre particuliers dans lequel une personne privée fait valoir que l'une de ses libertés de circulation est entravée par une autre personne privée oppose donc deux personnes titulaires de l'autonomie privée et des droits fondamentaux et disposant, toutes les deux, des droits à la libre circulation. Dès lors, cette situation s'avère significativement plus complexe qu'un litige opposant une personne privée à l'État.

Par conséquent, il convient de tenir compte des particularités du droit privé afin que l'exercice des droits fondamentaux et de l'autonomie privée des personnes privées en cause ne soit pas restreint⁹⁹⁰.

Il est vrai, comme le professeur Dubout le remarque, que le droit privé des États membres subit déjà depuis de nombreuses années l'influence des libertés de circulation⁹⁹¹. Néanmoins, cette influence des libertés de circulation sur le droit privé n'est qu'indirecte pour les personnes privées dans la mesure où elles encadrent d'abord et surtout les mesures nationales, émanant d'une autorité publique⁹⁹².

Or, la reconnaissance d'un effet horizontal direct plein et entier des libertés de circulation aurait un impact beaucoup plus important sur les relations de droit privé. Comme le professeur Dubout le relève, une telle reconnaissance aurait pour conséquence que les libertés de circulation agiraient comme « *une source supplémentaire (...) d'encadrement de l'autonomie privée* »⁹⁹³, ce qui conduirait à une « *privatisation* » des libertés de circulation⁹⁹⁴. Chaque particulier agissant en tant que personne privée serait obligé de respecter pleinement les obligations découlant des libertés de circulation, ce qui limiterait considérablement son autonomie privée⁹⁹⁵.

Mais cette « privatisation » des libertés de circulation n'est pas le seul problème d'une généralisation pleine et entière de l'effet direct.

À notre avis, les critiques et les malaises ressentis face à l'hypothèse d'une telle reconnaissance pleine et entière d'un effet horizontal direct des libertés de circulation trouvent leur source dans le fait qu'elle conduirait, finalement, à une (vaste) réglementation des mesures d'origine privée par les juges. En réalité, la reconnaissance

⁹⁹⁰ V. aussi Partie II, Titre 1, Chapitre 2 de la présente thèse pour plus d'information sur les droits fondamentaux et l'autonomie privée.

⁹⁹¹ DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 108.

⁹⁹² *Ibid.*

⁹⁹³ DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 109.

⁹⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁹⁵ *Ibid.*, p. 117.

pleine et entière d'un effet horizontal direct des libertés de circulation constitue une question de réglementation.

Si une personne privée peut saisir le juge pour toute entrave à une liberté de circulation dans un litige entre particuliers et invoquer celle-ci à l'encontre d'une autre personne privée, ceci reviendrait à attribuer au juge un pouvoir considérable. Le juge pourrait se prononcer sur toute mesure d'origine privée (présentant un élément transfrontalier) au regard des libertés de circulation. Le pouvoir potentiel du juge serait alors presque sans limites.

Un tel contrôle exorbitant du juge entraîne deux problèmes majeurs. D'une part, il est susceptible de porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs. D'autre part, il conduirait à une violation du principe d'égalité devant la loi dans la mesure où un excès de contrôle du juge viserait l'égalité absolue des individus.

En ce qui concerne, d'abord, l'atteinte au principe de séparation des pouvoirs, il nous paraît indispensable d'étudier les bases de ce principe majeur, et notamment celles issues des réflexions de Montesquieu⁹⁹⁶.

Montesquieu souligne l'importance de séparer les trois pouvoirs étatiques - « *la puissance législative, la puissance exécutrice du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil* » - afin d'éviter les abus⁹⁹⁷.

Il accentue la nécessité de séparer la puissance de juger de la puissance législative et exécutrice pour assurer la liberté des citoyens : « *Il n'y a point de liberté si la puis-*

⁹⁹⁶ Il convient de noter que de nombreux autres auteurs ont fait des réflexions sur le principe de séparation des pouvoirs, parmi ceux figurent notamment Jean-Jaques ROUSSEAU, *Du Contrat social*, Livre III, Chapitre IV, 1762 et John LOCKE, *Second Traité sur le gouvernement civil*, 1690, qui soulignent la nécessité de séparer le pouvoir de faire les lois du pouvoir de les exécuter ; Marchamont NEEDHAM plaide également pour une séparation du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, *De la souveraineté du peuple, et de l'excellence d'un État libre*, tome second, Paris, Lavilette, 1790, p. 138s. V. aussi le professeur Eisenmann qui estime que le principe de séparation des pouvoirs ne trouve pas son fondement dans *L'esprit des lois* de Montesquieu, et que le lien fait par la « *quasi-unanimité* » de la doctrine entre *L'esprit des lois* de Montesquieu et le principe de séparation des pouvoirs repose sur une compréhension erronée de l'œuvre de Montesquieu : EISENMANN Ch., « L'Esprit des Lois et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges en l'honneur de R. Carré de Malberg*, Paris, Duchemin, 1933, p. 165 s.

⁹⁹⁷ MONTESQUIEU, « De l'esprit des lois », in DERATHÉ R. et DE CASABIANCA D., *L'esprit des lois*, tome I, Paris, Classiques Garnier, 2011, p. 168.

sance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire : car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. Tout serait perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçait ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers »⁹⁹⁸.

Quant au pouvoir du juge, Montesquieu précise qu'il « *pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait, en de certains cas, trop rigoureuse. Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. C'est donc la partie du corps législatif, que nous venons de dire être, dans une autre occasion, un tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci ; c'est à son autorité suprême à modérer la loi en faveur de la loi même ; en prononçant moins rigoureusement qu'elle »⁹⁹⁹. Ainsi, dans le modèle de Montesquieu, le rôle du juge est limité à l'application de la loi dans un cas précis. Il appartient au législateur de « modérer la loi » et de délimiter les différentes sphères juridiques des sujets de droit en adoptant les lois sur la base desquelles le juge rendra sa décision.*

Après avoir décrit les missions respectives du pouvoir législatif, exécutif et judiciaire, Montesquieu souligne la nécessité que ces trois puissances publiques fonctionnent « de concert » : « *Ces trois puissances devraient former un repos ou une inaction. Mais comme, par le mouvement nécessaire des choses, elles sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert »¹⁰⁰⁰.*

Ainsi, Montesquieu sépare les trois pouvoirs en leur attribuant à chacun des tâches précises. Les abus de pouvoir sont empêchés puisque les différents pouvoirs se surveillent mutuellement.

⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 169.

⁹⁹⁹ *Ibid.*, p. 176.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, p. 177.

Ce principe de séparation des pouvoirs gouverne tous les ordres juridiques des États membres et, avec certaines adaptations nécessaires en raison des particularités liées à l'Union européenne, l'ordre juridique de l'Union¹⁰⁰¹. La généralisation pleine et entière de l'effet direct horizontal mettrait en péril cette séparation des pouvoirs.

Tout d'abord, elle rendrait floue la séparation des pouvoirs entre le législateur et le juge. Car suivant le principe de séparation des pouvoirs tel qu'étudié ci-dessus, il incombe, en principe, au législateur de procéder à la délimitation des différentes sphères juridiques en adoptant des normes claires, détaillées et précises qui constituent la base des décisions du juge¹⁰⁰².

Or, en cas d'une généralisation d'un effet direct horizontal, le juge pourrait être amené à procéder à un contrôle généralisé des mesures d'origine privée au regard des libertés de circulation. Ce faisant, le juge devrait, de manière généralisée, procéder à une mise en balance entre les droits et intérêts des personnes privées en cause puisque ces dernières sont titulaires des droits fondamentaux et de l'autonomie privée ainsi que des droits à la libre circulation. Une telle généralisation risquerait de complexifier considérablement les litiges devant les juges nationaux et entraînerait des saisines multiples de la Cour de justice.

Comme le droit de l'Union est marqué par l'absence de règles claires et précises lui donnant les outils pour résoudre un tel conflit, le juge risquerait d'excéder ses compétences en se substituant au législateur¹⁰⁰³. Il incomberait alors au juge et non pas au législateur de délimiter les différentes sphères juridiques des sujets de droit, et ceci d'une manière généralisée et vaste. Ceci poserait également des problèmes de sécurité juridique puisque le juge devrait examiner toutes mesures d'origine privée susceptible

¹⁰⁰¹ Pour plus d'information sur le principe de séparation des pouvoirs dans l'UE comp. notamment : ROJAS-HUTINEL N., *La séparation du pouvoir dans l'Union européenne*, Paris, Éditions Mare&Martin, 2017.

¹⁰⁰² Dans le même sens pour l'effet horizontal des droits fondamentaux : HESSE K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 20^e édition, 1995, p. 159.

¹⁰⁰³ Dans le même sens pour l'effet horizontal des droits fondamentaux allemands : HESSE K., *op.cit.*, p. 159.

d'entraver les libertés de circulation au regard de ces dernières, ce qui entraînerait une grande insécurité pour les personnes privées¹⁰⁰⁴.

Dans ce sens, le professeur Van der Walt critique vivement l'arrêt *Laval* dans lequel la Cour de justice aurait, selon le professeur, « *non seulement confirmé la primauté et la suprématie de la loi européenne existante, mais aussi sa propre primauté ou suprématie en tant qu'auteure des nouvelles lois européennes* »¹⁰⁰⁵.

Car en principe, au vu de la séparation des pouvoirs et de la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, il incombe, en premier lieu, aux législateurs nationaux de droit privé - eux-mêmes tenus de respecter les obligations découlant des libertés de circulation - de prévoir des règles garantissant le respect des libertés de circulation par les personnes privées.

Le juge intervient dans un second temps, lorsqu'il est appelé à appliquer et interpréter la loi. Ce faisant, il doit choisir, dans la mesure du possible, l'interprétation conforme au droit de l'Union et notamment aux libertés de circulation.

Or, la reconnaissance pleine et entière d'un effet horizontal qui soumet toutes mesures d'origine privée au respect des libertés de circulation aurait pour conséquence de permettre au juge de réglementer les actes et comportements privés. Le juge serait appelé dans chaque cas d'espèce à déterminer si, au regard des libertés de circulation, une mesure d'origine privée constitue une entrave et si elle peut éventuellement être justifiée. Si toutes les mesures émanant de toutes les différentes catégories de personnes privées susceptibles d'entraver une liberté de circulation risqueraient de tomber sous le contrôle du juge, cela conduirait à un gouvernement des juges¹⁰⁰⁶, à une réglementation par les juges. La généralisation pleine et entière de l'effet horizontal mettrait donc fin au principe de la séparation des pouvoirs. À travers des litiges entre

¹⁰⁰⁴ GARDE A. et MAHÉ S., « L'affaire viking : dans quelle mesure une action syndicale collective peut-elle constituer un obstacle à la liberté d'établissement ? », *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, 2009, n° 524, p. 100 ; LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 410.

¹⁰⁰⁵ VAN DER WALT J., « La révolution de l'effet horizontal et la question de la souveraineté », in HOCHMANN T. et REINHARDT J., *op.cit.*, p. 90.

particuliers, la reconnaissance pleine et entière d'un effet horizontal direct changerait fondamentalement la structure de l'ordre juridique de l'Union et des États membres.

De plus, le juge serait appelé à installer, en réalité, non pas une égalité devant la loi de tous les citoyens européens, mais une égalité substantielle. Nous étudierons en détail la différence entre ces deux notions dans la section suivante. Pour le moment, il est suffisant de constater qu'un contrôle exorbitant des juges est susceptible de menacer la séparation des pouvoirs et conduirait, en réalité, à leur attribuer un vaste pouvoir de réglementation des actes et comportements privés.

Car les libertés de circulation couvrent une large gamme de domaines et transactions entre particuliers : les relations de travail, la création et le transfert d'un établissement, la vente d'un bien, la prestation d'un service, la conclusion d'un contrat de bail, la réalisation d'un investissement, la conclusion d'un contrat d'assurance, les négociations syndicales, l'élaboration des normes techniques et ainsi de suite. Cette large gamme de domaines et transactions potentiellement concernés par un contrôle juridictionnel mettrait la quasi-totalité des transactions privées sous le contrôle et la supervision du juge.

Un tel excès de contrôle rapprocherait l'Union européenne d'un système de contrôle absolu et mettrait fin à l'économie de marché ouverte. Or, l'Union européenne se fonde sur une économie de marché ouverte, où la concurrence est libre et qui protège la liberté contractuelle ainsi que la liberté d'entreprendre¹⁰⁰⁷.

Le remplacement de l'économie de marché ouverte par une réglementation quasi totale des mesures d'origine privée par le juge conduirait donc non seulement à un gouvernement des juges, mais irait à l'encontre de l'État de droit, de la séparation des pouvoirs et des objectifs du marché intérieur, qui visent avant tout le libre-échange et le rapprochement des peuples, et non pas un contrôle exorbitant par les juges de toutes les transactions entre particuliers.

¹⁰⁰⁶ Pour plus d'information relative à la notion de « gouvernement des juges », comp. : TERRÉ D., *Les questions morales du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 2007, Chapitre II, Le gouvernement des juges, p. 167-191.

¹⁰⁰⁷ EBERS M., *op.cit.*, p. 703.

Un excès de contrôle entraînerait donc un grand nombre de conséquences négatives pour la séparation des pouvoirs, le marché intérieur et son économie de marché ouverte ainsi que la liberté des personnes privées. Ceci démontre qu'une interprétation extensive, quoique conforme aux traités, peut avoir des effets indésirables qui rendent un ajustement jurisprudentiel souhaitable.

Une telle nécessité d'ajustement était à l'origine de la jurisprudence *Keck et Mithouard*. En effet, à la suite de son interprétation très vaste de la notion d'entrave, la Cour de justice s'est vue confrontée à un grand nombre de litiges dans lesquels les opérateurs économiques contestaient différentes mesures étatiques. Ceci avait pour effet que toute mesure étatique qui réglementait les transactions économiques était susceptible de constituer une entrave à la libre circulation. Les opérateurs économiques usaient de l'interprétation extensive d'entrave donnée par la Cour pour lutter contre toute forme de régulation de leurs comportements sur le marché. Confrontée à une vague de litiges qui affectait largement la compétence des États membres à réglementer les interactions économiques entre les particuliers, la Cour de justice a développé la jurisprudence *Keck* et a limité son contrôle des mesures étatiques en excluant certaines modalités de vente.

En renvoyant à cette jurisprudence, nous ne voulons pas dire que la solution élaborée dans l'arrêt *Keck* était la meilleure solution envisageable. En effet, elle a été critiquée à maintes reprises et cela à juste titre. Contrairement au professeur Ganten¹⁰⁰⁸, nous ne plaidons pas pour une application modifiée de cette jurisprudence aux mesures d'origine privée. Mais nous estimons que cette jurisprudence et notamment les événements qui ont conduit au développement de cette jurisprudence démontrent parfaitement les risques d'une interprétation extensive susceptible de susciter un contentieux massif pour la Cour de justice. Même si la solution établie par la Cour de justice dans l'arrêt *Keck* n'est sans doute pas la solution idéale - et a d'ailleurs été modifiée

¹⁰⁰⁸ GANTEN T.O., *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten. Die EG-Grundfreiheiten als Grenze der Handlungs- Vertragsfreiheit im Verhältnis zwischen Privaten*, Berlin, Duncker&Humblot, 2000.

et précisée depuis¹⁰⁰⁹ - elle était nécessaire pour contrebalancer l'excès intervenu au préalable.

Dans cette mesure, la jurisprudence *Keck* peut servir d'avertissement. C'est un appel qui nous signale les dangers liés à un excès d'interprétation et de contrôle exercé par la Cour de justice. Les risques sont d'ailleurs similaires : dans l'hypothèse d'une généralisation pleine et entière de l'effet direct horizontal, il y aurait, effectivement, un grand risque que certains opérateurs économiques invoquent l'effet direct des libertés de circulation pour contester toute mesure d'origine privée qu'ils estimeraient inappropriée ou qui irait tout simplement à l'encontre de leurs intérêts. Ainsi, les libertés de circulation pourraient être détournées de leurs objectifs et être utilisées de manière abusive. Un tel appel excessif et même abusif au juge aurait pour conséquence de conduire à une réglementation extensive des mesures d'origine privée par le juge, avec toutes les conséquences que nous avons élaborées ci-dessus.

Les dangers d'un tel excès sont donc comparables aux dangers qui ont conduit à l'élaboration de la jurisprudence *Keck et Mithouard*. En même temps, ces dangers sont encore accrus puisque l'opérateur économique ne conteste pas une mesure étatique, mais une mesure émanant d'une personne privée. Or les personnes privées sont titulaires des droits fondamentaux, de l'autonomie privée et elles-mêmes titulaires des droits à la libre circulation, ce qui rend la situation considérablement plus difficile.

Après avoir démontré l'incidence excessive qu'une généralisation pleine et entière de l'effet direct horizontal aurait sur les relations de droit privé, nous examinerons désormais l'incidence d'un tel excès sur le système juridique des États membres et de l'Union européenne.

¹⁰⁰⁹ Pour la jurisprudence v. notamment : CJCE, 10 février 2009, *Commission/Italie*, aff. C-110/05, *Rec.* 2009, p. I-519 ; CJUE, 4 juin 2009, *Mickelsson*, aff. C-142/05, *Rec.* 2009, p. I-4273. Pour la doctrine comp. notamment : PICOD F., « La jurisprudence Keck et Mithouard a-t-elle un avenir ? », in AZOULAI L. (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 47 s ; VIAL C., *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 25 s ; BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Introduction au marché intérieur*, *op.cit.*, p. 277 pt. 450 ;

Paragraphe 2: L'incidence sur le système juridique des États membres et de l'Union européenne

La question de la reconnaissance d'un effet horizontal direct est non seulement une question qui touche aux relations de droit privé, mais aussi une question qui touche à la répartition des compétences entre l'Union et les États membres¹⁰¹⁰.

À cet égard, il peut être intéressant d'examiner la question des compétences entre l'Union et les États membres à la lumière du concept de « république fédérative » ou « fédération », tel qu'il a été développé au 17^{ème} et 18^{ème} siècle.

Pour Montesquieu, la république fédérative est « *une manière de constitution qui a tous les avantages intérieurs du gouvernement républicain, et la force extérieure du monarchique* »¹⁰¹¹. Il les définit comme « *une convention par laquelle plusieurs corps politiques consentent à devenir citoyens d'un État plus grand qu'ils veulent former. C'est une société des sociétés, qui en font une nouvelle, qui peut s'agrandir par de nouveaux associés qui se sont unis* »¹⁰¹².

Le philosophe Pufendorf avait défini une fédération de manière similaire, estimant qu'elle consiste en plusieurs peuples qui s'unissent, tout en restant des États distincts, dans le but de leur conservation et défense mutuelle, et qui font à cet effet dépendre de leur commun consentement l'exercice de certaines parties de leur souveraineté¹⁰¹³. L'objectif d'une fédération, selon Pufendorf, est l'exclusion du risque de guerre entre les états de la fédération¹⁰¹⁴.

La définition de la fédération de Montesquieu qui a complété celle de Pufendorf souligne qu'une fédération consiste dans l'union volontaire et libre de plusieurs États et

MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *Europäisches Unionsrecht*, tome 1, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 7^e éd., 2015, pt. 247.

¹⁰¹⁰ Du même avis: BURGI M., « Mitgliedstaatliche Garantienpflicht statt unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten », *EWS*, 1999, n° 9, p. p. 330.

¹⁰¹¹ MONTESQUIEU, « De l'esprit des lois », *op.cit.*, p. 141.

¹⁰¹² *Ibid.*

¹⁰¹³ HEYMANN J., *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Paris, Economica, 2010, p. 22.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*, p. 23.

s'oppose donc à toute union par la force, soit les conquêtes¹⁰¹⁵. La fédération est généralement fondée sur un pacte ou une convention, c'est-à-dire un instrument par lequel les états expriment leur libre volonté de s'unir pour atteindre certains objectifs visés¹⁰¹⁶.

L'Union européenne correspond à la définition établie au 17^{ème} et 18^{ème} siècle. Elle est composée de plusieurs corps politiques, les États membres, qui ont consenti à devenir « citoyens d'un État plus grand » qu'ils ont voulu former. L'Union constitue une « société des sociétés », susceptible de s'agrandir en accueillant des nouveaux États membres, comme l'histoire de la construction européenne l'a démontrée. Le statut de la citoyenneté de l'Union témoigne particulièrement bien de la volonté de devenir « citoyens d'un État plus grand » ainsi que de la volonté de constituer une nouvelle « société des sociétés ».

De plus, la citoyenneté de l'Union correspond à un autre élément important d'une fédération : l'existence d'une double citoyenneté¹⁰¹⁷. Une fédération connaît, effectivement, deux citoyennetés, la citoyenneté fédérale, commune à l'ensemble de la population unie au sein de la fédération, et la citoyenneté de l'État membre¹⁰¹⁸. Il n'y a pas de hiérarchie entre ces deux citoyennetés¹⁰¹⁹. En droit de l'Union, la citoyenneté de l'Union est conférée par l'article 20 TFUE, qui précise, dans son premier paragraphe, que « *la citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas* ». La citoyenneté de l'Union vise à exprimer le lien de rattachement spécifique entre l'individu et l'Union et se distingue de la nationalité des États membres¹⁰²⁰.

Quant à l'organisation interne de la république fédérative, Montesquieu souligne l'importance de choisir des représentants et affirme les avantages d'un système de

¹⁰¹⁵ *Ibid.*

¹⁰¹⁶ *Ibid.*, p. 24.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, p. 29.

¹⁰¹⁸ *Ibid.*

¹⁰¹⁹ HEYMANN J., *op.cit.*, p. 29.

¹⁰²⁰ *Ibid.*, p. 66.

représentation locale qu'on pourrait aussi décrire comme un système du plus petit dénominateur commun¹⁰²¹.

Ici encore, l'Union européenne présente de multiples similitudes avec le concept de Montesquieu. Elle est composée de plusieurs États souverains, unis sous un toit commun, l'Union européenne. Cette union d'États est soumise à une gouvernance collective exercée par la Commission européenne qui, elle, est composée de membres nommés par leurs pays respectifs.

En vertu du principe de subsidiarité, ce qui peut être réglé au niveau local, doit l'être. Les compétences de l'Union sont limitées aux affaires qui nécessitent une réglementation au niveau européen. Il en est de même pour l'accès au juge. Le juge national est ainsi qualifié de « *juge communautaire de droit commun* »¹⁰²². Si une personne privée veut saisir un juge pour un litige qui concerne le droit de l'Union, elle saisit son juge national qui tranchera du litige. C'est seulement en cas de manque de clarté, de doute ou d'éventuelle invalidité d'un acte de droit de l'Union que l'affaire est renvoyée à la Cour de justice pour que cette dernière éclaircisse le droit de l'Union. Ainsi, l'Union européenne est marquée par le principe du plus petit dénominateur commun ainsi que par les principes de coopération et de supervision mutuelle des différents pouvoirs publics, nationaux et européens¹⁰²³.

L'Union européenne pourrait alors être définie comme une union d'États, une *res publica composita*¹⁰²⁴.

Une telle *res publica composita* repose non seulement sur un système complexe de répartition des compétences entre l'Union et les États membres, mais également sur un système complexe de répartition des compétences des différents organes et institutions de l'Union elle-même. Ce système de compétences et pouvoirs définis est indis-

¹⁰²¹ *Ibid.*, p. 171.

¹⁰²² Comp. CANIVET G., « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et société*, n° 20-21, 1992, p. 133-141.

¹⁰²³ V. aussi ROJAS-HUTINEL N., *op.cit.*, p. 74 et p. 84 s.

¹⁰²⁴ HEYMANN J., *op.cit.*, p. 21.

pensable pour garantir que l'Union européenne respecte le principe de l'État de droit et de la séparation des pouvoirs.

Pour répondre à ces exigences, l'Union européenne est caractérisée par une grande interdépendance de ses organes. Les différentes formes de coopérations entre les organes, par exemple dans l'adoption d'une norme européenne, créent ces interdépendances et assurent l'équilibre institutionnel au sein de l'Union¹⁰²⁵. Ce principe prévoit que chaque institution de l'Union doit se cantonner à la limitation de sa sphère de compétence telle qu'établie par les traités¹⁰²⁶. Dès lors, l'équilibre institutionnel assure la séparation des pouvoirs dans le sens d'un contrôle mutuel de pouvoirs entre les organes de l'Union¹⁰²⁷. La Cour de justice joue un rôle particulier dans ce contrôle interinstitutionnel en surveillant l'adoption et l'application du droit de l'Union. Ainsi, en contrôlant les organes législatifs et exécutifs de l'Union, la Cour de justice constitue le garant de l'équilibre institutionnel¹⁰²⁸.

De plus, le droit de l'Union prévoit un système efficace de protection de droits individuels dans lequel la protection juridictionnelle est assurée par le juge national, en collaboration avec la Cour de justice¹⁰²⁹.

Cet équilibre institutionnel qui empêche les abus de pouvoir et les concentrations de pouvoir dans un seul organe est également dans l'intérêt des États membres puisqu'il veille à la bonne répartition des compétences entre les États membres et l'Union¹⁰³⁰.

En effet, depuis les origines de l'Union, la répartition des compétences repose sur le principe d'attribution, c'est-à-dire des compétences attribuées à l'Union par les traités constitutifs, le principe de subsidiarité et le principe de proportionnalité, désormais

¹⁰²⁵ V. CJCE, 13 juin 1958, *Meroni*, aff. 10/56, *Rec.* 1958, p. 53; comp. aussi ROJAS-HUTINEL N., *op.cit.*, p. 97 s; GOETERS H., *Das institutionelle Gleichgewicht - seine Funktion und Ausgestaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, p. 251.

¹⁰²⁶ ROJAS-HUTINEL N., *op.cit.*, p. 97.

¹⁰²⁷ GOETERS H., *op.cit.*, p. 251.

¹⁰²⁸ *Ibid.*, p. 253.

¹⁰²⁹ *Ibid.*, p. 254.

¹⁰³⁰ GOETERS H., *op.cit.*, p. 272.

visé à l'article 5 TUE¹⁰³¹. L'Union ne dispose pas d'une compétence-compétence¹⁰³². Il appartient aux États membres en tant que « maîtres des traités » d'élargir les compétences de l'Union en lui attribuant des nouvelles compétences¹⁰³³.

Il s'ensuit que la compétence de l'Union est limitativement énumérée alors que la compétence des États membres demeure le principe¹⁰³⁴. Ainsi, l'Union correspond parfaitement à la définition de fédération que nous venons d'étudier¹⁰³⁵.

Cette répartition des compétences est également importante pour le marché intérieur. Comme nous avons pu l'observer dans le premier titre de la présente thèse, le marché intérieur est un élément clé de la construction européenne. Étant d'une telle importance pour la construction européenne, il est indispensable que l'Union dispose de toutes les compétences nécessaires pour assurer l'établissement et le bon fonctionnement du marché intérieur.

Ceci est d'autant plus crucial que le marché intérieur vise l'intégration européenne et le rapprochement des peuples. Ce rapprochement des peuples ne doit pas être atteint par la suppression des particularismes nationaux, mais par un échange commercial libre des biens, personnes, services et capitaux¹⁰³⁶. L'intégration européenne doit donc se faire progressivement grâce au marché intérieur et non pas d'un seul coup via une réglementation qui unit de force les droits privés nationaux et dicte aux personnes privées comment ces dernières doivent se comporter.

Or, la généralisation pleine et entière de l'effet direct aurait pour effet d'installer un système de réglementation par le juge de l'Union au sein duquel toute mesure, même d'origine privée, serait interdite si elle est susceptible d'affecter le libre-échange, sauf

¹⁰³¹ HEYMANN J., *op.cit.*, p. 59 s ; ÖHLINGER T. et POTACS M., *EU-Recht und staatliches Recht. Die Anwendung des Europarechts im innerstaatlichen Bereich*, Wien, LexisNexis, 5^e édition, 2014, p. 13.

¹⁰³² HEYMANN J., *op.cit.*, p. 59s ; ÖHLINGER T. et POTACS M., *op.cit.*, p. 13.

¹⁰³³ ÖHLINGER T. et POTACS M., *op.cit.*, p. 13.

¹⁰³⁴ HEYMANN J., *op.cit.*, p. 62.

¹⁰³⁵ *Ibid.*

¹⁰³⁶ LARRÈRE C., « Montesquieu et l'idée de fédération », in POSTIGLIOLA A. et BOTTARO PALUMBO M.G. (éd.), *L'Europe de Montesquieu : actes du colloque de Gênes, 26-29 mai 1993*, Napoli, Liguori Editore, 1995, p. 152.

si une telle mesure peut être justifiée¹⁰³⁷. Cette dérégulation conduirait *de facto* à une harmonisation forcée du droit privé des États membres par le juge¹⁰³⁸, ce qui est à la fois contraire à la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, au principe de subsidiarité et au principe de la séparation des pouvoirs. Il n'incombe pas à la Cour de justice de soumettre les États membres à une politique économique, et encore moins de réglementer de manière généralisée les relations de droit privé.

Comme nous l'avons constaté dans les paragraphes précédents, une telle généralisation aurait, de plus, pour conséquence que les personnes privées pourraient directement invoquer les libertés de circulation à l'encontre de toute autre personne privée dans un litige entre particuliers devant le juge national, et ceci pour contester toute mesure d'origine privée présentant un lien d'extranéité, sans appui à des mesures législatives européennes ou nationales.

De ce fait, la reconnaissance pleine et entière de l'effet direct affecte la répartition des compétences entre les États membres et l'Union, mais aussi l'équilibre institutionnel de l'Union, en l'occurrence l'équilibre entre le législateur de l'Union et la Cour de justice dans la mesure où la Cour de justice risque de se substituer au législateur de l'Union¹⁰³⁹.

Car une telle reconnaissance pleine et entière d'un effet horizontal direct des libertés de circulation aurait pour effet que certains domaines du droit national privé (et administratif) devraient céder la place au droit de l'Union. Le législateur et le juge national seraient, dans les domaines concernés, remplacés par la Cour de justice¹⁰⁴⁰. Or, en analysant le champ d'application des libertés de circulation, nous pouvons constater que la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement, la libre prestation des services, la libre circulation des marchandises et la libre circulation des capitaux et des moyens de paiement ont le potentiel d'affecter un grand nombre de domaines de droit, notamment en droit privé et en droit administratif.

¹⁰³⁷ EBERS M., *op.cit.*, p. 474.

¹⁰³⁸ *Ibid.*

¹⁰³⁹ *Ibid.*, p. 703.

¹⁰⁴⁰ BURGI M., « Mitgliedstaatliche Garantienpflicht statt unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 330.

Pour autant, l'Union n'a pas de compétence de procéder à une harmonisation (absolue) des relations de droit privé, encore moins la Cour de justice. Même si la Cour de justice exerce un contrôle des mesures étatiques au regard des libertés de circulation, une généralisation pleine et entière de l'effet direct soumettrait la quasi-totalité des transactions entre particuliers au contrôle de la Cour de justice. Or, une telle réglementation (ou déréglementation) des transactions privées emporterait un accroissement important du pouvoir de la Cour de justice au-delà de ses compétences ordinaires, ce qui comporte le risque d'une harmonisation forcée des relations privées par le juge.

La réglementation des relations de droit privé relève de la compétence des États membres. Comme nous l'avons constaté ci-dessus, le marché intérieur ne vise pas une totale harmonisation. Encore plus important, le marché intérieur ne vise pas à contrôler tout échange commercial, tout contrat ou transaction économique entre personnes privées. Un tel contrôle serait excessif et mettrait en péril le bon fonctionnement du marché intérieur. De plus, la Cour de justice excéderait ses compétences tant par rapport au législateur de l'Union que par rapport aux États membres.

Tout comme dans le cadre des mesures étatiques, il faut donc trouver le juste milieu entre une absence de contrôle et un excès de contrôle.

Une absence de contrôle des entraves émanant des personnes privées risque de mettre en danger le bon fonctionnement du marché intérieur et priverait potentiellement les particuliers d'une partie de leurs droits à la libre circulation. Un excès de contrôle, en revanche, entraverait les relations de droit privé ainsi que le système juridique des États membres et de l'Union européenne.

Les incidences sur les relations de droit privé et sur le système juridique des États membres et de l'Union européenne ne sont pas les seules conséquences néfastes d'une généralisation pleine et entière de l'effet direct horizontal. À travers la réglementation (excessive) des transactions privées, le juge pourrait être amené à rechercher l'établissement d'une égalité substantielle des personnes privées. La réglementation des mesures d'origine privée par le juge comporte, en effet, le risque de vouloir

compenser toutes les inégalités entre les personnes privées, visant ainsi non pas l'égalité devant la loi, mais l'égalité substantielle.

Dans la section suivante, nous allons étudier les dangers de la recherche illusoire d'une égalité substantielle.

Section 2: La recherche illusoire d'une égalité substantielle

D'après Aristote, l'égalité, telle que définie dans *Éthique à Nicomaque*, consiste à « *traiter semblablement les choses qui sont semblables, mais à traiter des choses dissemblables de manière dissemblable* »¹⁰⁴¹.

Cette définition semble évidente, mais se révèle difficile à appliquer dans la pratique. Comment déterminer si l'on est en présence d'une situation comparable ou non ? Et quelle forme d'égalité vise-t-on ?

Dans cette section, nous allons comparer l'égalité devant la loi et l'égalité substantielle et délimiter l'une de l'autre (Paragraphe 1). Ensuite, nous allons examiner pourquoi il est nécessaire de protéger l'égalité devant la loi de toutes les personnes privées (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'égalité devant la loi en concurrence avec l'égalité substantielle

Afin de comprendre l'impact d'un excès de généralisation pleine et entière de l'effet direct horizontal au principe d'égalité, il convient au préalable d'étudier ce qui distingue l'égalité devant la loi de l'égalité substantielle. Il est, à cet égard, utile de se référer aux distinctions opérées par Montesquieu.

Montesquieu définissait l'égalité comme suit : « *Autant que le ciel est éloigné de la terre, autant le véritable esprit d'égalité l'est-il de l'esprit d'égalité extrême. Le pre-*

mier ne consiste point à faire en sorte que tout le monde commande, ou que personne ne soit commandé : mais à obéir et à commander à ses égaux. Il ne cherche pas à n'avoir point de maître, mais à n'avoir que ses égaux pour maîtres »¹⁰⁴².

Montesquieu procède ensuite à une distinction plus concrète de l'égalité devant la loi par rapport à l'égalité substantielle : « *Dans l'état de nature, les hommes naissent bien dans l'égalité ; mais ils n'y sauraient rester. La société la leur fait perdre, et ils ne redeviennent égaux que par les lois. Telle est la différence entre la démocratie réglée et celle qui ne l'est pas, que, dans la première, on n'est égal que comme citoyen, et que, dans l'autre, on est encore égal comme magistrat, comme sénateur, comme juge, comme père, comme mari, comme maître. La place naturelle de la vertu est auprès de la liberté ; mais elle ne se trouve pas plus auprès de la liberté extrême qu'auprès de la servitude »¹⁰⁴³.*

Il souligne que « *la liberté politique ne consiste point à faire ce que l'on veut. Dans un État, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir »¹⁰⁴⁴. Ainsi, pour Montesquieu, la liberté est « *le droit de faire tout ce que les lois permettent ; et si un citoyen pouvait faire ce qu'elles défendent, il n'aurait plus de liberté, parce que les autres auraient tout de même ce pouvoir »¹⁰⁴⁵.**

Cette définition élaborée par Montesquieu couvre une grande partie de ce que nous entendons aujourd'hui par l'égalité devant la loi par opposition à l'égalité substantielle ou absolue.

Notre conception juridique de l'égalité est étroitement liée à la manière dont ce concept a été élaboré historiquement, notamment au moment de la Révolution française.

¹⁰⁴¹ V. FABRE A., « L'égalité en droit privé », in AKANDJI-KOMBÉ J.-F., PÉCAUT-RIVOLIER L. et STRUILLLOU Y. (dir.), *Égalité et droit social*, Paris, IRJS Éditions, 2014, p. 88.

¹⁰⁴² MONTESQUIEU, « De l'esprit des lois », *op.cit.*, p. 124.

¹⁰⁴³ *Ibid.*, p. 125.

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*, p. 167.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*, p. 167.

L'Ancien Régime était marqué par d'importantes inégalités, tant institutionnelles que réelles¹⁰⁴⁶. Il n'est donc pas étonnant que le principe d'égalité ait constitué un principe fondamental de la Révolution française. Cependant, la notion d'égalité n'est pas une notion stable, mais ambiguë et évolutive¹⁰⁴⁷. Elle a eu des significations différentes suivant le temps, de sorte que la notion d'égalité telle que comprise par les Révolutionnaires du 18^{ème} siècle n'est pas celle de nos jours.

Au 18^{ème} siècle, le principe d'égalité devant la loi visait essentiellement l'abolition des privilèges tenant à la naissance en faisant en sorte que la loi soit la même pour tous¹⁰⁴⁸. À la suite de la révolution industrielle au 19^{ème} siècle, le positionnement économique et social devint la première source d'inégalité. C'est pourquoi au 20^{ème} siècle, le principe d'égalité ne visait pas seulement l'égalité des droits mais visait également une égalité « plus réelle » en ne traitant de manière égale que les situations identiques¹⁰⁴⁹.

Au cours du 19^{ème} et surtout au 20^{ème} siècle, le mouvement ouvrier s'est constitué en réaction au capitalisme industriel¹⁰⁵⁰. La grande crise économique de 1929 a bouleversé l'Europe et a conduit à une révision du système libéral¹⁰⁵¹. L'ordre public s'oriente de plus en plus vers un ordre public économique et social qui influence le droit privé en limitant une appréhension trop extensive de la liberté contractuelle¹⁰⁵². Ainsi, l'ordre public social développé au 20^{ème} siècle vise à rétablir une certaine égalité entre les contractants en protégeant les parties les plus faibles¹⁰⁵³.

Ce court aperçu historique permet de démontrer que la conception juridique d'égalité a évolué au fil du temps. En effet, le concept de l'égalité devant la loi a été adapté aux exigences politiques, économiques et sociales auxquelles les personnes ont été confrontées.

¹⁰⁴⁶ GOUTIERRE P.-H., *Le principe d'égalité devant la loi dans les rapports salariés-employeurs*, thèse, Université Panthéon-Assas, 1977, p. 3.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*

¹⁰⁴⁸ Article 3 de la Déclaration de 1795 et GOUTIERRE P.-H., *op.cit.*, p. 4.

¹⁰⁴⁹ GOUTIERRE P.-H., *op.cit.*, p. 6.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*, p. 12.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, p. 69.

¹⁰⁵² *Ibid.*, p. 70.

Afin de comprendre comment la généralisation pleine et entière de l'effet direct des libertés de circulation pourrait affecter l'égalité devant la loi et conduire à l'établissement de l'égalité substantielle, il est important d'appréhender au préalable la notion d'égalité devant la loi, telle qu'elle est comprise à nos jours.

L'égalité devant la loi comporte deux volets : une égale protection et une égale soumission à la loi¹⁰⁵⁴. La loi est la même pour tous, elle protège chaque citoyen et elle s'impose à tous les citoyens¹⁰⁵⁵. Chacun doit obéir à la loi, chacun est protégé par la loi¹⁰⁵⁶. L'État doit faire respecter cette loi, indépendamment de la personne concernée. Tout droit bénéficiant à une personne doit être garanti par l'État, et toute obligation incombant à une personne doit être exécutée¹⁰⁵⁷.

De plus, le principe d'égalité doit être respecté par le législateur lui-même. Dès lors, le contenu de la loi, qui consacre des droits et impose des obligations et qui doit être respecté par tout le monde, doit être conçu de telle manière qu'il respecte le principe d'égalité de traitement, aux termes duquel ce qui est égal doit être traité de manière égale par la loi, ce qui ne l'est pas doit être traité de manière différenciée¹⁰⁵⁸. Une tâche difficile incombe donc au législateur : celle de détecter quelles situations sont égales et lesquelles ne le sont pas¹⁰⁵⁹. Pour effectuer cette distinction, il faut établir des critères de différenciation. Le législateur doit définir les principales caractéristiques qui établissent la similitude des faits et entraînent l'application du principe d'égalité devant la loi¹⁰⁶⁰.

Il est important de souligner que le principe d'égalité n'exige pas d'ignorer toutes les différences factuelles qui existent parmi les êtres humains. Ainsi, le droit ne peut pas

¹⁰⁵³ *Ibid.*, p. 71.

¹⁰⁵⁴ BERTHIAU D. et SOURIOUX J.-L., *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Paris, LGDJ, 1999, p. 25, pt. 50.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*

¹⁰⁵⁷ HESSE K., *op.cit.*, p. 186.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*

ignorer le fait qu'une grossesse est nécessairement liée au sexe féminin ou que certaines personnes sont plus qualifiées pour un certain poste que d'autres¹⁰⁶¹.

En revanche, le principe d'égalité exige un traitement juridique égal malgré certaines différences qui sont considérées comme non pertinentes. Dès lors, comme le professeur Schmahl le relève, le terme « principe d'égalité » n'est pas tout à fait exact, le terme « principe d'égalité de traitement » étant plus précis¹⁰⁶².

Le but du principe d'égalité n'est donc pas d'atteindre une égalité de résultat, mais d'appliquer des critères définis et non discriminatoires et de garantir les mêmes chances sans discrimination prohibée¹⁰⁶³. Il s'ensuit que le principe de non-discrimination n'interdit pas tous les traitements inégaux, mais seulement ceux où la différenciation n'est pas justifiée par des critères objectifs et proportionnés¹⁰⁶⁴.

La difficulté consiste à définir les critères de différenciation justifiés et pertinents et de les distinguer des critères de différenciation non pertinents et inappropriés. Cette tâche incombe en premier lieu au législateur¹⁰⁶⁵. Ensuite, il incombe au juge d'assurer le respect de l'égalité devant la loi dans un cas concret porté devant lui.

Le principe d'égalité devant la loi est donc étroitement lié au principe de non-discrimination qui interdit certains critères sur lesquels une différence de traitement ne doit pas être basée. Autrement dit, le principe de non-discrimination indique des critères de différenciation prohibés¹⁰⁶⁶. Les critères prohibés tiennent à des facteurs identificateurs de la personne concernée, tels que le sexe, l'ethnie, la religion ou l'orientation sexuelle. À ce titre, il ne saurait être exigé que la personne concernée change ou adapte ces facteurs sans porter atteinte au principe de dignité humaine¹⁰⁶⁷.

SCHMAHL St., « § 15 Gleichheitsgarantien », in GRABENWARTER Ch., HATJE A. et MÜLLER-GRAFF P.-C. (éd.), *Enzyklopädie Europarecht [EnzEUR]: Europäischer Grundrechtsschutz*, tome 2, Wien, Nomos Verlag, 2014, p. 561, pt. 20.

¹⁰⁶² Non pas « Gleichheitsgebot » mais « Gleichbehandlungsgebot » : *Ibid.*

¹⁰⁶³ *Ibid.*

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, pt. 21.

¹⁰⁶⁶ V. p. ex. SCHMAHL St., « § 15 Gleichheitsgarantien », in GRABENWARTER Ch., HATJE A. et MÜLLER-GRAFF P.-C. (éd.), *op.cit.*, p. 562, pt. 22.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*, p. 562, pt. 23.

Ainsi, l'égalité de tous devant la loi ne vise pas une égalisation parfaite, mais commande que l'État garantisse de manière égale le traitement de certains aspects concrets, tels que le respect des droits fondamentaux, l'accès à certaines ressources fondamentales et éléments fondamentaux liés à nos conditions de vie¹⁰⁶⁸.

Nous pourrions aussi dire que nous ne visons pas l'établissement d'une égalité parfaite, mais la réduction des inégalités entre les personnes par l'application de certains critères communs à tous¹⁰⁶⁹.

Dès lors, la différence entre l'égalité devant la loi et l'égalité substantielle est essentielle. L'égalité devant la loi vise à interdire une différenciation contraire à la loi, c'est-à-dire une différenciation fondée sur certains critères prohibés par la loi, mais elle n'impose pas d'établir la même situation, les mêmes conditions pour tout le monde¹⁰⁷⁰. L'objectif de l'égalité devant la loi n'est donc pas de rendre tous les hommes égaux dans les faits, mais égaux en droits¹⁰⁷¹.

Cette différenciation est primordiale car l'établissement d'une égalité substantielle, c'est-à-dire d'une égalité réelle de tous les êtres humains, aurait des conséquences néfastes, notamment pour la liberté et les garanties des droits de l'homme des individus, et aboutirait à un régime totalitaire. Nous ne sommes pas identiques. Heureusement, des différences existent entre les individus.

Certes, il existe une « égalité naturelle » entre les êtres humains dans la mesure où la nature humaine nous rend égaux¹⁰⁷². Tous les hommes « *naissent, croissent, subsistent et meurent de la même manière* »¹⁰⁷³. Mais à part de cette même nature humaine, un grand nombre d'aspects nous sépare, tel que l'origine, le sexe, les richesses,

¹⁰⁶⁸ MUNOZ-DARDÉ V., *La justice sociale : le libéralisme égalitaire de John Rawls*, Paris, Armand Colin, 2005, p. 29.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*

¹⁰⁷⁰ V. pour la différenciation entre égalité devant la loi et égalité substantielle notamment l'excellent ouvrage de Mme la professeure Pöschl : PÖSCHL M., *Gleichheit vor dem Gesetz*, Wien, Springer Verlag, 2008, p. 139.

¹⁰⁷¹ PÖSCHL M., *op.cit.*, p. 139.

¹⁰⁷² BERTHIAU D. et SOURIOUX J.-L., *op.cit.*, p. 19, pt. 35.

¹⁰⁷³ *Ibid.*

l'intelligence, nos capacités et ainsi de suite. Un régime ignorant totalement ces différences factuelles risque d'ignorer la liberté individuelle et la dignité humaine.

L'égalité devant la loi, en revanche, accepte et assure certaines de ces différences entre les individus en conférant des libertés civiles, tout en prohibant certains critères de différenciation considérés comme illégitimes dans le but d'amoindrir certaines différences sans vouloir nous rendre complètement égaux dans les faits¹⁰⁷⁴.

Ainsi, le législateur doit, par exemple, différencier entre les adultes et les mineurs pour l'adoption de certaines lois. Il ne peut donc pas imposer une obligation de service militaire aux enfants. De même, il ne serait pas juste d'imposer le même taux d'imposition sur le revenu à tous les particuliers d'un État, indépendamment de leurs revenus, âges et ainsi de suite¹⁰⁷⁵.

Ces exemples démontrent que l'égalité devant la loi peut même rendre une différenciation nécessaire. Dans d'autres cas, une différenciation ne peut pas être acceptée, notamment lorsque sont en jeu des droits civils et politiques.

Assurer l'égalité devant la loi nécessite donc d'établir les critères de différenciation légitimes. Pour ce faire, il faut déterminer, pour une situation précise et dans un contexte bien défini, les points communs et les principales différences¹⁰⁷⁶.

Le principe d'égalité devant la loi veille ainsi à ce que certaines différences parmi les individus ne soient pas prises en considération pour faire en sorte que chacun ait le droit d'être différent sans subir de préjudices¹⁰⁷⁷. La professeure Pöschl résume cette fonction du principe d'égalité devant la loi de manière particulièrement intéressante en relevant que ce principe consacre, en réalité, le droit de se distinguer des autres¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁴ PÖSCHL M., *op.cit.*, p. 139.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*, p. 141.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*, p. 155.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 166.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*

Il s'ensuit que l'égalité devant la loi constitue un des éléments fondamentaux de l'État de droit¹⁰⁷⁹. Tout le monde doit respecter la loi. Personne ne se trouve au-dessus ou hors du champ de la loi¹⁰⁸⁰. Comme la professeure Pöschl le souligne, l'égalité devant la loi de tous les citoyens résulte de l'obligation imposée à chacun de suivre la loi qui possède une validité générale¹⁰⁸¹. Cette validité générale de la loi est à la fois la condition et le résultat de l'État de droit¹⁰⁸².

Dès lors, le principe d'égalité devant la loi exige que la loi soit appliquée à chaque personne qui tombe dans son champ d'application et que la loi ne soit pas appliquée si la personne ne tombe pas dans son champ d'application¹⁰⁸³.

L'égalité devant la loi incombe principalement à l'État. L'article 2 de la Constitution française de 1958 dispose ainsi que la France assure l'égalité devant la loi. Le terme « assurer » souligne que l'État français doit jouer un rôle actif dans la protection des droits de chacun¹⁰⁸⁴.

Le législateur dispose de plusieurs moyens pour assurer l'égalité devant la loi. Nous pouvons détecter deux outils principaux : les règles de non-discrimination et les règles d'égalité¹⁰⁸⁵.

Les règles de non-discrimination identifient certains critères jugés indignes pour fonder une différence de traitement. Elles interdisent la prise en compte de critères tels que, par exemple, l'âge, le sexe, l'origine ou encore la grossesse¹⁰⁸⁶.

Les règles d'égalité, en revanche, visent à adopter des règles qui imposent une « véritable identité de droits » entre deux catégories de personnes définies par une caracté-

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*, p. 738.

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*

¹⁰⁸¹ PÖSCHL M., *op.cit.*, p. 740.

¹⁰⁸² *Ibid.*

¹⁰⁸³ *Ibid.*, p. 741.

¹⁰⁸⁴ BERTHIAU D. et SOURIOUX J.-L., *op.cit.*, p. 39, pt. 76.

¹⁰⁸⁵ FABRE A., « L'égalité en droit privé », *op.cit.*, p. 90.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, p. 89.

ristique¹⁰⁸⁷. Nous pouvons penser à l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes ou l'adoption plénière¹⁰⁸⁸.

Les deux moyens, c'est-à-dire les règles de non-discrimination et les règles d'égalité, visent l'établissement de l'égalité et la suppression de traitements inégaux¹⁰⁸⁹. Selon les circonstances, il est parfois plus opportun de mettre l'accent sur la prohibition, à savoir d'établir des règles de non-discrimination, et parfois de promouvoir l'égalité en adoptant des règles d'égalité positive¹⁰⁹⁰.

Dans le contexte des entraves d'origine privée, il nous paraît important de souligner que le principe d'égalité devant la loi régit les ordres juridiques des États membres et de l'Union, ce qui inclut les relations de droit privé. En effet, le principe d'égalité s'impose au législateur, qui doit le respecter à tout moment et régler les relations de droit privé en conformité avec ce principe¹⁰⁹¹.

L'étude du droit privé fait rapidement apparaître que le principe d'égalité joue un rôle récurrent, irriguant la plupart des branches du droit privé.¹⁰⁹² Ainsi, nous pouvons nommer l'égalité des armes en procédure civile, l'égalité des créanciers, l'égalité des associés ou actionnaires, l'égalité du mari et de la femme, l'égalité des filiations en droit des succession et l'égalité de traitement des salariés, pour ne donner que quelques exemples¹⁰⁹³. Il en a été conclu que l'égalité devant la loi des personnes privées constitue « *une valeur commune à la plupart des branches du droit privé* »¹⁰⁹⁴.

Nous pouvons déduire de notre étude que l'établissement d'une égalité substantielle comprise comme une égalité absolue de tous est à rejeter car il reposerait sur la fiction d'un monde où la société est composée d'individus rendus complètement identiques. Finalement, l'égalité absolue de tous les êtres humains exige la suppression de

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*, p. 90.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*

¹⁰⁸⁹ FABRE A., « L'égalité en droit privé », *op.cit.*, p. 90.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*

¹⁰⁹¹ FABRE A., « L'égalité en droit privé », *op.cit.*, p. 87.

¹⁰⁹² *Ibid.*, p. 88

¹⁰⁹³ *Ibid.*

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*

leur singularité¹⁰⁹⁵. Ainsi, l'égalité substantielle risque d'entraîner un régime totalitaire qui nie la singularité des êtres humains et vise à rendre les individus identiques.

Dès lors, l'égalité substantielle entraînerait la réduction voire même la négation de la liberté de choix. Un tel système serait fondamentalement contraire à l'Union européenne et au marché intérieur qui reposent sur la liberté de choix des personnes privées¹⁰⁹⁶.

Or, une reconnaissance pleine et entière d'un effet horizontal direct des libertés de circulation dans toutes les circonstances irait dans ce sens puisqu'elle viserait l'établissement non pas de l'égalité de tous devant la loi, mais l'égalité absolue. Dès lors, une telle reconnaissance pleine et entière de l'effet direct aurait des conséquences négatives pour les personnes privées, notamment pour leur liberté, car « *it would mean that everybody was bound by these rules in any respect and in all his activities* »¹⁰⁹⁷.

En effet, une telle reconnaissance pleine et entière imposerait aux personnes privées le respect des libertés de circulation dans toutes leurs transactions commerciales qui présentent un lien d'extranéité. Toutes les mesures commerciales sont potentiellement susceptibles d'entraver le libre-échange de biens, personnes, services et capitaux.

Compris de cette manière, l'effet horizontal direct plein et entier va jusqu'à la pénalisation potentielle de toute irrationalité humaine en sanctionnant tout comportement susceptible de restreindre le libre-échange. Ainsi, l'installation d'une égalité substantielle totale des personnes privées dans toutes les circonstances aurait pour conséquence d'anéantir l'autonomie privée et la liberté même des personnes privées, notamment leur liberté contractuelle.

S'y ajoute que les opérateurs économiques pourraient être tentés d'invoquer les libertés de circulation de manière extensive ou même abusive, visant la réglementation par

¹⁰⁹⁵ MUNOZ-DARDÉ V., *op.cit.*, p. 29.

¹⁰⁹⁶ Dans un sens similaire : WERNICKE S., *op.cit.*, p. 236.

le juge de tout acte d'origine privée contraire à leurs propres intérêts. Ainsi, les personnes privées pourraient être confrontées à un scénario où potentiellement tout acte, contrat ou comportement d'origine privée sera soumis au contrôle, c'est-à-dire à la réglementation par le juge de l'Union.

Une telle réglementation extensive des actes et comportements d'origine privée par le juge risque d'aller au-delà du respect de l'égalité devant la loi en visant l'établissement de l'égalité substantielle de toutes les personnes privées. Par conséquent, la généralisation de l'effet direct risque de mettre en péril les libertés et l'autonomie de la volonté des personnes privées. Or en réduisant ou niant leurs libertés, l'égalité devant la loi est entravée.

Il s'ensuit que la généralisation pleine et entière de l'effet direct horizontal des libertés de circulation est incompatible avec l'ordre juridique de l'Union qui protège pleinement l'égalité devant la loi, comme nous allons voir ci-dessous.

Paragraphe 2 : La nécessaire protection de l'égalité devant la loi dans l'ordre juridique de l'Union européenne

L'Union européenne place l'égalité devant la loi au centre de son ordre juridique. En effet, comme le juge Bonichot le fait remarquer, l'Union européenne visait, dès le début, à offrir aux acteurs économiques une « *égale liberté* » dans le sens de l'établissement des conditions d'une concurrence « *pure et parfaite* »¹⁰⁹⁷. Le juge Bonichot souligne dans ce contexte que la « *recherche de ce lien "sans cesse plus étroit" entre les États de l'Europe (...) serait bien vaine sans la recherche d'une égalité toujours plus effective de leurs ressortissants* »¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁷ KOHL A., « The protection of human rights in relationships between private individuals: the Austrian situation », in René Cassin, *Amicorum Discipulorumque liber, III, Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Éditions Pedone, 1971, p. 199.

¹⁰⁹⁸ BONICHOT J.-C., « Approches de l'égalité : la Cour de justice de l'Union européenne », in AKANDJI-KOMBÉ J.-F., PÉCAUT-RIVOLIER L. et STRUILLOU Y. (dir.), *Égalité et droit social*, Paris, IRJS Éditions, 2014, p. 65.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*

Ceci démontre que les pères fondateurs avaient déjà reconnu l'importance de préserver l'égalité de traitement entre les États et leurs ressortissants dans le but de garantir la paix et de rapprocher les peuples européens¹¹⁰⁰. Tous les États membres devaient subir les mêmes contraintes. Le principe d'égalité de traitement constitue donc la base du processus d'intégration¹¹⁰¹, qui a été qualifié par la Cour de justice comme « *la raison d'être de l'Union elle-même* »¹¹⁰².

Dès lors, le principe d'égalité occupe une place préminente dans le droit primaire de l'Union, aussi bien dans les traités constitutifs que dans la Charte des droits fondamentaux¹¹⁰³. En effet, le mot « égalité » se lit dès les premiers mots du préambule du Traité sur l'Union européenne et se retrouve à maintes reprises dans les traités constitutifs¹¹⁰⁴.

Ainsi, l'article 2 TUE nomme l'égalité parmi les valeurs de l'Union, l'article 3, paragraphe 3, alinéa 2, TUE et l'article 8 TFUE l'énoncent parmi les objectifs des politiques communes. Nous pouvons en déduire que le principe d'égalité devant la loi est une « *règle de conduite* » utilisée comme critère d'interprétation et de validité des actes de l'Union et des États membres¹¹⁰⁵, une valeur, un objectif, un principe fondamental, un devoir et une compétence de l'Union¹¹⁰⁶. L'égalité de traitement se trouve indéniablement « *au fondement de la construction européenne* »¹¹⁰⁷.

La Cour de justice a considérablement contribué à développer ce concept d'égalité, et continue de le faire, en appliquant le principe général d'égalité et l'interdiction de discrimination¹¹⁰⁸. Alors qu'au début de l'élaboration jurisprudentielle, le principe d'égalité était lié à la réalisation du marché intérieur, il a dépassé les limites du mar-

¹¹⁰⁰ SPITALERI F., « L'effet direct du principe général d'égalité: un élément clé du droit antidiscriminatoire de l'Union européenne », in *Liber amicorum Antonio Tizzano - De la Cour CECA à la Cour de l'Union : le long parcours de la justice européenne*, Torino, G.Giappichelli Editore, 2018, p. 925.

¹¹⁰¹ *Ibid.*

¹¹⁰² CJUE, 18 décembre 2014, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, pt. 172.

¹¹⁰³ BONICHOT J.-C., « Approches de l'égalité : la Cour de justice de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 67.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*

¹¹⁰⁵ SPITALERI F., « L'effet direct du principe général d'égalité: un élément clé du droit discriminatoire de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 926.

¹¹⁰⁶ MARZO C., *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011, p. 251.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*

ché intérieur, notamment s'agissant des personnes, pour prendre désormais « *une coloration résolument sociale* »¹¹⁰⁹.

La citoyenneté européenne a quant à elle encore accentué le principe d'égalité en élargissant la possibilité d'invoquer l'interdiction de discrimination en fonction de la nationalité dans des domaines au-delà de la libre circulation, comme par exemple en matière d'accès aux prestations sociales¹¹¹⁰.

Il s'ensuit, comme le juge Bonichot le souligne, que le principe d'égalité « *repose sur des fondements solides et bénéficie d'une jurisprudence parfois audacieuse* » dans l'Union¹¹¹¹.

L'égalité de traitement, principe initialement consubstantiel à l'établissement du marché intérieur, s'en est progressivement détachée. En effet, au début de la construction européenne, l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité a été étroitement liée aux libertés de circulation¹¹¹². Ainsi, le principe de non-discrimination était orienté vers la réalisation du marché intérieur interdisant toute discrimination en raison de la nationalité de la personne ou de l'origine du bien¹¹¹³. Initialement, la Communauté a donc été caractérisée par une conception instrumentale de l'égalité de traitement¹¹¹⁴.

Cette conception instrumentale de l'égalité de traitement a été remise en cause par la consécration du principe d'égalité en tant que droit fondamental¹¹¹⁵. Ce renforcement a eu lieu grâce à la consécration de la citoyenneté européenne par le Traité de Maastricht ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice qui a considérablement contri-

¹¹⁰⁸ BONICHOT J.-C., « Approches de l'égalité : la Cour de justice de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 65.

¹¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 66.

¹¹¹⁰ *Ibid.*, p. 68.

¹¹¹¹ *Ibid.*, p. 66.

¹¹¹² SQUIRE C. « Les exigences du droit de l'Union européenne en matière de sanction des inégalités et discriminations », in AKANDJI-KOMBÉ J.-F., PÉCAUT-RIVOLIER L. et STRUILLLOU Y. (dir.), *Égalité et droit social*, Paris, IRJS Éditions, 2014, p. 405.

¹¹¹³ MARZO C., *op.cit.*, p. 239.

¹¹¹⁴ SQUIRE C. « Les exigences du droit de l'Union européenne en matière de sanction des inégalités et discriminations », *op.cit.*, p. 405.

¹¹¹⁵ *Ibid.*

bué à l'élaboration de l'égalité en tant que droit fondamental¹¹¹⁶. De plus, l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux, ayant désormais la même valeur juridique que les traités constitutifs, a encore davantage renforcé le statut du principe d'égalité de traitement, qui constitue désormais un principe fondamental et généralisé de l'Union européenne¹¹¹⁷.

Dans l'arrêt *Grzelczyk*, la Cour de justice a souligné que tout citoyen de l'Union a droit à un traitement égal devant la loi, affirmant que « *le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique* »¹¹¹⁸.

Ainsi, la Cour de justice affirme non seulement la pleine validité du principe d'égalité de traitement, mais elle précise en outre que le principe d'égalité de traitement vise l'égalité devant la loi, en d'autres termes le « même traitement juridique », et non pas une égalité absolue dans les faits de tous les citoyens.

Dans l'arrêt *Rückdeschel* de 1977, la Cour de justice a précisé que l'interdiction de discrimination « *n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire* »¹¹¹⁹.

Dès lors, en plus des dispositions spécifiques de non-discrimination, la Cour de justice¹¹²⁰ a consacré un principe général d'égalité de traitement, sans pour autant expliquer le fondement et l'origine de ce principe fondamental¹¹²¹. Ce qu'il est intéressant de noter dans ce contexte, c'est que la Cour de justice n'a pas fondé le principe

¹¹¹⁶ Pour plus d'information sur la consécration jurisprudentielle des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union, comp. Partie II, Titre 1, Chapitre 2 de la présente thèse ; v. aussi SQUIRE C. « Les exigences du droit de l'Union européenne en matière de sanction des inégalités et discriminations », *op.cit.*, p. 405.

¹¹¹⁷ SQUIRE C. « Les exigences du droit de l'Union européenne en matière de sanction des inégalités et discriminations », *op.cit.*, p. 406.

¹¹¹⁸ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.* 2001, p. I-6191, pt. 31.

¹¹¹⁹ CJCE, 19 octobre 1977, *Rückdeschel*, aff. jts. 117/76 et 16/77, *Rec.* 1977, p. 1753, pt. 7.

¹¹²⁰ CJCE, 22 juin 1972, *Frilli*, aff. 1/72, *Rec.* 1972, p. 457, pt. 19 ; CJCE, arrêt *Rückdeschel* précité, aff. jts. 117/76 et 16/77.

d'égalité de traitement sur la Convention EDH et les traditions constitutionnelles communes aux États membres, mais qu'elle l'a élaboré à l'aide des dispositions spécifiques de non-discriminations consacrées par les traités constitutifs¹¹²².

Ces dispositions spécifiques de non-discriminations consacrées par les traités constitutifs sont, en effet, nombreuses. Elles démontrent que les traités constitutifs ne contiennent pas une formulation positive du principe d'égalité devant la loi, mais une formulation négative sous forme d'interdictions de discrimination¹¹²³.

À titre d'exemples, nous pouvons citer l'article 18 TFUE, les dispositions relatives aux libertés de circulation qui contiennent toutes une interdiction de discrimination en raison de la nationalité de la personne ou de l'origine du bien, et l'article 157 TFUE.

Alors qu'il est souvent fait référence à l'article 18 TFUE comme à la disposition de l'« interdiction générale de la discrimination », il ne prévoit pas une telle interdiction générale, mais porte uniquement sur le critère de la nationalité, interdisant toute discrimination en raison de la nationalité¹¹²⁴. Comme cela a été vu au titre précédent de la présente thèse, cette disposition est subsidiaire par rapport aux dispositions particulières de non-discrimination prévues par les traités, dont notamment les dispositions relatives à la libre circulation¹¹²⁵. Nous avons également pu étudier l'article 157 TFUE qui prévoit l'égalité de rémunération entre hommes et femmes et interdit une différenciation en raison du sexe. À la différence de l'interdiction de discrimination en fonction de la nationalité, l'invocation du principe d'égalité des sexes ne nécessite pas la présence d'un élément d'extranéité¹¹²⁶.

Comme nous le verrons en détail dans la seconde partie de la présente thèse, la Charte consacre tout son titre III à l'égalité et à la non-discrimination. Elle interdit non seulement toute discrimination en fonction du sexe ou de la nationalité, mais prévoit éga-

¹¹²¹ DAMM S.M., *Menschenwürde, Freiheit, komplexe Gleichheit: Dimensionen grundrechtlichen Gleichheitsschutzes*, Berlin, Duncker&Humblot, 2006, p. 304.

¹¹²² DAMM S.M., *op.cit.*, p. 319.

¹¹²³ SILBER G. J., « Dogmatik der EG-Grundfreiheiten », *taxlex*, 2008, p. 322.

¹¹²⁴ DAMM S.M., *op.cit.*, p. 299.

¹¹²⁵ *Ibid.*, p. 300.

¹¹²⁶ BONICHOT J.-C., « Approches de l'égalité : la Cour de justice de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 68.

lement dans son l'article 21 une longue liste, non-exhaustive, de motifs prohibés de discrimination, tel que la couleur, les origines sociales ou la langue¹¹²⁷.

Ainsi, les motifs de discrimination prohibée ont été élargis au fil du temps. De plus, le principe d'égalité ne gouverne plus seulement le droit primaire, mais aussi le droit dérivé, régissant de nombreux règlements et directives, adoptés sur le fondement de l'article 19 TFUE qui habilite le Conseil à prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle¹¹²⁸.

En ce qui concerne l'invocabilité du principe d'égalité de traitement, la Cour de justice a reconnu que les justiciables peuvent s'en prévaloir pour contester la validité d'un acte de l'Union et l'invoquer devant les juridictions nationales qui sont tenues de laisser inappliquée toute loi nationale contraire¹¹²⁹. De plus, il a été vu que la Cour de justice a reconnu un effet direct horizontal à l'article 157 TFUE¹¹³⁰.

Dans une série jurisprudentielle composée des arrêts *Mangold*¹¹³¹, *Küçükdeveci*¹¹³² et *Association de médiation sociale*¹¹³³ que nous allons étudier plus en détail dans la seconde partie de la présente thèse, la Cour de justice a, de plus, admis que le principe d'égalité de traitement peut être invoqué dans un litige entre particuliers opposant un employé à son employeur¹¹³⁴. Toutefois, la question demeure de savoir si le principe général de non-discrimination déploie également un effet horizontal¹¹³⁵.

¹¹²⁷ *Ibid.*, p. 69.

¹¹²⁸ *Ibid.*, p. 69 s ; v. aussi pour plus d'informations sur les différentes formes de discriminations en droit de l'Union : DUBOUT E., *L'article 13 du traité CE : la clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

¹¹²⁹ SPITALERI F., « L'effet direct du principe général d'égalité: un élément clé du droit discriminatoire de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 930.

¹¹³⁰ EBERS M., *op.cit.*, p. 702; v. aussi Partie I Titre 1 Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2 de la présente thèse.

¹¹³¹ CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, aff. C-144/04, *Rec.* 2005, p. I-9981.

¹¹³² CJUE, 19 janvier 2010, *Küçükdeveci*, aff. C-555/07, *Rec.* 2010, p. I-365.

¹¹³³ CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2.

¹¹³⁴ SPITALERI F., « L'effet direct du principe général d'égalité: un élément clé du droit discriminatoire de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 933 ; EBERS M., *op.cit.*, p. 37.

¹¹³⁵ EBERS M., *op.cit.*, p. 702.

Nous pouvons déduire de cet aperçu de la jurisprudence en matière d'égalité de traitement que le principe de non-discrimination s'est généralisé, interdisant désormais non seulement une discrimination en raison de la nationalité, mais recherchant une certaine égalité générale. Comme le professeur Dubout le relève, cette recherche généralisée de non-discrimination « *est devenue un objectif concurrent, extrinsèque à la liberté économique* »¹¹³⁶.

À titre d'exemple, nous pouvons citer l'arrêt *Schröder* relatif au principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes dans lequel la Cour de justice a souligné que « *la finalité économique poursuivie par l'article 119 du traité (...) revêt un caractère secondaire par rapport à l'objectif social visé par la même disposition, lequel constitue l'expression d'un droit fondamental de la personne humaine* »¹¹³⁷.

Aussi, en plus de cette place prédominante du principe d'égalité dans le droit primaire et dérivé, la Cour de justice a développé une jurisprudence riche dans laquelle elle ne s'est pas contentée d'une interprétation et application a minima de ce principe, mais lui a donné son plein effet¹¹³⁸.

La Cour de justice a notamment souligné à maintes reprises que le principe fondamental d'égalité de traitement « *veut que les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié* »¹¹³⁹.

Nous pouvons en déduire que désormais, dans le champ d'application du droit de l'Union, toute différence de traitement non justifiée est prohibée¹¹⁴⁰. Non seulement les motifs prohibés couvrent un grand nombre de motifs, mais les types de discriminations sont également variés et vastes. Ainsi, le droit de l'Union prohibe non seule-

¹¹³⁶ DUBOUT E., « Entrave et discriminations », in AZOULAI L. (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 139.

¹¹³⁷ CJCE, 10 février 2000, *Schröder*, aff. C-50/96, *Rec.* 2000, p. I-743, pt. 57.

¹¹³⁸ BONICHOT J.-C., « Approches de l'égalité : la Cour de justice de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 71.

¹¹³⁹ CJCE, arrêt *Rückdeschel* précité, aff. jts. 117/76 et 16/77, pt. 7 ; CJCE, 10 mars 1998, *Allemagne/Conseil*, aff. C-122/95, *Rec.* 1998, p. I-973, pt. 62 ; CJCE, 15 octobre 2009, *Audiolux*, aff. C-101/08, *Rec.* 2009, p. I-9823, pt. 54 ; v. aussi OLIVER P.J., *op.cit.*, p. 465.

¹¹⁴⁰ SPITALERI F., « L'effet direct du principe général d'égalité : un élément clé du droit discriminatoire de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 927.

ment les discriminations directes, mais aussi les discriminations indirectes ; sont par ailleurs non seulement interdites les différences de traitement entre les situations comparables mais aussi le traitement similaire de situations différentes¹¹⁴¹.

Cette étude nous démontre que la revendication d'égalité de traitement se situe en droit de l'Union également dans un rapport de comparaison¹¹⁴². L'Union ne vise pas l'égalité absolue¹¹⁴³. La professeure Vial souligne de manière particulièrement pertinente que l'égalité de traitement exige « *d'éviter toute confusion entre discrimination et différenciation, seule l'existence de la première pouvant être sanctionnée, dans la mesure où elle est entachée d'arbitraire, voire de protectionnisme* »¹¹⁴⁴. Il convient donc de procéder à une comparaison de situations pour établir si des situations similaires sont traitées de manière différente ou de manière identique par rapport à des situations différentes, ou si des situations non comparables sont traitées différemment, autrement dit il convient de vérifier qu'il n'y ait pas de discrimination¹¹⁴⁵.

Dans ce contexte, nous pouvons constater quelques différences dans la conception du principe d'égalité devant la loi entre la Cour de justice et les juridictions françaises¹¹⁴⁶. Une différence consiste dans l'appréhension vaste du concept de discrimination indirecte opérée par la Cour de justice¹¹⁴⁷. Mais la plus grande différence entre l'approche retenue par les juridictions françaises et celle de la Cour de justice réside dans le fait que les juridictions françaises ne contrôlent que les différences de traitement *stricto sensu*, alors que la Cour de justice considère également comme discrimination le traitement identique de situations différentes¹¹⁴⁸.

¹¹⁴¹ *Ibid.*

¹¹⁴² VIAL C., *op.cit.*, p. 475.

¹¹⁴³ *Ibid.*

¹¹⁴⁴ *Ibid.*

¹¹⁴⁵ *Ibid.*

¹¹⁴⁶ V. notamment BONICHOT J.-C., « Approches de l'égalité : la Cour de justice de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 80 s.

¹¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 81.

¹¹⁴⁸ BONICHOT J.-C., « Approches de l'égalité : la Cour de justice de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 81.

Même si le principe d'égalité joue un rôle important dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a produit une jurisprudence riche dans la matière¹¹⁴⁹, ce dernier considère toutefois dans une jurisprudence constante, débutée en 1973, que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* »¹¹⁵⁰.

Ceci a été confirmé par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 2003-489 DC du 29 décembre 2003, dans laquelle le Conseil constitutionnel a constaté « *qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : "la loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse" ; que si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes* ». Ainsi, dans un fort contraste avec la Cour de justice, le Conseil constitutionnel admet que des personnes se trouvant dans des situations différentes puissent être traitées de la même manière.

Il s'ensuit qu'en droit français, et contrairement au droit de l'Union, il n'existe pas d'obligation pour l'administration de traiter différemment des situations différentes¹¹⁵¹.

Cette approche différente opérée par le Conseil constitutionnel peut s'expliquer par le respect de la compétence du législateur¹¹⁵². Ce respect profond de la compétence du législateur fait que le Conseil constitutionnel a opté pour un « *usage retenu du con-*

¹¹⁴⁹ DUTHEILLET DE LAMOTHE O., « Approches de l'égalité : le Conseil constitutionnel », in AKANDJI-KOMBÉ J.-F., PÉCAUT-RIVOLIER L. et STRUILLOU Y. (dir.), *Égalité et droit social*, Paris, IRJS Éditions, 2014, p. 37.

¹¹⁵⁰ Conseil constitutionnel, 7 janvier 1988, n° 87-232 DC.

¹¹⁵¹ BONICHOT J.-C., « Approches de l'égalité : la Cour de justice de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 82.

¹¹⁵² DUTHEILLET DE LAMOTHE O., « Approches de l'égalité : le Conseil constitutionnel », *op.cit.*, p. 43.

trôle d'adéquation » des différences de traitement intentionnelles par le législateur français¹¹⁵³.

La Cour de justice, en revanche, a opté pour une jurisprudence particulièrement poussée soulignant l'importance fondamentale du principe d'égalité devant la loi en droit de l'Union, notamment pour le processus d'intégration.

Ce rôle de moteur d'intégration du principe d'égalité de traitement se manifeste de manière particulièrement pertinente dans le cadre du marché intérieur. Le marché intérieur repose sur l'idée que les biens, personnes, services et capitaux peuvent circuler librement, sans discrimination en raison de la nationalité de la personne, l'origine du bien, service ou capital, le siège des sociétés, le rattachement des actes juridiques ou la localisation des transactions commerciales¹¹⁵⁴.

Grâce à la jurisprudence de la Cour de justice qui a considérablement étendu la portée des notions d'entrave et de discrimination, et grâce à la citoyenneté de l'Union, le marché intérieur est désormais non seulement un espace économique, mais également un espace pour faire progresser l'égalité et l'intégration sociale au sein de l'Union - du moins pour les personnes exerçant leur liberté de circulation¹¹⁵⁵.

Citant le professeur Tridimas, maître Oliver souligne que le principe d'égalité constitue une « *pierre angulaire* » de l'intégration européenne¹¹⁵⁶.

Dans le cadre des libertés de circulation, l'égalité devant la loi implique le droit de chaque citoyen à un libre et égal accès au marché¹¹⁵⁷. Chaque citoyen doit pouvoir jouir de ses droits de libre circulation et participer au libre-échange au sein du marché intérieur.

¹¹⁵³ *Ibid.*

¹¹⁵⁴ MARZO C., *op.cit.*, p. 241.

¹¹⁵⁵ DUBOUT E., « Entrave et discrimination », *op.cit.*, p. 141.

¹¹⁵⁶ OLIVER P.J., *op.cit.*, p. 465.

¹¹⁵⁷ Dans le même sens: FÖRSTER Ph., *op.cit.*, p. 156.

Dans ce contexte, le professeur Dubout pose une question très intéressante qui est souvent négligée malgré son importance : « *le marché intérieur communautaire doit-il être conçu comme un espace de liberté ou d'égalité ?* »¹¹⁵⁸.

Selon le professeur Dubout, l'égalité peut être envisagée soit comme composante de la liberté, soit comme concurrente à la liberté¹¹⁵⁹. De toute manière, dans une société organisée, la liberté dont toute personne peut jouir n'est nécessairement qu'une égale liberté et non pas une liberté absolue¹¹⁶⁰. Autrement dit, la liberté de l'un s'arrête où commence la liberté de l'autre¹¹⁶¹. En effet, le rapport d'imbrication entre égalité et liberté est tel que l'égalité en droit constitue à la fois la condition même de la liberté et son frein en raison de la volonté d'uniformiser les conditions de vie dans le but de créer une société équitable de justice sociale¹¹⁶².

La liberté et l'égalité se retrouvent donc dans un rapport de force dont l'issue dépend essentiellement de la conception de l'égalité. Si elle est conçue comme étant intrinsèque à la liberté, elle consiste en une simple égalité de droits renforçant la liberté¹¹⁶³. Si, en revanche, l'égalité est conçue comme étant extrinsèque à la liberté, elle acquiert une certaine autonomie en cherchant sa propre réalisation non seulement de droit mais aussi dans les faits, s'opposant ainsi à la liberté¹¹⁶⁴.

L'opposition entre égalité et liberté identifiée par le professeur Dubout coïncide avec l'opposition précédemment relevée entre l'égalité devant la loi et l'égalité substantielle. La recherche de l'égalité substantielle des individus est susceptible d'affecter voire même de nier la liberté de chacun. L'égalité devant la loi, en revanche, vise à respecter la liberté de chacun et installe un équilibre entre liberté et égalité.

Cette mise en balance difficile entre liberté et égalité se cristallise notamment en matière d'entraves aux libertés de circulation. Une interprétation trop extensive de la

¹¹⁵⁸ DUBOUT E., « Entrave et discrimination », *op.cit.*, p. 137.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 138.

¹¹⁶⁰ DUBOUT E., « Entrave et discrimination », *op.cit.*, p. 138.

¹¹⁶¹ *Ibid.*

¹¹⁶² *Ibid.*

¹¹⁶³ *Ibid.*

¹¹⁶⁴ *Ibid.*

notion d'entrave risque de mettre en péril l'intégration sociale. Toute mesure privée, ou presque, constituerait potentiellement une entrave au libre-échange dès lors qu'elle « générerait » l'exercice d'une activité économique transfrontalière par autrui¹¹⁶⁵.

L'Avocat général Tizzano avertissait dans ses conclusions de l'affaire *Caixa Bank* des dangers d'une telle interprétation extensive de la notion d'entrave, révélant que « cela reviendrait cependant à orienter le traité vers un objectif qui n'est pas le sien : non pas celui d'instaurer un marché intérieur connaissant des conditions semblables à celles d'un marché unique et dans lequel les opérateurs peuvent circuler librement, mais celui d'instaurer un marché sans règles, voire un marché où les règles sont, en principe, interdites, sauf lorsqu'elles sont nécessaires et proportionnées en vue de satisfaire à des exigences impératives d'intérêt général »¹¹⁶⁶.

Le professeur Dubout exprime les mêmes préoccupations de l'Avocat général Tizzano, en démontrant le risque potentiel d'une interprétation extensive de la notion d'entrave, qui consiste à glisser « du modèle initial de "laisser passer" vers celui d'un "laisser faire" d'inspiration néo-libérale »¹¹⁶⁷. Pour le professeur Dubout, la qualification d'entrave et son rapport avec le principe de non-discrimination est étroitement liée au rapport de la liberté et de l'égalité au sein de l'Union¹¹⁶⁸. Il avertit que « la philosophie même du projet d'intégration, c'est-à-dire son nécessaire positionnement quant au contenu à donner à l'"économie sociale de marché" sur laquelle entend se fonder la nouvelle Union » est en cause¹¹⁶⁹.

Nous partageons entièrement les opinions de l'Avocat général Tizzano et du professeur Dubout et sommes d'avis que cette alerte doit également être prise en compte dans le cadre des entraves d'origine privée.

Une reconnaissance pleine et entière d'un effet horizontal direct des libertés de circulation aurait des effets similaires sur le marché intérieur, en interdisant potentielle-

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 154.

¹¹⁶⁶ Conclusions de l'AG Tizzano du 25 mars 2004 sur l'affaire *Caixa Bank*, aff. C-442/02, *Rec.* 2004, p. I-8963, pt. 45.

¹¹⁶⁷ DUBOUT E., « Entrave et discrimination », *op.cit.*, p. 155.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*

¹¹⁶⁹ *Ibid.*

ment toute mesure d'origine privée sauf si elle est nécessaire et proportionnée, ce qui irait fondamentalement à l'encontre des objectifs du marché intérieur.

Pour le professeur Dubout, le critère de la gêne dans l'accès au marché national doit s'apprécier par rapport à une autre situation, c'est-à-dire qu'il nécessite la comparaison¹¹⁷⁰. Il en déduit que l'entrave concerne « *fondamentalement une question d'égalité et non pas seulement de liberté : la liberté protégée par le marché intérieur ne peut être qu'une égale liberté de circuler ou de séjourner, et non une absolue liberté de le faire* »¹¹⁷¹.

Nous estimons que ces considérations particulièrement pertinentes et révélatrices sont pleinement transposables au contexte des entraves d'origine privée, qui doivent également être appréciées de sorte qu'une égale liberté de circuler ou de séjourner soit garantie, mais non pas une absolue liberté. Un tel excès de liberté est, à notre avis, impérativement à éviter.

Ceci a des conséquences importantes pour l'appréhension des entraves d'origine privée aux libertés de circulation.

La généralisation pleine et entière de l'effet direct aurait des incidences considérables sur les relations de droit privé et sur le système juridique des États membres et de l'Union. Elle risque de mettre en péril la séparation des pouvoirs entre le législateur et le juge ainsi que la répartition des compétences entre l'Union et les États membres.

De plus, une telle généralisation conduirait à l'établissement d'une égalité substantielle de tous, au détriment de l'égalité devant la loi. Or, nous avons démontré dans ce paragraphe que l'Union dispose d'un système vaste de protection de l'égalité devant la loi, qui constitue un élément clé, un fondement de son ordre juridique. De ce fait, la généralisation pleine et entière de l'effet direct des libertés de circulation est à rejeter.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 161.

¹¹⁷¹ *Ibid.*

En revanche, il est vrai que dans certaines circonstances, l'inégalité de fait entre les particuliers est tellement manifeste, tellement importante qu'elle entrave l'égalité devant la loi. En présence d'une telle inégalité substantielle, la liberté et l'égalité juridique de la partie la plus faible sont considérablement réduites voire même anéanties. Dans de telles scénarios, il faut compenser les inégalités substantielles pour (ré)établir l'égalité devant la loi.

Or une telle compensation ne peut pas être faite de manière généralisée. Elle dépend des circonstances et de la présence de certains éléments qui éliminent l'égalité devant la loi des parties en raison d'une inégalité manifeste entre eux.

Une telle inégalité manifeste entre personnes privées qui entrave ou élimine l'égalité devant la loi d'une des personnes privées doit être contrebalancée. À cet effet, la personne privée doit pouvoir saisir le juge pour invoquer l'inégalité. Le juge doit compenser l'inégalité substantielle entre les parties pour rétablir l'égalité devant la loi.

Il s'ensuit que ni la généralisation pleine et entière de l'effet direct horizontal des libertés de circulation ni son refus total n'amènent à un résultat satisfaisant.

Même si la généralisation pleine et entière de l'effet horizontal direct peut s'avérer négative et mettre en péril la séparation des pouvoirs ainsi que la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, l'effet horizontal direct peut, en revanche, être nécessaire dans certaines circonstances pour compenser une inégalité manifeste entre personnes privées qui entrave ou élimine l'égalité devant la loi.

Nous en déduisons que la solution ne consiste ni en une reconnaissance totale d'un effet direct ni, au contraire, à son rejet total, mais à l'élaboration d'une solution différenciée des effets horizontaux. Dans le chapitre suivant, nous allons démontrer comment la combinaison des effets horizontaux direct et indirect permet de trouver, selon les circonstances, la solution la plus appropriée à chaque cas d'espèce.

Chapitre 2 – L’élaboration d’une solution différenciée des effets horizontaux

Dans le chapitre précédent, nous avons pu démontrer les conséquences d’un excès de généralisation pleine et entière de l’effet horizontal direct. Une solution différenciée des effets horizontaux semble donc s’imposer. Encore faut-il élaborer les critères d’une telle solution différenciée afin de déterminer dans quelles situations l’effet horizontal direct s’impose et dans lesquelles l’effet horizontal indirect suffit pour assurer les objectifs poursuivis par les libertés de circulation.

Après une étude visant à démontrer pourquoi la reconnaissance d’un effet direct horizontal doit être variable selon les circonstances (Section 1), une solution différenciée, combinant les effets horizontaux direct et indirect, sera élaborée (Section 2).

Section 1 : La reconnaissance d’un effet direct horizontal variable selon les circonstances

La généralisation pleine et entière de l’effet horizontal direct mettrait en péril les relations de droit privé et la répartition des compétences entre l’Union et les États membres. Elle conduirait à une prééminence du pouvoir des juges qui disposeraient du pouvoir de réglementer la quasi-totalité des transactions économiques des personnes privées.

C’est pourquoi nous plaçons pour un effet horizontal indirect des libertés de circulation.

Il convient néanmoins de reconnaître un effet horizontal direct dans certaines circonstances. La reconnaissance d’un effet direct s’impose, d’une part, en raison de l’effet utile et de la protection des objectifs poursuivis par les libertés de circulation et, d’autre part, en raison de la protection des particuliers dans certaines situations où ils sont particulièrement vulnérables.

Cette section exposera les deux critères de différenciation en fonction desquels un effet horizontal direct sera, ou non, reconnu : le degré variable de la dimension sociale des libertés de circulation (Paragraphe 1) et la présence d'une inégalité manifeste entre les acteurs privés (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le premier critère de différenciation : le degré variable de la dimension sociale des libertés de circulation

Le premier critère de différenciation tient à la nature variable de la dimension sociale des libertés de circulation qui nécessite, à notre avis, dans certaines circonstances la reconnaissance d'un effet horizontal direct.

Dès lors, il nous paraît important d'examiner la dimension sociale des libertés de circulation et d'étudier les droits subjectifs qu'elles confèrent aux particuliers. Tout d'abord, il nous semble opportun de nous interroger sur la question de savoir si ces droits subjectifs sont conférés aux particuliers selon des degrés variables.

À cet égard, il convient de relever en premier lieu que la Cour de justice n'emploie que rarement le terme de « droit subjectif » et semble préférer les notions « droits individuels », « droits des citoyens » ou « droits conférés aux justiciables »¹¹⁷². Cette approche rédactionnelle de la Cour de justice ne nous empêche pas, cependant, d'utiliser le terme de droit subjectif, récurrent tant en droit français qu'en droit allemand¹¹⁷³. Dans le contexte du droit de l'Union, le terme de droit subjectif désigne tout droit conféré par l'ordre juridique de l'Union à une personne privée¹¹⁷⁴.

Les traités fondateurs prévoyaient déjà des droits au profit des particuliers, dont l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité, désormais l'article 18 TFUE, et l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, désormais

¹¹⁷² EBERS M., *Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, notes de bas de page 139 - 141, p. 68.

¹¹⁷³ Du même avis: EBERS M., *op.cit.*, p. 69.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 69.

l'article 157 TFUE¹¹⁷⁵. Les libertés de circulation visaient également, dès le début, à assurer l'accès des opérateurs économiques aux marchés des États membres¹¹⁷⁶.

Or, ces droits ne visaient pas, du moins en premier lieu, la protection du statut juridique de chacun ou la réalisation de la liberté individuelle des particuliers, mais la réalisation du marché commun qui devait être menée à bien par le biais des échanges commerciaux des opérateurs privés¹¹⁷⁷.

L'arrêt *Van Gend en Loos* a fondamentalement changé le caractère de l'Union dans la mesure où la Cour de justice y a établi que les traités constitutifs confèrent des droits individuels que les juridictions internes devaient sauvegarder¹¹⁷⁸. Néanmoins, il faut admettre qu'avec cette jurisprudence, la Cour de justice ne visait pas en priorité la protection des droits individuels, mais l'exécution efficace des obligations imposées aux États membres, c'est-à-dire des obligations qui sont le corollaire des droits individuels conférés aux particuliers par les traités¹¹⁷⁹. La Cour de justice a ainsi souligné dans l'arrêt *Van Gend en Loos* « que la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles 169 et 170 confient à la diligence de la Commission et des États membres »¹¹⁸⁰.

Dans la logique de la Cour de justice, les particuliers s'ajoutent donc au contrôle effectué par la Commission et les États membres dans le cadre du recours en manquement, moyen manifestement perçu comme insuffisant pour contrôler le respect des obligations imposées aux États membres¹¹⁸¹. Les particuliers ont donc vocation à veiller à l'effet utile du droit de l'Union et promeuvent l'intégration européenne en saisissant le juge national en cas de violation d'un droit individuel conféré par les trai-

¹¹⁷⁵ PREEDY K., *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten*, Berlin, Duncker&Humblot, 2005, p. 130.

¹¹⁷⁶ *Ibid.*

¹¹⁷⁷ *Ibid.*

¹¹⁷⁸ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* 1963, p. 25 ; v. aussi PREEDY K., *op.cit.*, p. 131; PICOD F., « Le statut des particuliers, désormais titulaires de droits individuels », in *Actes du colloque, 50^{ème} anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos : 1963-2013*, Luxembourg, 13 mai 2013, p. 82 ss.

¹¹⁷⁹ PREEDY K., *op.cit.*, p. 132.

¹¹⁸⁰ CJCE, arrêt *Van Gend den Loos* précité, aff. 26/62, p. 25.

¹¹⁸¹ PREEDY K., *op.cit.*, p. 132.

tés, corollaire d'une obligation étatique qui n'a pas été respectée par l'État membre en cause¹¹⁸².

Cependant la Cour de justice a également indiqué dans cet arrêt fondateur « *qu'une limitation aux seules procédures des articles 169 et 170 des garanties contre une violation de l'article 12 par les États membres supprimerait toute protection juridictionnelle directe des droits individuels de leurs ressortissants* »¹¹⁸³. Cette indication démontre que la Cour de justice tenait (aussi) à assurer la protection juridictionnelle des droits individuels conférés par les traités afin de faire en sorte que de tels droits individuels ne restent pas lettre morte, mais puissent effectivement être protégés et exécutés.

La possibilité, pour les particuliers, de saisir directement le juge national afin d'obtenir le respect des droits individuels conférés par les traités constitue une grande différence par rapport au droit international où la protection de droits individuels conférés par des traités internationaux dépend, en règle générale, de la collaboration d'autres États parties et/ou d'une reconnaissance par l'État ayant bafoué ces droits individuels¹¹⁸⁴. Faisant écho aux principes dégagés dans l'arrêt *Van Gen den Loos*, le professeur Curtin souligne que « *the unique sui generis nature of the European Community, its true world historical significance, lies within the character of the Union as a cohesive legal unit which confers rights on individuals* »¹¹⁸⁵.

En assurant aux particuliers une protection juridictionnelle directe de leurs droits individuels, la Cour de justice a accru l'importance des droits individuels en droit de l'Union¹¹⁸⁶. Désormais, les droits subjectifs ne servent plus seulement des objectifs d'intégration - autrement dit ils n'ont plus un caractère purement instrumental et fonctionnel - mais visent également à placer les individus au centre du droit de

¹¹⁸² V. p. ex. NETTESHEIM M., « Subjektive Rechte im Unionsrecht », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2007, n°123, p. 335.

¹¹⁸³ CJCE, arrêt *Van Gend den Loos* précité, aff. 26/62, p. 25.

¹¹⁸⁴ PREEDY K., *op.cit.*, p. 133 ; v. aussi NETTESHEIM M., « Subjektive Rechte im Unionsrecht », *op.cit.*, p. 334.

¹¹⁸⁵ CURTIN D., « The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces », *Common Market Law Review*, n° 30, 1993, p. 67.

l'Union en leur offrant une protection juridictionnelle effective des droits subjectifs que l'Union leur a conférés¹¹⁸⁷.

La citoyenneté européenne renforce et souligne la protection des droits individuels dans l'Union¹¹⁸⁸.

Ainsi, le degré d'intégration européenne réalisé jusqu'à nos jours n'aurait pas pu être atteint sans la consécration de droits subjectifs et leur protection juridictionnelle effective et directe¹¹⁸⁹.

En ce qui concerne les libertés de circulation, la Cour de justice a reconnu qu'elles confèrent toutes des droits subjectifs aux particuliers que ces derniers peuvent directement invoquer devant le juge national dans le cas où ils seraient méconnus par un État membre¹¹⁹⁰. Elles leur garantissent un accès libre et égal à l'échange transfrontalier¹¹⁹¹. En invoquant une atteinte à un droit de libre circulation, le particulier participe activement à la réalisation du marché intérieur en assurant le respect de la libre circulation¹¹⁹².

Cependant, les droits subjectifs issus des libertés de circulation ont avant tout été consacrés afin d'assurer la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur et la promotion de l'intégration européenne¹¹⁹³. Bien que les libertés de circulation visent désormais *également* la protection de la liberté individuelle de la personne concernée, elles poursuivent toujours prioritairement le bon fonctionnement du marché intérieur et l'approfondissement de l'intégration européenne¹¹⁹⁴.

¹¹⁸⁶ PREEDY K., *op.cit.*, p. 133 ; v. aussi BARAV A., « Le juge et le justiciable », in *Scritti in onore die Guisepe Federico Mancini*, vol. II, Diritto dell'Unione europea, Milano, Giuffrè, 1998, p. 1 ss.

¹¹⁸⁷ NETTESHEIM M., « Subjektive Rechte im Unionsrecht », *op.cit.*, p. 336.

¹¹⁸⁸ PREEDY K., *op.cit.*, p. 142.

¹¹⁸⁹ NETTESHEIM M., « Subjektive Rechte im Unionsrecht », *op.cit.*, p. 392.

¹¹⁹⁰ PREEDY K., *op.cit.*, p. 146 ; v. aussi FÖRSTER Ph., *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007, p. 157 ; EBERS M., *op.cit.*, p. 17.

¹¹⁹¹ FÖRSTER Ph., *op.cit.*, p. 158.

¹¹⁹² *Ibid.*, p. 159.

¹¹⁹³ PREEDY K., *op.cit.*, p. 150.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*

Les libertés de circulation se distinguent en cela des droits fondamentaux, lesquels visent avant tout la protection des individus et de leurs droits subjectifs¹¹⁹⁵. Néanmoins, toutes les libertés de circulation comportent également des droits fondamentaux économiques, tels que la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce¹¹⁹⁶.

La libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et, si c'est le prestataire qui circule, la libre prestation des services sont l'expression de la liberté professionnelle. En vertu de cette liberté, qui sera l'objet d'une étude détaillée en seconde partie de la présente thèse, chaque individu jouit du droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée. Tout citoyen a donc le droit de chercher un emploi, de travailler, de s'établir ou de fournir des services. Ces droits sont inhérents à la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et la libre prestation des services.

La libre circulation des marchandises, la libre prestation des services et la libre circulation des capitaux et des moyens de paiement sont quant à elles l'expression de la liberté commerciale qui sera également étudiée en détail dans la seconde partie de la présente thèse. En vertu de cette liberté, chaque personne privée jouit du droit d'exercer une activité économique et commerciale, de la liberté de contracter et de la liberté de concurrence.

La libre circulation des personnes comporte, de plus, le droit fondamental de se déplacer librement dans les différents États membres de l'Union¹¹⁹⁷. En effet, la circulation transfrontalière d'une personne est une condition inhérente et primordiale pour la mise en œuvre de la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et, en règle générale si ce n'est pas le service lui-même qui circule, de la libre prestation des services¹¹⁹⁸. Tel n'est pas le cas pour la libre circulation des marchandises et la libre circulation des capitaux et moyens de paiement puisque ces libertés de circulation protègent la libre circulation d'un bien, d'un capital ou d'un moyen de paie-

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 154.

¹¹⁹⁷ PREEDY K., *op.cit.*, p. 156.

¹¹⁹⁸ *Ibid.* ; v. aussi LENGAUER A.-M., « Drittwirkung von Grundfreiheiten - Eine Besprechung der Rs C-281/98, Angonese », *ZfRV*, 2001, p. 57.

ment¹¹⁹⁹. La libre circulation des marchandises et la libre circulation des capitaux et des moyens de paiement comportent donc moins de droits fondamentaux que la libre circulation des personnes et des services¹²⁰⁰. Pour autant, la libre circulation des marchandises et la libre circulation des capitaux et des moyens de paiement sont indispensables pour réaliser la liberté commerciale¹²⁰¹. De plus, nous pouvons encore penser au droit fondamental à la propriété qui confère le droit de disposer librement de sa propriété, ce qui doit, à notre avis, inclure le droit de l'importer ou l'exporter. Dès lors, la libre circulation des marchandises et la libre circulation des capitaux mettent également en cause des droits fondamentaux, même si la libre circulation des personnes et des services impliquent davantage de droits fondamentaux.

Les droits conférés par les libertés de circulation doivent être protégés par le législateur national, le juge national et l'administration nationale¹²⁰². Les personnes privées peuvent invoquer les libertés de circulation à l'encontre d'une mesure étatique qui entrave leur droit à la libre circulation. Si le juge constate que la mesure étatique en question constitue effectivement une entrave à l'une des libertés de circulation, la mesure étatique ne doit pas être appliquée¹²⁰³. De plus, la personne privée peut en tirer des droits de cessation et d'élimination vis-à-vis de l'État¹²⁰⁴. La responsabilité de l'État peut également être engagée¹²⁰⁵.

Le fait que les différentes libertés de circulation fassent chacune appel à des droits fondamentaux selon un degré variable ne justifie pas, à notre avis, des régimes distincts pour la libre circulation des personnes et des services, d'une part, et pour la libre circulation des marchandises et capitaux, d'autre part, en vertu desquels les premières disposeraient d'un effet horizontal direct et les secondes d'un effet horizontal indirect.

¹¹⁹⁹ PREEDY K., *op.cit.*, p. 156.

¹²⁰⁰ LENGAUER A.-M., « Drittwirkung von Grundfreiheiten - Eine Besprechung der Rs C-281/98, An-gonese », *op.cit.*, p. 57.

¹²⁰¹ Comp. la professeure Lengauer qui, elle, fait référence à Pernice: LENGAUER A.M., *Drittwirkung von Grundfreiheiten*, Wien, Springer-Verlag, 2011, p. 395.

¹²⁰² EBERS M., *op.cit.*, p. 491.

¹²⁰³ *Ibid.*, p. 492.

¹²⁰⁴ *Ibid.*

¹²⁰⁵ *Ibid.*, p. 496.

Certes, comme cela a été vu au chapitre précédent, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité joue un rôle crucial en droit de l'Union et constitue un principe fondamental d'une importance tout à fait particulière. Ce principe de non-discrimination en raison de la nationalité est au centre de la libre circulation des personnes et des services. Cependant, la libre circulation des marchandises et la libre circulation des capitaux et moyens de paiement interdisent également la discrimination en raison de l'origine du bien ou du capital. À cet égard, il convient de relever que la libre circulation des marchandises a joué un rôle extrêmement important pour l'établissement du marché intérieur¹²⁰⁶.

Enfin, la jurisprudence a beaucoup évolué et a largement unifié le régime des libertés de circulation, interdisant toutes les discriminations directes ou indirectes en raison de la nationalité ou de l'origine ainsi que toutes les mesures restrictives indistinctement applicables. La nature explicitement discriminatoire d'une mesure ne constitue donc pas un critère décisif à ce stade, d'autant plus que la frontière entre une mesure indirectement discriminatoire et une « simple » entrave est parfois floue.

Certains auteurs de la doctrine germanophone¹²⁰⁷, en revanche, plaident pour une appréhension différenciée des entraves à la libre circulation des personnes et à la libre prestation des services par rapport à celles affectant la libre circulation des marchandises et la libre circulation des capitaux et moyens de paiement. Pour le professeur Roth, cette nécessaire différenciation se fonde sur le principe de non-discrimination, tel qu'énoncé par les articles 18, 45 TFUE et 157 TFUE, lequel constitue un principe fondamental de l'Union et dispose, selon une jurisprudence constante, d'un effet horizontal direct¹²⁰⁸.

¹²⁰⁶ V. Partie I, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 1 de la présente thèse.

¹²⁰⁷ ROTH W.-H., « Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags », in BEUTHIEN V., FUCHS M., ROTH H. *et al.*, *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2009, p. 393 ; PERNER S., *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013; MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *EuR*, 2014, p. 3; LENGAUER A.-M., *Drittwirkung von Grundfreiheiten*, *op.cit.*

¹²⁰⁸ ROTH W.-H., « Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags », *op.cit.*, p. 408.

Le professeur Roth souligne ensuite que la libre circulation des personnes et des services, et notamment la libre circulation des travailleurs et la liberté d'établissement, constituent une *lex specialis* du principe général de non-discrimination, ce qui les distingue de la libre circulation des marchandises et de la libre circulation des capitaux¹²⁰⁹. En même temps - et contrairement à la libre circulation des marchandises - la libre circulation des personnes n'est pas soumise au droit de la concurrence¹²¹⁰. D'après le professeur Roth, il est censé soumettre les employeurs à des obligations plus importantes que les autres opérateurs économiques du marché en leur imposant le respect du principe de non-discrimination afin d'assurer l'intégration sociale du marché intérieur¹²¹¹. Or, il convient de souligner que, pour le professeur Roth, cette extension ne concerne que les mesures discriminatoires émanant des employeurs, et non pas les mesures indistinctement applicables, car ceci mettrait en péril l'autonomie privée et la liberté commerciale de l'employeur¹²¹².

Tout en soutenant certains arguments avancés par le professeur Roth - que nous retrouvons entre autres chez les professeurs Müller-Graff et Perner - nous plaillons toutefois pour une autre approche. Il est vrai que la jurisprudence relative à l'effet direct des articles 18, 45 et 157 TFUE a son origine en matière de libre circulation des personnes. Or, la libre circulation des marchandises et la libre circulation des capitaux contiennent également une interdiction de discrimination. De plus, la libre circulation des marchandises a été à l'origine d'une jurisprudence fructueuse relative à la notion d'entrave. Nous avons également observé que la Cour de justice tend à unifier le régime des entraves aux libertés de circulation. La différenciation entre une discrimination indirecte et une entrave peut également être délicate.

Pour nous, la différence ne réside donc pas en premier lieu dans un degré variable de droits fondamentaux inhérents aux différentes libertés de circulation.

Il est vrai aussi que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité est au centre de la libre circulation des personnes et, dans une moindre mesure, de la libre

¹²⁰⁹ *Ibid.*, p. 409.

¹²¹⁰ *Ibid.*

¹²¹¹ *Ibid.*

prestation de services. Mais à la suite de l'évolution jurisprudentielle qui a mis la notion d'entrave et non pas celle de discrimination au centre de l'examen, cette caractéristique ne nous paraît pas non plus décisive.

De plus, la libre circulation des marchandises et la libre circulation des capitaux jouent un rôle important pour le marché intérieur¹²¹³. Des entraves d'origine privée à la libre circulation des marchandises émanant, par exemple, d'un organisme privé de standardisation ne sont pas des idées purement théoriques, comme l'arrêt *Fra.Bo.* le prouve. La libre circulation des capitaux présente à notre avis également un grand potentiel d'entraves émanant, par exemples, de contrats types de banques ou d'assurances.

Le degré de droits fondamentaux conférés ou le critère de la non-discrimination en raison de la nationalité ne nous semblent donc pas, en soi, pertinents pour déterminer si la liberté de circulation en cause doit ou non avoir un effet horizontal direct.

Or, l'argumentation du professeur Roth fait apparaître, de manière implicite, un autre critère, à savoir celui de la dimension sociale et de la protection de l'égalité. En effet, le professeur Roth estime que l'effet direct de la libre circulation des travailleurs est nécessaire pour assurer l'intégration sociale du marché intérieur. Il ressort finalement de ses développements que c'est la dimension sociale de la libre circulation des travailleurs qui justifierait la soumission de l'employeur à des obligations plus importantes que les autres opérateurs économiques.

L'approche selon laquelle la libre circulation des travailleurs présente un caractère particulier et une importance accrue pour l'intégration sociale du marché intérieur se retrouve chez plusieurs auteurs¹²¹⁴. Ce point nous paraît particulièrement pertinent

¹²¹² *Ibid.*, p. 411.

¹²¹³ Du même avis, estimant aussi que l'article 18 TFUE ne joue pas un rôle décisif dans la reconnaissance d'un effet direct horizontal: VAN LEUKEN R., *Private law and the internal market: direct horizontal effect of the treaty provisions on free movement*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 102 et 130.

¹²¹⁴ DUBOUT E, « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », in DUBOUT E. et MAITROT DE LA MOTTE A. (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 105; ROTH W-H., « Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags », *op.cit.*, p. 393 s ; PERNER S., *op.cit.*; LENGAUER A.-M., *op.cit.*.

dans le cadre de la reconnaissance d'un effet horizontal direct. Il convient cependant d'examiner plus en détail en quoi consiste cette spécificité de la libre circulation des travailleurs.

La libre circulation des travailleurs est caractérisée par l'opposition d'intérêts entre l'employeur et le travailleur. Cette opposition entre l'employeur et le travailleur remonte à la révolution industrielle du XIX^{ème} siècle, durant laquelle s'est creusé un « fossé entre l'ouvrier et le patron » au point où « rien n'unit plus (...) les employeurs et les employés »¹²¹⁵. Un lien de dépendance et de subordination les sépare et crée un fossé entre eux puisque tout en étant égaux en droits, ils ne le sont pas dans la réalité¹²¹⁶.

En dépit de la libéralisation intervenue au moment de la Révolution française¹²¹⁷, la relation de travail reste prépondérante et indispensable à la survie d'une partie de plus en plus importante de la population, ce qui entraîne une grande dépendance du travailleur par rapport à son employeur¹²¹⁸. Ainsi, en dépit d'une formelle égalité devant la loi, le rapport entre salarié et employeur est caractérisé par une inégalité de fait spécifique à la relation de travail¹²¹⁹.

Ce qui distingue la relation de travail des autres relations entre personnes privées est justement ce lien de subordination et de dépendance qui lui donne son « caractère propre » dans la mesure où la relation de travail affecte l'individu dans son existence et sa liberté¹²²⁰. Cette inégalité de fait a pour conséquence que la liberté de contracter du salarié est considérablement réduite pour ne pas dire complètement niée, s'il se retrouve seul face à l'employeur¹²²¹.

¹²¹⁵ GOUTIERRE P.-H., *Le principe d'égalité devant la loi dans les rapports salariés-employeurs*, thèse, Université Panthéon-Assas, 1977, p. 28.

¹²¹⁶ GOUTIERRE P.-H., *op.cit.*, p. 31.

¹²¹⁷ Comp. notamment la loi Le Chapelier du 14 juin 1791 et le décret d'Allarde du 2 et 7 mars 1791.

¹²¹⁸ GOUTIERRE P.-H., *op.cit.*, p. 32 s.

¹²¹⁹ *Ibid.*, p. 36.

¹²²⁰ *Ibid.*, p. 38.

¹²²¹ *Ibid.*, p. 42.

Cette inégalité est accrue par le fait que la relation de travail constitue habituellement une relation de long terme dans laquelle le salarié met à disposition de l'employeur sa capacité de travail en exposant d'une certaine façon sa personnalité.

Or, contrairement à d'autres domaines, le marché ne semble pas sanctionner les inégalités et discriminations individuelles. Si le producteur d'un bien refuse d'acheter des éléments dont il a besoin pour fabriquer son produit d'un fournisseur étranger alors que ce fournisseur vend des éléments meilleurs ou moins chers que ceux du marché national - en pensant en terme de rationalité économique - on peut imaginer que le producteur discriminant le fournisseur étranger rencontrera, à long terme, des difficultés concurrentielles sur le marché parce que son produit sera plus cher ou d'une qualité inférieure par rapport aux produits des producteurs faisant appel aux éléments du fournisseur étranger. Or, sur le marché de travail, cette logique ne semble pas s'appliquer. Le marché de travail ne semble pas exercer une pression économique sur les contrats de travail qui restent des contrats et affaires individuels¹²²².

En droit du travail, il est indispensable de contrebalancer le déséquilibre qui existe entre le salarié et le (futur) employeur. En effet, cette inégalité ainsi que les spécificités de la relation de travail réduisent considérablement l'autonomie de la volonté du salarié qui se retrouve seul face à l'employeur, dont il est dépendant et auquel il est subordonné¹²²³.

Le rétablissement d'une certaine égalité se fait essentiellement à travers la loi qui vise à protéger la partie la plus faible en reconnaissant des droits individuels au salarié et en imposant des obligations à l'employeur¹²²⁴. Ainsi, le principe d'égalité devant la loi est spécifiquement conçu dans le cadre des relations de travail afin de lutter contre les inégalités sociales et économiques¹²²⁵.

¹²²² FORSTHOFF U., « Drittwirkung der Grundfreiheiten: Das EuGH-Urteil Angonese », *EWS*, 2000, n° 9, p. 396.

¹²²³ GOUTIERRE P.-H., *op.cit.*, p. 42.

¹²²⁴ *Ibid.*, p. 71 et 74.

¹²²⁵ *Ibid.*, p. 84.

Les relations de travail constituent donc un domaine où la loi doit compenser une inégalité substantielle manifeste entre les personnes pour assurer l'effectivité de l'égalité devant la loi.

Ces spécificités inhérentes aux relations de travail jouent également un rôle important dans le cadre de la libre circulation des travailleurs qui est construite autour de la notion de « travailleur ». Cette notion de « travailleur » est définie par opposition à celle de l'employeur. La Cour de justice la caractérise dans une jurisprudence constante comme une notion propre au droit de l'Union dont il faut retenir une interprétation large¹²²⁶. Dans l'affaire *Lawrie-Blum*, elle relève ainsi que « *la caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération* »¹²²⁷. Le fait que la Cour de justice fasse sienne cette définition traditionnelle de la relation de travail montre que cette juridiction prend pleinement en considération le lien de dépendance et de subordination entre l'employeur et le travailleur.

Les données économiques confirment l'importance de la libre circulation des travailleurs pour le marché intérieur et l'intégration européenne. En effet, les travailleurs salariés représentent plus que 90% de la population active au sein de l'Union européenne¹²²⁸. Or, le droit du travail ainsi que le niveau de protection sociale sont prioritairement réglés au niveau national et diffèrent parfois sensiblement d'un État membre à l'autre¹²²⁹. La question d'un effet horizontal direct de la libre circulation des travailleurs a donc une importance particulière pour le bon fonctionnement du

¹²²⁶ BLUMANN C. (dir.), *Commentaire Mégret. Marché intérieur : Libre circulation des personnes et des capitaux : Rapprochement des législations*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 3^e édition, 2006, p. 18, pt. 15 ; LENAERTS K. et VAN NUFFEL P. (dir.), *European Union Law*, London, Sweet & Maxwell, 3^e édition, 2011, p. 231, pt. 9-052.

¹²²⁷ CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, aff. 66/85, *Rec.* 1986, p. 2121, pt. 17.

¹²²⁸ REBHAHN R., « § 16. Rechte des Arbeitslebens (Art. 27 bis 33 GRC) », in GRABENWARTER Ch., HATJE A. et MÜLLER-GRAFF P.-C. (éd.), *Enzyklopädie Europarecht [EnzEUR]: Europäischer Grundrechtsschutz*, tome 2, Wien, Nomos Verlag, 2014, p. 637, pt. 2.

¹²²⁹ *Ibid.*, p. 638, pt. 3.

marché intérieur¹²³⁰. De plus, les employeurs sont la plupart du temps des employeurs privés. La potentialité d'une entrave émanant d'une personne privée est donc particulièrement accrue. Ce fait distingue la libre circulation des travailleurs de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services où les entraves émanent dans la grande majorité des cas non pas d'un client ou demandeur de prestation, mais des exigences imposées par une réglementation nationale¹²³¹.

De surcroît, contrairement à la relation de travail marquée par l'inégalité entre l'employeur et le salarié, la liberté d'établissement et la libre prestation des services se réalisent à travers des opérations économiques entre des acteurs indépendants¹²³². C'est justement l'absence d'un lien de subordination qui distingue la libre circulation des travailleurs de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, caractérisées par l'indépendance des opérateurs économiques¹²³³.

L'absence d'inégalité manifeste et généralisée dans le cadre de la liberté d'établissement et la libre prestation des services justifie, à notre avis, que seule la libre circulation des travailleurs puisse déployer un effet horizontal direct en présence d'une mesure individuelle telle que dans les affaires *Angonese* et *Raccanelli*.

Bien que la libre circulation des travailleurs et la liberté d'établissement ainsi que la libre prestation des services présentent de nombreux points communs, nous estimons que seuls les employeurs doivent être directement soumis aux obligations découlant de la libre circulation des travailleurs, dans la mesure où seule la libre circulation des travailleurs est caractérisée par un lien de dépendance et une inégalité manifeste entre l'employeur et le travailleur, telle que nous l'avons décrit ci-dessus. De ce fait, ces libertés d'établissement et de services doivent déployer un effet horizontal direct que

¹²³⁰ KREBBER S., « § 2. Das Binnenmarktrecht der Arbeitnehmerfreizügigkeit », in MÜLLER-GRAFF P.-C. (éd.), *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht (EnzEuR)*, tome 4, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2015, p. 134, pt. 30; FRENZ W., *Handbuch Europarecht. Band 1: Europäische Grundfreiheiten*, Heidelberg, Springer Verlag, 2^e édition, 2012, p. 466, pt. 1387 s.

¹²³¹ FRENZ W., *op.cit.*, p. 466, pt. 1387.

¹²³² *Ibid.*, p. 688, pt. 2162.

¹²³³ Dans le même sens : VAN LEUKEN R., *Private law and the internal market : direct horizontal effect of the treaty provisions on free movement*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 50.

si l'égalité entre les opérateurs est perturbée en raison du pouvoir exorbitant détenu par l'une des parties.

De plus, il est important de souligner que les entraves à la libre circulation des travailleurs affectent le travailleur concerné non seulement dans sa fonction d'opérateur économique, mais aussi personnellement¹²³⁴. Nous suivons Maître Forsthoff lorsqu'il estime que ces considérations ont également été prises en compte par la Cour de justice dans l'arrêt *Angonese*¹²³⁵.

Le droit dérivé reflète ces particularités. Plusieurs directives visent l'interdiction de différentes formes de discrimination dans le cadre de la relation de travail, notamment au moment de l'accès au travail¹²³⁶.

Comme cela a déjà été observé, la Cour de justice tient également compte des spécificités inhérentes au droit du travail en obligeant les employeurs à respecter les principes de non-discrimination en raison de la nationalité et du sexe consacrés par les articles 18 et 157 TFUE¹²³⁷. En effet, la libre circulation des travailleurs était à l'origine de la jurisprudence relative à l'effet horizontal direct du principe de non-discrimination en raison de la nationalité et du sexe. Notamment l'effet direct de l'article 157 TFUE a été principalement fondé sur la particularité de la relation de travail et l'importance de la libre circulation des travailleurs au sein de l'Union.

Alors que le principe d'égalité de traitement gouverne, comme cela a été vu au chapitre précédent, de nombreux domaines de droit, c'est le domaine du travail où il revêt, comme le juge Bonichot le révèle, « *un contenu normatif singulier* »¹²³⁸. Pour le juge Bonichot, la libre circulation des travailleurs constitue « *l'un des chevaux de*

¹²³⁴ FORSTHOFF U., « Drittwirkung der Grundfreiheiten: Das EuGH-Urteil Angonese », *op.cit.*, p. 396.

¹²³⁵ *Ibid.*

¹²³⁶ Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; Directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail ;

¹²³⁷ V. notamment CJCE, arrêt *Angonese* précité, aff. C-281/98.

bataille de l'affirmation continue de l'ordre juridique communautaire »¹²³⁹. Cela tient d'une part au fait que le principe d'égalité entre hommes et femmes trouve son origine dans les relations de travail, et d'autre part au fait que les relations de travail constituent son principal champ d'application¹²⁴⁰.

La Cour de justice a souvent mis l'accent sur la proximité entre la libre circulation des travailleurs et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité énoncé à l'article 18 TFUE ainsi que la citoyenneté européenne consacrée par les articles 20 et 21 TFUE¹²⁴¹. De plus, plusieurs dispositions de la Charte des droits fondamentaux, dont notamment l'article 7 consacrant le respect de la vie privée et familiale, l'article 15 consacrant la liberté professionnelle et le droit de travailler, et l'article 45 garantissant la liberté de circulation et de séjour, sont étroitement liés à la libre circulation des personnes¹²⁴².

Il a été ainsi soutenu que la libre circulation des travailleurs mérite « *a special status explicitly due to its strong human rights character* »¹²⁴³. Le fait que la libre circulation des travailleurs présente un caractère fortement empreint de droits de l'homme explique son statut spécial dans la pratique et au sein de la jurisprudence de la Cour de justice, qui souligne régulièrement son importance à la fois pour l'intégration des marchés et pour les citoyens de l'Union¹²⁴⁴.

Il est donc cohérent que la libre circulation des travailleurs constitue de nos jours la seule liberté de circulation pour laquelle une mesure individuelle d'origine privée ait pu être qualifiée d'entrave. En effet, dans les arrêts *Angonese* et *Raccanelli*, la Cour

¹²³⁸ BONICHOT J.-C., « Approches de l'égalité : la Cour de justice de l'Union européenne », in AKANDJI-KOMBÉ J.-F., PÉCAUT-RIVOLIER L. et STRUILLLOU Y. (dir.), *Égalité et droit social*, Paris, IRJS Éditions, 2014, p. 68.

¹²³⁹ *Ibid.*, p. 78.

¹²⁴⁰ *Ibid.*

¹²⁴¹ V. p. ex. les arrêts CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, aff. 186/87, *Rec.* 1989, p. 195 ; CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.* 2001, p. I-6193 ; CJCE, 2 octobre 2002, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, *Rec.* 2002, p. I-11613 ; v. aussi WALKILA S., *Horizontal effect of fundamental rights in EU law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2016, p. 70.

¹²⁴² WALKILA S., *op.cit.*, p. 71.

¹²⁴³ *Ibid.*

¹²⁴⁴ *Ibid.*

de justice a reconnu un effet horizontal direct à l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité découlant de la libre circulation des travailleurs.

Dans ces arrêts, la Cour de justice a souligné la nature discriminatoire des mesures d'origine privée en cause. Elle a affirmé que l'interdiction de discrimination revêt un « *caractère impératif* » et s'impose non seulement aux États membres, mais aussi « *à toutes conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats entre particuliers* »¹²⁴⁵.

Par ces arrêts, la Cour de justice a jugé que la libre circulation des travailleurs déploie un effet horizontal direct non seulement dans le cas d'une mesure collective, mais aussi dans le cas d'une mesure individuelle tel qu'un contrat de travail entre particuliers. Comme le professeur Dubout le fait remarquer, la situation présentée dans les deux arrêts doit être considérée comme étant « *pleinement* » horizontale dans la mesure où elle ne concernait pas une mesure collective, mais un seul employeur¹²⁴⁶. Or, à l'occasion de ces deux arrêts, la Cour de justice a directement limité l'autonomie privée des employeurs¹²⁴⁷.

Ce faisant, la Cour de justice a mis en avant le caractère discriminatoire des mesures en cause, soulignant le « *caractère impératif* » de l'interdiction des discriminations. Un débat doctrinal s'est alors tenu sur la question de savoir si l'effet direct de la libre circulation des travailleurs s'étend seulement aux mesures individuelles discriminatoires ou également aux mesures individuelles - émanant d'un contrat entre particuliers - qui sont indistinctement applicables.

Cette question est difficile à résoudre. Nous estimons que le critère pertinent devrait être la capacité de l'employeur à décider de l'accès au marché du travail ; car la libre circulation des travailleurs confère le droit à l'accès au marché du travail des États membres¹²⁴⁸.

¹²⁴⁵ CJCE, arrêt *Angonese* précité, C-281/98, pt. 34 (nous soulignons).

¹²⁴⁶ DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 118.

¹²⁴⁷ *Ibid.*

¹²⁴⁸ EBERS M., *op.cit.*, p. 509.

Il est vrai que dans les arrêts *Angonese* et *Raccanelli*, la Cour de justice a reconnu un effet horizontal direct sans faire référence au pouvoir des employeurs en cause de limiter l'accès au marché du travail¹²⁴⁹. Cependant, on pourrait observer que la limitation de l'accès au marché du travail par les employeurs en cause était évidente dans les deux affaires puisqu'il s'agissait à chaque fois d'une mesure discriminatoire. Les mesures en cause limitaient l'accès au marché. Cette limitation était particulièrement visible dans l'affaire *Angonese* où la banque a refusé d'accepter une autre preuve du bilinguisme de Monsieur Angonese que le *patentino*. La mesure en cause constituait donc une mesure (indirectement) discriminatoire qui empêchait Monsieur Angonese d'être recruté, autrement dit, la mesure limitait son accès au marché du travail.

Nous considérons que toute mesure qui rend l'accès au marché du travail d'un autre État membre plus difficile voire impossible, affecte le noyau dur de la libre circulation des travailleurs. Dès lors, nous estimons que toute mesure d'un employeur qui rend l'accès au marché du travail d'un autre État membre plus difficile voire impossible, doit être examinée à la lumière de la libre circulation des travailleurs, que ce soit une mesure discriminatoire ou indistinctement applicable. Le caractère discriminatoire ou non discriminatoire de la mesure en cause doit, certes, impérativement être pris en compte, mais au stade de la proportionnalité de la mesure.

Pour résumer notre étude sur la libre circulation des travailleurs, nous pouvons citer le professeur Dubout qui relève que la libre circulation des travailleurs est la liberté de circulation « *qui se prête le mieux à la subjectivation et à la fondamentalisation* »¹²⁵⁰. Ce constat est en accord avec notre étude et reflète pleinement, à notre sens, la jurisprudence de la Cour de justice qui déduit de la libre circulation des travailleurs « *le droit fondamental d'accéder librement à un emploi* »¹²⁵¹.

¹²⁴⁹ DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 118.

¹²⁵⁰ *Ibid.*, p. 121.

¹²⁵¹ CJCE, arrêt *Bosman* précité, aff. C-415/93, pt. 129.

La libre circulation des travailleurs vise l'intégration sociale, tout en étant caractérisée par sa proximité avec les droits fondamentaux, auxquels elle peut (presque) être assimilée, comme il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice¹²⁵². Dès lors, la libre circulation des travailleurs se prête particulièrement bien au déploiement d'un effet horizontal direct, et donc à la limitation de l'autonomie privée des employeurs susceptibles d'y porter atteinte, en entravant non seulement la libre circulation des travailleurs, mais aussi l'intégration sociale et les droits fondamentaux des travailleurs¹²⁵³.

De cette manière, la reconnaissance d'un effet horizontal direct de la libre circulation des travailleurs qui soumet l'employeur directement au respect des obligations découlant de cette liberté contribue à la mise en place d'une économie sociale de marché en établissant une forme de justice sociale dans les relations de travail, qu'elles soient publiques ou privées¹²⁵⁴.

Dans le cadre de la libre circulation des travailleurs, l'effet direct sert de correctif pour compenser l'inégalité manifeste entre l'employeur et le travailleur qui met en péril le principe d'égalité devant la loi ainsi que les droits fondamentaux du travailleur.

Le potentiel d'une situation manifestement inégale est donc accru dans le cadre de la libre circulation des travailleurs, ce qui justifie pour nous la soumission de l'employeur au respect des obligations découlant de cette liberté de circulation¹²⁵⁵. L'effet horizontal direct permet de contrebalancer les inégalités existantes entre l'employeur et le travailleur et assure ainsi l'intégration sociale au sein de l'Union.

Or, l'employeur n'est pas le seul à disposer d'un pouvoir élevé, peut-être même exorbitant. D'autres personnes privées peuvent, dans certaines situations, également disposer d'un tel pouvoir de sorte que le rapport entre cette personne et une autre per-

¹²⁵² DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 121.

¹²⁵³ *Ibid.*

¹²⁵⁴ *Ibid.*, p. 122.

¹²⁵⁵ Du même avis : FRENZ W., *op.cit.*, p. 466, pt. 1388.

sonne privée n'est pas un rapport d'égalité d'autonomie, mais un rapport déséquilibré marqué par une inégalité manifeste entre les parties. Dans le paragraphe suivant, nous allons, dès lors, étudier le second critère de différenciation : un rapport de pouvoir manifestement déséquilibré entre les acteurs privés.

Paragraphe 2 : Le second critère de différenciation : un rapport de pouvoir manifestement déséquilibré entre les acteurs privés

« Celui qui n'échapperait à l'arbitraire de l'Etat que pour tomber sous la domination de puissances privées ne ferait que changer de servitude : encore la seconde aurait-elle toute chance de se révéler plus intolérable que la première, tempérée, malgré tout, par un minimum de sens du bien commun »¹²⁵⁶.

Cette citation du professeur Rivero résume parfaitement l'enjeu d'une inégalité manifeste entre les acteurs privés résultant d'un pouvoir exorbitant d'une des parties.

La doctrine allemande relative aux droits fondamentaux connaît de longue date le « phénomène » d'un pouvoir exorbitant de certains organismes privés et les vives discussions liées à l'appréhension d'un tel pouvoir exorbitant, notamment la question de l'applicabilité des droits fondamentaux de la Loi fondamentale à des personnes privées disposant d'un tel pouvoir¹²⁵⁷. La notion employée dans la doctrine allemande pour désigner les personnes privées disposant d'un pouvoir exorbitant est celle de « *intermediäre Gewalten* », de « puissances intermédiaires ». Par cette notion, la doctrine allemande désigne tous les organismes et associations privés agissant dans l'espace *intermédiaire* entre l'individu et l'État¹²⁵⁸.

Or, malgré cette vaste discussion doctrinale en Allemagne, n'ont pu être cernées par une définition claire et précise dont l'élaboration fasse consensus ni la notion de

¹²⁵⁶ RIVERO J., « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in René Cassin, *Amicorum Discipulorumque liber, III, Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Éditions Pedone, 1971, p. 322.

¹²⁵⁷ V. p. ex. KAISER J.-H., *Die Repräsentation organisierter Interessen*, Berlin, Duncker&Humblot, 1956.

¹²⁵⁸ KAISER J.-H., *op.cit.*, 29.

« pouvoir privé exorbitant » ni la notion de « puissance intermédiaire »¹²⁵⁹. Pour les professeurs Jaensch et Roth, ces notions désignent des personnes qui se trouvent entre l'État et un particulier¹²⁶⁰. Tout en ne constituant pas un organe étatique, une puissance intermédiaire agit de manière quasi étatique en raison du pouvoir qu'elle détient¹²⁶¹.

Le professeur Jaensch, en particulier, a développé une trilogie de critères pour identifier une puissance intermédiaire¹²⁶². Selon lui, une puissance intermédiaire agit dans les formes normalement réservées à l'État en prenant des actes quasi normatifs¹²⁶³. Au lieu d'un rapport d'égalité, il y a un rapport de subordination entre le particulier et la puissance intermédiaire¹²⁶⁴. Le particulier n'a donc pas vraiment le choix de conclure ou de ne pas conclure le contrat, encore moins de négocier son contenu. En l'absence d'alternative et de choix, le contrat lui est quasiment imposé¹²⁶⁵, de manière comparable à une norme législative. Enfin, le professeur Jaensch estime que les « normes » développées par l'organisme privé doivent servir le bien commun¹²⁶⁶. Ses exemples sont donc fortement orientés vers les associations et regroupements professionnels, des syndicats et des associations sportives.

Derrière ce raisonnement du professeur Jaensch repose l'idée que de tels organismes privés agissent, en réalité, comme l'État. Ils doivent, dès lors, selon lui, être soumis aux mêmes règles que l'État et également respecter les libertés de circulation.

Cette trilogie de critères peut, à notre sens, constituer un bon point de départ pour une réflexion sur les caractéristiques d'une puissance intermédiaire, mais elle nous paraît toutefois trop étroite. Le critère de subordination nous paraît pertinent : il constitue un critère fonctionnel et pratique pour déterminer si un organisme privé doit être qua-

¹²⁵⁹ LEISNER W., *Grundrechte und Privatrecht*, München, Beck, 1960, p. 252.

¹²⁶⁰ JAENSCH M., *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1997 p. 263 s; ROTH W.-H., « Drittwirkung der Grundfreiheiten? » in DUE O., LUTTER M. et SCHWARZE J. (éds.), *Festschrift für Ulrich Everling*, tome II, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1995, p. 1246.

¹²⁶¹ FÖRSTER Ph., *op.cit.*, p. 185.

¹²⁶² JAENSCH M., *op.cit.*, p. 263 s (notamment p. 268 s.).

¹²⁶³ *Ibid.*, p. 268.

¹²⁶⁴ *Ibid.* p. 269.

¹²⁶⁵ *Ibid.*, p. 278.

¹²⁶⁶ *Ibid.*, p. 279.

lifiée de puissance intermédiaire dans la mesure où le rapport de subordination et de dépendance transforme la relation entre personnes privées, normalement caractérisée par un rapport d'égalité, en un rapport où une partie - la puissance intermédiaire - détient plus de pouvoir pour former et façonner la relation à sa manière.

Le critère d'absence totale d'alternative nous semble, en revanche, trop étroit. Certes, en cas d'absence de choix, il est sûr et certain qu'on est en présence d'une puissance intermédiaire. Mais à notre avis, tel est aussi le cas si les alternatives ne sont pas absentes mais considérablement réduites, si elles sont difficiles à atteindre ou plus coûteuses. Dans ce contexte, il nous paraît important de renvoyer à l'arrêt *Fra.Bo*¹²⁶⁷ étudié précédemment¹²⁶⁸. En l'occurrence, l'entreprise *Fra.Bo* aurait pu choisir un autre moyen d'obtenir le certificat en question. Mais ce chemin alternatif aurait été beaucoup plus difficile, incertain et plus coûteux que le certificat délivré par l'organisme privé de normalisation. C'est pourquoi la Cour de justice a, à juste titre, estimé que les autres termes de l'alternative étaient peu pertinents en l'espèce.

De plus, nous estimons qu'il ne faut pas réduire la qualification de puissance intermédiaire à la faculté, pour une personne privée, d'adopter des actes quasi normatifs, même si la qualification de puissance intermédiaire s'impose certes plus facilement en cas d'une mesure privée révélant un caractère quasi normatif. Les syndicats, par exemple, agissent à notre sens pleinement en tant que puissance intermédiaire lorsqu'ils prennent des actes non réglementaires ayant des impacts considérables sur d'autres personnes privées, tels que des blocages. Les arrêts *Viking*¹²⁶⁹ et *Laval*¹²⁷⁰ en témoignent tout aussi bien que l'arrêt *Commission/France*¹²⁷¹.

Enfin, nous estimons qu'un organisme ne doit pas nécessairement poursuivre des objectifs d'intérêt général pour être qualifié de puissance intermédiaire. À notre avis, il est tout à fait possible qu'une personne privée couvre les autres critères d'une puis-

¹²⁶⁷ CJUE, 12 juillet 2012, *Fra.Bo.*, aff. C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453.

¹²⁶⁸ V. Partie I, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2.

¹²⁶⁹ CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05, *Rec.* 2007, p. I-10779.

¹²⁷⁰ CJCE, 19 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05, *Rec.* 2007, p. I-11767.

¹²⁷¹ CJCE, 9 décembre 1997, *Commission/France*, aff. C-265/95, *Rec.* 1997, p. I-6959.

sance intermédiaire et détiennne, notamment, un pouvoir quasi normatif, sans poursuivre (principalement) des buts d'intérêt général.

Nous estimons que le facteur déterminant doit être de savoir si l'organisme privé en question détient - par rapport à l'individu - un pouvoir comparable au pouvoir étatique¹²⁷². Il faut donc se poser la question de savoir si le particulier se trouve vis-à-vis de l'organisme privé en cause dans une position comparable à celle dont il se trouve vis-à-vis de l'État¹²⁷³.

Dans un tel scénario, l'acte conclu par une personne privée avec un organisme privé ne l'a pas été dans l'exercice de l'autonomie de la volonté de la personne privée, mais a régulièrement été subi comme un acte imposé¹²⁷⁴. Tel est cas, par exemple, si l'organisme privé détient un monopole sur le marché en question ou est un des rares organismes sur le marché ou si l'affiliation à l'organisme est nécessaire pour exercer une certaine activité¹²⁷⁵.

Une mesure « caractéristique » émanant d'une telle puissance intermédiaire est l'adoption d'une réglementation abstraite et générale applicable à un grand nombre de personnes qui se trouvent dans une relation de subordination ou de dépendance vis-à-vis de la puissance intermédiaire, ce qui les oblige de suivre la réglementation comme s'il s'agissait d'une réglementation émanant d'une autorité publique¹²⁷⁶.

Ainsi, la puissance intermédiaire rejoint la notion de « *private governance* », c'est-à-dire l'influence ou l'impact de mesures privées sur des processus divers de la vie économique, politique ou sociale, qui ont un effet similaire aux mesures étatiques¹²⁷⁷. Ce qui est déterminant, ce n'est donc pas tant de savoir si la mesure constitue une mesure collective ou non, mais de savoir si la mesure en cause constitue une mesure

¹²⁷² BARQUERO CRUZ J., « Free movement and private autonomy », *European Law Review*, 1999, p. 618.

¹²⁷³ *Ibid.*

¹²⁷⁴ *Ibid.*

¹²⁷⁵ *Ibid.*

¹²⁷⁶ LUDWIGS M. et WEIDERMANN S., « Drittwirkung der Europäischen Grundfreiheiten - Von der Divergenz zur Konvergenz? », *Juristische Ausbildung*, 2014, n° 2, p. 156.

¹²⁷⁷ WERNICKE S., *Die Privatwirkung im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2002, p. 254.

réglementaire - compris au sens large du terme - émanant d'une puissance intermédiaire, autrement dit de la gouvernance privée¹²⁷⁸.

Les puissances intermédiaires sont un phénomène relativement récent. Ici encore, il nous paraît approprié de nous référer à la Révolution française, qui a renversé l'ordre politique existant¹²⁷⁹. Elle a considérablement contribué à la libération du travail en abrogeant les corporations¹²⁸⁰. Avec cette abrogation, les révolutionnaires croyaient résoudre la question sociale et le paupérisme¹²⁸¹. Or, ce dernier n'a pas disparu, et s'est accru avec la révolution industrielle du 19^e siècle¹²⁸².

Comme il l'a été vu au chapitre précédent, la révolution industrielle a renversé les sociétés en Europe et a conduit à la création d'un grand nombre d'associations collectives diverses, telles que des syndicats, associations professionnelles et chambres¹²⁸³.

La création des associations ouvrières avait, par exemple l'objectif de compenser, au moins en partie, les inégalités structurelles entre « *le capital et le travail* »¹²⁸⁴. Ainsi, l'association sert de moyen de rééquilibrage afin d'établir une égalité de droit entre les employeurs et les ouvriers¹²⁸⁵.

De nos jours, les particuliers sont souvent confrontés à des associations et regroupements divers et souvent puissants, mais ils en font aussi partie en étant membres d'un regroupement qui défend leurs intérêts, tel qu'une organisation religieuse, un syndi-

¹²⁷⁸ *Ibid.*, p. 255.

¹²⁷⁹ PERNOT J.-M., « L'égalité en matière sociale : réflexions à partir de l'histoire des relations sociales », in AKANDJI-KOMBÉ J.-F., PÉCAUT-RIVOLIER L. et STRUILLLOU Y. (dir.), *Égalité et droit social*, Paris, IRJS Éditions, 2014, p. 5.

¹²⁸⁰ V. notamment la loi Le Chapelier du 14 juin 1791 et le décret d'Allarde du 2 et 7 mars 1791 ; comp. aussi PERNOT J.-M., « L'égalité en matière sociale : réflexions à partir de l'histoire des relations sociales », *op.cit.*, p. 5.

¹²⁸¹ PERNOT J.-M., « L'égalité en matière sociale : réflexions à partir de l'histoire des relations sociales », *op.cit.*, p. 5.

¹²⁸² *Ibid.*

¹²⁸³ V. p. ex. STERN K. et SACHS M., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Band III/1 - Allgemeine Lehren der Grundrechte*, München, Beck, 1988, p. 1588 s.

¹²⁸⁴ PERNOT J.-M., « L'égalité en matière sociale : réflexions à partir de l'histoire des relations sociales », *op.cit.*, p. 9.

¹²⁸⁵ *Ibid.*, p. 10.

cat, une chambre ou une organisation professionnelle. Ainsi, les regroupements et associations privés sont à la fois « *opposants et alliés* » de l'individu¹²⁸⁶.

Dans ce contexte, il est intéressant de procéder à une comparaison des associations et corporations en Allemagne, en France et en Autriche. Elle permet de démontrer que de nombreuses différences existent dans leur appréhension et régime juridique¹²⁸⁷.

Ainsi, en Allemagne, les associations participent considérablement à la vie politique et remplissent des tâches d'intérêt général¹²⁸⁸. Néanmoins, l'Allemagne ne constitue pas un État très corporatiste¹²⁸⁹. En France, les révolutionnaires ont interdit toute sorte d'association¹²⁹⁰. Ce n'est qu'à la fin du XIX^{ème} siècle que la création d'associations et de corporations a été au fur et à mesure autorisée¹²⁹¹. Depuis la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, la liberté d'association est garantie en droit français¹²⁹². Malgré cette ouverture récente, les Français se sont fortement engagés dans les associations, qui jouent désormais un rôle important en France, notamment dans le domaine de la vie civile et sociale, où l'État s'est retiré pour céder la place à des associations privées¹²⁹³. En effet, un grand nombre d'associations privées, avec un nombre croissant de membres, est actif dans le développement régional, la protection de l'environnement et certaines questions sociales, telles que la lutte contre la pauvreté, l'éducation et l'inclusion sociale¹²⁹⁴. En Autriche, environ trois quarts de la population est membre d'au moins une association, même si leur affiliation reste dans la plupart des cas passive¹²⁹⁵. Ce grand nombre de membres associatifs est probablement lié au fait que la création d'une association est particulièrement facile en Autriche, les exigences réglementaires restant minimales¹²⁹⁶. Tout comme en France,

¹²⁸⁶ STERN K. et SACHS M., *op.cit.*, p. 1590.

¹²⁸⁷ V. notamment REUTTER W., *Verbände und Interessengruppen in den Ländern der Europäischen Union*, Berlin, Springer Verlag, 2^e édition, 2012 qui présente un excellent aperçu des associations et corporations dans tous les États membres de l'Union.

¹²⁸⁸ REUTTER W., *op.cit.*, p. 154.

¹²⁸⁹ *Ibid.*

¹²⁹⁰ *Ibid.*, p. 212.

¹²⁹¹ *Ibid.*, p. 213.

¹²⁹² *Ibid.*

¹²⁹³ *Ibid.*, p. 241.

¹²⁹⁴ *Ibid.*

¹²⁹⁵ *Ibid.*, p. 527.

¹²⁹⁶ *Ibid.*, p. 545.

la majorité des associations sont orientées vers des activités sportives et de loisirs, mais en Autriche également, de plus en plus d'associations s'engagent dans le domaine de la protection de l'environnement et la lutte contre les injustices sociales¹²⁹⁷. Or, les associations privées en Autriche entretiennent souvent des liens plus ou moins étroits, visibles ou non, avec le pouvoir politique¹²⁹⁸.

Dans l'Union européenne, nous pouvons également observer un nombre croissant d'associations et de groupes privés qui s'engagent dans le domaine civil et politique, souvent dans le but d'influencer la politique pour l'orienter dans un certain sens¹²⁹⁹. De plus, nous pouvons observer qu'au niveau européen, tout comme dans les États membres, la participation publique dans les échanges économiques diminue à la suite de la privatisation croissante de services et entreprises¹³⁰⁰. Dès lors, les organismes et associations privés détiennent une place de plus en plus importante tant au niveau national qu'eupéen¹³⁰¹. Nous pouvons penser aux lobbys, associations professionnelles, syndicats et regroupements de syndicats au niveau européen, des organismes d'audit comme les « Big Four », des agences des notations, des associations sportives, des organismes de normalisation et de standardisation ou encore à des grandes sociétés et groupes de sociétés qui disposent souvent d'un pouvoir considérable. Le pouvoir important des agences de notation a, en particulier, suscité un vif débat en Europe et dans le monde entier, en particulier suite à la crise financière de 2008. Loin de constituer une question purement théorique, le pouvoir de certains organismes et associations est une réalité dont l'ordre juridique de l'Union doit tenir compte.

Tant au niveau national qu'eupéen, le pouvoir de ces puissances intermédiaires peut donc être ressenti par le particulier de manière similaire au pouvoir étatique ou au pouvoir de l'Union¹³⁰².

¹²⁹⁷ *Ibid.*

¹²⁹⁸ *Ibid.*, p. 546.

¹²⁹⁹ REUTTER W., *op.cit.*, p. 837.

¹³⁰⁰ BAQUERO CRUZ J., « Free movement and private autonomy », *op.cit.*, p. 604.

¹³⁰¹ LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 418.

¹³⁰² STERN K. et SACHS M., *op.cit.*, p. 1590.

Or, nous avons mentionné ci-dessus que le regroupement d'intérêts dans des associations peut aussi être bénéficiaire pour les particuliers et avoir dès lors des effets fortement positifs, notamment en renforçant leur position¹³⁰³. Ces regroupements sont l'expression des droits fondamentaux garantis par les ordres juridiques des États membres et de l'Union, dont notamment de la liberté d'association¹³⁰⁴. La seconde partie de la présente thèse rappellera que les associations privées disposent, tout comme les particuliers, de certains droits fondamentaux et de l'autonomie privée. En cela, les regroupements et associations privées se distinguent du pouvoir étatique¹³⁰⁵.

Avant d'essayer d'appréhender les mesures de telles puissances intermédiaires à la lumière des libertés de circulation, il convient d'apporter une précision importante. Car il se peut qu'une puissance intermédiaire soit rattachable à l'État. Une mesure émanant d'une telle puissance intermédiaire rattachable à l'État, qui entrave une des libertés de circulation, constitue alors une mesure étatique et non pas une mesure d'origine privée, puisque la puissance intermédiaire a été rattachée à un État membre. Tel est, par exemple, le cas pour certaines organisations professionnelles. Ainsi, la Cour de justice a jugé en 1977 que le Conseil de l'Ordre des avocats de la Cour d'appel de Paris doit respecter la liberté d'établissement. En effet, la Cour de justice a estimé que « *la jouissance effective de la liberté d'établissement pouvant relever ainsi, dans certaines circonstances, de législations ou pratiques nationales, il incombe aux autorités publiques compétentes - et parmi elles aux corporations professionnelles légalement reconnues, d'assurer, de ces législations ou pratiques, une application conforme à l'objectif défini par les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement* »¹³⁰⁶. Dans cet arrêt, la corporation professionnelle, en l'occurrence le Conseil de l'ordre des avocats, a été rattachée à la France parce qu'il est « *légalement reconnu* » par cet État membre. Il y avait donc un lien de rattachement avec l'État français.

¹³⁰³ *Ibid.*, p. 1590s.

¹³⁰⁴ V. pour plus d'informations Partie II, Titre 1, Chapitre 2 de la présente thèse.

¹³⁰⁵ STERN K. et SACHS M., *op.cit.*, p. 1592.

¹³⁰⁶ CJCE, 28 avril 1977, *Thieffry/Conseil de l'ordre des avocats de la Cour de Paris*, aff. 71/76, *Rec.* 1977, p. 765, pt. 18.

Dans un tel cas de figure, c'est-à-dire en présence d'un lien de rattachement avec l'État, la mesure en question doit être qualifiée de mesure étatique.

Même si certaines puissances intermédiaires telles que certaines corporations professionnelles peuvent donc éventuellement présenter un lien de rattachement vers un État membre, d'autres puissances intermédiaires restent au contraire purement privées. Leurs mesures entravantes ne constituent donc pas des mesures étatiques, mais des mesures d'origine privée.

Il faut examiner dans chaque cas d'espèce si une puissance intermédiaire présente un lien de rattachement avec un État membre ou non. Dans la première hypothèse, une mesure restrictive émanant d'une puissance intermédiaire rattachable à un État doit être qualifiée de mesure étatique. Dans la seconde hypothèse, la mesure restrictive doit être qualifiée de mesure d'origine privée.

Dans le cadre de la présente thèse - et comme défini dans l'introduction - nous nous concentrons sur les mesures émanant d'une puissance intermédiaire non rattachable à un État, c'est-à-dire aux mesures d'origine purement privée.

La question est de savoir comment appréhender, au regard du droit de l'Union, les mesures émanant de certains organismes et associations privés qui détiennent un pouvoir important.

Comme il a été mentionné ci-dessus, cette tâche est rendue plus complexe par le fait que les associations privées sont titulaires de certains droits fondamentaux. Or, comme nous allons le voir dans la seconde partie de la présente thèse, l'exercice de l'autonomie privée et des droits fondamentaux est soumis à certaines limites. Si une personne privée telle qu'une association professionnelle dispose d'un pouvoir exorbitant, elle peut, par ses mesures ou actes, restreindre ou éliminer l'exercice d'une liberté de circulation d'une autre personne privée.

Dans plusieurs arrêts¹³⁰⁷ en matière d'entraves d'origine privée, la Cour de justice a identifié la présence d'un pouvoir quasi étatique de la personne privée en question. La Cour de justice a en effet constaté à maintes reprises que le principe de non-discrimination et les libertés de circulation s'appliquent également à une entité privée qui « *exerce un certain pouvoir sur les particuliers et est en mesure de leur imposer des conditions qui nuisent à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité* »¹³⁰⁸.

De même, dans l'arrêt *Bosman*, la Cour de justice vise à supprimer les obstacles « *résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations et organismes ne relevant pas du droit public* »¹³⁰⁹. La Cour de justice met donc en avant l'exercice « *d'un certain pouvoir sur les particuliers* » et l'exercice de l' « *autonomie juridique* » de ces associations et organismes et souligne ainsi que le pouvoir que ces associations détiennent ressemble au pouvoir étatique. De ce fait, elle rapproche le pouvoir exorbitant des associations et organismes en question du pouvoir étatique. Ainsi, il ressort de la formulation retenue par la Cour de justice que le critère clé n'est pas celui d'une mesure collective ou individuelle¹³¹⁰, mais de savoir si l'association ou l'organisme en question détient un pouvoir exorbitant qui a pour conséquence que les mesures qu'il prend ont un effet similaire aux mesures prises par un État¹³¹¹. L'effet d'une mesure émanant d'un organisme qui détient un pouvoir exorbitant est donc similaire à l'effet d'une mesure restrictive émanant d'un État¹³¹².

L'exercice d'un tel pouvoir peut être normatif par l'adoption de règles ou la fixation de tarifs ou matériel en recourant à la force publique légitime¹³¹³. Ainsi, nous pouvons penser à des mesures réglementaires telles que des conditions générales, des normes techniques, des règlements internes des associations sportives, des contrats ou

¹³⁰⁷ CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave*, aff. 36/74, *Rec.* 1974, p. 1405 ; CJCE, arrêt *Bosman* précité, aff. C-415/93 ; CJCE, 3 octobre 2000, *Ferlini*, aff. C-411/98, *Rec.* 2000, p. I-8081 ; CJCE, 19 février 2002, *Wouters*, aff. C-309/99, *Rec.* 2002, p. I-1577.

¹³⁰⁸ CJCE, arrêt *Ferlini* précité, pt. 50.

¹³⁰⁹ CJCE, arrêt *Bosman* précité, aff. C-415/93, pt. 83.

¹³¹⁰ LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 420.

¹³¹¹ Du même avis : LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 417.

¹³¹² LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 418; FRENZ W., *op.cit.*, p. 689, pt. 2164 s.

des statuts d'une société ou bien de « simples » actes et comportements privés exercés par un organisme qui détient un pouvoir exorbitant, tel que des blocages, des actes de destruction, des appels au boycott ou des recommandations de produits¹³¹⁴.

Même si du point de vue du droit interne, il s'agit donc d'un rapport entre personnes privées, le droit de l'Union vise la personne privée en tant qu'entité qui exerce une autorité dans la mesure où elle se comporte comme une autorité publique engagée dans un rapport vertical avec des particuliers¹³¹⁵.

L'assujettissement de ces personnes privées détentrices d'un pouvoir exorbitant au respect des libertés de circulation sert alors de correctif pour remédier au déséquilibre affectant le rapport entre les parties au litige¹³¹⁶.

La plupart des affaires dans lesquelles la Cour de justice a reconnu un effet horizontal direct concerne des actes juridiques, souvent des activités commerciales au sens large, notamment des contrats entre personnes privées. Ceci n'est pas étonnant puisque la réalisation des libertés de circulation exige la conclusion d'une transaction juridique commerciale entre personnes privées¹³¹⁷. Alors que le rôle des États membres dans le cadre de la réalisation du marché intérieur se limite habituellement à assurer - par leur législation - qu'il n'y a pas d'entraves étatiques au libre-échange, le rôle des personnes privées est plus vaste.

En effet, comme il a été vu au titre premier de la présente thèse, les personnes privées sont essentielles pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur. C'est au travers des transactions commerciales que le marché intérieur se réalise et que l'intégration européenne progresse et s'approfondisse. Ainsi, les personnes privées réalisent non seulement leur propre libre circulation, mais assurent également, à travers leurs activités commerciales, l'exercice de la libre circulation des autres per-

¹³¹³ AZOULAI L., « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2010, n° 46 (4), p. 848 ; du même avis : FRENZ W., *op.cit.*, p. 689, pt. 2164s.

¹³¹⁴ V. dans le même sens BURGI M., « Mitgliedstaatliche Garantienpflicht statt unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten », *EWS*, n° 9, 1999, p. 327.

¹³¹⁵ AZOULAI L., « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 848.

¹³¹⁶ *Ibid.*, p. 857.

sonnes privées¹³¹⁸. De ce fait, les personnes privées ont une grande influence dans la réalisation des libertés de circulation. Dans le cadre des relations de droit privé, elles peuvent imposer des restrictions à l'exercice d'un droit de libre circulation qui peuvent avoir un impact considérable¹³¹⁹.

Une des libertés de circulation où le particulier peut facilement être confronté à un organisme privé détenant un pouvoir exorbitant est celle des capitaux. En effet, les banques et assurances détiennent dans la majorité des cas un pouvoir exorbitant par rapport au particulier qui souhaite conclure un contrat avec elles dans l'exercice de la libre circulation des capitaux¹³²⁰. Dans la quasi-totalité des cas, le particulier n'a aucune possibilité de négocier les clauses contractuelles ou les conditions générales de la banque¹³²¹. Il n'a pas non plus de possibilité de participer dans leur élaboration. De plus, le particulier n'a généralement que peu d'alternatives puisque le nombre de banques par pays est relativement limité et les contrats types et conditions générales se ressemblent souvent.

Ainsi, les banques et assurances peuvent potentiellement introduire des clauses discriminatoires ou restreindre autrement la libre circulation des capitaux des personnes ayant recours à ces institutions.

C'est pourquoi nous estimons que la libre circulation des capitaux et des moyens de paiement nécessite la reconnaissance d'un effet direct horizontal en présence d'une banque ou assurance imposant ses conditions générales et clauses contractuelles types ou discriminant en fonction de la nationalité du demandeur d'un prêt ou d'une assurance afin de ne pas priver cette liberté de circulation de son effectivité.

Mais les autres libertés de circulation constituent également un cadre dans lequel l'individu doit être protégé contre l'exercice d'un pouvoir économique ou social

¹³¹⁷ PREEDY K., *op.cit.*, p. 56.

¹³¹⁸ *Ibid.*

¹³¹⁹ *Ibid.*

¹³²⁰ LÜBKE J., « § 5. Die binnenmarktrechtliche Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit », in MÜLLER-GRAFF P.-C. (éd.), *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht (EnzEuR)*, tome 4, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2015, p. 302, pt. 66.

¹³²¹ *Ibid.*

exorbitant car ce dernier menace, limite ou rend impossible l'exercice de son droit à la libre circulation¹³²². C'est pourquoi, en présence d'un tel pouvoir exorbitant, le juge est tenu de faire respecter les libertés de circulation en les appliquant directement à la personne privée détentrice d'un pouvoir exorbitant, c'est-à-dire en l'assujettissant directement au respect des obligations découlant des libertés de circulation¹³²³. Car en présence d'un pouvoir exorbitant, seule l'assujettissement direct des personnes privées aux obligations découlant des libertés de circulation est susceptible d'assurer le respect de ces dernières ainsi que le respect des droits et libertés des personnes plus faibles. Le juge veille ainsi au rétablissement d'un équilibre entre les personnes privées.

Le rétablissement d'un certain équilibre voire d'une certaine égalité juridique entre les personnes privées nous semble en effet un critère clé pour la reconnaissance d'un effet horizontal direct des libertés de circulation dans certaines circonstances, car aucun ordre juridique ne peut laisser main libre aux acteurs privés disposant d'un pouvoir exorbitant. Cela entraînerait une inégalité manifeste entre les personnes privées.

Dès lors, le critère déterminant pour identifier une « puissance intermédiaire » nous semble être non pas un pouvoir normatif ou réglementaire, mais une inégalité manifeste et fondamentale entre cette puissance intermédiaire et une autre partie privée qui met en péril l'égalité devant la loi de cette dernière. Comme le professeur Rivero l'a remarqué, l'État peut opprimer « *parce qu'il est, à l'égard de ceux qui vivent dans sa sphère d'action, en position de supériorité* »¹³²⁴. Le professeur Rivero en déduit que « *toute relation inégalitaire, dans la société, permet à celui qui domine de peser sur les comportements de celui qui est dominé, donc d'attenter à la liberté du faible* »¹³²⁵. Dans ce contexte, il est, en effet, intéressant de nous rappeler l'origine étymologique du mot « souverain », venant du latin *superus*, c'est-à-dire supérieur¹³²⁶.

¹³²² Dans le même sens pour les droits fondamentaux allemands : HESSE K., *op.cit.*, p. 160.

¹³²³ Dans le même sens pour les droits fondamentaux allemands : HESSE K., *op.cit.*, p. 160.

¹³²⁴ RIVERO J., « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », *op.cit.*, p. 311.

¹³²⁵ *Ibid.*

¹³²⁶ <http://www.toupie.org/Dictionnaire/Souverainete.htm>.

Ces réflexions peuvent être transposées au niveau européen. Chaque personne privée qui est tellement puissante qu'elle est en situation d'inégalité manifeste dans ses rapports avec les autres personnes privées - soit parce qu'elle détient un pouvoir normatif ou réglementaire, soit parce qu'elle a, de fait, un pouvoir exorbitant - doit respecter les obligations découlant du marché intérieur. Son pouvoir exorbitant réduit ou élimine, dans les faits, l'égalité juridique qui dirige théoriquement le rapport entre personnes privées. En réalité, en raison de l'inégalité manifeste entre les parties, ce rapport d'égalité n'est que fictif¹³²⁷. La partie faible a donc un choix extrêmement réduit, celui de prendre ou de laisser.

Ainsi, l'effet horizontal des libertés de circulation en présence d'une puissance intermédiaire repose sur les mêmes raisons que l'effet horizontal des droits fondamentaux nationaux et rejoint les discussions y relatives, que nous allons étudier plus en détail dans la seconde partie de la présente thèse. Le professeur Seifert remarque dans ce contexte que l'effet horizontal « sert avant tout à neutraliser les asymétries de pouvoirs entre particuliers »¹³²⁸. Une telle asymétrie existe quasi « naturellement » en matière de droit du travail, mais aussi dans le cadre du respect de la personnalité et de la vie privée¹³²⁹. En ce qui concerne les libertés de circulation, l'existence d'une puissance intermédiaire est particulièrement probable dans le cas de l'employeur, d'un syndicat et, encore plus, d'un regroupement de syndicat, d'un organisme de normalisation, d'une association privée avec un grand nombre de membres ou d'un regroupement professionnel.

Dans le cadre des débats relatifs à l'effet horizontal des droits fondamentaux nationaux, le professeur Seifert met en avant le fait que « la « constitutionnalisation » du droit privé fait partie du passage général d'un droit privé « libéral » à un droit privé

¹³²⁷ Dans un sens similaire mais dans le cadre de l'effet horizontal direct des droits fondamentaux allemands : NIPPERDEY H. C., *Grundrechte und Privatrecht*, Krefeld, Scherpe Verlag, 1961, p. 19.

¹³²⁸ SEIFERT A., « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, p. 808.

¹³²⁹ *Ibid.*

« *social* » ayant vocation à garantir un « *minimum de justice sociale dans les relations entre particuliers* »¹³³⁰.

À notre avis, cette réflexion peut être transposée au niveau européen : l'effet horizontal des libertés de circulation ne sert pas seulement à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur - même si cela constitue un objectif important - mais sert aussi à garantir un « *minimum de justice sociale dans les relations entre particuliers* » pour remédier à l'asymétrie existante entre une puissance intermédiaire et la partie faible qui lui est soumise. Ainsi, nos deux critères de différenciation se rejoignent.

Encore faut-il déterminer le critère par lequel un pouvoir exorbitant se manifeste dans le cadre des libertés de circulation. À notre avis, le critère le plus pertinent est celui du « *pouvoir de réglementer l'entrée sur le marché* »¹³³¹. Ce critère, employé par la Cour de justice dans l'arrêt *Fra.Bo.* présente, à notre avis, de nombreux avantages.

Le plus grand avantage réside dans le fait que ce critère est proprement européen. L'entrée ou autrement dit l'accès au marché est *le* critère pour déterminer une entrave à la libre circulation¹³³². En effet, le libre accès au marché est un élément clé du marché intérieur qui ne doit pas être entravé. En ayant recours au critère du pouvoir de réglementer l'entrée sur le marché, nous arrivons à établir un système harmonieux des entraves aux libertés de circulation.

De plus, cette approche présente l'avantage d'unifier la manière dont les entraves d'origine privée aux libertés de circulation sont appréhendées, en permettant, comme le professeur Dubout le relève, un « *alignement entre les différentes libertés de circu-*

¹³³⁰ *Ibid.*

¹³³¹ CJUE, arrêt *Fra.Bo.* précité, aff. C-171/11, pt. 31 ; v. aussi DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 115 ; MÜLLER-GRAFF P.-C., « Direct Horizontal Effect of the Transnational Market Access Freedoms of the Internal Market », in AMTENBRINK F., DAVIES G., KOCHENOV D. (éds.) *et al.*, *The Internal Market and the Future of European Integration : Essays in Honour of Laurence W. Gormley*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 47.

¹³³² Comp. DAVIES G., « Between market access and discrimination : free movement as a right to fair conditions of competition », in KOUTRAKOS P. et SNELL J. (éds.), *Research Handbook on the Law of the EU's Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 14.

lation autour de leur applicabilité aux personnes privées dotées d'un pouvoir de réglementation collectif susceptible d'entraver l'accès au marché »¹³³³.

Normalement, seule une mesure collective est susceptible d'avoir un tel effet et de réglementer l'entrée sur le marché. Or, il n'est à notre avis pas exclu que dans certaines circonstances certes plus rares, une mesure individuelle produise elle aussi un tel effet et ait pour conséquence de réglementer l'entrée sur le marché. Toutefois, un tel scénario sera moins fréquent en pratique car régulièrement, le marché s'en chargera dans la mesure où une personne ne réussit pas à exercer une influence suffisante pour réglementer l'accès au marché¹³³⁴.

La libre circulation des travailleurs est, pour les raisons évoquées ci-dessus, l'exception. Comme l'Avocat général Poiares Maduro l'a souligné, « *les travailleurs ne peuvent pas changer leurs qualifications professionnelles ou obtenir un autre emploi aussi facilement que les opérateurs peuvent modifier leurs produits ou trouver d'autres moyens de les commercialiser* »¹³³⁵. L'Avocat général en déduit que le dicton selon lequel « *le marché peut rester irrationnel plus longtemps que vous ne pouvez rester solvable* » sonne juste dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, « *peut-être plus que dans tout autre domaine* »¹³³⁶.

Le critère du pouvoir de réglementer l'accès au marché présente donc le grand avantage d'harmoniser le régime des entraves aux libertés de circulation. De plus, il permet d'éviter les excès d'une généralisation pleine et entière d'un effet horizontal direct en le limitant aux hypothèses de présence d'un tel pouvoir.

En dehors des circonstances précitées, il ne paraît pas nécessaire de reconnaître un effet horizontal direct aux libertés de circulation afin d'assurer leur effectivité.

¹³³³ DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 116 ; v. aussi RITLÉNG D., « Les États membres face aux entraves », in AZOULAI L. (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 303-324.

¹³³⁴ Conclusions de l'AG Poiares Maduro du 23 mai 2007 sur l'affaire *Viking*, aff. C-438/05, p. I-10784, pt. 42.

¹³³⁵ *Ibid.*, pt. 47.

¹³³⁶ *Ibid.*, pt. 47.

Cette première section nous a montré que l'élaboration de la reconnaissance d'un effet horizontal variable selon les circonstances constitue une tâche laborieuse, mais nécessaire. Comme souvent, il convient de différencier ; les situations et circonstances sont trop variables et complexes pour adopter une solution simple et facile¹³³⁷.

En présence d'une inégalité substantielle, l'effet horizontal direct constitue le moyen le plus approprié pour contrebalancer cette inégalité. Aussi, la libre circulation des travailleurs s'applique directement aux employeurs. Ceci est nécessaire pour assurer l'égalité devant la loi et l'intégration sociale en Europe.

De plus, l'effet horizontal direct s'impose en présence d'une personne privée qui détient le pouvoir de réglementer l'accès au marché. Le déséquilibre résultant du pouvoir exorbitant de cette personne justifie la reconnaissance d'un effet horizontal direct. La compensation d'une inégalité manifeste est, effectivement, nécessaire pour l'équilibre de tout système (juridique). Un déséquilibre substantiel qui persiste et qui conduit à une inégalité manifeste des personnes freine le développement économique, social et politique et entraîne une stagnation dangereuse susceptible de faire imploser ou exploser l'ordre juridique existant.

Au niveau européen, le rééquilibrage des inégalités manifestes permet d'assurer la cohérence du système des libertés de circulation avec le système juridique de l'Union et des États membres, fondé sur la prohibition des discriminations et la recherche d'une égalité en droit.

L'effet horizontal direct est l'outil le plus approprié à cet effet. En dehors d'une telle nécessité de rééquilibrage, l'effet horizontal indirect est, en revanche, suffisant pour assurer les droits à la libre circulation des personnes ainsi que le bon fonctionnement du marché intérieur.

¹³³⁷ Du même avis : PERNER S., *op.cit.*, p. 166.

Ceci est cohérent avec l'objectif du marché intérieur, qui vise à multiplier les choix des opérateurs économiques leur permettant de bénéficier d'un marché élargi couvrant tous les États membres de l'Union¹³³⁸.

La généralisation de l'effet horizontal direct aurait pour conséquence de restreindre ce choix et irait donc à l'encontre d'un des objectifs du marché intérieur¹³³⁹. De ce fait, l'effet direct ne doit être reconnu que dans le cas où une inégalité manifeste des acteurs économiques menace ou élimine le choix économique en réglementant l'accès au marché.

Encore faut-il établir comment la combinaison des effets horizontaux direct et indirect doit s'effectuer et comment cette combinaison assure à la fois le respect des relations de droit privé et le respect du système juridique des États membres et de l'Union.

Section 2 : La combinaison des effets horizontaux direct et indirect

L'effet horizontal des libertés de circulation signifie que les dispositions relatives aux libertés de circulation sont directement ou indirectement applicables dans un litige entre particuliers devant une juridiction nationale¹³⁴⁰. Dans les deux cas, la personne privée peut invoquer une entrave à l'une des libertés de circulation émanant d'une autre personne privée qui aurait violé son droit à la libre circulation. L'invocabilité des libertés de circulation qui constituent des droits subjectifs est donc assurée dans le cadre de l'effet horizontal direct comme dans celui de l'effet horizontal indirect.

La grande différence entre les deux effets horizontaux réside dans l'invocabilité des libertés de circulation à l'encontre d'une personne privée. Dans le cadre de l'effet horizontal direct, la liberté de circulation en cause est directement appliquée à

¹³³⁸ GARDE A. et MAHÉ S., « L'affaire viking : dans quelle mesure une action syndicale collective peut-elle constituer un obstacle à la liberté d'établissement ? », *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, 2009, p. 99 s.

¹³³⁹ *Ibid.*

¹³⁴⁰ WALKILA S., *op.cit.*, p. 30.

l'encontre de la personne privée qui l'a prétendument entravée. Le juge fonde sa décision directement sur la disposition pertinente pour sanctionner une entrave à la libre circulation. La disposition pertinente constitue donc le fondement juridique de la décision du juge.

Dans le cadre de l'effet horizontal indirect une personne privée peut également invoquer une violation de son droit à la libre circulation dans le cadre d'un litige entre particuliers. En revanche, la liberté de circulation en cause ne sera appliquée que sur le fondement juridique d'une norme de droit interne. L'effet horizontal de la liberté de circulation se déploie, dès lors, de manière indirecte, *via* l'interprétation des normes de droit interne.

De plus, en vertu de l'obligation de protection, les États membres sont tenus de protéger les libertés de circulation et d'assurer leur respect, y compris dans les relations entre personnes privées.

Dans cette section, nous étudierons comment la combinaison des effets horizontaux direct et indirect en liaison avec l'obligation de protection assurent à la fois le respect des relations de droit privé (Paragraphe 1) ainsi que le respect du système juridique des États membres et de l'Union européenne (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le respect des relations de droit privé

Bien que la solution différenciée élaborée ici ne constitue pas la solution la plus simple, elle présente le grand avantage de prendre en compte la diversité des situations et circonstances, nécessitant d'appliquer des solutions adaptées.

De manière similaire, la Cour de justice a développé dans le cadre de sa jurisprudence relative aux entraves d'origine privée des solutions différenciées, selon le cas d'espèce. Cette jurisprudence a parfois été critiquée comme déroutante et (trop) casuistique¹³⁴¹.

¹³⁴¹ V. p. ex. DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 107.

Or, l'analyse des affaires étudiées dans le titre précédent fait apparaître que les circonstances de chaque cas d'espèce varient. Chaque situation est singulière et demande donc une solution adaptée. Comme le professeur Dubout le relève, les affaires portées devant la Cour de justice « *ne correspondent que rarement à un idéal-type de rapport vertical ou horizontal, mais bien plutôt à des degrés d'inclinaison variables selon le pouvoir d'influence respectif des protagonistes* »¹³⁴².

La solution différenciée que nous avons élaborée dans ce titre permet de tenir compte des différentes circonstances, tout en assurant le respect du marché intérieur. Cette solution permet en outre de tenir compte des spécificités des relations de droit privé.

Il a déjà été vu comment les libertés de circulation interagissent avec le droit privé¹³⁴³. En effet, les libertés de circulation nécessitent des transactions de droit privé, comprises au sens large, pour se réaliser. Les libertés de circulation ne peuvent donc pas être séparées du droit privé et ont inévitablement un impact sur les relations de droit privé.

L'effet horizontal indirect présente le grand avantage de respecter le droit privé des États membres, tant dans sa structure que dans sa logique. À travers l'interprétation conforme du droit privé, notamment des clauses générales, en combinaison avec l'obligation de protection imposée aux États membres, les libertés de circulation peuvent être assurées au sein du marché intérieur, tout en respectant les relations de droit privé.

Ainsi, l'effet horizontal indirect présente l'avantage, à la différence de l'effet horizontal direct, de ne pas remplacer le droit national par le droit de l'Union, ni de substituer la Cour de justice aux États membres. Les interventions directes sur le droit privé des États membres sont réduites au nécessaire et l'autonomie privée est respectée. L'interprétation conforme du droit privé permet de respecter sa systématique.

¹³⁴² *Ibid.*

¹³⁴³ V. Partie I, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1 de la présente thèse.

Dès lors, l'effet horizontal indirect reconnaît que les libertés de circulation déploient un effet dans les relations de droit privé, mais par le biais du droit privé, applicable aux relations entre personnes privées. Toute clause de droit privé peut - et doit - être interprétée en conformité avec les libertés de circulation¹³⁴⁴. Ceci résulte de la primauté du droit de l'Union qui veut que le droit de l'Union prime les dispositions de droit national contraires¹³⁴⁵.

À cette interprétation conforme du droit privé à la lumière des libertés de circulation s'ajoute l'obligation de protection qui incombe aux autorités des États membres.

Il a été vu au titre précédent que toute autorité publique, y compris le législateur, doit respecter les libertés de circulation. Le droit privé des États membres, qu'il s'agisse des dispositions contraignantes ou non-contraignantes, doit être conforme au droit de l'Union et aux libertés de circulation.

L'obligation de protection qui découle des libertés de circulation va encore un pas plus loin dans la mesure où le droit privé doit non seulement être conforme aux libertés de circulation, dans le sens où le législateur ne doit pas prendre une mesure qui entrave (activement) une des libertés de circulation, mais il doit également assurer le respect des libertés de circulation et sanctionner toute violation dans les relations de droit privé¹³⁴⁶.

Les législateurs de droit privé des États membres ont donc non seulement l'obligation de ne pas entraver les libertés de circulation lorsqu'ils légifèrent, mais aussi l'obligation de prévoir des normes qui respectent et assurent les libertés de circulation.

Cette obligation de protection qui incombe à tous les pouvoirs publics des États membres, dont notamment le législateur et les juridictions, est particulièrement apte à assurer le respect des libertés de circulation, tout en respectant les relations de droit

¹³⁴⁴ Du même avis dans le contexte de l'effet indirect des droits fondamentaux allemands : STERN K. et SACHS M., *op.cit.*, p. 1557.

¹³⁴⁵ V. p. ex. PERNER S., *op.cit.*, p. 162.

¹³⁴⁶ V. p. ex. FÖRSTER Ph., *op.cit.*, p. 171; FRENZ W., *op.cit.*, p. 141 s.

privé et, d'une manière plus générale, les ordres juridiques des États membres. Ainsi, en vertu de cette obligation, les normes nationales doivent être conformes aux libertés de circulation et aux obligations qui en découlent.

Le fait que, dans le cadre de l'effet horizontal indirect, les libertés de circulation soient invocables par les personnes privées mais non *directement* applicables aux particuliers joue un rôle considérable pour la « psychologie » des personnes privées. En effet, dans le cadre de l'effet direct, les personnes privées se retrouvent soudainement confrontées à des litiges où on leur impose le respect des obligations découlant des libertés de circulation, les appliquant directement¹³⁴⁷.

Or, une telle application directe, autrement dit une telle soumission directe, doit être limitée aux circonstances qui la nécessitent. Tel est le cas pour la libre circulation des travailleurs et la présence d'une inégalité de pouvoir manifeste entre les acteurs privés, pour les raisons exposées ci-dessus. Ces circonstances justifient l'application directe des libertés de circulation.

En revanche, dans les autres scénarios, la personne privée fonde sa plainte sur une norme de droit interne. L'allégation d'une violation d'une liberté de circulation est donc médiatisée par le droit interne. Le juge applique une norme de droit national qu'il interprète en conformité avec les libertés de circulation. Le résultat final est le même : les personnes privées doivent respecter les libertés de circulation.

Sur le plan procédural, la personne privée dispose donc de plusieurs possibilités :

Dans le cadre de l'effet horizontal direct - qui intervient dans les circonstances exposées ci-dessus - la personne privée invoque la violation de son droit à la libre circulation à l'encontre d'une autre personne privée dans le cadre d'un litige entre particuliers. Le juge examine la mesure d'origine privée en cause à la lumière des libertés de circulation, les appliquant directement au litige.

¹³⁴⁷ V. aussi PERNER S., *op.cit.*, p. 164.

Dans le cadre de l'effet horizontal indirect, la personne privée lésée a le choix d'agir en justice contre la personne privée qui a violé son droit à la libre circulation ou contre l'État membre qui a manqué à son obligation de protection.

Dans le premier scénario, la personne privée invoque la violation de son droit à la libre circulation dans le cadre d'un litige entre particuliers. Le juge prend en compte l'invocation des libertés de circulation en interprétant la norme interne dont il est question dans le litige à la lumière des libertés de circulation. Le fondement juridique de la décision du juge sera donc une norme de droit interne, mais interprétée en conformité avec les libertés de circulation du droit européen. Si une telle interprétation conforme de la norme nationale n'est pas possible, le juge devra laisser inappliquée la norme nationale en question. De plus, la personne privée qui a été lésée dans son droit à la libre circulation pourra également invoquer la violation des droits fondamentaux de la Charte qui correspondent aux droits conférés par les libertés de circulation ou qui renforcent ces droits.

Nous allons traiter en détail l'invocabilité des droits conférés par la Charte dans le titre 2 de la présente thèse. Pour le moment, il nous paraît suffisant de constater que la Cour de justice a déjà admis qu'une personne privée puisse invoquer l'article 31 de la Charte qui consacre le droit à une limitation de la durée maximale du travail, à des périodes de repos ainsi qu'à une période annuelle de congés payés à l'encontre de son employeur¹³⁴⁸. Ainsi, il nous paraît cohérent qu'une personne privée invoque la violation d'un droit à la libre circulation conférée par une des libertés de circulation en combinaison avec, par exemple, une violation de l'article 21, paragraphe 2, de la Charte qui interdit toute discrimination en raison de la nationalité.

Enfin, dans le second scénario, la personne privée lésée agit en justice contre l'État membre qui aurait manqué à son obligation de protection. Ainsi, la personne privée vise à engager la responsabilité de l'État membre en question en invoquant la violation de son droit à la libre circulation, que l'État membre a manqué de protéger.

¹³⁴⁸ CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2.

Aussi, l'effet horizontal indirect et l'obligation de protection permettent d'assurer la sécurité juridique ainsi que la séparation des pouvoirs¹³⁴⁹.

Nous pouvons ainsi constater que l'autonomie privée des particuliers constitue une limite à l'applicabilité directe des libertés de circulation, mais pas à leur invocabilité dans un litige entre personnes privées devant le juge national.

La limitation de la reconnaissance d'un effet horizontal direct dans certaines circonstances bien définies permet d'assurer le plein respect des libertés de circulation tout en évitant les excès de l'effet horizontal direct, notamment une réglementation généralisée des actes et comportements privés par le juge. En même temps, la combinaison reconnaît que dans certaines circonstances, seul l'effet horizontal direct permet de compenser les inégalités manifestes entre les personnes privées pour rétablir l'égalité devant la loi. En dehors de ces scénarios, l'effet horizontal indirect et l'obligation de protection assurent le mieux à la fois le respect des relations de droit privé et le bon fonctionnement du marché intérieur.

De plus, cette combinaison présente de nombreux avantages pour le système juridique des États membres et de l'Union.

Paragraphe 2 : Le respect du système juridique des États membres et de l'Union européenne

La combinaison des effets horizontaux direct et indirect est le système le plus à même d'assurer la répartition des compétences entre l'Union et les États membres.

Pour mieux comprendre le fonctionnement de cette combinaison, il est opportun d'étudier comment l'effet horizontal indirect se réalise à travers les États membres ou, autrement dit, quelles obligations en découlent pour les États membres.

¹³⁴⁹ Le professeur Dürig est du même avis quant aux avantages de l'effet horizontal indirect des droits fondamentaux allemands : STERN K. et SACHS M., *op.cit.*, p. 1546.

L'effet horizontal indirect oblige les États membres à faire respecter les libertés de circulation dans les rapports entre particuliers¹³⁵⁰. Cette obligation pèse sur l'ensemble des autorités étatiques, à savoir sur les autorités administratives, législatives et juridictionnelles¹³⁵¹. Ainsi, le juge national est obligé de faire respecter les libertés de circulation dans un litige opposant des personnes privées¹³⁵².

Différents scénarios sont envisageables. Les libertés de circulation peuvent être invoquées dans le but d'obtenir réparation d'un préjudice subi, le juge national peut être amené à exclure une norme nationale qui a rendu possible une entrave à l'une des libertés de circulation, et, avant tout, le juge sera amené à procéder à l'interprétation conforme du droit national eu égard aux libertés de circulation¹³⁵³.

De ce fait, l'effet horizontal indirect permet au juge de tenir dûment compte de l'autonomie privée des personnes et d'adopter une « *démarche conciliatrice* »¹³⁵⁴. Ainsi, le juge national fait respecter les libertés de circulation tout en disposant d'une certaine marge d'appréciation des situations horizontales, ce qui contribue non seulement au respect des relations de droit privé, mais aussi au respect du système juridique des États membres en accordant une certaine forme d'autonomie aux normes et procédures de droit privé national¹³⁵⁵.

Le professeur Dubout a relevé de manière particulièrement pertinente que l'interprétation conforme des normes nationales à la lumière des libertés de circulation « *offre des potentialités importantes d'évolution des droits privés nationaux afin de les colorer d'une dose normative européenne* » en assurant le respect matériel des libertés de circulation tout en assurant en même temps le respect du droit privé natio-

¹³⁵⁰ DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 132.

¹³⁵¹ *Ibid.*

¹³⁵² *Ibid.*

¹³⁵³ *Ibid.*, p. 133 s.

¹³⁵⁴ DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 136.

¹³⁵⁵ *Ibid.*

nal¹³⁵⁶. De cette façon, l'effet horizontal indirect contribue à une conciliation des exigences du droit de l'Union et des droits privés nationaux¹³⁵⁷.

En dehors de l'effet horizontal direct, les libertés de circulation déploient donc un effet horizontal indirect qui s'exprime notamment dans l'interprétation conforme des normes nationales par le juge, sous peine d'engager la responsabilité de l'État membre en cas de violation caractérisée¹³⁵⁸.

De plus, l'État ne doit pas demeurer passif face aux atteintes d'origine privée aux libertés de circulation¹³⁵⁹. Il doit, par sa législation, interdire aux personnes privées d'y porter atteinte et sanctionner les particuliers s'ils le font¹³⁶⁰.

Dès lors, l'obligation de protection des libertés de circulation oblige les États membres à adopter des lois assurant le respect de la libre circulation et sanctionnant sa violation. L'État membre doit, ensuite, faire en sorte que ses juges interprètent les lois nationales existantes de manière à garantir le plein respect des libertés de circulation. L'interprétation conforme des normes nationales concernent notamment - mais pas exclusivement - les clauses générales du droit civil ainsi que le droit administratif économique et le droit de l'environnement¹³⁶¹.

Ainsi, l'effet horizontal indirect incluant l'obligation de protection et l'interprétation conforme présente de nombreux avantages. D'une part, il permet une certaine flexibilité et le recours aux instruments nationaux existants avec lesquels les personnes privées sont familiarisées¹³⁶². Ancrée dans les litiges devant les juges nationaux, l'obligation de protection permet de mieux tenir compte des spécificités de chaque cas d'espèce auquel le juge est confronté.

¹³⁵⁶ *Ibid.*, p. 134.

¹³⁵⁷ *Ibid.*

¹³⁵⁸ *Ibid.*, p. 137.

¹³⁵⁹ HOCHMANN T., « Typologie des effets horizontaux », in HOCHMANN T. et REINHARDT J., *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Edition Pedone, 2018, p. 130.

¹³⁶⁰ *Ibid.*

¹³⁶¹ BURGI M., « Mitgliedstaatliche Garantienpflicht statt unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 330.

¹³⁶² *Ibid.*

D'autre part, l'obligation de protection respecte mieux la séparation des pouvoirs, et ceci dans un double sens. Sur le plan vertical entre l'Union et les États membres, l'obligation de protection permet aux États membres de choisir les moyens pour assurer le respect des libertés de circulation par les personnes privées¹³⁶³. Sur le plan horizontal, c'est-à-dire au niveau national des États membres, l'obligation de protection assure le mieux le respect de la séparation des pouvoirs puisqu'elle oblige avant tout le législateur national à adopter des règles qui assurent le respect des libertés de circulation, y compris par les personnes privées¹³⁶⁴. Le législateur national doit donc mettre en place les instruments nécessaires pour garantir un tel respect.

De plus, l'effet horizontal indirect assuré par l'interprétation conforme des normes nationales à la lumière des libertés de circulation permet aux juges nationaux d'intégrer les libertés de circulation de manière harmonieuse dans la systématique de leur droit privé national¹³⁶⁵.

Alors que dans le cadre de l'effet horizontal direct, la disposition prohibitive constitue une disposition du droit de l'Union, c'est-à-dire une norme européenne, elle est une norme nationale dans le cadre de l'effet horizontal indirect. Dans le premier scénario, l'interdiction découle donc directement du droit de l'Union alors que dans le second scénario, l'interdiction découle du droit national et seulement indirectement du droit de l'Union.

L'effet horizontal direct a donc pour conséquence d'« européeniser » un domaine (supplémentaire) du droit national privé¹³⁶⁶. Même s'il est vrai qu'un certain nombre de domaines du droit privé ont été « européenisés » et que la reconnaissance d'un effet direct des libertés de circulation ne constitue pas un « vol » de compétence nationale au profit de l'Union tant que la reconnaissance n'est pas généralisée mais soumise à certaines conditions comme élaborées ci-dessus, il est néanmoins incontestable que l'effet horizontal indirect est plus harmonieux pour les ordres juridiques nationaux.

¹³⁶³ *Ibid.*

¹³⁶⁴ *Ibid.*

S'y ajoute encore que l'obligation de protection est une obligation de résultat et non pas une obligation de moyen. Il incombe aux États membres de choisir les moyens les plus aptes à assurer le respect des libertés de circulation dans les relations entre particuliers. De ce fait, les États membres disposent d'une marge de manœuvre quant aux moyens par lesquels la libre circulation doit être assurée¹³⁶⁷. Ceci se trouve confirmé par l'arrêt *Schmidberger* dans lequel la Cour de justice accorde une marge de manœuvre au juge national pour apprécier la mise en balance entre le respect des libertés de circulation et le respect des droits fondamentaux¹³⁶⁸.

L'obligation de protection présente ainsi l'avantage d'introduire un critère *de minimis*¹³⁶⁹. L'État membre doit seulement intervenir si une mesure d'origine privée est susceptible d'affecter le libre-échange, c'est-à-dire si elle est susceptible d'entraver le marché intérieur¹³⁷⁰. Si une mesure d'origine privée n'est pas susceptible de restreindre les libertés de circulation, l'État membre ne doit pas agir puisque le marché intérieur n'a pas été entravé¹³⁷¹.

Ceci nous permet de revenir vers les exemples abordés au début du présent titre. Nous pouvons désormais retenir avec certitude que le conseil d'un médecin d'arrêter de fumer n'affecte en aucun cas la libre circulation et n'entre donc pas dans le champ d'application des libertés de circulation.

En ce qui concerne des appels au boycott ou des blocages engagés par des associations environnementales, ces actes sont susceptibles d'entraver le marché intérieur. Encore faut-il que l'association environnementale dispose d'un pouvoir exorbitant susceptible de réglementer l'accès au marché et créant une inégalité manifeste, ce qu'il faudra examiner au cas par cas. Régulièrement, cela ne sera pas le cas.

¹³⁶⁵ FORSTHOFF U., « Drittwirkung der Grundfreiheiten: Das EuGH-Urteil Angonese », *op.cit.*, p. 396.

¹³⁶⁶ PREEDY K., *op.cit.*, p. 66.

¹³⁶⁷ *Ibid.*, p. 68.

¹³⁶⁸ *Ibid.*

¹³⁶⁹ EBERS M., *op.cit.*, p. 496.

¹³⁷⁰ *Ibid.*

¹³⁷¹ *Ibid.*

Il sera rare qu'une association environnementale dispose d'un pouvoir exorbitant lui permettant de réglementer l'accès au marché. Si, en revanche, l'association environnementale détient un tel pouvoir exorbitant lui permettant de réglementer l'accès au marché, elle est directement soumise au respect des obligations découlant des libertés de circulation. Or, l'association environnementale est titulaire des droits fondamentaux qu'elle pourra invoquer pour justifier sa mesure. Elle poursuit, de plus, certains intérêts dignes de protection, dont notamment la préservation de l'environnement, qu'elle pourra également invoquer comme justification.

Un autre exemple avancé est celui des chaînes de distribution favorisant la vente de produits originaires d'un État membre donné¹³⁷². Dans ce cas, il convient de différencier. À l'égard d'un commerçant qui ne détient pas un pouvoir manifeste susceptible de réglementer l'accès au marché et ne crée, dès lors, pas d'inégalité manifeste, les libertés de circulation ne déploient qu'un effet horizontal indirect - si son comportement est susceptible de constituer une entrave au libre-échange, ce qui est peu probable. En revanche, les décisions commerciales des gros distributeurs par lesquelles ces derniers décident de favoriser la vente de produits régionaux ou nationaux sont, dans certaines hypothèses, susceptibles de réglementer l'accès au marché. Encore faudrait-il qu'ils disposent d'un pouvoir exorbitant, créant une inégalité manifeste. Tel serait, à notre avis, seulement le cas si les gros distributeurs non seulement favorisent la vente de produits régionaux ou nationaux, mais limiteraient l'accès au marché des produits originaires d'un autre État membre. Ceci est peu probable puisque les gros distributeurs veulent réaliser des profits et offrir une large gamme de produits aux clients. Mais dans l'hypothèse où les gros distributeurs favorisent les produits régionaux ou nationaux à un tel point qu'ils restreignent l'accès au marché de produits provenant d'un autre État membre, ils créent une situation dans laquelle les producteurs de produits provenant d'un autre État membre voient leur droit à la libre circulation des marchandises entravé et leur choix économique considérablement réduit voire annulé.

¹³⁷² GARDE A. et MAHÉ S., « L'affaire viking : dans quelle mesure une action syndicale collective peut-elle constituer un obstacle à la liberté d'établissement ? », *op.cit.*, p.101.

Un tel scénario va régulièrement être constitutif d'une infraction aux articles 101 ou 102 TFUE, constituant soit un abus de position dominante, soit une entente. Ici encore, le droit européen de la concurrence et les libertés de circulation vont de pair et s'appliquent simultanément. En effet, si un gros distributeur dispose d'un pouvoir si important qu'il peut, par sa décision commerciale de favoriser les produits régionaux ou nationaux, effectivement limiter l'accès au marché, il aura, régulièrement, une position dominante au sens de l'article 102 TFUE. Si, en revanche, plusieurs gros distributeurs s'entendent à favoriser les produits régionaux ou nationaux, un tel accord constitue une entente au sens de l'article 101 TFUE. Dans de tels cas de figure, il nous semble cohérent de leur imposer le respect des règles de la concurrence et des libertés de circulation. Bien entendu, les distributeurs sont également titulaires des droits fondamentaux et de l'autonomie privée, dont notamment la liberté commerciale. Ils pourraient également avancer des arguments justificatifs tels que la protection de l'environnement et la promotion des régions.

Mais ces exemples restent limités en pratique, notamment ceux relatifs aux appels au boycott ou blocages organisés par des associations environnementales. Plus souvent, il incombera à l'État membre en question d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, si ce dernier est susceptible d'être affecté par une mesure d'origine privée émanant d'un groupe ou d'une association, telle qu'une association environnementale. L'État membre devra choisir les moyens les plus aptes pour assurer le respect des libertés de circulation. Ce faisant, il devra mettre en balance la libre circulation et les droits fondamentaux concurrents que l'association environnementale pourrait invoquer pour justifier sa mesure. L'arrêt *Schmidberger*¹³⁷³ est l'arrêt exemplaire pour l'appréhension d'un tel scénario.

Dans ce contexte, il convient de souligner que les conséquences juridiques d'une entrave d'origine privée - telles que des éventuelles demandes de dommages-intérêts ou des mesures d'injonction - sont déterminées par le droit procédural national, tant dans le cas d'un effet direct qu'indirect¹³⁷⁴.

¹³⁷³ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, *Rec.* 2003, p. I-5659.

¹³⁷⁴ ROTH W.-H., « Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags », *op.cit.*, p. 418.

Enfin, il nous semble important de souligner le fait que la combinaison des effets horizontaux direct et indirect se trouve confirmée par la jurisprudence de la Cour de justice qui, après avoir reconnu un effet horizontal indirect en matière de la libre circulation des marchandises dans les affaires *Commission/France* et *Schmidberger*, a reconnu un effet horizontal direct en matière de la même liberté de circulation dans l'affaire *Fra.Bo*. Finalement, l'effet utile du droit de l'Union exige de reconnaître un effet horizontal direct et indirect aux libertés de circulation et de l'appliquer selon les circonstances toujours dans l'objectif de la protection et du bon fonctionnement du marché intérieur¹³⁷⁵.

De plus, il faut insister sur le fait que l'obligation de protection s'impose non seulement dans le cadre de la libre circulation des marchandises, mais aussi dans le cadre de toutes les autres libertés de circulation. Si, par exemple, des prestataires de services, des salariés, des employeurs, des syndicats ou des sociétés font des appels au boycott, des blocages ou ont recours à la violence, rendant ainsi l'accès au marché de travail, la prestation d'un service, la création ou le transfert d'un établissement plus difficile, l'État membre doit prendre toute mesure nécessaire et efficace pour mettre fin à ces entraves afin d'assurer le respect de la liberté de circulation en cause¹³⁷⁶.

Ainsi, la combinaison des effets horizontaux direct et indirect assure le respect des relations de droit privé ainsi que du système juridique des États membres et de l'Union et tient compte de la complexité de la reconnaissance d'un effet horizontal des libertés de circulation. La combinaison permet notamment de différencier selon les circonstances et de trouver une solution adaptée à la situation concrète dans le cas d'espèce. En même temps, elle contribue à l'unification du régime des libertés de circulation dans la mesure où toutes les libertés de circulation déploient un effet horizontal.

¹³⁷⁵ Dans le même sens: LUDWIGS M. et WEIDERMANN S., « Drittwirkung der Europäischen Grundfreiheiten - Von der Divergenz zur Konvergenz? », *op.cit.*, p. 163 ; KOCH B., *Die Gewährleistungspflicht der Mitgliedstaaten zur Aufrechterhaltung des Binnenmarktes: unter besonderer Berücksichtigung der Handelshemmnisse durch Private*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2003, p. 105.

¹³⁷⁶ EBERS M., *op.cit.*, p. 495.

La question de savoir si cet effet horizontal se réalise à travers un effet direct ou indirect ne dépend pas de la liberté de circulation en cause, mais des conditions et circonstances élaborées à la section précédente, qui sont communes à toutes les libertés de circulation. Ainsi, nous appliquons une conception unifiée aux entraves d'origine privée aux libertés de circulation.

Cette conception unifiée permet d'assurer le respect du principe de la séparation des pouvoirs ainsi que la répartition des compétences entre l'Union et les États membres. La solution différenciée que nous avons élaborée assure le bon fonctionnement du marché intérieur et veille à ce que les inégalités substantielles soit contrebalancées afin d'établir un système équilibré dans lequel l'égalité devant la loi est effectivement garantie.

La combinaison des effets horizontaux direct et indirect respecte le caractère particulier de l'ordre juridique de l'Union qui constitue un ordre juridique *sui generis*, nécessitant une solution *sui generis*. L'Union et les États membres veillent ensemble au respect des libertés de circulation.

Dès lors, nous pouvons résumer notre étude comme suit :

Toutes les libertés de circulation déploient un effet horizontal direct en présence d'une personne privée qui, en raison de son pouvoir manifeste, détient le pouvoir de réglementer l'entrée sur le marché, tant en ce qui concerne les mesures discriminatoires que les mesures indistinctement applicables¹³⁷⁷. Les « simples » personnes privées ne détenant pas un tel pouvoir ne sont liées qu'à la libre circulation des travailleurs en tant qu'employeur¹³⁷⁸. Toutes les libertés de circulation déploient de plus un effet horizontal indirect qui concerne toutes les mesures d'origine privée, discriminatoire ou indistinctement applicable, collective ou individuelle¹³⁷⁹. Les États membres

¹³⁷⁷ LUDWIGS M. et WEIDERMANN S., « Drittwirkung der Europäischen Grundfreiheiten - Von der Divergenz zur Konvergenz? », *op.cit.*, p. 164.

¹³⁷⁸ *Ibid.*

¹³⁷⁹ *Ibid.*

ont l'obligation de protéger les libertés de circulation contre toutes les entraves, y compris les entraves d'origine privée, en adoptant une législation assurant leur respect et sanctionnant les violations et en veillant à ce que le pouvoir du juge s'exerce de manière à assurer leur respect dans tout litige entre particuliers.

L'obligation de protection, l'effet indirect et l'effet direct ne s'excluent pas, mais se complètent¹³⁸⁰. Ensemble, ils couvrent toutes les situations et assurent au mieux l'effectivité des libertés de circulation, tout en respectant les relations de droit privé et les relations entre les États membres et l'Union.

Tout comme l'Avocat général Poiares Maduro, nous estimons nécessaire de souligner que la conclusion selon laquelle certaines personnes privées sont directement soumises au respect des libertés de circulation et que toutes les personnes privées sont indirectement soumises à un tel respect « *ne marque pas la fin de leur autonomie* »¹³⁸¹. En effet, nous sommes également d'avis que cela ne signifie pas que les personnes privées « *doivent être tenues exactement par les mêmes principes que les autorités étatiques* »¹³⁸². Au contraire, il nous semble nécessaire d'élaborer un système propre aux entraves d'origine privée, notamment en ce qui concerne les justifications invocables ainsi que le contrôle de proportionnalité à effectuer par le juge. La partie II de la présente thèse sera consacrée à cette tâche.

¹³⁸⁰ Du même avis tout en plaidant pour un effet direct généralisé : MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 22.

¹³⁸¹ Conclusions de l'AG Poiares Maduro sur l'affaire *Viking* précitée, C-438/05, pt. 49.

¹³⁸² *Ibid.*

Partie 2. La mise en œuvre des justifications des entraves

L'assujettissement des personnes privées au respect des obligations découlant des dispositions relatives aux libertés de circulation pose nécessairement la question de savoir quelles justifications sont de nature à être invoquées par les personnes privées¹³⁸³. La reconnaissance d'un effet horizontal des libertés de circulation doit engendrer un élargissement du « catalogue des justifications » aux entraves¹³⁸⁴.

Il est intéressant de noter que la question des justifications invocables a souvent été négligée, non seulement dans le contexte des entraves d'origine privée, mais aussi dans le cadre des entraves émanant des États membres¹³⁸⁵. À l'opposé du traitement doctrinal abondant des entraves, les contributions doctrinales relatives aux justifications peuvent, comme le professeur Hatzopoulos le remarque, « être comptées sur les doigts d'une main »¹³⁸⁶. L'élaboration d'un régime cohérent et adéquat relatif aux justifications invocables en cas d'entraves d'origine privée n'y fait pas exception¹³⁸⁷. Pour le moment, ni la jurisprudence ni la doctrine n'ont su répondre à cette exigence¹³⁸⁸.

Pourtant, il est crucial de savoir si certains intérêts ou motifs sont susceptibles de justifier le maintien ou l'introduction de restrictions aux libertés de circulation¹³⁸⁹. Ce

¹³⁸³ VAN HARTEN H. et NAUTA T., « Towards Horizontal Direct Effect for the Free Movement of Goods? Comment on *Fra.bo* », *European Law Review*, 2013, p. 691.

¹³⁸⁴ LENGAUER A.-M., *Drittwirkung von Grundfreiheiten*, Wien, Springer-Verlag, 2011, p. 426.

¹³⁸⁵ HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », in DUBOUT E. et MAITROT DE LA MOTTE A. (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 205.

¹³⁸⁶ *Ibid.*

¹³⁸⁷ NOWAK C., « Unionsgrundrechtliche Rechtfertigungsmöglichkeiten für Grundfreiheitseingriffe durch Private », in STUMPF C., KAINER F. et BALDUS Ch. (éd.), *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht: Privatinitiative und Gemeinwohlorizonte in der europäischen Integration: Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag am 29. September 2015*, Baden-Baden, Nomos, 2015, p. 478.

¹³⁸⁸ *Ibid.*

¹³⁸⁹ Dans le même sens : HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : Cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op.cit.*, p. 206.

constat vaut tant pour les États membres que pour les institutions et les personnes privées.

C'est pourquoi la seconde partie de la présente thèse est consacrée à la construction des justifications appropriées aux personnes privées. Après la recherche des justifications admissibles (Titre 1), nous allons essayer de mettre en place un régime adéquat des justifications des entraves (Titre 2).

TITRE 1 : LA RECHERCHE DES JUSTIFICATIONS ADMISSIBLES

Le régime des justifications des entraves occupe une place importante dans le cadre des restrictions aux libertés de circulation. Il permet aux différents acteurs de tenir compte de certains intérêts susceptibles de justifier une restriction à une liberté de circulation.

Le régime « classique » des justifications des entraves connaît deux catégories : celles issues des traités constitutifs et celles dégagées par la jurisprudence de la Cour de justice. Une des questions centrales qui se pose dans le cadre de l'examen des entraves d'origine privée consiste à savoir si ces justifications, conçues au profit des États membres, sont de nature à être invoquées par les personnes privées¹³⁹⁰. Puis il convient d'examiner si l'extension des dites justifications permet de tenir suffisamment compte des intérêts privés en cause ou s'il faut élaborer un système spécifique de justifications pour les personnes privées.

Afin d'être en mesure de répondre à ces questions centrales, nous allons d'abord étudier l'extension des justifications « classiques » aux personnes privées (Chapitre 1) pour ensuite examiner la consécration de justifications appropriées aux personnes privées (Chapitre 2).

¹³⁹⁰ PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 647.

Chapitre 1 – L’extension des justifications « classiques » aux personnes privées

Les justifications « classiques » ont leur source, d’une part, dans le traité FUE pour ce qui est des justifications textuelles, et, d’autre part, dans la jurisprudence pour ce qui est des justifications consacrées par la Cour de justice. Désormais, nous allons successivement étudier les deux catégories de justifications et examiner si les justifications issues des traités constitutifs (Section 1) et les justifications jurisprudentielles (Section 2) peuvent être étendues aux personnes privées.

Section 1 : L’extension des justifications issues des traités constitutifs

Afin de savoir si les justifications issues des traités constitutifs peuvent être étendues aux personnes privées, il faut procéder à l’interprétation des dispositions pertinentes. Au moyen d’une étude des justifications expressément prévues dans les traités (Paragraphe 1), nous allons analyser si les personnes privées peuvent s’en prévaloir telles quelles ou s’il est nécessaire de procéder à des adaptations (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les justifications expressément prévues dans les traités

Les traités constitutifs énoncent des dérogations aux dispositions relatives aux libertés de circulation. Elles prévoient que sous certaines conditions, une restriction à l’une des libertés de circulation peut être justifiée. Il convient de distinguer les justifications relatives aux libertés de circulation des personnes, des services et des capitaux (A) des justifications relatives à la libre circulation des marchandises (B)¹³⁹¹.

¹³⁹¹ Dans le même sens: PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d’origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 647.

A) Les justifications des entraves aux libertés de circulation des personnes, des services et des capitaux

Les dispositions pertinentes en matière de libre circulation des personnes et des services prévoient entre elles des motifs similaires et présentent de nombreux points communs.

La libre circulation des capitaux et des moyens de paiement, en revanche, est soumise à un régime différent prenant en compte les particularités de cette liberté de circulation.

Par l'étude successive des justifications textuelles de la libre circulation des travailleurs, de la liberté d'établissement, de la libre prestation des services et de la libre circulation des capitaux et des moyens de paiements, nous constaterons qu'elles ont toutes en commun des modalités suivant lesquelles les motifs invocables pour justifier une entrave sont étroitement liés à l'exercice des prérogatives étatiques, ce qui rend leur extension aux personnes privées plus difficile.

Ainsi, l'article 45, paragraphe 3, TFUE prévoit que le droit à la libre circulation des travailleurs existe sous réserve des limitations justifiées par des motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. Quant à la liberté d'établissement, l'article 52, paragraphe 1, TFUE prévoit des dérogations similaires pour des motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. Pour la libre prestation de services, l'article 62 TFUE renvoie aux dérogations prévues pour la liberté d'établissement.

Les notions d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique n'étant pas définies par les traités, il appartient, en principe, aux États membres de déterminer à quel moment ils doivent prendre des mesures appropriées pour protéger l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique¹³⁹². Ainsi, très tôt la Cour de justice a retenu que « *les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre, et*

¹³⁹² KREUSCHITZ V., « Art. 45 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *Europäisches Unionsrecht*, tome 1, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 7^e éd., 2015, p. 1695, pt. 128.

qu'il faut ainsi, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité »¹³⁹³. Dès lors, les États membres restent, en principe, libres de déterminer conformément à leurs besoins nationaux, les exigences de l'ordre public¹³⁹⁴, le droit de l'Union n'imposant pas une échelle uniforme des valeurs¹³⁹⁵.

Ceci ne veut pas dire pour autant que les États membres ont le champ libre. Ils doivent respecter les limites imposées par les traités y compris le principe de proportionnalité¹³⁹⁶. Ainsi, dans l'affaire *Omega*, la Cour de justice rappelle que la notion d'ordre public, invoquée par l'État allemand pour justifier la mesure entravante, doit être entendue strictement¹³⁹⁷. Toutefois, les circonstances spécifiques peuvent varier d'un État à l'autre et d'une époque à l'autre. En l'occurrence, l'État allemand considérait que l'interdiction constitutive d'une entrave à la libre prestation des services était nécessaire pour préserver l'ordre public. Cela est compréhensible dans la mesure où les jeux objets de l'interdiction portaient atteinte à une valeur fondamentale consacrée par la Constitution allemande : la dignité humaine¹³⁹⁸. Soulignant que la dignité humaine constitue un principe général du droit, la Cour de justice considère que l'objectif poursuivi par l'interdiction est compatible avec le droit de l'Union¹³⁹⁹.

De plus, les États membres sont tenus au respect de la libre circulation et des droits de l'homme, en particulier des articles 8, 9, 10 et 11 Convention EDH relatifs au respect de la vie privée et familiale, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et la liberté de réunion et d'association¹⁴⁰⁰. La justification de mesures destinées à sauvegarder l'ordre public doit donc être appréciée au regard de toutes les règles du droit de l'Union ayant pour objet, d'une part, de limiter

¹³⁹³ CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, *Rec.* 1974, p. 1337, pt. 18.

¹³⁹⁴ CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75, *Rec.* 1975, p. 1219, pt. 26.

¹³⁹⁵ CJCE, 18 mai 1982, *Adoui et Cornuaille/Belgique*, aff. jts. 115 et 116/81, *Rec.* 1982, p. 1665, pt. 8.

¹³⁹⁶ CJCE, 18 mai 1989, *Commission/Allemagne*, aff. 249/86, *Rec.* 1989, p. 1263, pt. 20 ; v. aussi *KREUSCHITZ V.*, « Art. 45 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1696, pt. 129.

¹³⁹⁷ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, *Rec.* 2004, p. I-9609, pt. 30.

¹³⁹⁸ CJCE, arrêt *Omega*, précité, aff. C-36/02.

¹³⁹⁹ CJCE, arrêt *Omega*, précité, aff. C-36/02, pt. 33 s.

¹⁴⁰⁰ V. CJCE, arrêt *Rutili*, précité, aff. 36/75, pt. 26 s (spéc. pt. 32).

l'appréciation discrétionnaire des États membres en la matière et, d'autre part, de garantir la défense des droits des personnes soumises à des mesures restrictives¹⁴⁰¹.

Dès lors, les États membres sont soumis au respect des limites imposées par les traités et assujettis au contrôle des institutions de l'Union¹⁴⁰², notamment au contrôle *a posteriori* de la Cour de justice¹⁴⁰³. Dans un litige où un État membre invoque la sécurité publique pour justifier une entrave, la Cour de justice affirme qu'on ne saurait déduire du régime des dérogations prévu par les traités « *qu'il existerait une réserve générale, inhérente au traité, excluant du champ d'application du droit communautaire toute mesure prise au titre de la sécurité publique. Reconnaître l'existence d'une telle réserve, en dehors des conditions spécifiques des dispositions du traité, risquerait de porter atteinte au caractère contraignant et à l'application uniforme du droit communautaire* »¹⁴⁰⁴.

En tout état de cause, certains motifs sont inadmissibles, c'est le cas notamment des motifs purement économiques¹⁴⁰⁵.

Certains instruments du droit dérivé précisent quels sont les motifs admissibles et inadmissibles. Ainsi, à titre d'exemple, nous pouvons citer la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, qui prévoit dans son article 27, paragraphe 1, que les raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ne peuvent être invoquées à des fins économiques, ce qui exclut également des mesures politiques concernant le marché du travail¹⁴⁰⁶. Ceci vaut de la même façon pour les raisons fiscales¹⁴⁰⁷. Conformément à l'article 27, paragraphes 2 à 4, de la

¹⁴⁰¹ CJCE, 26 novembre 2002, *Oteiza Olazabal*, aff. C-100/01, *Rec.* 2002, p. I-10981, pt. 30.

¹⁴⁰² CJCE, arrêt *Rutili*, précité, aff. 36/5, pt. 27.

¹⁴⁰³ V. aussi KREUSCHITZ V., « Art. 45 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1696, pt. 130.

¹⁴⁰⁴ CJCE, 11 mars 2003, *Dory*, aff. C-186/01, *Rec.* 2003, p. I-2479, pt. 31.

¹⁴⁰⁵ Pour plus d'information v. point B du présent paragraphe, le paragraphe suivant et Section 2, Paragraphe 1 du présent chapitre ainsi que KREUSCHITZ V., « Art. 45 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1697, pt. 130 s.

¹⁴⁰⁶ KREUSCHITZ V., « Art. 45 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1697, pt. 136.

¹⁴⁰⁷ V. pour plus d'information KREUSCHITZ V., « Art. 45 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1697, pt. 137.

directive 2004/38/CE, les mesures d'ordre public ou de sécurité publique doivent respecter le principe de proportionnalité et être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu concerné, qui doit représenter une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société. Cette disposition exclut non seulement les expulsions collectives¹⁴⁰⁸, également interdites en vertu de l'article 4 de la Convention EDH, mais aussi l'expulsion d'une personne si celle-ci est décidée dans un but de dissuasion à l'égard d'autres étrangers¹⁴⁰⁹.

L'article 45, paragraphe 4, TFUE prévoit que les dispositions de l'article 45 TFUE ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique. Comme la Cour de justice l'a relevé, cette disposition place en dehors du champ d'application des trois premiers paragraphes de ce même article un ensemble d'emplois qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État¹⁴¹⁰.

La Cour de justice justifie cette exception par le fait que de tels emplois supposent de la part de leurs titulaires l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'État ainsi que la réciprocité de droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité¹⁴¹¹. La portée de cette exception doit donc être déterminée en fonction du but poursuivi par l'article 45, paragraphe 4, TFUE¹⁴¹². En vue d'une interprétation et d'une application uniforme dans l'ensemble de l'Union, il convient de rechercher si les emplois visés peuvent être rattachés à la notion d'administration publique, à savoir l'exercice de la puissance publique et de la responsabilité pour la sauvegarde des intérêts généraux de l'État membre en cause¹⁴¹³.

Notons qu'au regard de l'évolution des traités, et notamment le traité de Maastricht qui a institué la citoyenneté de l'Union, le juge Kreuzschitz doute sérieusement que l'exception prévue par l'article 45, paragraphe 4, TFUE puisse encore valablement

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 1698, pt. 137.

¹⁴⁰⁹ CJCE, 26 février 1975, *Bonsignore/Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, aff. 67/74, *Rec.* 1975, p. 297, pt. 7.

¹⁴¹⁰ CJCE, 17 décembre 1980, *Commission/Belgique*, aff. 149/79, *Rec.* 1980, p. 3881, pt. 10.

¹⁴¹¹ CJCE, arrêt *Commission/Belgique*, précité, aff. 149/79, pt. 10.

¹⁴¹² *Ibid.*, pt. 11.

¹⁴¹³ *Ibid.*, pt. 12.

être justifiée de nos jours¹⁴¹⁴. Le juge Kreuzschitz ajoute que l'article 45, paragraphe 4, TFUE n'oblige pas les États membres à faire usage de cette dérogation¹⁴¹⁵. Il remarque dans ce contexte que le Grand-duché de Luxembourg a décidé récemment de permettre aux ressortissants d'autres États membres de rejoindre, sous certaines conditions, l'armée luxembourgeoise¹⁴¹⁶.

Nous pouvons en conclure que les justifications textuelles prévues dans le cadre de la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et la libre prestation de services sont directement et étroitement limitées à l'exercice de la souveraineté étatique¹⁴¹⁷.

Pour ce qui est de la libre circulation des capitaux et des moyens de paiement, il a été vu¹⁴¹⁸ que les auteurs du traité ont conçu un principe de libération totale de la libre circulation des capitaux et des moyens de paiement¹⁴¹⁹. Les dérogations à ce principe prévues par les traités sont donc limitées et d'interprétation stricte¹⁴²⁰.

L'article 65 TFUE dispose que l'article 63 TFUE ne porte pas atteinte au droit qu'ont les États membres d'appliquer les dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui établissent une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis. En vertu de l'article 65 TFUE, les États membres peuvent également prendre toutes les mesures indispensables afin de faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers. Ils peuvent aussi prévoir des procédures de déclaration des

¹⁴¹⁴ KREUSCHITZ V., « Art. 45 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1701, pt. 154.

¹⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 1708, pt. 166.

¹⁴¹⁶ *Ibid.*

¹⁴¹⁷ HATZOPOULOS V., « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses - une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *RTDE*, 1998, p. 218.

¹⁴¹⁸ Partie I, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2 de la présente thèse.

¹⁴¹⁹ V. aussi BLUMANN C. (dir.), *Commentaire Mégret. Marché intérieur : Libre circulation des personnes et des capitaux : Rapprochement des législations*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 3^e édition, 2006, p. 169, pt. 335.

¹⁴²⁰ V. p. ex. (liste non exhaustive): CJCE, 14 mars 2000, *Église de Scientologie*, aff. C-54/99, *Rec.* 2000, p.I-1335; CJCE, 17 janvier 2008, *Jäger*, C-256/06, *Rec.* 2008, p. I-123 ; CJUE, 7 novembre 2013, *K*, aff. C-322/11, ECLI:EU:C:2013:716 ; v. aussi BLUMANN C. (dir.), *Libre circulation des personnes et des capitaux*, *op.cit.*, p. 169, pt. 335.

mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique ou prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique.

Dans son deuxième paragraphe, l'article 65 TFUE précise que le chapitre relatif à la libre circulation des capitaux et moyens de paiements ne préjuge pas de la possibilité d'appliquer des restrictions en matière de droit d'établissement qui sont compatibles avec les traités.

Enfin, l'article 65, paragraphe 3, TFUE dispose que les mesures visées aux paragraphes 1 et 2 du même article ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux et des paiements. Tout comme pour la libre circulation des personnes et des services, c'est la Cour de justice qui veille au contrôle de l'application de l'article 65 TFUE¹⁴²¹.

L'article 65 TFUE démontre que les justifications textuelles relatives à la libre circulation des capitaux sont également liées et limitées à des prérogatives des États membres et ne se prêtent, dès lors, pas plus à une invocabilité par des personnes privées¹⁴²².

Nous pouvons en conclure que ni les justifications textuelles prévues dans le cadre de la libre circulation des personnes, ni dans le cadre de la libre prestation des services ou de la libre circulation des capitaux et des moyens de paiement ne se prêtent vraiment à être invoquées par des personnes privées¹⁴²³. Il reste donc à examiner si les motifs prévus dans le cadre de la libre circulation des marchandises constituent des justifications dont les personnes privées peuvent se prévaloir plus facilement.

¹⁴²¹ PICOD F., « Libre circulation des capitaux et des moyens de paiement », *Jurisclasseur Europe Traités*, fasc. 890, mise à jour en février 2020, pt. 79 ss (not. pt. 80 et 82).

¹⁴²² PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 647.

¹⁴²³ *Ibid.*

B) Les justifications des entraves à la libre circulation des marchandises

L'article 36, première phrase, TFUE prévoit que les dispositions des articles 34 et 35 TFUE ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons 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.

Nous constatons immédiatement que les justifications prévues par l'article 36 TFUE sont plus nombreuses et plus diverses¹⁴²⁴.

Néanmoins, tout comme les justifications textuelles à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux, l'article 36, première phrase, TFUE ne constitue pas non plus un « domaine réservé » pour l'État¹⁴²⁵, mais l'autorise, sous certaines conditions strictes et dans le but de protéger certains intérêts légaux prédéfinis, à déroger aux interdictions imposées par les articles 34 et 35 TFUE¹⁴²⁶.

Il convient de noter que le champ d'application de l'article 36 TFUE est limité au commerce entre les États membres et n'autorise que la dérogation aux articles 34 et 35 TFUE¹⁴²⁷. Dès lors, il permet de déroger à l'interdiction des restrictions quantitatives aux importations et exportations, et s'applique aussi bien aux mesures discriminatoires qu'aux mesures indistinctement applicables¹⁴²⁸. En revanche, d'interprétation

¹⁴²⁴ PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 647 ; v. aussi HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : Cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op.cit.*, p. 208 ; SIMON D., « Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent », *Répertoire de droit européen*, août 2004 (mise à jour janvier 2013).

¹⁴²⁵ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 36 AEUV » in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *Europäisches Unionsrecht*, tome 1, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 7^e édition, 2015, p. 1443, pt. 1.

¹⁴²⁶ *Ibid.*

¹⁴²⁷ *Ibid.* ; v. aussi PICOD F., « Libre circulation des marchandises. Champ d'application. Principaux mécanismes », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 530, mise à jour septembre 2019, pt. 125 s.

¹⁴²⁸ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 36 AEUV » in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1445, pt. 10 ; PICOD F., « Libre circulation des marchandises », *op.cit.*, fasc. 530, pt. 125 s.

stricte, cette disposition ne permet pas de déroger à l'interdiction d'imposer des droits de douane ou des taxes d'effet équivalent (article 30 TFUE)¹⁴²⁹.

De plus, l'article 36, seconde phrase, TFUE limite les possibilités des États membres de déroger aux interdictions imposées par la libre circulation des marchandises disposant que les restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée du commerce entre les États membres. En d'autres termes, elles ne doivent pas être « *détournées de leur fin et utilisées de manière à établir des discriminations à l'égard de marchandises originaires d'autres États membres, ou à protéger indirectement certaines productions nationales* »¹⁴³⁰.

Il convient de noter également que l'invocation de l'article 36 TFUE est exclue en cas d'harmonisation totale par le biais du droit dérivé de l'Union¹⁴³¹. Dès lors, dès qu'une norme de l'Union constitue une réglementation exhaustive d'une matière, les États membres ne peuvent plus se prévaloir de l'article 36 TFUE pour justifier une restriction à la libre circulation des marchandises¹⁴³². Si, en revanche, une mesure d'harmonisation ne constitue qu'une harmonisation minimale, les États membres peuvent toujours se prévaloir de l'article 36 TFUE.

¹⁴²⁹ CJCE, 14 décembre 1972, *Marimex*, aff. 29/72, *Rec.* 1972, p. 1309, pt. 4 ; v. aussi MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 36 AEUV » in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1445, pt. 12.

¹⁴³⁰ CJCE, 14 décembre 1979, *Henn et Darby*, aff. 34/79, *Rec.* 1979, p. 3795, pt. 21 ; v. pour plus d'information relative à l'interdiction de restriction déguisée et de discrimination arbitraire : Partie II, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2 de la présente thèse.

¹⁴³¹ V. p. ex. : CJCE, 5 octobre 1977, *Tedeschi*, aff. 5/77, *Rec.* 1977, p. 1555 ; CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/78, *Rec.* 1979, p. 1629 ; CJCE, 8 novembre 1979, *Denkavit*, aff. 251/78, *Rec.* 1979, p. 3369 ; CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, aff. 72/83, *Rec.* 1984, p. 2727 ; CJCE, 4 décembre 2008, *Comm/Pays-Bas*, aff. C-249/07, *Rec.* 2008, p. I-174 ; v. aussi : MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 36 AEUV » in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1446, pt. 13 s.

¹⁴³² MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 36 AEUV » in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1446, pt. 14. Il convient de préciser que l'article 114, paragraphes 4 et 5, TFUE prévoit une exception à ce principe. Si, après l'adoption d'une mesure d'harmonisation, un État membre estime nécessaire de maintenir des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l'article 36 TFUE ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail, il les notifie à la Commission en indiquant les raisons de leur maintien. Il en est de même si un État membre, après l'adoption d'une mesure d'adoption, estime nécessaire d'introduire des dispositions nationales basées sur des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail en raison d'un problème spécifique de cet État membre qui surgit après l'adoption de la mesure d'harmonisation.

Il faut souligner que la liste des motifs par lesquels les États membres peuvent justifier une atteinte à l'article 34 et 35 TFUE est exhaustive¹⁴³³. La Cour de justice ne reconnaît aucun autre motif que ceux énumérés par l'article 36 TFUE, comme par exemple la protection des consommateurs¹⁴³⁴. Un tel motif peut seulement être invoqué pour justifier une mesure non discriminatoire conformément à la jurisprudence *Cassis de Dijon* dans le cadre des justifications dégagées par la jurisprudence que nous allons traiter dans la section 2 du présent chapitre.

Dans le même sens, la Cour de justice a très tôt considéré que l'article 36 TFUE ne légitime pas la prise des mesures compensatoires ou des mesures de défense par les États membres dans le cas où un autre État membre viole ses obligations¹⁴³⁵.

De même, la Cour de justice refuse, dans une jurisprudence constante et tout comme pour les autres libertés de circulation, la prise en compte des motifs de nature (purement) économique comme justification à une entrave à l'article 34 ou 35 TFUE¹⁴³⁶. Or, la détermination des « motifs de nature purement économique » s'avère difficile, d'autant plus que l'article 36 TFUE cite, parmi les justifications admises, la protection de la propriété industrielle et commerciale¹⁴³⁷. Pour connaître les contours de la notion des motifs de nature purement économique, il convient de se référer à la jurisprudence riche de la Cour de justice qui a, entre autre, considéré que ne sauraient être invoqués comme motifs légitimes les mesures nationales de gouvernance économique, même si elles ont pour but de surmonter des difficultés sectorielles, régionales

¹⁴³³ CJCE, 17 juin 1981, *Commission/Irlande*, aff. 113/80, *Rec.* 1981, p. 1625 (spéc. p. 1638); CJCE, 9 juin 1982, *Commission/Italie*, aff. 95/81, *Rec.* 1982, p. 2187 (spéc. p. 2202); v. aussi: MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 36 AEUV » in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1450, pt. 26 s.

¹⁴³⁴ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 36 AEUV » in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1450, pt. 26.

¹⁴³⁵ CJCE, 13 novembre 1964, *Commission/Luxembourg et Belgique*, aff. jts. 90 et 91/63, *Rec.* 1964, p. 1217 ; CJCE, arrêt *Commission/Italie* précité, aff. 95/81.

¹⁴³⁶ Comp.: CJCE, 19 décembre 1961, *Commission/Italie*, aff. 7/61, *Rec.* 1961, p. 635 ; CJCE, arrêt *Commission/Italie* précité, aff. 95/81 ; CJCE, 7 février 1984, *Duphar*, aff. 238/82, *Rec.* 1984, p. 523 ; CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, aff. 72/83, *Rec.* 1984, p. 2727 ; CJCE, 11 juin 1985, *Commission/Irlande*, aff. 288/83, *Rec.* 1985, p. 1761 ; CJCE, 28 mars 1995, *Evans*, aff. C-324/93, *Rec.* 1995, p. I-563 ; CJCE, 9 décembre 1997, *Commission/France*, aff. C-265/95, *Rec.* 1997, p. I-6959 ; v. aussi MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 36 AEUV » in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1452, pt. 33 s.

¹⁴³⁷ Comp. aussi MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 36 AEUV » in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1452, pt. 34 et 35.

ou conjoncturelles¹⁴³⁸ ; les mesures budgétaires¹⁴³⁹ ; ou encore des mesures visant la survie d'une entreprise¹⁴⁴⁰. Néanmoins, la Cour de justice admet des mesures qui, tout en visant principalement un des objectifs légitimes énumérés par l'article 36 TFUE, poursuivent accessoirement un objectif de nature économique¹⁴⁴¹.

L'interprétation des dérogations prévues par l'article 36 TFUE, notamment de leurs contours et limites, s'effectue de la même manière que pour les dérogations prévues par les articles 45, paragraphe 3, TFUE, 52 TFUE, 62 TFUE et 65 TFUE. Dès lors, « *il appartient en principe à chaque État membre de déterminer les exigences de la moralité sur son territoire, selon sa propre échelle des valeurs, et dans la forme qu'il a choisie* »¹⁴⁴².

Cette marge de manœuvre relativement large accordée aux États membres est pourtant soumise à un contrôle ultérieur de la Cour de justice¹⁴⁴³. De plus, la mesure en question doit être nécessaire, appropriée et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi¹⁴⁴⁴.

La notion d'ordre public est particulièrement difficile à appréhender. Elle peut être définie comme l'ensemble des règles de base adoptées par un État membre dans l'intérêt de réglementer au mieux la vie politique et sociale de la société¹⁴⁴⁵. La sécurité publique doit être comprise comme la sécurité intérieure et extérieure d'un État¹⁴⁴⁶. La moralité publique est une notion en constante mutation. Elle peut être résumée comme l'ensemble des mœurs régissant la coexistence de personnes dans une

¹⁴³⁸ CJCE, arrêt *Commission/Italie* précité, aff. 7/61 ; CJCE, arrêt *Commission/Italie* précité, aff. 95/81 ; CJCE, arrêt *Campus Oil* précité, aff. 72/83.

¹⁴³⁹ CJCE, arrêt *Duphar* précité, aff. 238/82.

¹⁴⁴⁰ CJCE, 28 mars 1995, *Evans*, aff. C-324/93, *Rec.* 1995, p. I-563.

¹⁴⁴¹ CJCE, 11 septembre 2008, *Commission/Allemagne*, aff. C-141/07, *Rec.* 2008, p. I-6935, pt. 60.

¹⁴⁴² CJCE, arrêt *Henn et Darby* précité, aff. 34/79, pt. 15.

¹⁴⁴³ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 36 AEUV » in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1454, pt. 41 ss.

¹⁴⁴⁴ Comp. p. ex. CJCE, 12 juillet 1979, *Commission/Allemagne*, aff. 153/78, *Rec.* 1979, p. 2555 ; CJCE, arrêt *Campus Oil* précité, aff. 72/83.

¹⁴⁴⁵ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 36 AEUV » in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1456, pt. 50.

¹⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 1458, pt. 55.

zone spécifique et à un moment précis¹⁴⁴⁷. Dès lors son appréciation peut varier d'un État membre à un autre¹⁴⁴⁸.

Mais l'article 36 TFUE ne s'arrête pas à l'ordre public, la sécurité publique et la moralité publique. La protection de la santé et de la vie des animaux ainsi que la préservation des végétaux sont également susceptibles de justifier une mesure restrictive¹⁴⁴⁹. Il en est de même pour la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique, même si, ici encore, la notion des trésors nationaux n'est pas définie, ce qui rend son application plus difficile. Seule la directive 93/7/CEE relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre donne, sans pour autant définir la notion de bien culturel, quelques indices dans son annexe qui contient une liste d'exemples de biens culturels¹⁴⁵⁰.

Enfin, la protection de la propriété industrielle et commerciale couvre des droits et institutions très larges et variés¹⁴⁵¹ et constitue en pratique un motif particulièrement important pour justifier une entrave aux articles 34 et 35 TFUE¹⁴⁵². Peuvent être cités comme droits faisant partie de la propriété industrielle et commerciale, les brevets, le droit d'auteur, les marques, les dessins et modèles et même les appellations d'origine et indications de provenance qui relèvent, selon une jurisprudence constante¹⁴⁵³ de la Cour de justice, également des droits de propriété industrielle et commerciale au sens de l'article 36 TFUE alors qu'ils ne constituent pas des droits privatifs¹⁴⁵⁴. Ces droits de propriété industrielle et intellectuelle sont régis par le principe dénommé « épuisement des droits » qui prévoit que le titulaire d'un tel droit dans un État membre ne

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 1458, pt. 56.

¹⁴⁴⁸ PICOD F., « Libre circulation des marchandises », *op.cit.*, fasc. 530, pt. 119.

¹⁴⁴⁹ Comp. pour plus d'information p. ex. : MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 36 AEUV » in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1461, pt. 61.

¹⁴⁵⁰ Directive 93/7/CEE du Conseil du 15 mars 1993 relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre.

¹⁴⁵¹ V. p. ex. MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 36 AEUV » in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1463, pt. 69 s.

¹⁴⁵² *Ibid.*, p. 1463, pt. 69.

¹⁴⁵³ CJUE, 3 mars 2011, *Kakavetsos-Fragkopoulos*, aff. C-161/09, *Rec.* 2011, p. I-915, pt. 37 ; CJCE, 9 juin 1992, *Delhaize*, aff. C-47/90, *Rec.* 1992, p. I-3669 ; CJCE, 20 mai 2003, *Consorzio del Prosciutto di Parma*, aff. C-108/01, *Rec.* 2003, p. I-5121.

¹⁴⁵⁴ PICOD F., « Libre circulation des marchandises », *op.cit.*, fasc. 530, pt. 123.

peut plus s'opposer à l'importation d'un produit similaire originaire d'un autre État membre lorsque le produit en cause a été mis en circulation par lui-même ou avec son consentement¹⁴⁵⁵.

Quant à l'étendue de la protection de la propriété industrielle et commerciale, la Cour de justice a relevé que « *la conciliation entre les exigences de la libre circulation des marchandises et le respect dû aux droits de propriété industrielle et commerciale doit être réalisée de telle manière qu'une protection soit assurée à l'exercice légitime (...) des droits conférés par les législations nationales, mais soit refusée, par contre, à tout exercice abusif des mêmes droits, qui serait de nature à maintenir ou à établir des cloisonnements artificiels à l'intérieur du marché commun. L'exercice des droits de propriété industrielle et commerciale conférés par la législation nationale doit, par conséquent, être limité dans la mesure nécessaire à cette conciliation* »¹⁴⁵⁶.

Cet aperçu démontre que les motifs dérogatoires à la libre circulation des personnes et des services, d'une part, et de la libre circulation des marchandises, d'autre part, ne présentent pas la même portée. Ils visent des intérêts différents¹⁴⁵⁷. Alors que les dérogations textuelles relatives à la libre prestation des services et à la libre circulation des personnes visent à protéger, dans la stricte mesure du nécessaire, la souveraineté étatique, l'article 36 TFUE va au-delà de ces limites en visant la régulation des relations commerciales¹⁴⁵⁸. Les intérêts poursuivis ne sont, dès lors, pas les mêmes¹⁴⁵⁹.

De plus, il convient de souligner qu'une mesure restrictive relevant de l'article 36 TFUE affecte dans la majorité des cas la marchandise en tant que telle voire sa commercialisation, comme l'interdiction de la publicité d'un produit, alors qu'une mesure

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*

¹⁴⁵⁶ CJCE, 14 septembre 1982, *Keurkoop*, aff. 144/81, *Rec.* 1982, p. 2853, pt. 24.

¹⁴⁵⁷ V. aussi HATZOPOULOS V., « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses - une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *op.cit.*, p. 218.

¹⁴⁵⁸ HATZOPOULOS V., « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses - une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *op.cit.*, p. 218.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*

restrictive relevant de l'article 45, paragraphe 3, TFUE, par exemple, affecte une personne en entravant l'exercice du droit à la libre circulation des travailleurs¹⁴⁶⁰.

Ayant en vue les entraves d'origine privée, une comparaison des justifications textuelles montre que les dérogations prévues par l'article 36 TFUE sont moins marquées par l'intérêt public que les justifications relatives à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux¹⁴⁶¹.

Prenant l'exemple de la santé, le professeur Picod relève que contrairement à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux, l'article 36 TFUE ne fait pas référence à la notion de santé publique, mais à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux¹⁴⁶². De ce fait, une personne privée « *pourrait s'opposer à l'importation d'un produit au motif qu'il lui paraît dangereux non pas pour la santé publique au sens large mais pour ses employés ou les membres de l'association qu'[elle] représente* »¹⁴⁶³. De même, le professeur Picod considère qu'une personne privée, tel un mécène ou le propriétaire d'un bien précieux, pourrait invoquer la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique pour justifier une entrave consistant à l'opposition à la vente d'un bien destiné à être exporté¹⁴⁶⁴.

Une justification prévue par l'article 36 TFUE semble se prêter particulièrement bien à l'invocation par les personnes privées : la propriété industrielle et commerciale¹⁴⁶⁵. Le professeur Picod cite par exemple le cas d'un droit de marque invoqué par son titulaire pour s'opposer à une marchandise revêtue d'une marque semblable qui lui paraît porter atteinte à son droit exclusif¹⁴⁶⁶.

¹⁴⁶⁰ HATZOPOULOS V., « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses – une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *op.cit.*, p. 221.

¹⁴⁶¹ PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 648.

¹⁴⁶² *Ibid.*

¹⁴⁶³ *Ibid.*

¹⁴⁶⁴ *Ibid.*

¹⁴⁶⁵ Dans le même sens: PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 648.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*

En revanche, l'ordre public, la sécurité publique et la moralité publique se prêtent plus à être assurés et, dès lors, invoqués par les États membres, puisque seuls ces derniers disposent des prérogatives de la puissance publique nécessaires pour les sauvegarder. Pour autant, il n'est pas à exclure que les personnes privées agissent dans l'intérêt public en prenant des mesures assurant ou protégeant l'ordre public, la sécurité publique et la moralité publique.

Quant à la protection de la santé de la vie des personnes et des animaux ainsi qu'à la préservation des végétaux, nous considérons que lesdits motifs se prêtent bien à être poursuivis et invoqués par les personnes privées, notamment en vue du changement politique et social que nous observons dans les dernières décennies. En effet, ce sont de plus en plus les particuliers et associations privées qui assurent la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ainsi que la préservation des végétaux, parfois plus que les États membres ou les institutions de l'Union. Si, dans la poursuite de ces objectifs, les personnes privées restreignent la libre circulation des marchandises, nous ne voyons aucun obstacle à ce qu'elles puissent se fonder sur l'article 36 TFUE pour justifier une violation des articles 34 ou 35 TFUE.

D'autant plus que selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, parmi les biens et intérêts protégés par l'article 36 TFUE, la santé et la vie des personnes occupent le premier rang¹⁴⁶⁷. Du fait de cette importance, la Cour de justice a accordé une marge de manœuvre relativement large aux États membres statuant qu'il leur appartient, dans les limites imposées par les traités, « *de décider du niveau auquel ils entendent en assurer la protection* »¹⁴⁶⁸. Un risque potentiel pour la vie et la santé des personnes est suffisant¹⁴⁶⁹. Il ne faut donc pas une certitude absolue pour prendre des mesures visant la protection de la santé et de la vie¹⁴⁷⁰. Nous estimons que cette marge de manœuvre relativement large accordée aux États membres doit également

¹⁴⁶⁷ Comp. p.ex. : CJCE, 20 mai 1976, *de Peijper*, aff. 104/75, *Rec.* 1976, p. 613 (spéc. p. 635), pt. 15 ; CJCE, 8 avril 1992, *Commission/Allemagne*, aff. C-62/90, *Rec.* 1992, p. I-2575 ; CJCE, 11 juillet 2000, *Toolex*, aff. C-473/98, *Rec.* 2000, p. I-5681 ; CJCE, 13 juillet 2004, *Commission/France*, aff. C-262/02, *Rec.* 2004, p. I-6569 ; CJUE, 2 décembre 2010, *Ker-Optik*, aff. C-108/09, *Rec.* 2010, p. I-12213.

¹⁴⁶⁸ CJCE, arrêt précité *de Peijper*, aff. 104/75, pt. 15.

¹⁴⁶⁹ V. aussi MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 36 AEUV » in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1460, pt. 59.

¹⁴⁷⁰ CJCE, 5 février 1981, *Eyssen*, aff. 53/80, *Rec.* 1981, p. 409 (spéc. p. 422).

être accordée aux personnes privées lorsqu'elles invoquent la vie et la santé des personnes pour justifier une mesure restrictive.

L'article 36 TFUE se prête donc mieux à être invoqué par les personnes privées, comme les exemples ci-dessus nous le démontrent. Pour autant, malgré le champ d'application plus varié de l'article 36 TFUE, cette disposition ne suffit pas pour dûment tenir compte des intérêts privés. En ce qui concerne les justifications textuelles de la libre circulation des personnes, services et capitaux, nous avons vu que ces dernières ne se prêtent guère telles quelles à une invocation par les personnes privées¹⁴⁷¹, d'où la nécessité de procéder à des adaptations.

Paragraphe 2 : La nécessité de procéder à des adaptations

Il s'est avéré dans la première partie de la présente thèse que la Cour de justice a établi une jurisprudence relativement riche en matière d'entraves d'origine privée, notamment pour les entraves d'origine privée à la libre circulation des personnes ainsi qu'à la libre prestation des services. Désormais, la reconnaissance d'un effet direct horizontal peut, dans certaines limites posées par la Cour de justice, être considérée comme établie. Cette reconnaissance d'un effet direct horizontal entraîne nécessairement la question de savoir si la Cour de justice s'est également prononcée au sujet des justifications invocables par les personnes privées.

Il est étonnant de constater que pendant une relativement longue période de temps, la Cour de justice a traité de la problématique des entraves d'origine privée sans prendre position sur les justifications susceptibles d'être invoquées par les personnes privées.

C'est seulement en 1995, dans l'affaire *Bosman*, que la Cour de justice a été confrontée à l'objection de l'Union des associations européennes de football (UEFA) selon laquelle l'assujettissement des personnes privées au respect des obligations découlant en l'occurrence de la libre circulation des travailleurs aboutirait à rendre cette liberté de circulation plus contraignante pour les particuliers que pour les États membres car

¹⁴⁷¹ Dans le même sens : LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 372.

seuls ces derniers peuvent se prévaloir des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique prévues par le traité¹⁴⁷². La Cour de justice s'est contentée de répondre que cette « *argumentation repose sur une prémisse inexacte* »¹⁴⁷³. Pour la Cour de justice, « *rien ne s'oppose en effet à ce que les justifications tirées de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique soient invoquées par des particuliers. La nature publique ou privée de la réglementation en cause n'a aucune incidence sur la portée ou sur le contenu desdites justifications* »¹⁴⁷⁴.

Même si nous sommes d'avis que cette constatation de la Cour de justice est juste, nous considérons toutefois que sa grande brièveté et l'insuffisance de raisonnement sont fort critiquables. Ceci est d'autant plus vrai que la doctrine a avancé un grand nombre d'arguments en défaveur de l'invocabilité des justifications issues des traités par les personnes privées¹⁴⁷⁵.

Dire que « *rien ne s'oppose* » à une telle invocabilité ne suffira pas pour réfuter leurs objections. Il en est de même pour le constat de la Cour de justice que la nature publique ou privée d'une mesure « *n'a aucune incidence sur la portée ou sur le contenu desdites justifications* ». L'incidence de la nature privée d'une mesure sur la portée et/ou le contenu des justifications est, au contraire, vivement discutée¹⁴⁷⁶. Ici encore,

¹⁴⁷² CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, *Rec.* 1995, p. I-4921, pt. 85.

¹⁴⁷³ *Ibid.*, pt. 86.

¹⁴⁷⁴ *Ibid.*

¹⁴⁷⁵ Comp. p. ex : DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », in DUBOUT E. et MAITROT DE LA MOTTE A. (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 129 ; KINGREEN T., « Art. 34-36 AEUV », in CALLIESS Ch. et RUFFERT M., *EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar*, München, C. H. Beck, 5^e édition, 2016, pt. 115 ; STREINZ R. et LEIBLE St., « Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten », *EuZW*, 2000, n° 15, p. 459.

¹⁴⁷⁶ Comp. p. ex. : PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 635 ; RIGAUX A. et SIMON D., « Entraves résultant d'actes de particuliers », *Europe*, n° 8-9, août 2003, comm. 272 ; KADDOUS Ch., « Droits de l'homme et libertés de circulation : complémentarité ou contradiction ? », in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 563 ; ROBIN-OLIVIER S., « Retour sur l'effet horizontal des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs (CJUE, 25 juin 2012, C-172/11, *Erny*) », *RTDE*, octobre-décembre 2013, p. 863 ; HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : Cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op.cit.*, p. 205 ; KREUSCHITZ V., « Art. 45 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1667 ; LENGAUER A.-M., *op.cit.* ; NOWAK C., « Unionsgrundrechtliche Rechtfen-

la Cour de justice ne se livre pas à un raisonnement, mais se contente de constater l'absence de toute incidence.

Alors que nous partageons l'avis de la Cour de justice selon lequel les justifications textuelles sont susceptibles d'être invoquées par les personnes privées, il est cependant incontestable que ces justifications ont été conçues pour les États membres et non pas pour des particuliers.

Comme nous l'avons vu dans le paragraphe précédent, les justifications textuelles prévues pour la libre circulation des personnes, des services et des capitaux ne se prêtent qu'à titre exceptionnel à être invoquées par les personnes privées. Même si l'article 36 TFUE énonce des motifs plus variés dont les personnes privées peuvent se prévaloir plus facilement, ceci ne suffit pas pour tenir compte des particularités spécifiques des mesures d'origine privée et des intérêts que les particuliers poursuivent.

Or une autre lecture des considérations faites par la Cour de justice est envisageable. En effet, si nous interprétons lesdites constatations comme la volonté de la Cour de justice de préciser que les personnes privées qui invoquent une justification textuelle doivent, tout comme les États membres, respecter le régime des justifications - leurs nature et contenu - tel que prévu par les traités et précisé par la Cour de justice, cette dernière n'a fait qu'illustrer que les personnes privées sont tenues de respecter les limites inhérentes aux justifications textuelles.

L'arrêt *Bosman* lui-même paraît soutenir cette thèse. La Cour de justice y constate qu'une des deux réglementations en cause, à savoir la clause de nationalité qui constitue une mesure discriminatoire, peut, sous certaines conditions, être justifiée au regard de l'article 45 TFUE¹⁴⁷⁷. Sans chercher un rattachement à l'une des raisons évoquées par ledit article, elle renvoie à l'arrêt *Donà* pour rappeler que les dispositions en matière de libre circulation des travailleurs « *ne s'opposent pas à des réglementations ou pratiques excluant les joueurs étrangers de certaines rencontres pour des*

tigungsmöglichkeiten für Grundfreiheitseingriffe durch Private », *op.cit.*, p. 475 ; FÖRSTER Ph., *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Frankfurt am Main, Peter Lang GmbH, 2007; FRENZ W., *Handbuch Europarecht. Band 1: Europäische Grundfreiheiten*, Heidelberg, Springer Verlag, 2^e édition, 2012.

¹⁴⁷⁷ CJCE, arrêt *Bosman* précité, aff. C-415/93, pt. 121 s.

motifs non économiques (...) intéressant donc uniquement le sport en tant que tel »¹⁴⁷⁸. Cependant, la Cour de justice souligne que cette restriction du champ d'application de la libre circulation des travailleurs doit rester limitée à son objet propre¹⁴⁷⁹. Comme, en l'occurrence, la clause de nationalité s'applique à l'ensemble des rencontres officielles entre clubs et, partant, à l'essentiel de l'activité exercée par les joueurs professionnels, la Cour de justice en déduit que la clause de nationalité ne peut être considérée comme conforme à la libre circulation des travailleurs sous peine de priver cette liberté de circulation « *de son effet utile et de mettre à néant le droit fondamental d'accéder librement à un emploi qu'elle confère individuellement à tout travailleur de la Communauté* »¹⁴⁸⁰.

Cette solution paraît s'imposer si on ne veut pas réduire à néant le droit à la libre circulation des travailleurs et le principe de non-discrimination. L'Avocat général Lenz affirme dans ses conclusions relatives à l'affaire *Bosman* que la clause de nationalité enfreint ces deux principes fondamentaux « *de manière tellement évidente et grave que l'on ne saurait admettre à leur égard des intérêts nationaux qui ne peuvent pas être fondés sur l'article 48, paragraphe 3* »¹⁴⁸¹.

Mais quid des motifs non économiques intéressant uniquement le sport en tant que tel, que la Cour de justice rappelle en renvoyant à l'arrêt *Donà* ? Lesdits motifs ont été retenus pour la première fois dans l'arrêt *Walrave* où la Cour de justice a constaté que l'interdiction de discrimination ne concerne pas la composition d'équipes sportives, en particulier sous forme d'équipes nationales, étant donné que la formation de telles équipes est une « *question intéressant uniquement le sport et, en tant que telle, étrangère à l'activité économique* »¹⁴⁸². La Cour de justice a ajouté que « *cette restriction du champ d'application des dispositions en cause doit rester limitée à son objet propre* »¹⁴⁸³, sans pour autant définir la nature et la portée de cette « restriction

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*, pt. 127.

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*, pt. 128.

¹⁴⁸⁰ *Ibid.*, pt. 129.

¹⁴⁸¹ Conclusions de l'AG Lenz du 20 septembre 1995 sur l'affaire *Bosman*, aff. C-415/93, *Rec.* 1995, p. I-4930, pt. 142.

¹⁴⁸² CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave*, aff. 36/74, *Rec.* 1974, p. 1405, pt. 8.

¹⁴⁸³ CJCE, arrêt *Walrave* précité, aff. 36/74, pt. 9.

du champ d'application » des dispositions relatives à la libre circulation des personnes et des services et sans préciser la limitation à « l'objet propre ».

Dans l'affaire *Donà*, la Cour de justice a repris cette formule considérant que les dispositions en matière de libre circulation des personnes et des services ne s'opposent pas à une réglementation ou pratique excluant les joueurs étrangers de la participation à certaines rencontres « *pour des motifs non économiques, tenant au caractère et au cadre spécifiques de ces rencontres et intéressant donc uniquement le sport en tant que tel* »¹⁴⁸⁴. Pour autant, une telle « *restriction du champ d'application des dispositions en cause* » doit « *rester limitée à son objet propre* ». Ainsi, la Cour de justice a simplement répété la formule *Walrave*, sans la préciser ou l'éclairer.

Ce manque d'explication a entre autre été reproché par l'Avocat général Lenz dans le cadre de ses conclusions relatives à l'affaire *Bosman*. L'Avocat général Lenz y constate qu'on a « *cependant reproché avec raison à la Cour de ne pas avoir répondu clairement aux questions posées ni dans son arrêt Walrave ni dans son arrêt Donà* »¹⁴⁸⁵. En effet, la Cour de justice aurait manqué d'indiquer le fondement de cette « exception » à la libre circulation des travailleurs ainsi que son étendue¹⁴⁸⁶.

Ici encore, il est effectivement regrettable que la Cour de justice n'ait pas fourni d'explication, notamment quant au fondement et à la portée d'une telle « restriction au champ d'application ».

L'Avocat général Lenz plaide pour une lecture nuancée de la formule des arrêts *Walrave* et *Donà*, étant d'avis que dans ces arrêts, la Cour de justice ne voulait pas introduire une nouvelle catégorie de justifications, mais simplement préciser que certaines règles, étant de nature exclusivement sportive, ne sont pas visées par le droit de l'Union¹⁴⁸⁷. Il soutient cette thèse en donnant des exemples particulièrement précis : « *Le fait par exemple qu'un match dure 90 minutes ou 80 minutes et qu'une victoire*

¹⁴⁸⁴ CJCE, 14 juillet 1976, *Donà*, aff. 13/76, *Rec.* 1976, p. 1333, pt. 14.

¹⁴⁸⁵ Conclusions de l'AG Lenz sur l'affaire *Bosman* précitée, aff. C-415/93, pt. 139.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*

¹⁴⁸⁷ *Ibid.*, pt. 215.

soit homologuée à raison de deux points ou trois est sans importance et n'intéresse pas le droit à la libre circulation inscrit à l'article 48 »¹⁴⁸⁸.

Si nous comprenons la « restriction » de cette manière, la Cour de justice n'aurait pas introduit une nouvelle catégorie de justifications, mais affirmé que le champ d'application des libertés de circulation ne vise pas la totalité des règles existantes dans un certain domaine, comme en l'occurrence le domaine du sport, mais seulement celles susceptibles d'entraver l'exercice d'une liberté de circulation.

La formule selon laquelle certaines réglementations ou pratiques sont exclues du champ d'application des libertés de circulation au motif qu'elles intéressent uniquement le sport en tant que tel est reprise dans les arrêts *Deliège*¹⁴⁸⁹ et *Lehtonen*¹⁴⁹⁰. Or, la Cour de justice souligne que cette restriction du champ d'application des traités doit rester limitée à son objet propre et ne peut être invoquée pour en exclure toute une activité sportive¹⁴⁹¹. La Cour de justice rappelle également qu'il ressort de sa jurisprudence dans les affaires *Walrave* et *Bosman* que les dispositions relatives aux libertés de circulation sont susceptibles de s'appliquer à des activités sportives et à des règles édictées par les associations sportives¹⁴⁹².

À notre avis, cette « restriction du champ d'application » ne doit pas être comprise comme une justification, intervenant en aval une fois qu'une entrave à l'une des libertés de circulation a été constatée, mais en amont avant la qualification d'une mesure comme une entrave. De cette manière et eu égard au caractère et au cadre spécifique des rencontres sportives, une mesure répondant aux critères établis par la Cour de justice, c'est-à-dire une mesure excluant les joueurs étrangers de certaines rencontres pour des motifs non économiques, n'est pas qualifiée d'entrave. Par conséquent, la question d'une éventuelle justification de la mesure ne se pose pas.

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*

¹⁴⁸⁹ CJCE, 11 avril 2000, *Deliège*, aff. C-51/96, *Rec.* 2000, p. I-2549, pt. 43.

¹⁴⁹⁰ CJCE, 13 avril 2000, *Lehtonen*, aff. C-176/96, *Rec.* 2000, p. I-2681, pt. 34.

¹⁴⁹¹ CJCE, arrêt *Deliège* précité, aff. C-51/96, pt. 43 et CJCE, arrêt *Lehtonen* précité, aff. C-176/96, pt. 34.

¹⁴⁹² CJCE, arrêt *Lehtonen* précité, aff. C-176/96, pt. 36.

Cette interprétation rejoint celle de la Cour de justice dans les affaires *Deliège* et *Lehtonen*. En effet, dans l'arrêt *Deliège* la Cour de justice constate que des règles de sélection « *ont inévitablement pour effet de limiter le nombre de participants à un tournoi, une telle limitation est inhérente au déroulement d'une compétition sportive internationale de haut niveau, qui implique forcément l'adoption de certaines règles ou de certains critères de sélection. De telles règles ne peuvent donc en elles-mêmes être regardées comme constitutives d'une restriction à la libre prestation des services* »¹⁴⁹³.

Cette solution paraît s'imposer logiquement. Une compétition sportive n'est effectivement pas possible sans sélection préalable. Un tournoi sportif international exige nécessairement un choix des sportifs participants¹⁴⁹⁴. La sélection de participants suivant des règles appropriées ne constitue donc pas en soi une restriction à l'une des libertés de circulation dès lors qu'elle découle d'une nécessité inhérente à l'organisation d'une compétition sportive internationale de haut niveau¹⁴⁹⁵.

En revanche, une mesure qui ne répond pas aux critères exposés ci-dessus, qui n'intéresse donc pas « *uniquement le sport en tant que tel* », est susceptible de constituer une entrave à l'une des libertés de circulation.

Cependant, la terminologie de la Cour de justice y afférente n'est ni claire ni uniforme. Dans l'arrêt *Lehtonen*, après avoir constaté que la mesure en cause constitue une entrave à la libre circulation des travailleurs, elle considère qu'il « *appartient à la juridiction nationale de vérifier dans quelle mesure des raisons objectives, intéressant uniquement le sport en tant que tel ou tenant à des différences existant entre la situation des joueurs provenant d'une fédération appartenant à la zone européenne et celle des joueurs provenant d'une fédération n'appartenant pas à ladite zone, justifient une telle différence de traitement* »¹⁴⁹⁶. Dès lors, après avoir qualifié la mesure d'entrave, la Cour de justice fait intervenir des « *raisons objectives, intéressant uniquement le sport en tant que tel* » au niveau des justifications.

¹⁴⁹³ CJCE, arrêt *Deliège* précité, aff. C-51/96, pt. 64.

¹⁴⁹⁴ Dans le même sens: CJCE, arrêt *Deliège* précité, aff. C-51/96, pt. 65.

Ainsi, elle emploie, sans l'expliquer, le terme « raison objective » et ne renvoie pas au motif intéressant uniquement le sport en tant que tel comme « restriction au champ d'application » d'une liberté de circulation, mais comme un motif susceptible de justifier une entrave occasionnée. Ceci est en contradiction avec les formulations utilisées dans les affaires *Bosman* et *Donà* où le « motif intéressant uniquement le sport » est intervenu en amont, avant la qualification d'une mesure d'entrave, la faisant échapper au champ d'application des libertés de circulation. Une application unifiée et cohérente dudit motif par la Cour de justice serait donc souhaitable.

Néanmoins, malgré certaines imprécisions, ces quelques arrêts démontrent qu'au niveau des justifications, tout comme au niveau de l'appréhension des entraves d'origine privée, le monde du sport a joué un rôle de pionnier, poussant la Cour de justice à se prononcer quant aux justifications invocables par les particuliers.

Au fil du temps, d'autres domaines ont suivi. Dans ce contexte, il convient de citer l'arrêt *Angonese* dans lequel la Cour de justice a introduit une nouvelle notion, celle des « considérations objectives ». Comme il a été vu dans la première partie de la présente thèse, la mesure d'origine privée en cause dans l'affaire *Angonese* constituait une mesure discriminatoire et a été qualifiée telle quelle par la Cour de justice. Par son examen de la possibilité de justifier cette mesure discriminatoire, la Cour de justice considère qu'elle « ne pourrait être justifiée que si elle était fondée sur des considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi »¹⁴⁹⁷.

Ici encore, la Cour de justice ne donne pas d'explication relative à cette notion de « considérations objectives » nouvellement introduite. Elle n'indique notamment pas si cette notion s'ajoute aux justifications textuelles ou aux justifications jurisprudentielles. Comme il s'agit d'une mesure discriminatoire, les « considérations objectives » devraient, logiquement, s'ajouter aux justifications prévues par les traités et non pas aux raisons impérieuses d'intérêt général qui sont, en principe, seulement

¹⁴⁹⁵ CJCE, arrêt *Deliège* précité, aff. C-51/96, pt. 66 s et pt. 69.

¹⁴⁹⁶ CJCE, arrêt *Lehtonen* précité, aff. C-176/96, pt. 59.

¹⁴⁹⁷ CJCE, 6 juin 2000, *Angonese*, aff. C-281/98, *Rec.* 2000, p. I-4139, pt. 42.

admissibles en présence d'une mesure indistinctement applicable. Cette formulation de la Cour de justice nous permet toutefois de constater que les « considérations objectives » doivent être proportionnées et appliquées de manière non discriminatoires.

Appliquant cette nouvelle notion à l'affaire *Angonese*, la Cour de justice estime que bien qu'il soit « légitime » d'exiger d'un candidat à un emploi des connaissances linguistiques d'un certain niveau et en admettant que la détention d'un diplôme ou certificat peut constituer un critère permettant d'évaluer ces connaissances, l'impossibilité d'en apporter la preuve par tout autre moyen doit être considérée comme disproportionnée¹⁴⁹⁸.

Nous saurons en déduire que la Cour de justice admet que le motif de l'exigence de connaissances linguistiques d'un certain niveau est susceptible de justifier, en principe, une violation du principe de non-discrimination sur le fondement de la nationalité, énoncée à l'article 45 TFUE, mais considère que la mesure est, en l'occurrence, disproportionnée, au motif qu'il est impossible d'apporter la preuve de connaissances linguistiques suffisantes par tout autre moyen¹⁴⁹⁹.

Au risque de nous répéter, il faut insister sur le caractère regrettable du manque d'explication et de raisonnement. Il est en effet critiquable que la Cour de justice ait introduit une nouvelle notion, sans préciser son fondement ni sa portée. S'y ajoute encore le fait que la terminologie employée par la Cour de justice n'est pas cohérente. On ne saurait dire si, en employant un autre ou même un nouveau terme, elle voulait introduire une nouvelle notion s'ajoutant au régime existant, ou si elle voulait tout simplement utiliser un autre terme ayant la même signification et portée que les notions classiques.

À titre d'exemple, nous pouvons citer l'affaire *Casteels* dans laquelle la Cour de justice a affirmé qu'une mesure restrictive ne saurait être admise qu'à la condition qu'elle poursuive un « objectif d'intérêt général », qu'elle soit propre à garantir la réalisation de celui-ci et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre

¹⁴⁹⁸ CJCE, arrêt *Angonese* précité, aff. C-281/98, pt. 44.

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*, pt. 44.

l'objectif poursuivi¹⁵⁰⁰. En l'occurrence, la Cour de justice rejette fermement les objectifs invoqués par British Airways, à savoir l'objectif de fidélisation du personnel et l'objectif d'éviter qu'un travailleur soit simultanément affilié à plusieurs régimes de pension dans différents États membres au motif d'un manque total de pertinence dans l'affaire¹⁵⁰¹.

Plus récemment, dans l'affaire *Erny*, Daimler a invoqué des difficultés administratives, des conséquences financières négatives ainsi que l'autonomie dont devraient bénéficier les partenaires sociaux dans l'élaboration des conditions de travail pour justifier une violation de l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité¹⁵⁰². Or, la Cour de justice n'a pas retenu ces motifs. Quant à l'augmentation des charges financières et d'éventuelles difficultés administratives, la Cour de justice affirme que de tels motifs « *ne sauraient, en tout état de cause, justifier le non-respect des obligations découlant de l'interdiction de discrimination sur le fondement de la nationalité énoncée à l'article 45 TFUE (...), la nature publique ou privée des dispositions litigieuses n'ayant aucune incidence sur la portée ou le contenu desdites justifications* »¹⁵⁰³. Ainsi, renvoyant à l'arrêt *Bosman*, la Cour de justice répète que la nature publique ou privée d'une mesure restrictive n'a aucune incidence sur la portée ou le contenu des justifications. Ici encore, elle ne donne ni explications, ni fondement ou précisions. Elle le constate simplement.

Toutefois, dans le cadre de son refus d'accepter les motifs invoqués comme justification par Daimler, c'est-à-dire une personne privée, la Cour de justice renvoie à l'arrêt *Merida*¹⁵⁰⁴ dans lequel elle a rejeté des motifs similaires invoqués par la République fédérale d'Allemagne, à savoir l'augmentation des charges financières et des difficultés administratives¹⁵⁰⁵. Ceci semble encore une fois confirmer notre thèse défendue ci-dessus selon laquelle la formule de la Cour de justice relative à la portée et le contenu des justifications sert à souligner que les personnes privées peuvent se prévaloir

¹⁵⁰⁰ CJUE, 10 mars 2011, *Casteels*, aff. C- 379/09, *Rec.* 2011, p. I-1379, pt. 30.

¹⁵⁰¹ *Ibid.*, pt. 31 s.

¹⁵⁰² CJCE, 28 juin 2012, *Erny*, aff. C-172/11, ECLI:EU:C:2012:399, pt. 47 et 49.

¹⁵⁰³ *Ibid.*, pt. 48.

¹⁵⁰⁴ CJCE, 16 septembre 2004, *Merida*, aff. C-400/02, *Rec.* 2004, p. I-8471, pt. 30.

¹⁵⁰⁵ CJCE, arrêt *Erny* précité, aff. C-172/11, pt. 48.

des justifications textuelles et jurisprudentielles, mais en respectant les conditions et limites prévues par les traités et précisées par la Cour de justice. Ainsi, tout comme les États membres, les personnes privées ne sauraient se prévaloir de motifs liés à l'augmentation des charges financières et des difficultés administratives pour justifier une mesure violant le principe fondamental de non-discrimination sur le fondement de la nationalité.

Cet aperçu de la position de la Cour de justice révèle la nécessité primordiale de procéder à des adaptations du régime classique des justifications pour ce qui concerne son application aux entraves d'origine privée. Le fait que la jurisprudence soit si peu raisonnée et précise aggrave la problématique. S'y ajoute encore l'incohérence et l'imprécision terminologique de la Cour de justice, qui rend une systématisation des justifications invocables par les personnes privées encore plus difficile.

Ce qui ressort clairement de la jurisprudence de la Cour de justice est que les justifications expressément prévues dans les traités peuvent être invoquées par les personnes privées, au moins en théorie. En pratique, il s'avère vite que la majorité des dérogations textuelles à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux ne se prêtent peu à être invoquées par les particuliers. Il est fort regrettable que la Cour de justice ait, jusqu'à présent, entièrement négligé ce fait, prétendant que la nature privée d'une mesure n'a aucune incidence sur la portée et le contenu des justifications.

Même si l'article 36 TFUE est plus varié et contient certains intérêts dont les personnes privées peuvent effectivement se prévaloir dans la pratique, de nombreux intérêts privés resteraient négligés si on se limitait aux justifications textuelles. On ne saurait pas simplement élargir les dérogations textuelles pour combler cette lacune¹⁵⁰⁶. Dès lors, d'autres moyens doivent être trouvés pour être en mesure de dûment prendre en compte les intérêts légitimes des personnes privées.

¹⁵⁰⁶ LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 372.

Section 2 : L'extension des justifications jurisprudentielle

Partant du constat que les justifications textuelles sont insuffisantes pour tenir compte des intérêts privés, nous examinerons l'extension des justifications jurisprudentielles.

Ce faisant, nous allons raisonner comme en matière des justifications textuelles. Ainsi, nous allons d'abord étudier les justifications identifiées par la jurisprudence (Paragraphe 1) en examinant, notamment, si elles se prêtent à être invoquées par les personnes privées. Ensuite, nous allons nous interroger sur la question de savoir si malgré une extension des justifications textuelles et jurisprudentielles, certains intérêts privés restent négligés (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les justifications identifiées par la jurisprudence

Au fil du temps, la Cour de justice s'est aperçue de la nécessité, pour les États membres et l'Union, de poursuivre certains intérêts légitimes, même s'ils restreignent le commerce entre les États membres. Après avoir considérablement étendu la notion de mesures d'effet équivalent au sens de la formule Dassonville, la Cour de justice a fini par admettre qu'en absence de réglementations de l'Union, des mesures indistinctement applicables peuvent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général¹⁵⁰⁷. Les raisons impérieuses d'intérêt général constituent donc une création préto-rienne pour dépasser les justifications textuelles¹⁵⁰⁸.

¹⁵⁰⁷ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV » in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1370, pt. 186 ; SIMON D., « Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent », *Répertoire de droit européen*, août 2004 (mise à jour janvier 2013).

¹⁵⁰⁸ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Commentaire Mégret. Introduction au marché intérieur : libre circulation des marchandises*, vol. 1, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 3^e édition, 2015, p. 341, pt. 536 ; v. pour plus d'informations sur les raisons impérieuses aussi : MARTIN D., « “Discriminations”, “entraves” et “raisons impérieuses” dans le Traité CE : trois concepts en quête d'identité », *Cahiers de droit européen*, 1998, n° 1-2, p. 261-318 ; KOUTRAKOS P., SHUIBHNE N. et SYRPIS Ph.(éds.), *Exceptions from EU Free Movement Law : derogation, justification and proportionality*, Oxford, Hart Publishing, 2016 ; ANDENAS M., BEKKEDAL T. et PANTALEO L. (éds.), *The Reach of Free Movement*, The Hague, Asser Press, 2017 ainsi que la thèse de SJODEN E., *Les raisons impérieuses d'intérêt général en droit de l'Union européenne*, thèse, Université Panthéon-Assas, Paris, 2016.

Ceci découle du célèbre arrêt *Cassis de Dijon*¹⁵⁰⁹ portant sur une réglementation allemande relative à la commercialisation des boissons spiritueuses fixant un degré alcoolométrique minimum pour diverses catégories de produits alcoolisés. Saisie par une juridiction allemande pour interprétation de la notion de mesure d'effet équivalent, la Cour de justice relève que « *en l'absence d'une réglementation commune de la production et de la commercialisation de l'alcool (...) il appartient aux États membres de régler, chacun sur son territoire, tout ce qui concerne la production et commercialisation de l'alcool et des boissons spiritueuses ; que les obstacles à la circulation communautaire résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs* »¹⁵¹⁰.

En absence d'une réglementation européenne relative à la production et commercialisation d'un produit, il incombe donc aux États membres de prendre des mesures nationales pour réglementer la production et la commercialisation¹⁵¹¹. La disparité des législations doit être acceptée, selon la Cour de justice, si ces réglementations nationales sont nécessaires pour satisfaire à des exigences impérieuses d'intérêt général.

La professeure Vial relève que la reconnaissance de l'existence d'exigences impératives d'intérêt général susceptibles de justifier des mesures qui entravent les échanges « *est autant due à la prise en considération progressive d'intérêts négligés lors de l'institution des Communautés européennes qu'à la nécessité de ne pas condamner toutes les réglementations indistinctement applicables aux produits nationaux et importés, qui peuvent tomber sous le coup de la qualification de mesures d'effet équiva-*

¹⁵⁰⁹ CJCE, 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, Rec. 1979, p. 649.

¹⁵¹⁰ CJCE, arrêt *Cassis de Dijon* précité, aff. 120/78, pt. 8 ; notons que la protection des consommateurs est particulièrement souvent invoquée : v. BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Introduction au marché intérieur : libre circulation des marchandises*, *op.cit.*, p. 343, pt. 537.

¹⁵¹¹ Dans le même sens : HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : Cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op.cit.*, p. 216 s.

lent »¹⁵¹². Pour la professeure Vial, la solution dégagée par la Cour de justice semble avoir été dictée par « *la volonté d'éviter que l'extension de la notion de mesures d'effet équivalent aux réglementations non discriminatoires ne produise des effets négatifs, certains intérêts pourtant légitimes ne pouvant plus être pris en considération* »¹⁵¹³.

Dès lors, les raisons impérieuses d'intérêt général servent de contrepoids à l'extension de la notion d'entraves aux mesures indistinctement applicables en établissant un nouvel équilibre du régime des entraves¹⁵¹⁴. Elles permettent aux États membres de poursuivre un objectif digne de protection qui n'est, pour autant, pas protégé en tant que tel, par les dispositions des traités¹⁵¹⁵. Aussi, le caractère évolutif de la liste des exigences impératives reconnues par la Cour de justice est étroitement lié au caractère évolutif de la construction européenne¹⁵¹⁶. Ainsi, la Cour de justice a la possibilité de tenir compte des changements sociaux, économiques et politiques¹⁵¹⁷.

Les exemples des exigences impérieuses d'intérêt général donnés par la Cour de justice ne constituent pas une liste exhaustive, le mot « notamment » indique bien que la Cour de justice ne voulait que donner des exemples pour mieux expliquer les contours de cette nouvelle notion¹⁵¹⁸. Ceci est confirmé par la jurisprudence ultérieure de la Cour de justice, qui a reconnu d'autres objectifs¹⁵¹⁹, tels que la protection de l'environnement¹⁵²⁰, le maintien du pluralisme de la presse¹⁵²¹, la protection des réseaux publics¹⁵²², le maintien du pluralisme culturel¹⁵²³, la protection de l'ordre so-

¹⁵¹² VIAL C., *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 31.

¹⁵¹³ *Ibid.*, p. 32.

¹⁵¹⁴ BERTRAND B., « Que reste-t-il des exigences impérieuses d'intérêt général ? », *Europe*, n° 1, 2012, étude 1, pt. 1 ; v. aussi HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : Cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op.cit.*, p. 219 et 227.

¹⁵¹⁵ HATZOPOULOS V., « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses - une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *op.cit.*, p. 192.

¹⁵¹⁶ VIAL C., *op.cit.*, p. 32.

¹⁵¹⁷ HATZOPOULOS V., « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses - une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *op.cit.*, p. 200.

¹⁵¹⁸ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV » in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1378, pt. 203.

¹⁵¹⁹ V. p. ex. PICOD F., « Libre circulation des marchandises », *op.cit.*, fasc. 530, pt. 129 s.

¹⁵²⁰ CJCE, 20 septembre 1988, *Commission/Danemark*, aff. 302/86, *Rec.* 1988, p. 4607.

¹⁵²¹ CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress*, aff. C-368/95, *Rec.* 1997, p. I-3689, pt. 18.

¹⁵²² CJCE, 13 septembre 1991, *RTT*, aff. C-18/88, *Rec.* 1991, p. I-5941.

cial¹⁵²⁴, la sécurité routière¹⁵²⁵ ainsi que des exigences plus spécifiques telles que la protection du livre en tant que bien culturel¹⁵²⁶.

Ce grand nombre d'exemples très divers de raisons impérieuses d'intérêt général démontre la flexibilité de cette notion¹⁵²⁷. Ceci explique pourquoi dans la jurisprudence de la Cour de justice, l'utilisation des raisons impérieuses d'intérêt général est écrasante par rapport à l'invocation des justifications textuelles¹⁵²⁸.

Etant la contrepartie d'une extension de la notion d'entrave aux mesures indistinctement applicables, elles jouent - en principe - en amont en permettant d'écarter la qualification d'entrave¹⁵²⁹. Dès lors, les raisons impérieuses d'intérêt général ne vont pas à l'encontre du caractère exhaustif des dérogations prévues par les traités puisqu'elles ne constituent pas des dérogations à proprement parler¹⁵³⁰. *Stricto sensu*, elles ne justifient pas une entrave à une des libertés de circulation mais font échapper une mesure à la qualification d'entrave¹⁵³¹.

Cette thèse a été soutenue pour la première fois par le professeur Mattera qui estimait que les raisons impérieuses n'opèrent pas *ex post* en tant que justifications - comme les justifications prévues par les traités - mais *ex ante* en ôtant à la mesure en cause sa qualification d'entrave¹⁵³². Ce faisant, la mesure n'est pas qualifiée de restriction à l'une des libertés de circulation¹⁵³³. Le professeur Hatzopoulos démontre la logique de cette thèse, relevant qu'elle est fondée sur l'idée que seul le législateur est en me-

¹⁵²³ CJCE, arrêt *Familiapress* précité, aff. C-368/95.

¹⁵²⁴ CJCE, 26 octobre 2006, *Commission/Grèce*, aff. C-65/05, *Rec.* 2006, p. I-10341, pt. 33 s.

¹⁵²⁵ CJCE, 12 octobre 2000, *Snellers*, aff. C-314/98, *Rec.* 2000, p. I-8633.

¹⁵²⁶ CJCE, 30 avril 2009, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft*, aff. C-531/07, *Rec.* 2009, p. I-3717.

¹⁵²⁷ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Introduction au marché intérieur : libre circulation des marchandises*, *op.cit.*, p. 342, pt. 537 ; du même avis : HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : Cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op.cit.*, p. 208 ; v. aussi BERTRAND B., « Que reste-t-il des exigences impérieuses d'intérêt général ? », *op.cit.*

¹⁵²⁸ Comp. pour plus d'informations : HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : Cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op.cit.*, p. 208.

¹⁵²⁹ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Introduction au marché intérieur : libre circulation des marchandises*, *op.cit.*, p. 341, pt. 536.

¹⁵³⁰ *Ibid.*

¹⁵³¹ *Ibid.*

¹⁵³² MATTERA A., *Le marché unique européen : ses règles, son fonctionnement*, Paris, Jupiter, 1988.

¹⁵³³ *Ibid.*, pt. 274-5 s ; v. aussi HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : Cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op.cit.*, p. 212.

sure d'ajouter des dérogations aux libertés de circulation, alors que la jurisprudence peut uniquement agir en amont, c'est-à-dire au moment de la qualification d'une mesure, en admettant que la poursuite de certains intérêts considérés comme légitimes exclut la qualification d'entrave¹⁵³⁴. Dès lors, comme le professeur Hatzopoulos le souligne, il serait plus exact de parler de théorie « *qualificative* » plutôt que de théorie « *justificative* »¹⁵³⁵.

Or, une analyse de la jurisprudence démontre que la Cour de justice ne suit pas (toujours) cette logique et s'y oppose même implicitement en traitant ensemble les justifications textuelles et les raisons impérieuses d'intérêt général¹⁵³⁶. En effet, la jurisprudence de la Cour de justice y relative est très incohérente et confuse, traitant les justifications jurisprudentielles tantôt *ex ante*, tantôt *ex post*, sans qu'un fil rouge logique ne puisse être détecté¹⁵³⁷. Il semble que la Cour de justice est « *agnostique* » à ce débat¹⁵³⁸, ayant la tendance à les marier « *les unes aux autres de manière peu claire* »¹⁵³⁹.

À titre d'exemple, on pourrait citer l'arrêt *Commission/Grèce* relative à des jeux en ligne dans laquelle la Cour de justice a statué que la protection de la moralité, de l'ordre public et de la sécurité publique constituent des motifs qui « *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 nombre de ceux qui peuvent être considérés comme des raisons impérieuses d'intérêt général* »¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁴ *Ibid.* ; du même avis p. ex : BERTRAND B., « Que reste-t-il des exigences impérieuses d'intérêt général ? », *op.cit.*, pt. 28 s.

¹⁵³⁵ HATZOPOULOS V., « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses - une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *op.cit.*, p. 213.

¹⁵³⁶ *Ibid.*, p. 212.

¹⁵³⁷ *Ibid.*, p. 213 ; du même avis : BERTRAND B., « Que reste-t-il des exigences impérieuses d'intérêt général ? », *op.cit.*, pt. 29.

¹⁵³⁸ HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : Cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op.cit.*, p. 213.

¹⁵³⁹ *Ibid.*, p. 209.

¹⁵⁴⁰ CJCE, arrêt *Commission/Grèce* précité, aff. C-65/05, pt. 33.

En effet, un examen de la jurisprudence démontre que la Cour de justice n'a jamais défini la relation entre les exigences impératives et les justifications textuelles¹⁵⁴¹. Dans l'arrêt *Cassis de Dijon*, qui a introduit cette nouvelle catégorie de justifications, la relation entre la notion nouvellement introduite et l'article 36 TFUE n'est pas éclairée¹⁵⁴².

De plus, la Cour de justice emploie souvent différents termes pour les justifications jurisprudentielles¹⁵⁴³. Dans la présente thèse, nous allons utiliser les termes « raison impérieuse d'intérêt général » ou « exigence impératrice d'intérêt général ».

S'y ajoute le fait que le législateur européen a repris cette confusion dans la directive¹⁵⁴⁴ dite « directive service »¹⁵⁴⁵. Dans son article 4, ladite directive définit les raisons impérieuses d'intérêt général comme 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.* ». Dès lors, énumérant les raisons impérieuses d'intérêt général, c'est-à-dire des justifications jurisprudentielles, la directive commence par les justifications énoncées par les traités¹⁵⁴⁶. Après étude de la directive service, il semble en effet que ses rédacteurs ne se soient pas préoccupés de la distinction entre les justifications textuelles et les justifications jurisprudentielles¹⁵⁴⁷.

Le deuxième point de confusion qui se présente dans le cadre des justifications jurisprudentielles concerne la question de savoir si les raisons impérieuses d'intérêt général peuvent seulement justifier (ou admettre *ex ante*) les mesures indistinctement ap-

¹⁵⁴¹ OLIVER P. J., *Oliver on Free movement of Goods in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 216 pt. 8.05.

¹⁵⁴² *Ibid.*

¹⁵⁴³ HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : Cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op.cit.*, p. 207.

¹⁵⁴⁴ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

¹⁵⁴⁵ V. HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : Cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op.cit.*, p. 210 s.

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 211.

¹⁵⁴⁷ Du même avis : HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : Cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op.cit.*, p. 211.

plicables ou si elles sont également susceptibles de justifier des mesures discriminatoires¹⁵⁴⁸. Ici encore, la jurisprudence de la Cour de justice est peu cohérente¹⁵⁴⁹.

Il est néanmoins possible de déceler une tendance, notamment de la jurisprudence plus récente, qui semble limiter l'invocabilité des raisons impérieuses d'intérêt général aux mesures indistinctement applicables¹⁵⁵⁰. Cependant, des incohérences jurisprudentielles persistent, ce qui est, comme le professeur Hatzopoulos le démontre, aussi lié au fait que la définition de la notion de discrimination est peu claire, ce qui laisse une certaine marge de manœuvre à la Cour de justice dans l'application des raisons impérieuses d'intérêt général¹⁵⁵¹.

D'autres auteurs, dont notamment maître Oliver, se prononcent en faveur d'un traitement similaire, sans différence, des justifications textuelles et jurisprudentielles¹⁵⁵². Par son analyse de la jurisprudence et son interprétation des dispositions pertinentes, maître Oliver identifie quatre raisons qui favorisent un traitement identique des deux catégories de justifications¹⁵⁵³.

Premièrement, maître Oliver démontre le caractère aléatoire d'une distinction trop stricte, qui résulte parfois du simple fait que les auteurs du traité n'ont, en 1957, pas pensé à la protection des consommateurs puisque celle-ci ne jouait pas de rôle à l'époque¹⁵⁵⁴. De ce fait, certaines raisons impérieuses d'intérêt général n'ont pas été incluses dans la liste de dérogations prévues par l'article 36 TFUE, non pas parce que les auteurs des traités les considéraient indignes d'être incluses, mais parce que certaines raisons ou motifs n'avaient pas la même place et importance

¹⁵⁴⁸ HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : Cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op.cit.*, p. 213 s ; BERTRAND B., « Que reste-t-il des exigences impérieuses d'intérêt général ? », *op.cit.*, pt. 29.

¹⁵⁴⁹ HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : Cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op.cit.*, p. 214.

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 214 s.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 215 ; v. aussi HATZOPOULOS V., « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses – une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *op.cit.*, p. 198 ; BERTRAND B., « Que reste-t-il des exigences impérieuses d'intérêt général ? », *op.cit.*, pt. 5 s.

¹⁵⁵² OLIVER P.J., *op.cit.*, p. 217 pt. 8.06.

¹⁵⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*

qu'aujourd'hui¹⁵⁵⁵. Selon maître Oliver, ceci ne justifie pourtant pas un traitement différent aujourd'hui dû au fait que les circonstances ont changé. Pour lui, il n'y a pas de raisons pour que des exigences impérieuses ne puissent pas également justifier des mesures discriminatoires ou même des restrictions quantitatives¹⁵⁵⁶, notamment au regard du fait que tout abus pourrait être préservé et contrôlé par une application rigoureuse du principe de la proportionnalité¹⁵⁵⁷.

Deuxièmement, maître Oliver met en avant que les conditions régissant l'application des justifications textuelles et jurisprudentielles soient les mêmes, notamment l'absence d'harmonisation ; test de nécessité et de proportionnalité ; interdiction de discrimination arbitraire ou de restriction déguisée¹⁵⁵⁸.

Troisièmement, maître Oliver souligne qu'il y a lieu d'éviter des divergences parmi les principes régissant les quatre libertés de circulation¹⁵⁵⁹. Or, les dérogations prévues par l'article 36 TFUE sont plus vastes que celles prévues pour les autres libertés de circulation. Ainsi, l'article 36 TFUE nomme la protection de la propriété industrielle et commerciale comme motif de justification, alors que ce motif ne se trouve pas dans les dispositions pertinentes de la libre circulation des personnes, services et capitaux, mais constitue, suivant la jurisprudence de la Cour de justice, une raison impérieuse d'intérêt général¹⁵⁶⁰. Ceci permet de prendre en considération le motif de la propriété industrielle et commerciale en dehors de l'article 36 TFUE.

Quatrièmement, maître Oliver démontre un certain engouement de la Cour de justice dans la création de nouvelles exigences impérieuses d'intérêt général¹⁵⁶¹. Il cite comme exemple la prévention de crimes reconnus par la Cour de justice comme raison impérieuse d'intérêt général, alors qu'elle aurait très bien pu avoir le même impact en se fondant sur la dérogation d'ordre public issue de l'article 36 TFUE¹⁵⁶².

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁵⁶ OLIVER P.J., *op.cit.*, p. 217 pt. 8.06.

¹⁵⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*

¹⁵⁶⁰ OLIVER P.J., *op.cit.*, p. 217 pt. 8.06.

¹⁵⁶¹ *Ibid.*

¹⁵⁶² *Ibid.*

Maître Oliver révèle qu'en soi, la Cour de justice ne nuit pas à la systématique des dérogations à condition qu'il n'y ait pas de différence de traitement entre les justifications jurisprudentielles et celles issues des traités, c'est-à-dire si les motifs basés sur les exigences impérieuses d'intérêt général ne sont pas moins protégés que ceux basés sur une des dérogations des traités¹⁵⁶³.

Nous sommes d'avis que les arguments de maître Oliver sont bien fondés. Même si nous suivons le professeur Hatzopoulos dans ses considérations, notamment celles relatives à la logique inhérente à la thèse selon laquelle les raisons impérieuses agissent en amont, au moment de la qualification d'entraves, nous estimons que les arguments de maître Oliver ont le mérite d'apporter de la clarté à l'amalgame jurisprudentiel. De plus, maître Oliver arrive à établir un régime unifié des justifications invoquées en démontrant notamment qu'un traitement (trop) différencié des deux types de justifications affaiblirait inutilement les raisons impérieuses et irait à l'encontre de la reconnaissance de certains intérêts dignes de protection, auxquels les « pères des traités » n'avaient pas pensé à l'époque.

Enfin, il convient encore de mentionner la notion d'« intérêts légitimes »¹⁵⁶⁴, introduite par la Cour de justice dans l'affaire *Dynamic Medien*. Dans cette affaire, la Cour de justice a jugé que « *si la protection de l'enfant constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction à une liberté fondamentale garantie par le traité CE, telle que la libre circulation des marchandises (...), il n'en demeure pas moins que de telles restrictions ne peuvent être justifiées que si elles sont propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint* »¹⁵⁶⁵. Il n'est pas clair qu'il s'agisse d'une nouvelle catégorie de justification et pas simplement d'un nouveau terme, la jurisprudence restant contradictoire¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁶³ *Ibid.*

¹⁵⁶⁴ V. l'arrêt *Dynamic Medien*: CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien*, aff. C-244/06, *Rec.* 2008, p. I-505.

¹⁵⁶⁵ *Ibid.*, pt. 42.

¹⁵⁶⁶ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Introduction au marché intérieur : libre circulation des marchandises, op.cit.*, p. 352 pt. 552.

Il apparaît en effet que la notion d'intérêt légitime « *offre une porte de sortie comode à la Cour de justice quand les dérogations plus traditionnelles ne lui permettent pas d'aboutir à la solution souhaitée* »¹⁵⁶⁷. Dans la jurisprudence, la notion est parfois reliée aux exigences impératives, parfois aux dérogations textuelles et parfois utilisée de manière autonome, ce qui la rend très souple et polyvalente¹⁵⁶⁸. Ici encore, la Cour de justice a donc manqué de définir cette notion nouvellement introduite.

Or, la Cour de justice n'a pas accepté tous les intérêts invoqués par les États membres, mais a opéré un choix, considérant que seuls certains méritaient d'être admis pour justifier une entrave à la libre circulation¹⁵⁶⁹. Ainsi, tout comme sous le régime des dérogations prévues par les traités, des objectifs de nature purement économique ne peuvent justifier une entrave à l'une des libertés de circulation¹⁵⁷⁰. Il faut noter quand même que la jurisprudence ne paraît pas toujours cohérente sur ce point.

Pour le professeur Hatzopoulos, le fait que la Cour de justice admette certains motifs économiques s'explique en distinguant les motifs ayant des effets macroéconomiques des motifs ayant des effets microéconomiques¹⁵⁷¹. Ainsi, selon l'auteur, la Cour de justice admet des mesures ayant des effets macroéconomiques, telles que la continuité de l'approvisionnement en biens ou services importants pour la société, tout en rejetant des mesures conjoncturelles ayant des effets microéconomiques¹⁵⁷². En ce sens, la Cour de justice a constaté qu'un « *risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale* » d'un État membre peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une entrave¹⁵⁷³. De même, la Cour de justice a admis que la libre prestation des services médicaux et hospitaliers peut être restreinte si le maintien d'une capacité de soins ou d'une compétence médicale sur le territoire national est essentielle pour la santé publique ou la survie de sa popula-

¹⁵⁶⁷ *Ibid.*; BERTRAND B., « Que reste-t-il des exigences impérieuses d'intérêt général ? », *op.cit.*, pt. 13

¹⁵⁶⁸ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Introduction au marché intérieur : libre circulation des marchandises*, *op.cit.*, p. 352 pt. 552.

¹⁵⁶⁹ VIAL C., *op.cit.*, p. 33.

¹⁵⁷⁰ CJCE, 28 avril 1998, *Decker*, aff. C-120/95, *Rec.* 1998, p. I-11831, pt. 39.

¹⁵⁷¹ HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : Cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op.cit.*, p. 219.

¹⁵⁷² *Ibid.*

¹⁵⁷³ CJCE, arrêt *Decker* précité, aff. C-120/95, pt. 39.

tion¹⁵⁷⁴. Ainsi, la Cour de justice admet des motifs économiques *structurels*, tout en rejetant des mesures *conjoncturelles*.

Les raisons impérieuses d'intérêt général ont été reconnues par la Cour de justice pour toutes les libertés de circulation. Alors que les premières années, la jurisprudence relative aux raisons impérieuses d'intérêt général a été fortement liée à la libre circulation des marchandises qui constituait son point de départ, ceci n'est plus le cas aujourd'hui. Sans aller aussi loin que de dire que la jurisprudence en matière de marchandises « est passée », nous pouvons toutefois constater que ce sont les libertés de circulation des personnes et des services qui offrent le plus souvent l'occasion à la Cour de justice de faire évoluer sa jurisprudence en ce qui concerne les justifications¹⁵⁷⁵.

Pour la libre circulation des travailleurs, elle a en outre admis la protection du public contre l'utilisation abusive de titres universitaires¹⁵⁷⁶, la préservation ou l'amélioration du système éducatif¹⁵⁷⁷, la promotion d'embauche et la protection de l'équilibre financier d'un système de sécurité sociale¹⁵⁷⁸ ainsi que la défense et la promotion d'une ou des langues officielles d'un État membre¹⁵⁷⁹, la protection sociale des travailleurs et la facilitation des contrôles administratifs y afférents¹⁵⁸⁰.

Quant à la liberté d'établissement, la Cour de justice a également admis qu'une restriction peut être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général, à condition que la mesure en cause soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre¹⁵⁸¹.

¹⁵⁷⁴ CJCE, 13 mai 2003, *Müller-Fauré et van Riet*, aff. C-385/99, *Rec.* 2003, p. I-4509, pt. 67.

¹⁵⁷⁵ V. aussi HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : Cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op.cit.*, p. 206.

¹⁵⁷⁶ CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, aff. C-19/92, *Rec.* 1993, p. I-1663, pt. 35.

¹⁵⁷⁷ CJCE, 11 janvier 2007, *Lyyski*, aff. C-40/05, *Rec.* 2007, p. I-99, pt. 39.

¹⁵⁷⁸ CJCE, 11 janvier 2007, *ITC*, aff. C-208/05, *Rec.* 2007, p. I-181, pt. 39 et 43.

¹⁵⁷⁹ CJUE, 16 avril 2013, *Las*, aff. C-202/11, ECLI:EU:C:2013:239, pt. 25 s.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*, pt. 28.

¹⁵⁸¹ CJCE, 11 mai 1999, *Pfeiffer*, aff. C-255/97, *Rec.* 1999, p. I-2835, pt. 21 et 23.

Ainsi, la Cour de justice a reconnu, comme raison impérieuse d'intérêt général, la protection de la propriété industrielle et commerciale¹⁵⁸², la protection des travailleurs¹⁵⁸³, la protection de la santé¹⁵⁸⁴, la protection des consommateurs¹⁵⁸⁵, l'efficacité des contrôles fiscaux¹⁵⁸⁶, la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres¹⁵⁸⁷, la protection des créanciers, des associés minoritaires, des salariés ou du fisc¹⁵⁸⁸, la prévention de la fraude et de l'incitation des citoyens à une dépense excessive liée au jeu¹⁵⁸⁹, la protection de l'environnement et l'aménagement du territoire¹⁵⁹⁰ ainsi que la politique du logement social dans le but d'assurer une offre de logement suffisante à des personnes ayant un faible revenu ou à d'autres catégories défavorisées de la population locale¹⁵⁹¹.

Quant à la libre prestation des services, la Cour de justice a très tôt jugé que « *compte tenu de la nature particulière des prestations de services, on ne saurait cependant considérer comme incompatibles avec le traité les exigences spécifiques, imposées au prestataire, qui seraient motivées par l'application de règles professionnelles justifiées par l'intérêt général - notamment les règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité - incombant à toute personne établie sur le territoire de l'État où la prestation est fournie, dans la mesure où le prestataire échapperait à l'emprise de ces règles en raison de la circonstance qu'il est établi dans un autre État membre* »¹⁵⁹².

Elle a reconnu des raisons impérieuses d'intérêt général diverses de nature à justifier une entrave à la libre prestation des services¹⁵⁹³. Dans l'affaire *Stichting Collective*

¹⁵⁸² *Ibid.*, pt. 21.

¹⁵⁸³ CJCE, 17 septembre 2002, *Payroll e.a.*, aff. C-79/01, *Rec.* 2002, p. I-8923, pt. 31.

¹⁵⁸⁴ CJCE, 1^{er} février 2001, *Mac Queen e.a.*, aff. C-108/96, *Rec.* 2001, p. I-837, pt. 28.

¹⁵⁸⁵ CJCE, 13 mai 1997, *Commission/Allemagne*, aff. C-233/94, *Rec.* 1997, p. I-2405, pt. 16.

¹⁵⁸⁶ CJCE, 15 mai 1997, *Futura Participations*, aff. C-250/95, *Rec.* 1997, p. I-2471, pt. 31.

¹⁵⁸⁷ CJCE, 29 mars 2007, *Rewe Zentralfinanz*, aff. C-347/04, *Rec.* 2007, p. I-2647, pt. 42.

¹⁵⁸⁸ CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, *Rec.* 2002, p. I-9919, pt. 92.

¹⁵⁸⁹ CJCE, 6 novembre 2003, *Gambelli*, aff. C-243/01, *Rec.* 2003, p. I-13031, pt. 67.

¹⁵⁹⁰ CJUE, 24 mars 2011, *Commission/Espagne*, aff. C-400/08, *Rec.* 2011, p. I-1915, pt. 73.

¹⁵⁹¹ CJUE, 8 mars 2013, *Libert e.a.*, aff. jts. C-197/11 et C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, pt. 51 et 52.

¹⁵⁹² CJCE, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, aff. C-33/74, *Rec.* 1974, p. 1299, pt. 12.

¹⁵⁹³ V. pour plus d'informations relatives aux raisons impérieuses d'intérêt général en matière de la libre prestation des services notamment : O'LEARY S. et FERNANDEZ-MARTIN J, « Judicially created exceptions to the free provision of services », in ANDENAS M. (éd.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 163-195.

Anteenvoorziening Gouda, la Cour de justice a même établi une liste de raisons impérieuses déjà reconnues, telle que les règles professionnelles destinées à protéger les destinataires du service, la protection de la propriété intellectuelle, la protection des travailleurs, la protection des consommateurs, la conservation du patrimoine historique et artistique national, la valorisation des richesses archéologiques, historiques et artistiques et la meilleure diffusion possible des connaissances relatives au patrimoine artistique et culturel d'un pays¹⁵⁹⁴.

À cela s'ajoute dans la jurisprudence plus récente, par exemple, la protection de la bonne administration de justice¹⁵⁹⁵, les règles concernant l'honorabilité et l'indépendance des réviseurs d'entreprise¹⁵⁹⁶, le bon exercice de la profession d'avocat¹⁵⁹⁷, le maintien de la bonne réputation du secteur financier national¹⁵⁹⁸, l'objectif de garantir la qualité des travaux d'artisanat exécutés et de protéger les destinataires de ces travaux¹⁵⁹⁹, la protection des destinataires des services en question contre le préjudice qu'ils pourraient subir¹⁶⁰⁰, la protection des consommateurs contre les excès de la publicité commerciale et le maintien d'une certaine qualité des programmes¹⁶⁰¹, la loyauté des transactions commerciales¹⁶⁰², la protection de l'ordre social et culturel¹⁶⁰³ ainsi que la promotion de la recherche et du développement¹⁶⁰⁴.

En revanche, renvoyant à la nature économique de l'intérêt invoqué, la Cour de justice n'a pas retenu comme raison impérieuse susceptible de justifier une entrave la recherche de la paix sociale en tant que moyen de mettre fin à un conflit collectif afin

¹⁵⁹⁴ CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*, aff. C-288/89, *Rec.* 1991, p. I-4007, pt. 14.

¹⁵⁹⁵ CJCE, 12 décembre 1996, *Reisebüro Broede*, aff. C-3/95, *Rec.* 1996, p. I-6511, pt. 39.

¹⁵⁹⁶ CJCE, 20 mai 1992, *Ramrath*, aff. C-106/91, *Rec.* 1992, p. I-3351, pt. 35.

¹⁵⁹⁷ CJCE, 19 février 2002, *Wouters*, aff. C-309/99, *Rec.* 2002, p. I-1577, pt. 97 s.

¹⁵⁹⁸ CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments*, aff. C-384/93, *Rec.* 1995, p. I-1141, pt. 44.

¹⁵⁹⁹ CJCE, 3 octobre 2000, *Corsten*, aff. C-58/98, *Rec.* 2000, p. I-7919, pt. 38.

¹⁶⁰⁰ CJCE, 25 juillet 1991, *Säger*, aff. C-76/90, *Rec.* 1991, p. I-4221, pt. 16.

¹⁶⁰¹ CJCE, 28 octobre 1999, *ARD/Pro Sieben*, aff. C-6/98, *Rec.* 1999, p. I-7599, pt. 50.

¹⁶⁰² CJCE, 9 juillet 1997, *De Agostini*, aff. C-34/95, *Rec.* 1997, p. I-3843, pt. 45.

¹⁶⁰³ V. p. ex. CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, aff. C-275/92, *Rec.* 1994, p. I-1039, pt. 61.

¹⁶⁰⁴ CJCE, 10 mars 2005, *Laboratoires Fournier*, aff. C-39/04, *Rec.* 2005, p. I-2057, pt. 23.

d'éviter qu'un secteur économique, et dès lors l'économie d'un État, n'en subisse les conséquences négatives¹⁶⁰⁵.

Pour la libre circulation des capitaux, la Cour de justice a retenu également qu'une atteinte à cette liberté fondamentale peut être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général, à condition qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et soit appliquée de manière non discriminatoire¹⁶⁰⁶. Tout comme pour la libre circulation des marchandises et des personnes, des motifs purement économiques ne sauraient justifier une entrave à la libre circulation des capitaux et des paiements¹⁶⁰⁷. En revanche, la Cour de justice a admis qu'une réglementation puisse poursuivre un intérêt général de nature à justifier une restriction tout en contribuant parallèlement à des impératifs économiques¹⁶⁰⁸.

Ainsi, la Cour de justice a par exemple reconnu la nécessité de sauvegarder la cohérence du régime fiscal, la lutte contre l'évasion fiscale et l'efficacité des contrôles fiscaux¹⁶⁰⁹. En raison du caractère purement économique des motifs invoqués, la Cour de justice a rejeté la garantie ou la réduction des recettes fiscales comme raison impérieuse d'intérêt général¹⁶¹⁰.

Quant aux investissements et opérations de privatisation, la Cour de justice a eu l'occasion de prendre position dans trois affaires dont les arrêts ont été rendus le même jour et qui concernaient la France, la Belgique et le Portugal¹⁶¹¹. Ces affaires

¹⁶⁰⁵ CJCE, 5 juin 1997, *SETTG*, aff. C-398/95, *Rec.* 1997, p. I-3091.

¹⁶⁰⁶ V. p. ex. CJCE, 16 mars 1999, *Trummer et Mayer*, C-222/97, *Rec.* 1999, p. I-1661; CJCE, 1^{er} juin 1999, *Konle*, aff. C-302/97, *Rec.* 1999, p. I-3099; CJCE, 15 mai 2003, *Salzmann*, aff. C-300/01, *Rec.* 2003, p. I-4899; CJCE, 23 septembre 2003, *Ospelt*, aff. C-452/01, *Rec.* 2003, p. I-9743.

¹⁶⁰⁷ V. p. ex. : CJCE, 4 juin 2000, *Verkooijen*, aff. C-35/98, *Rec.* 2000, p. I-4071; CJUE, 8 juillet 2010, *Commission/Portugal*, aff. C-171/08, *Rec.* 2010, p. I-6817; CJCE, 22 octobre 2013, *Essent e.a.*, aff. jts. C-105/12 à C-107/12, ECLI :EU :C :2013 :677.

¹⁶⁰⁸ CJCE, affaire *Essent e.a.*, précitée, aff. jts. C-105/12 à C-107/12, pt. 52; v. aussi PICOD F., « Libre circulation des marchandises », *op.cit.*, fasc. 530, pt. 118.

¹⁶⁰⁹ Comp. les arrêts CJCE, 15 juillet 2004, *Lenz*, aff. C-315/02, *Rec.* 2004, p. I-7063, pt. 27; CJCE, 4 mars 2004, *Commission/France*, aff. C-334/02, *Rec.* 2004, p. I-2229, pt. 27; CJCE, arrêt *Verkooijen* précité, aff. C-35/98, pt. 43.

¹⁶¹⁰ Comp. notamment les arrêts : CJCE, arrêt *Verkooijen*, précité, aff. C-35/98; CJCE, 3 octobre 2002, *Danner*, aff. C-136/00, *Rec.* 2002, p. I-8147; CJCE, 21 novembre 2002, *Riksskatteverket*, aff. C-436/00, *Rec.* 2002, p. I-10829; CJCE, 11 mars 2004, *de Lasteyrie du Saillant*, aff. C-9/02, *Rec.* 2004, p. I-2409.

¹⁶¹¹ CJCE, 4 juin 2002, *Commission/Portugal*, aff. C-367/98, *Rec.* 2002, p. I-4731; CJCE, 4 juin 2002, *Commission/France*, aff. C-483/99, *Rec.* 2002, p. I-4781; CJCE, 4 juin 2002, *Commission/Belgique*, aff. C-

portaient sur les actions spécifiques dites *golden shares*. En effet, à travers de telles actions les États membres tentaient ou tentent de limiter les prises de participation dans le cadre de programmes de privatisation afin de conserver un contrôle sur la politique de l'entreprise en question¹⁶¹².

Cette jurisprudence est intéressante dans le contexte des entraves d'origine privée parce que les affaires des *golden shares* nécessitaient également une mise en balance entre, d'une part, l'article 345 TFUE qui dispose que les traités ne préjugent en rien du régime de la propriété dans les États membres, et, d'autre part, des libertés de circulation¹⁶¹³. La Cour de justice a retenu que l'article 345 TFUE n'a pas pour effet de faire échapper les régimes de propriété existant dans les États membres aux règles fondamentales des traités¹⁶¹⁴.

D'autres raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier une entrave à la libre circulation des capitaux et reconnues en tant que tel par la Cour de justice sont la protection du consommateur¹⁶¹⁵, la protection de la santé publique¹⁶¹⁶, la protection de l'environnement¹⁶¹⁷, la politique de logement social et la protection de l'équilibre financier d'une politique social¹⁶¹⁸, la protection des actifs administrés par un fonds de pension ou un organisme de placement¹⁶¹⁹ et la défense des intérêts des travailleurs¹⁶²⁰. La Cour de justice a également retenu comme motif susceptible de justifier une entrave à la libre circulation des capitaux et des moyens de paiement la sauvegarde d'un objectif d'aménagement du territoire tel que le maintien, au nom de l'intérêt général, d'une population permanente et d'une activité économique auto-

503/99, *Rec.* 2002, I-4809 ; confirmé, entre autre, dans l'arrêt *Commission/Italie* : CJCE, 2 juin 2005, aff. C-174/04, *Rec.* 2005, p. I-4933.

¹⁶¹² BLUMANN C. (dir.), *Libre circulation des personnes et des capitaux*, *op.cit.*, p. 174 pt. 344.

¹⁶¹³ *Ibid.*

¹⁶¹⁴ CJCE, arrêt *Commission/Portugal*, précité, aff. C-367/98, pt. 48.

¹⁶¹⁵ CJUE, 7 juin 2012, *VBV-Vorsorgekasse*, aff. C-39/11, ECLI:EU:C:2012:327 ; CJUE, aff. *Essent e.a.*, précitée, aff. jts. C-105 à C-107/12.

¹⁶¹⁶ CJCE, 19 mai 2009, *Commission/Italie*, aff. C-531/06, *Rec.* 2009, p. I-4103.

¹⁶¹⁷ CJCE, 5 mars 2002, *Reisch e.a.*, aff. jts. C-515/99, C-519/99 à C-524/99, C-526/99 à C-540/99, *Rec.* 2002, p. I-2157.

¹⁶¹⁸ CJCE, 1^{er} octobre 2009, *Woningstichting Sint Servatius*, aff. C-567/07, *Rec.* 2009, p. I-9021.

¹⁶¹⁹ CJUE, 21 décembre 2011, *Commission/Pologne*, aff. C-271/09, *Rec.* 2011, p. I-13613 ; CJUE, arrêt *VBV-Vorsorgekasse* précité, aff. C-39711.

¹⁶²⁰ V. p. ex. Conclusions de l'AG Alber du 4 octobre 2001 sur l'affaire C-279/00, *Commission/Italie*, *Rec.* 2002, p. I-1425, pt. 42 ; CJCE, 23 octobre 2007, *Commission/Allemagne*, aff. C-112/05, *Rec.* 2007, p. I-8995.

nome par rapport au secteur touristique dans certaines régions¹⁶²¹ et d'assurer l'application des règles d'urbanisme¹⁶²². La promotion de la recherche et du développement est également de nature à justifier une restriction¹⁶²³. Il en est de même avec la promotion de la culture et d'une formation de haut niveau¹⁶²⁴.

Cette étude des raisons impérieuses d'intérêt général reconnues par la Cour de justice démontre que la jurisprudence a reconnu de telles raisons pour toutes les libertés de circulation, ce qui contribue davantage à l'unification du régime des libertés de circulation, même si certaines incohérences et points de confusion persistent. De plus, l'étude a montré que les raisons impérieuses sont très variées, couvrant un large champ de motifs et intérêts divers.

Mais la jurisprudence ne s'est pas limitée à la reconnaissance des raisons impérieuses d'intérêt général, elle a également étendu sa jurisprudence dans la matière en admettant que les droits fondamentaux ouvrent des justifications aux entraves¹⁶²⁵. À titre d'exemple, on peut citer l'affaire *Omega*¹⁶²⁶ dans laquelle la Cour de justice a admis la protection de la dignité humaine pour justifier une entrave. De plus, au fur et à mesure de sa jurisprudence, elle a également reconnu le droit de mener une action collective et la liberté de réunion¹⁶²⁷, la diversité des opinions ainsi que la liberté d'expression¹⁶²⁸.

Il peut donc être constaté que la Cour de justice a développé une jurisprudence relativement riche reconnaissant un grand nombre de motifs justificatifs divers. La question centrale qui se pose désormais est celle de savoir si les personnes privées peuvent se prévaloir des justifications jurisprudentielles dans un litige entre particuliers.

¹⁶²¹ CJCE, arrêt *Konle* précité, aff. C-302/97 ; CJCE, arrêt *Salzmann* précité, aff. C-300/01 ; v. aussi PICOD F., « Libre circulation des capitaux et des moyens de paiement », *op.cit.*, fasc. 890, pt. 94.

¹⁶²² CJCE, 1^{er} décembre 2005, *Burtscher*, aff. C-213/04, *Rec.* 2005, p. I-10309.

¹⁶²³ CJUE, 16 juin 2011, *Commission/Autriche*, aff. C-10/10, *Rec.* 2011, p. I-5389.

¹⁶²⁴ CJCE, 14 septembre 2006, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, aff. C-386/04, *Rec.* 2006, p. I-8203.

¹⁶²⁵ PICOD F., « Libre circulation des marchandises », *op.cit.*, fasc. 530, pt. 132.

¹⁶²⁶ CJCE, arrêt *Omega* précité, aff. C-36/02, pt. 34.

¹⁶²⁷ CJCE, arrêt *Laval*, précité, aff. C-341/05, pt. 89 s.

¹⁶²⁸ CJCE, 5 octobre 1994, *TV10*, aff. C-23/93, *Rec.* 1994, p. I-4795, pt. 24 s.

Nous partageons entièrement l'avis d'auteurs tels que le professeur Picod selon qui certaines de ces raisons impérieuses se prêtent bien à une revendication par les personnes privées¹⁶²⁹. Ainsi, suivant les bons exemples donnés par le professeur Picod, un opérateur économique s'opposant au comportement d'un concurrent pourrait invoquer la loyauté des transactions commerciales ; un commerçant pourrait invoquer la protection des consommateurs pour justifier son refus de vendre un produit d'importation ; un employeur pourrait invoquer la protection de ses travailleurs pour justifier le refus d'acheter des biens fabriqués dans un État membre dans lequel la main d'œuvre est mal rémunérée et protégée¹⁶³⁰.

Le professeur Picod estime que la Cour de justice devrait examiner l'usage que les personnes privées et publiques font d'une réglementation ainsi que le comportement des personnes privées en tant que telles en l'absence de toute réglementation invocable¹⁶³¹. Il propose que la Cour de justice demande aux juridictions nationales d'opérer pareil contrôle que lorsque l'article 36 TFUE est invoqué dans le cadre d'un litige relatif à la propriété industrielle¹⁶³².

Cette thèse se trouve confirmée par la jurisprudence de la Cour de justice, qui a explicitement retenu que les personnes privées peuvent se prévaloir non seulement des justifications textuelles, mais également des justifications jurisprudentielles établissant, dans l'affaire *Bosman*, qu'une mesure restrictive d'origine privée peut être justifiée par « des raisons impérieuses d'intérêt général »¹⁶³³. Elle a précisé qu'afin d'être justifiée, l'application de la mesure doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif en cause et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre¹⁶³⁴.

¹⁶²⁹ PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 648 ; du même avis : LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 373.

¹⁶³⁰ PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 648.

¹⁶³¹ *Ibid.*

¹⁶³² *Ibid.*, p. 649.

¹⁶³³ CJCE, arrêt *Bosman* précité, aff. C-415/93, pt. 104.

¹⁶³⁴ *Ibid.*

Ainsi, la Cour de justice a précisé dans une seule et même affaire que les personnes privées peuvent se prévaloir tant des justifications textuelles que des justifications jurisprudentielles.

Dans le domaine du sport, la Cour de justice a reconnu comme objectifs légitimes le souci de maintenir l'équilibre financier et sportif entre les clubs¹⁶³⁵, la recherche des talents et la formation des jeunes joueurs¹⁶³⁶, la sauvegarde de l'organisation mondiale du football¹⁶³⁷ ainsi que l'objectif d'assurer la régularité des compétitions sportives et la comparabilité des résultats¹⁶³⁸.

Dans les arrêts *Viking* et *Laval*, la Cour de justice a affirmé que le droit de mener une action collective, y compris le droit de grève, est reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit de l'Union¹⁶³⁹. Renvoyant aux affaires *Schmidberger* et *Omega*, elle rappelle que la protection des droits fondamentaux constitue « un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité »¹⁶⁴⁰.

La Cour de justice relève que le droit de mener une action collective qui a pour but la protection des travailleurs constitue un tel intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction à l'une des libertés de circulation¹⁶⁴¹. Il en est de même pour les actions collectives ayant pour but la protection des travailleurs contre une éventuelle pratique de dumping social¹⁶⁴². Elle précise explicitement que la protection des travailleurs figure parmi les raisons impérieuses d'intérêt général déjà reconnues par la Cour de justice¹⁶⁴³. Ainsi, la Cour de justice précise non seulement que le droit de mener une action collective ayant pour but la protection des travailleurs constitue une

¹⁶³⁵ *Ibid.*, pt. 105.

¹⁶³⁶ *Ibid.*, confirmé par CJUE, 16 mars 2010, *Olympique Lyonnais*, aff. C-325/08, *Rec.* 2010, p. I-2177, pt. 39.

¹⁶³⁷ CJCE, arrêt *Bosman* précité, aff. C-415/93, pt. 111.

¹⁶³⁸ CJCE, arrêt *Lehtonen* précité, aff. C-176/96, pt. 53 et 54.

¹⁶³⁹ CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05, *Rec.* 2007, p. I-10779, pt. 44; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05, *Rec.* 2007, p. I-11767, pt. 90 et 91.

¹⁶⁴⁰ CJCE, arrêt *Viking* précité, aff. C-438/05, pt. 45; CJCE, arrêt *Laval* précité, aff. C-341/05, pt. 93.

¹⁶⁴¹ CJCE, arrêt *Viking* précité, aff. C-438/05, pt. 77.

¹⁶⁴² CJCE, arrêt *Laval* précité, aff. C-341/05, pt. 103.

raison impérieuse d'intérêt général, mais elle affirme également qu'une telle raison impérieuse peut être invoquée par un organisme privé.

Même un blocus engagé par une organisation syndicale de l'État membre d'accueil visant à garantir aux travailleurs détachés des conditions de travail et d'emploi fixées à un certain niveau relève de l'objectif de protection des travailleurs¹⁶⁴⁴.

Enfin, il convient de traiter l'arrêt *Wouters*¹⁶⁴⁵ dans lequel la Cour de justice a examiné une mesure d'origine privée successivement au regard des règles de concurrence et au regard des dispositions relatives aux libertés de circulation. Après avoir constaté que la réglementation en cause restreint la concurrence et tombe, par conséquent, sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, du traité CE¹⁶⁴⁶, la Cour de justice examine si la réglementation de l'ordre professionnel des avocats peut bénéficier d'une exemption¹⁶⁴⁷. Elle en conclut que la réglementation en cause, adoptée par l'ordre néerlandais des avocats, n'enfreint pas l'article 85, paragraphe 1, du traité CE, étant donné que ladite réglementation, nonobstant les effets restrictifs de concurrence qui lui sont inhérents, s'avère nécessaire au bon exercice de la profession d'avocat¹⁶⁴⁸.

Par la suite, examinant la réglementation de l'organisme privé cette fois-ci au regard des obligations découlant de la liberté d'établissement ainsi que de la libre prestation des services, la Cour de justice renvoie à sa jurisprudence antérieure en la matière pour rappeler qu'une telle mesure d'origine privée est susceptible de constituer une entrave auxdites libertés de circulation¹⁶⁴⁹. Or, la Cour de justice considère ensuite qu'une telle restriction « *apparaît justifiée pour les raisons exposées aux points 97 à*

¹⁶⁴³ CJCE, arrêt *Viking* précité, aff. C-438/05, pt. 77.

¹⁶⁴⁴ CJCE, arrêt *Laval* précité, aff. C-341/05, pt. 107.

¹⁶⁴⁵ CJCE, arrêt *Wouters e.a.* précité, aff. C-309/99 ; v. pour plus de détails Partie I, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1, D) de la présente thèse.

¹⁶⁴⁶ Désormais l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

¹⁶⁴⁷ CJCE, arrêt *Wouters e.a.* précité, aff. C-309/99, pt. 97 s.

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*, pt. 110.

¹⁶⁴⁹ *Ibid.*, pt. 120 s.

109 du présent arrêt »¹⁶⁵⁰. Ainsi, la Cour de justice renvoie à son propre examen d'exemptions pour justifier une restriction à une liberté de circulation.

Il semble donc que les causes d'exemption du droit de la concurrence, énoncées à l'article 101, paragraphe 3, TFUE peuvent être invoquées comme motifs justifiant une restriction à l'une des libertés de circulation, au moins dans un cas de figure tel que celui dans l'affaire *Wouters* où une mesure d'origine privée a à la fois un effet restrictif de concurrence et est constitutive d'une entrave à la liberté d'établissement et/ou la libre prestation des services. La Cour de justice conclut son raisonnement en affirmant que la liberté d'établissement et la libre prestation des services ne s'opposent pas à une réglementation qui interdise toute collaboration intégrée entre les avocats et les experts-comptables, étant donné que ladite réglementation est nécessaire au bon exercice de la profession d'avocat telle qu'elle est organisée dans le pays concerné¹⁶⁵¹.

Ici encore, la Cour de justice n'a pas fourni d'explications quant au fondement de ce renvoi. Il aurait été souhaitable d'indiquer la base juridique de cette prise en considération des exemptions prévues par l'article 101, paragraphe 3, TUE dans le cadre de l'examen visant à savoir si une entrave d'origine privée à une liberté de circulation peut être justifiée. Hélas, la Cour de justice a manqué de donner des précisions à cet égard.

Toutefois, cette solution ressort, à notre avis, de la logique inhérente des traités et notamment du bon fonctionnement du marché intérieur. Si une mesure restreint la libre concurrence et constitue en même temps une entrave à l'une des libertés de circulation, il nous semble logique d'adopter une vue globale et de tenir compte de toutes les raisons susceptibles de justifier valablement une restriction de concurrence et de la libre circulation. Car les règles en matière de concurrence et celles concernant la libre circulation visent les unes comme les autres à assurer le bon fonctionnement

¹⁶⁵⁰ *Ibid.*, pt. 122.

¹⁶⁵¹ *Ibid.*, pt. 123.

du marché intérieur¹⁶⁵². Dès lors, l'application parallèle du droit de la concurrence et des dispositions relatives à la libre circulation a pour conséquence de prendre en considération les deux régimes d'exemptions voire de justifications. Sinon, on risquerait de créer une lacune au détriment des personnes privées, en ne tenant pas compte de manière suffisante de leurs intérêts privés légitimes. Par le renvoi opéré dans l'affaire *Wouters*, la Cour de justice a, selon nous, évité une telle lacune.

Enfin, dans l'arrêt *Fra.Bo*, dans lequel la Cour de justice a pour la première fois reconnu un effet direct horizontal de la libre circulation des marchandises, elle ne mentionne nulle part si la restriction d'origine privée à la libre circulation des marchandises serait susceptible d'être justifiée. Ceci est regrettable. Au regard de l'importance de l'affaire, il aurait été souhaitable que la Cour de justice aborde la question du régime de justification invocable par les personnes privées. Contrairement à la Cour de justice, l'Avocate générale Trstenjak a procédé à une analyse détaillée des justifications invocables dans l'affaire¹⁶⁵³, que nous allons traiter en détail dans le paragraphe suivant.

Finalement, il convient d'examiner la jurisprudence relative à l'inaction ou la carence étatique pour savoir comment la Cour de justice y a appréhendé les justifications invoquées par les États membres.

Dans l'arrêt *Commission/France* dit « guerre des fraises », la Cour de justice a retenu que la crainte de difficultés internes de l'État français qui entraîneraient des atteintes à l'ordre public ne saurait justifier l'abstention par un État membre d'appliquer correctement le droit de l'Union¹⁶⁵⁴. Selon la Cour de justice, l'État français aurait manqué d'établir qu'une action de sa part aurait sur l'ordre public des conséquences auxquelles il ne pourrait faire face grâce aux moyens dont il dispose¹⁶⁵⁵.

¹⁶⁵² Comp. pour plus d'information : Partie I, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2, A) de la présente thèse.

¹⁶⁵³ V. Conclusions de l'AG Trstenjak du 28 mars 2012 sur l'affaire *Fra.Bo*, aff. C-171/11, ECLI:EU:C:2012:176.

¹⁶⁵⁴ CJCE, 9 décembre 1997, *Commission/France*, aff. C-265/95, *Rec.* 1997, p. I-6959, pt. 54 et 55.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*, pt. 56.

Quant à l'argument de la République française fondé sur le contexte socio-économique difficile dans lequel le marché français des fruits et légumes se serait trouvé après l'adhésion de l'Espagne à l'Union européenne, la Cour de justice affirme qu'un tel argument doit également être rejeté. Renvoyant à une jurisprudence constante, elle souligne que des motifs de nature économique ne sauraient « *en aucun cas* » servir de justification à une entrave à l'une des libertés de circulation¹⁶⁵⁶. La Cour de justice rappelle qu'en effet, un État membre ne saurait prendre unilatéralement des mesures de défense ou adopter un comportement destiné à obvier une méconnaissance éventuelle, par un autre État membre, des règles du droit de l'Union, telle que des pratiques déloyales de la part des producteurs espagnols¹⁶⁵⁷.

Dans l'affaire *Commission/France*, la Cour de justice a donc rejeté tous les arguments avancés par le gouvernement français pour justifier l'entrave. Tel n'était pas le cas dans l'affaire *Schmidberger* dans laquelle le gouvernement autrichien avait réussi à convaincre la Cour de justice de la nécessité de prendre en considération un certain nombre d'intérêts avancés par les autorités autrichiennes pour justifier l'entrave. L'arrêt *Schmidberger* présente en effet la grande particularité que la Cour de justice a saisi cette occasion pour s'exprimer d'une manière claire, précise et explicite sur le régime des justifications et notamment sur la mise en balance des droits fondamentaux et de la libre circulation¹⁶⁵⁸.

La Cour de justice commence son raisonnement relatif aux justifications éventuelles en soulignant que les objectifs spécifiques du rassemblement sur la route de Brenner dont l'autorisation causait une atteinte à la libre circulation des marchandises « *ne sont pas, en tant que tels, déterminants dans le contexte d'une action juridictionnelle telle que celle intentée par Schmidberger, qui vise à mettre en cause la responsabilité d'un État membre* »¹⁶⁵⁹. Selon la Cour de justice, seules doivent être prises en considération l'action ou l'omission imputables à l'État membre en question¹⁶⁶⁰.

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*, pt. 61 et 62.

¹⁶⁵⁷ CJCE, arrêt *Commission/France* précité, aff. C-265/95, pt. 63.

¹⁶⁵⁸ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, *Rec.* 2003, p. I-5659.

¹⁶⁵⁹ *Ibid.*, pt. 66.

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*, pt. 67.

Etant donné qu'il ressort du dossier que les autorités autrichiennes ont été inspirées par des considérations liées au respect des droits fondamentaux des manifestants en matière de liberté d'expression et de liberté de réunion¹⁶⁶¹, la Cour de justice doit procéder à une mise en balance entre lesdits droits fondamentaux et la libre circulation des marchandises. À cet effet, elle affirme que le « *respect des droits fondamentaux s'imposant ainsi tant à la Communauté qu'à ses États membres, la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre circulation des marchandises* »¹⁶⁶². Ainsi, la Cour de justice a explicitement reconnu que les droits fondamentaux sont de nature à justifier une entrave à l'une des libertés de circulation¹⁶⁶³.

En effet, l'affaire *Schmidberger* était la première affaire où les droits fondamentaux ont été invoqués dans le but de justifier une entrave à l'une des libertés de circulation¹⁶⁶⁴.

L'affaire *Schmidberger* se rapproche du règlement (CE) n° 2679/98 relatif au fonctionnement du marché intérieur pour ce qui est de la libre circulation des marchandises entre les États membres et élaboré à la suite de l'arrêt *Commission/France*. Le dit règlement prévoit à son article 2 qu'il ne doit pas être interprété « *comme affectant d'une quelconque manière l'exercice des droits fondamentaux tels qu'ils sont reconnus dans les États membres* »¹⁶⁶⁵. Néanmoins, comme la professeure Vial l'explique, la Cour de justice ne précise pas la nature de l'exception tirée du respect des droits fondamentaux¹⁶⁶⁶. La question est dès lors de savoir s'il s'agit d'une nouvelle raison impérieuse d'intérêt général ou si la protection des droits fondamentaux constitue un

¹⁶⁶¹ *Ibid.*, pt. 69.

¹⁶⁶² *Ibid.*, pt. 74.

¹⁶⁶³ Comp. p. ex. RIGAUX A. et SIMON D., « Entraves résultant d'actes de particuliers », *op.cit.*, comm. 272.

¹⁶⁶⁴ KADDOUS C., « Droits de l'homme et libertés de circulation : complémentarité ou contradiction ? », *op.cit.*, p. 563 ; v. aussi : VIAL C., « Schmidberger c. l'Autriche », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, n° 58, p. p. 439 et 449.

¹⁶⁶⁵ V. aussi : VIAL C., « Schmidberger c. l'Autriche », *op.cit.*, p. 449.

¹⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 450.

fondement distinct¹⁶⁶⁷. Cependant, il est certain que, conformément à la jurisprudence, la protection des droits fondamentaux constitue un « intérêt public légitime » susceptible de justifier une entrave à la libre circulation des marchandises¹⁶⁶⁸.

L'étude des justifications jurisprudentielles a montré que ces dernières se prêtent mieux à être invoquées par les particuliers que les justifications textuelles. De plus, la Cour de justice a explicitement reconnu que les personnes privées peuvent se prévaloir des raisons impérieuses d'intérêt général en admettant certains motifs notamment dans le domaine du sport ainsi que le domaine des actions collectives et de la protection des travailleurs.

Partant, il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice que les personnes privées peuvent se prévaloir des justifications prévues par les traités et des raisons impérieuses d'intérêt général¹⁶⁶⁹.

Néanmoins, notre analyse a également démontré que les justifications écrites et non écrites, développées pour les entraves émanant des États membres, ne suffisent pas pour tenir dûment compte des droits et libertés dont disposent les personnes privées. En effet, certains intérêts privés restent négligés.

Paragraphe 2 : La négligence des intérêts privés

Étant donné que les justifications « classiques » ne tiennent pas suffisamment compte du caractère privé de l'atteinte, il convient d'essayer de combler cette lacune en élaborant un régime spécifique de justifications invocables par les personnes privées.

Notre étude de la jurisprudence a démontré que, jusqu'à présent, la Cour de justice ne s'est quasiment pas prononcée sur les particularités d'une atteinte privée aux libertés de circulation au niveau des justifications. La recherche de justifications appropriées est restée très limitée aux quelques affaires seulement où la Cour de justice a abordé

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*

le sujet, sans pour autant l’approfondir et apporter les éclaircissements nécessaires. La jurisprudence paraît favorable à la consécration de nouvelles justifications pour les personnes privées, tout en étant peu cohérente et systématique.

Or, la reconnaissance d’un effet direct horizontal exige un régime clair et compréhensible des motifs invocables par les personnes privées pour justifier une atteinte à une liberté de circulation.

Contrairement à la Cour de justice, l’Avocate générale Trstenjak a saisi l’occasion qui se présentait dans le cadre de l’affaire *Fra.Bo* pour prendre position sur les justifications dont les personnes privées peuvent se prévaloir. Après avoir constaté que la mesure d’origine privée en cause constitue une entrave à la libre circulation des marchandises, l’Avocate générale se pose la question de savoir si la mesure peut être justifiée¹⁶⁷⁰. Elle constate que la juridiction de renvoi ne voit pas de justification par l’un des motifs écrits prévus à l’article 36 TFUE¹⁶⁷¹. Ceci démontre néanmoins que l’Avocate générale reconnaît qu’une mesure d’origine privée est susceptible d’être justifiée par un des motifs énoncés à l’article 36 TFUE.

Ensuite, l’Avocate générale considère que, puisque la mesure en cause est une mesure non discriminatoire, elle pourrait être justifiée par une raison impérieuse d’intérêt général reconnue par la jurisprudence¹⁶⁷².

Enfin, l’Avocate générale relève que dans le cas où l’organisme prévu n’était pas en mesure de prouver l’existence de l’un des motifs de justification non écrits reconnus par la jurisprudence, il pourrait « *essayer de faire valoir des raisons spécifiques relevant d’un intérêt privé en mettant en avant son caractère d’organisme de droit privé* »¹⁶⁷³.

¹⁶⁶⁹ Du même avis : PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », in MICHEL V. (dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur. Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Paris, Bruylant, 2014, p. 133.

¹⁶⁷⁰ Conclusions de l’AG Trstenjak sur l’affaire *Fra.Bo* précitée, aff. C-171/11, pt. 54 s.

¹⁶⁷¹ *Ibid.*, pt. 54.

¹⁶⁷² *Ibid.*, pt. 55.

¹⁶⁷³ *Ibid.*, pt. 56.

Cette considération est intéressante dans la mesure où l'Avocate générale reconnaît explicitement qu'une personne privée doit non seulement pouvoir justifier une entrave par une justification écrite ou non écrite, mais également en invoquant des raisons spécifiques relevant d'un intérêt privé. Avec cette formule, elle indique que les personnes privées poursuivent des raisons spécifiques qui relèvent d'un intérêt privé dont il faut tenir compte. D'après l'Avocate générale Trstenjak, une personne privée doit être en mesure de faire valoir ces intérêts privés en « *mettant en avant son caractère d'organisme privé* ».

À notre avis, ces affirmations peuvent être comprises comme un appel lancé à la Cour de justice à prendre en considération, dans le cadre de l'examen d'une justification, le fait que les personnes ne sont pas des États membres ou des institutions de l'Union et poursuivent dès lors des intérêts spécifiques qui ne doivent pas être négligés, mais évalués.

L'Avocate générale continue son raisonnement en estimant que l'organisme privé en cause pourrait aussi se baser sur l'arrêt *Angonese* et invoquer des « considérations objectives » pour justifier la restriction en cause¹⁶⁷⁴. Selon l'Avocate générale, la Cour de justice aurait « *compensé partiellement l'extension à des particuliers du champ d'application de la libre circulation des travailleurs, à laquelle elle procédait, par une extension des motifs de justification* », en introduisant la notion de « considérations objectives »¹⁶⁷⁵.

Comme le juge Kreuzschitz le révèle, cette notion semble moins stricte que la notion de raisons impérieuses d'intérêt général, applicable aux restrictions d'origine étatique¹⁶⁷⁶. Il en déduit que, potentiellement, la notion de considérations objectives, telle qu'établie par la Cour de justice dans l'arrêt *Angonese*, permettra d'analyser les justifications admissibles avec plus de liberté et flexibilité en présence d'une entrave d'origine privée qu'en présence d'une entrave d'origine étatique, où les justifications

¹⁶⁷⁴ Conclusions de l'AG Trstenjak sur l'affaire *Fra.Bo* précitée, aff. C-171/11, pt. 56.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*, pt. 39.

¹⁶⁷⁶ KREUSCHITZ V., « Art. 45 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1667, pt. 27.

invocables et notamment l'étendue de la notion de « raisons impérieuses d'intérêt général » semblent plus limitées¹⁶⁷⁷.

Mais le raisonnement de l'Avocate générale Trstenjak ne s'arrête pas aux « considérations objectives ». Elle propose également d'invoquer « *la protection des droits consacrés par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, par exemple la liberté d'entreprise consacrée à l'article 16, et essayer de démontrer l'existence d'un conflit entre la libre circulation des marchandises et un ou plusieurs droits fondamentaux qu'il convient de résoudre équitablement sur le fondement du principe de proportionnalité* »¹⁶⁷⁸. L'Avocate générale plaide donc explicitement en faveur de l'invocabilité des droits fondamentaux pour justifier une entrave et affirme qu'il conviendra de procéder à une mise en balance « équitable » des droits fondamentaux d'une part et des libertés de circulation d'autre part.

Pour résumer, selon l'Avocate générale Trstenjak, une personne privée dispose de plusieurs fondements pour justifier potentiellement une entrave à une liberté de circulation : les personnes privées peuvent invoquer les justifications prévues par les traités, les raisons impérieuses d'intérêt général, des raisons spécifiques relevant d'un intérêt privé, des « considérations objectives » ou des intérêts protégés par des droits fondamentaux pour justifier une atteinte à l'une des libertés de circulation¹⁶⁷⁹.

Cette énumération claire et explicite des différentes voies de justifications invocables par les personnes privées mérite, à notre avis, d'être saluée. L'Avocate générale tient dûment compte des intérêts privés, des droits fondamentaux et, d'une manière plus générale, du fait que les personnes privées ne sont pas des États membres ou des institutions de l'Union, mais des personnes poursuivant certains intérêts qu'il convient de prendre en considération.

Malheureusement, la Cour de justice n'a, jusqu'à présent, pas procédé à une élaboration aussi complète et explicite des motifs que les personnes privées peuvent invoquer

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*

¹⁶⁷⁸ Conclusions de l'AG Trstenjak sur l'affaire *Fra.Bo* précitée, aff. C-171/11, pt. 56.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*, pt. 57 ; du même avis : NOWAK C., « Unionsgrundrechtliche Rechtfertigungsmöglichkeiten für Grundfreiheitseingriffe durch Private », *op.cit.*, p. 479.

pour justifier une entrave à l'une des libertés de circulation. En effet, le régime de justifications applicable aux entraves d'origine privée reste incomplet, en partie incohérent et lacunaire.

Cet état de fait a également été critiqué par l'Avocate générale Trstenjak qui remarque qu' « *au vu de la jurisprudence actuelle relative à l'effet direct horizontal des libertés fondamentales et des rapports entre les libertés fondamentales et les droits fondamentaux, selon moi, il est impossible de déduire de manière indubitable la réponse* » à la question de savoir « *si, et dans quelles conditions, les arguments avancés par DVGW pourraient être valables dans un cas comme celui de l'affaire au principal* »¹⁶⁸⁰. Elle invite donc la juridiction de renvoi à adresser une nouvelle demande de décision préjudicielle pour répondre à cette question¹⁶⁸¹.

Or, l'Avocate générale a manqué d'expliquer, d'une part, le classement des considérations objectives au sein du régime des justifications ainsi que, d'autre part, la relation entre ces considérations objectives et les « raisons spécifiques d'intérêt privé », notion nouvellement introduite par elle. Il n'est en effet pas clair si l'Avocate générale avait l'intention de comprendre les considérations objectives et les raisons spécifiques d'intérêt privé comme des synonymes dans la mesure où les dernières seraient une définition de la notion assez floue des considérations objectives, ou si elle avait l'intention de voir les raisons spécifiques se rajouter aux considérations objectives ainsi qu'aux autres bases de justifications invocables, constituant une potentielle justification en plus.

À notre avis, il ne faut pas comprendre la notion des « raisons spécifiques d'intérêt privé » comme étant une justification supplémentaire, mais plutôt comme une spécification - nécessaire - de la notion des « considérations objectives », qu'elle remplacera éventuellement dans le futur. À notre sens, la Cour de justice tout comme l'Avocate générale voulaient donner aux personnes privées un outil leur permettant d'invoquer certains intérêts privés dignes de protection. Qu'on appelle cet outil « raisons spécifiques d'intérêt privé » ou « considérations objectives » a peu d'importance, même si

¹⁶⁸⁰ Conclusions de l'AG Trstenjak sur l'affaire *Fra.Bo* précitée, aff. C-171/11, pt. 57.

nous préférons la notion élaborée par l'Avocate générale faute de précision de la notion retenue par la Cour de justice.

De nombreux auteurs¹⁶⁸² partagent l'avis selon lequel la jurisprudence ne tient, jusqu'à présent, pas suffisamment compte des intérêts privés et des droits dont les personnes privées peuvent se prévaloir. Ainsi, la professeure Preedy estime qu'il faut dûment tenir compte des intérêts et motifs privés, dont notamment de l'autonomie privée et, plus généralement, des droits fondamentaux des personnes privées¹⁶⁸³.

La professeure Robin-Olivier va dans le même sens. En étudiant l'arrêt *Erny*, elle conteste notamment la thèse de la Cour de justice selon laquelle la nature privée de la mesure en cause n'aurait aucune incidence sur la portée ou le contenu des justifications qui peuvent être admises¹⁶⁸⁴. L'auteur estime que les personnes privées ne peuvent pas, en règle générale, se prévaloir de la poursuite d'objectifs d'intérêt général, sauf par exception, car contrairement aux États membres elles n'ont pas pour mission d'assurer la protection de l'intérêt général¹⁶⁸⁵. C'est pourquoi la professeure Robin-Olivier insiste sur l'élaboration d'une théorie distincte de justifications pour les personnes privées et invite la Cour de justice à ne plus fermer les yeux devant les différences existant entre les entraves d'origine privée et les entraves d'origine étatique¹⁶⁸⁶.

En effet, comme le professeur Perner le souligne, la plus grande différence par rapport aux entraves d'origine étatique ou celles émanant des institutions de l'Union eu-

¹⁶⁸¹ *Ibid.*

¹⁶⁸² PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 635; DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 105; PREEDY K., *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005; NOWAK C., « Unionsgrundrechtliche Rechtfertigungsmöglichkeiten für Grundfreiheitseingriffe durch Private », *op.cit.*, p. 475; ROTH W.-H., « Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags », in BEUTHIEN V., FUCHS M., ROTH H. *et al.*, *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2009 ; KREUSCHITZ V., « Art. 45 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1658 s.

¹⁶⁸³ PREEDY K., *op.cit.*, 49.

¹⁶⁸⁴ ROBIN-OLIVIER S., « Retour sur l'effet horizontal des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs (CJUE, 25 juin 2012, C-172/11, *Erny*) », *op.cit.*, p. 866

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*

ropéenne consiste dans le fait que les personnes privées, auteurs d'une violation à une liberté de circulation, sont en même temps détenteurs des droits¹⁶⁸⁷. En tant que tels, ils doivent pouvoir se prévaloir de leur propre droit à l'exercice d'une liberté de circulation et surtout aux droits fondamentaux et à l'autonomie privée.

Le professeur Picod est du même avis et plaide en faveur d'une invocabilité dans certaines situations des droits prévus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en vue de justifier certaines entraves d'origine privée, ce qui témoignerait, selon lui, de la reconnaissance de l'effet direct horizontal de certaines dispositions de la Charte des droits fondamentaux¹⁶⁸⁸. Pour le professeur Picod, il est indéniable qu'en vue de la jurisprudence récente qui tend vers une conciliation des libertés de circulation et des droits fondamentaux, la question de la reconnaissance de droits fondamentaux en tant que justifications des entraves d'origine privée aux libertés de circulation gagne davantage d'importance¹⁶⁸⁹.

Pour autant, il a été vu que les droits fondamentaux ne figurent pas parmi les justifications issues des traités ni parmi les justifications jurisprudentielles. Ceci constitue une lacune considérable qui ne saurait être ignorée sans nier l'importance et la valeur des droits de l'homme. Les personnes privées ne sauraient être assujetties au respect des obligations découlant des dispositions relatives aux libertés de circulation sans prise en compte, comme corollaire, des droits fondamentaux qui leur incombent. Cela reviendrait à une diminution intolérable des droits fondamentaux des personnes privées.

Or, tout comme les libertés de circulation, la reconnaissance et la préservation des droits fondamentaux constituent un principe fondamental de l'Union européenne. C'est pourquoi, lors de l'examen d'une entrave d'origine privée et de sa justification

¹⁶⁸⁷ PERNER St., *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*, Wien, Mohr Siebeck, 2013, p. 165 s.

¹⁶⁸⁸ PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », *op.cit.*, p. 134.

¹⁶⁸⁹ Dans le même sens: PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée - une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 647 et 650.

éventuelle, il est indispensable de s'interroger sur l'existence d'un droit fondamental concurrent qui pourrait justifier la restriction à une liberté de circulation.

Dès lors, tout comme en matière de protection de l'environnement ou de protection des consommateurs, les juges de l'Union doivent tenir compte des évolutions sociales, politiques, économiques et culturelles et trouver un juste équilibre entre des principes fondamentaux concurrents.

Par conséquent, le constat que les motifs privés ne figurent pas dans les traités ne constitue pas, à notre sens, un obstacle pour leur prise en compte. Il incombe aux juges de tenir compte du caractère évolutif du droit de l'Union et d'ajuster leur jurisprudence pour faire en sorte que cette dernière assure à tout moment la protection des principes fondamentaux qui définissent l'Union.

Dans ses conclusions de l'affaire *Viking*, l'Avocat général Poiares Maduro développe un raisonnement similaire¹⁶⁹⁰. Selon l'Avocat général, les droits fondamentaux ainsi que les objectifs de la politique sociale de l'Union doivent être conciliés avec l'objectif du bon fonctionnement du marché intérieur¹⁶⁹¹. Renvoyant à la jurisprudence en matière des entraves émanant des États membres, l'Avocat général rappelle que la Cour de justice a constamment reconnu que certains intérêts publics relatifs à la protection sociale, tels que des mesures de protection de l'environnement, des consommateurs, du pluralisme de la presse et de la santé publique, étaient, sous certaines conditions, susceptibles de justifier une restriction à une liberté de circulation¹⁶⁹². Dès lors, les mesures prises dans l'intérêt de la politique sociale doivent être conciliées avec les libertés de circulation dans le cadre d'une mise en balance entre ces deux objectifs, indépendamment du fait s'il s'agit d'une mesure émanant d'un État membre ou d'une personne privée¹⁶⁹³.

¹⁶⁹⁰ Conclusions de l'AG Poiares Maduro du 23 mai 2007 sur l'affaire *Viking* précitée, aff. C-438/05, *Rec.* 2007, p. I-10784.

¹⁶⁹¹ *Ibid.*, pt. 23.

¹⁶⁹² *Ibid.*, pt. 25.

¹⁶⁹³ *Ibid.*, pt. 25 s.

L'Avocat général souligne que « *évidemment, la conclusion que certains acteurs privés sont soumis aux règles sur la libre circulation ne marque pas la fin de leur autonomie* »¹⁶⁹⁴. En tirant un parallèle avec la jurisprudence relative à l'obligation incombant aux États membres de prévenir les obstacles résultant d'un comportement de personnes privées, l'Avocat général Poiares Maduro estime qu'il faut également accorder un pouvoir d'appréciation aux personnes privées en faisant preuve d'une certaine souplesse dans le cadre de l'examen de la mesure privée et de la justification invoquée¹⁶⁹⁵.

La majorité des auteurs germanophones plaide également pour une prise en compte des intérêts privés et l'élaboration d'un système propre aux justifications invoquées par les personnes privées.

Ainsi, la professeure Lengauer propose de distinguer plusieurs scénarios. Premièrement pour le cas d'une mesure discriminatoire collective, expression d'un pouvoir exorbitant comparable au pouvoir étatique et qui poursuit un intérêt public (entendu au sens large), les justifications textuelles paraissent suffisantes¹⁶⁹⁶. Deuxièmement, en présence d'une mesure collective indistinctement applicable qui ne poursuit pas des intérêts publics, mais des intérêts privés propres, ainsi qu'en présence d'une mesure individuelle non directement discriminatoire, l'auteure propose d'avoir recours aux raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elle souhaite renommer, pour les besoins des entraves d'origine privée, en « *raisons impérieuses d'intérêt individuel* »¹⁶⁹⁷. Selon l'auteure¹⁶⁹⁸, cette notion rejoint celle des « *considérations objectives* » employée par la Cour de justice dans l'affaire *Angonse*.

Or, la professeure Lengauer remarque que les justifications jurisprudentielles élaborées par la Cour de justice jusqu'à présent s'avèrent insuffisantes pour prendre en compte les divers objectifs légitimement poursuivis par les personnes privées¹⁶⁹⁹.

¹⁶⁹⁴ *Ibid.*, pt. 49.

¹⁶⁹⁵ *Ibid.*, pt. 50.

¹⁶⁹⁶ LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 426.

¹⁶⁹⁷ *Ibid.*, p. 427.

¹⁶⁹⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹⁹ *Ibid.*; du même avis : NOWAK C., « *Unionsgrundrechtliche Rechtfertigungsmöglichkeiten für Grundfreiheitseingriffe durch Private* », *op.cit.*, p. 479 et FRENZ W., *op.cit.*, p. 207.

C'est pourquoi elle propose de développer un catalogue de considérations objectives ou de raisons impérieuses d'intérêt individuel, qui accorde une place suffisamment importante aux droits fondamentaux ainsi qu'à l'autonomie privée¹⁷⁰⁰. Ces exigences impérieuses d'intérêt individuel qui tiennent compte de l'autonomie privée et des droits fondamentaux des personnes privées ne doivent pas être limitées aux mesures indistinctement applicables, mais être étendues aux mesures discriminatoires¹⁷⁰¹.

De ce fait, toutes les mesures d'origine privée, discriminatoires ou non, devraient être de nature à être justifiées soit par une justification prévue par les traités, soit par une considération objective, ce qui inclut l'invocation d'un « intérêt individuel » tel que l'autonomie privée ou un droit fondamental de la personne privée en cause¹⁷⁰².

Cet avis est partagé par le professeur Nowak, qui remarque également que les justifications textuelles et jurisprudentielles sont insuffisantes dans le cadre des entraves d'origine privée¹⁷⁰³. Même si, dans certaines constellations, lesdites justifications se prêtent à être invoquées par des personnes privées poursuivant, dans le cas d'espèce, un intérêt général ou public, elles n'arrivent pas à couvrir la poursuite de certains intérêts privés ou particuliers qui peuvent, pour autant, constituer des intérêts légitimes¹⁷⁰⁴.

Le professeur Nowak considère également que la notion de « considérations objectives » est trop floue et imprécise pour combler les lacunes du régime de justifications invocables par les personnes privées¹⁷⁰⁵. C'est pourquoi, d'après l'Avocate générale Trstenjak et son raisonnement développé dans l'affaire *Fra.Bo*, le professeur Nowak

¹⁷⁰⁰ LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 427 s.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 428.

¹⁷⁰² *Ibid.*

¹⁷⁰³ NOWAK C., « Unionsgrundrechtliche Rechtfertigungsmöglichkeiten für Grundfreiheitseingriffe durch Private », *op.cit.*, p. 480; du même avis: PIESSKALLA M., « Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten des EG-Vertrags bei Boykottaufrufen durch Gewerkschaften », *NZA*, 2007, p. 1147.

¹⁷⁰⁴ NOWAK C., « Unionsgrundrechtliche Rechtfertigungsmöglichkeiten für Grundfreiheitseingriffe durch Private », *op.cit.*, p. 480 ; FÖRSTER Ph., *op.cit.*, p. 63 s.

¹⁷⁰⁵ NOWAK C., « Unionsgrundrechtliche Rechtfertigungsmöglichkeiten für Grundfreiheitseingriffe durch Private », *op.cit.*, p. 480.

plaide en faveur d'un recours direct aux droits fondamentaux ainsi qu'à l'autonomie privée des personnes privées¹⁷⁰⁶.

Le professeur Frenz partage l'avis de la professeure Lengauer et du professeur Nowak constatant également que les personnes privées n'agissent, *a priori*, pas dans le cadre du « *corset des liens juridiques publics* », mais en poursuivant leurs propres intérêts et en exerçant leurs droits issus des libertés de circulation et des droits fondamentaux¹⁷⁰⁷. Dès lors, si les personnes privées sont liées au respect des obligations découlant des libertés de circulation, il convient, selon le professeur Frenz, de prendre en considération ces particularités et intérêts privés. Tout comme la professeure Lengauer, il plaide pour un élargissement du régime de justifications au profit des personnes privées¹⁷⁰⁸. Il faudrait tenir compte de tous les « *motifs privés raisonnables* » qui sont l'expression de l'exercice de leur autonomie privée et de leurs droits fondamentaux¹⁷⁰⁹. En ce sens, le professeur Frenz propose de prendre également en considération des motifs économiques, tel que le (bon) fonctionnement des entreprises¹⁷¹⁰.

Tout en soulignant l'importance de l'autonomie privée et des droits fondamentaux, le professeur Förster propose une approche différente. Il se réfère à la notion de « *considérations objectives* » pour développer la solution suivante : est « *objective* » toute considération privée qui ne constitue pas une violation d'une loi ou réglementation¹⁷¹¹. *A priori*, même des considérations absurdes ou illogiques devraient être incluses dans les considérations objectives, tant que la mesure en cause ne viole pas la loi et ne constitue pas une discrimination en raison de la nationalité¹⁷¹². Selon le professeur Förster, ceci découlerait du fait que les personnes privées ne doivent pas agir suivant une logique ou raison, mais peuvent également prendre des mesures irrationnelles, intuitives ou même absurdes¹⁷¹³. Dès lors, le test de l'objectivité d'une mesure

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*; v. aussi: PIESSKALLA M., « Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten des EG-Vertrags bei Boykottaufrufen durch Gewerkschaften », *op.cit.*, p. 1147 ; FÖRSTER Ph., *op.cit.*, p. 70 s.

¹⁷⁰⁷ FRENZ W., *op.cit.*, p. 207.

¹⁷⁰⁸ *Ibid.*

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*

¹⁷¹⁰ *Ibid.*

¹⁷¹¹ FÖRSTER Ph., *op.cit.*, p. 203.

¹⁷¹² *Ibid.*

¹⁷¹³ *Ibid.*

devrait se faire par le négatif¹⁷¹⁴. *A priori*, une mesure d'origine privée devrait être considérée comme objective, sauf s'il s'avère qu'elle constitue un acte illicite et/ou qu'elle a pour *finalité* de discriminer en raison de la nationalité ou de restreindre l'une des libertés de circulation¹⁷¹⁵. Toutes les autres mesures d'origine privée devraient, *prima facie*, être considérées comme licites et objectives¹⁷¹⁶.

Les discriminations directes en raison de la nationalité ne seraient pas susceptibles d'être justifiées au titre des considérations objectives, telles que comprises par le professeur Förster, à moins que la discrimination en question soit l'expression d'un droit fondamental de son auteur¹⁷¹⁷. Dans pareil cas, il faudrait procéder à une mise en balance entre la libre circulation et le droit fondamental¹⁷¹⁸. Les discriminations indirectes, en revanche, seraient de nature à être justifiées par une considération objective, y compris pour des motifs économiques, dès lors qu'elles ne constituent pas un acte illicite ayant pour but de discriminer en raison de la nationalité ou de restreindre la libre circulation au sein du marché intérieur¹⁷¹⁹. En cas de mesure indistinctement applicable, il faudrait, selon le professeur Förster, accorder une portée particulièrement large aux considérations objectives¹⁷²⁰. De telles mesures devraient, *a priori*, être considérées comme légitimes, ce qui impliquerait une inversion de la charge de la preuve. Il conviendrait de prouver que la mesure indistinctement applicable ne constitue pas une mesure objective, mais illicite car contraire aux libertés de circulation¹⁷²¹.

Le professeur Förster propose donc d'interdire les seules mesures d'origine privée qui ont pour but de restreindre la libre circulation et les mesures indistinctement appli-

¹⁷¹⁴ *Ibid.*

¹⁷¹⁵ FÖRSTER Ph., *op.cit.*, p. 203.

¹⁷¹⁶ *Ibid.*

¹⁷¹⁷ *Ibid.*, p. 204.

¹⁷¹⁸ *Ibid.*

¹⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 205.

¹⁷²⁰ *Ibid.*

¹⁷²¹ *Ibid.*, p. 206.

cables, qui ne peuvent pas être justifiées par une considération objective parce qu'elles sont disproportionnées¹⁷²².

Pour une multitude de raisons, nous ne pouvons pas suivre cette approche proposée par le professeur Förster. Premièrement, ses critères de distinction nous paraissent particulièrement flous et dépourvus de toute pertinence. Deuxièmement, nous ne trouvons aucun fondement à sa thèse ni dans les traités ni dans la jurisprudence de la Cour de justice. Troisièmement, sa grille d'analyse nous paraît aléatoire et inadaptée à tenir compte des intérêts privés. Quatrièmement, son appréhension des mesures discriminatoires aurait pour conséquence de traiter les mesures discriminatoires d'origine privée d'une manière plus stricte que les mesures discriminatoires émanant des États membres qui, eux, sont susceptibles d'être justifiées par les motifs dérogatoires prévus par les traités. Enfin, cette approche renverserait l'ensemble du régime de justifications prévues par les traités et précisées par la jurisprudence, le remplaçant par un régime aléatoire, non fondé et insuffisant.

Cependant, nous suivons entièrement les Avocats généraux Poiares Maduro et Trstenjak ainsi que les professeurs Picod, Lengauer, Nowak, Frenz et Förster dans leur conclusion que les justifications existantes ne suffisent pas à prendre en compte certains intérêts privés dignes de protection. Partant tous du constat que la Cour de justice néglige, jusqu'à présent, les intérêts privés, ces auteurs proposent différents modèles en vue de prendre en considération les spécificités des relations privées. Chacun de ces auteurs invite la Cour de justice à prendre position et à développer un régime approprié aux besoins des particuliers.

Ce que ces différentes propositions ont en commun, c'est le constat que l'assujettissement des personnes privées aux obligations découlant des libertés de circulation nécessite comme corolaire l'élaboration d'un régime adéquat de justifications invocables par les personnes privées. Ce régime doit être adapté aux personnes privées et faire preuve d'une certaine souplesse afin de tenir compte du fait que les

¹⁷²² *Ibid.*, p. 209.

particuliers ne sont ni des États membres, ni une institution de l'Union européenne, mais des titulaires de droit qui poursuivent majoritairement des intérêts privés.

Dans ce contexte il est intéressant de mentionner l'avis du professeur Hatzopoulos, développé dans le cadre des entraves d'origine étatique, suivant lequel la situation actuelle de crise de confiance dans l'Union économique et le resurgissement de tendances nationales voire protectionnistes, devrait conduire la Cour de justice à « lâcher de plus en plus de lest en faveur des États membres »¹⁷²³. L'auteur constate qu'étant donné que la Cour de justice insiste sur le critère d'accès au marché pour toutes les libertés de circulation, elle doit permettre aux États membres, à travers les raisons impérieuses d'intérêt général ainsi que d'autres moyens tels que l'invocation des droits fondamentaux, d'exercer leurs pouvoirs¹⁷²⁴. À notre avis, ce constat doit être étendu à l'examen des justifications invocables par les personnes privées.

Dans le cadre de son examen des motifs justificatifs invoqués par les personnes privées, la Cour de justice doit notamment tenir compte de deux institutions majeures de l'ordre juridique de l'Union et des États membres : l'autonomie privée et les droits fondamentaux.

Dans le chapitre suivant, nous étudierons non seulement en détail ces deux institutions, mais nous essayerons également de les classer dans le régime de justifications existantes afin de créer un système harmonieux, cohérent et complet de justifications, dont les personnes privées pourraient se prévaloir. Ce système spécifique de justifications invocables par les personnes privées a pour but principal de prendre en compte les différents intérêts poursuivis par les particuliers. Ceci permet au juge de tenir compte des particularités liées aux personnes privées, dont notamment le fait que ces dernières disposent de l'autonomie privée et sont titulaires des droits fondamentaux, conférés et protégés par l'ordre juridique de l'Union européenne.

¹⁷²³ V. HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : Cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op.cit.*, p. 228 s.

¹⁷²⁴ *Ibid.*

Chapitre 2 – La consécration de justifications appropriées aux personnes privées

Dans le chapitre précédent, il a été constaté que les justifications textuelles et jurisprudentielles élaborées dans le cadre des entraves d'origine étatique sont insuffisantes et négligent des intérêts privés dignes de protection, dont notamment l'autonomie privée et les droits fondamentaux. C'est pourquoi ce chapitre est consacré à l'identification des justifications appropriées aux personnes privées.

Dans un premier temps, nous étudierons l'autonomie privée et les droits fondamentaux au service du droit des États membres (Section 1) afin de mieux comprendre leur importance pour les personnes privées. Dans un second temps, nous examinerons comment l'autonomie privée et les droits fondamentaux se trouvent confrontés à l'ordre juridique de l'Union européenne (Section 2) en dressant l'historique de la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union.

Section 1 : L'autonomie privée et les droits fondamentaux au service du droit des États membres

Deux attributs majeurs sont liés aux personnes privées : l'autonomie privée et les droits fondamentaux. Dans une étude historique et comparative, nous analyserons le rôle de l'autonomie privée et des droits fondamentaux dans les ordres juridiques des États membres.

Tout d'abord, nous étudierons l'autonomie privée pour comprendre pourquoi elle constitue un principe fondamental des ordres juridiques des États membres (Paragraphe 1). Ensuite, nous examinerons le rôle des droits fondamentaux dans les États membres en mettant un accent particulier sur les divergences et les caractéristiques communes (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'autonomie privée : un principe fondamental des ordres juridiques des États membres

Comme il a été observé¹⁷²⁵, le droit privé des États membres repose sur la liberté de chacun et l'égalité des sujets de droit¹⁷²⁶. Cette liberté et cette égalité se traduisent par l'autonomie privée. D'un point de vue étymologique, le terme « autonomie » est révélateur. Il s'agit d'un dérivé d'« autonome », lequel vient du mot grec *autonomos* qui se compose du préfixe *auto* et du substantif *nomos*, le terme grec pour loi¹⁷²⁷. L'« autonomie » signifie donc le droit de se régir par ses propres lois¹⁷²⁸. Elle consacre la liberté d'agir, c'est-à-dire la liberté de contracter, la liberté d'association, la liberté de propriété et la liberté de tester¹⁷²⁹.

En droit français, l'autonomie privée est aussi appelée « autonomie de la volonté », un terme marqué par la philosophie des lumières et qui repose sur l'idée que l'homme est libre¹⁷³⁰. Il ne peut être assujéti à d'autres individus que sur base de sa propre volonté¹⁷³¹. C'est la rencontre des volontés des parties qui donne au contrat sa force contraignante¹⁷³² et qui permet d'assurer l'équilibre puisqu'il est l'expression des besoins de chaque partie¹⁷³³.

L'autonomie privée constitue un principe fondamental des ordres juridiques et économiques des États membres¹⁷³⁴. L'idée centrale est que, par le biais de négociations et d'accords, les personnes privées réalisent et protègent elles-mêmes leurs inté-

¹⁷²⁵ Comp. notamment Partie I, Titre 2, Section 1, Paragraphe 1 et Section 2 Paragraphe 1 de la présente thèse.

¹⁷²⁶ STERN K. et SACHS M., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Band III/1 - Allgemeine Lehren der Grundrechte*, München, Beck, 1988, p. 1554.

¹⁷²⁷ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *Droit civil : les obligations*, Paris, Dalloz, 12^e édition, 2019, p. 33.

¹⁷²⁸ *Ibid.*

¹⁷²⁹ STERN K. et SACHS M., *op.cit.*, p. 1554.

¹⁷³⁰ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op.cit.*, p. 33 ; v. aussi FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs. I. L'acte juridique*, Paris, Sirey, 16^e édition, 2014, p. 87.

¹⁷³¹ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op.cit.*, p. 33.

¹⁷³² *Ibid.*

¹⁷³³ *Ibid.*, p. 34 ; v. aussi FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *op.cit.*, p. 88 ; CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A. et REVET Th., *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 8^e édition, 2002, p. 709 s.

rêts¹⁷³⁵. Sans l'autonomie privée, le principe de l'économie de marché, commun à tous les États membres, est impossible¹⁷³⁶. Elle est indispensable à tout échange commercial¹⁷³⁷.

Trois principes découlent de l'autonomie privée : la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat et l'effet relatif du contrat¹⁷³⁸. La liberté contractuelle signifie que les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter, de choisir librement leurs cocontractants et de déterminer librement le contenu du contrat¹⁷³⁹. La force obligatoire du contrat implique que l'accord des volontés est créateur d'obligations¹⁷⁴⁰. Les parties sont obligées de respecter les engagements qu'elles ont délibérément pris¹⁷⁴¹. Cette force obligatoire lie également le juge qui doit faire respecter le contrat et peut contraindre les parties à exécuter leurs obligations¹⁷⁴². L'effet relatif du contrat n'est que la conséquence logique du fait que le contrat repose sur la volonté des parties¹⁷⁴³. Les parties ne peuvent engager autrui¹⁷⁴⁴. Il est donc cohérent que le contrat lie seulement les parties contractantes et non pas des tiers¹⁷⁴⁵.

À cet égard, il est intéressant d'examiner la position du Code civil français¹⁷⁴⁶. Le Code civil français reconnaît la force obligatoire des contrats, mais ne la base pas uniquement sur la volonté commune des parties, mais sur la condition que le contrat

¹⁷³⁴ ALBERS M., « L'effet horizontal des droits fondamentaux dans le cadre d'une conception à multi-niveaux », in HOCHMANN T. et REINHARDT J., *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Edition Pedone, 2018, p. 210.

¹⁷³⁵ *Ibid.*

¹⁷³⁶ JARASS H. D., « Berufs- und Unternehmensfreiheit im Unionsrecht. Zur Abgrenzung der Berufsfreiheit des Art. 15 GRCh und der Unternehmerischen Freiheit des Art. 16 GRCh », in STUMPF C., KAINER F. et BALDUS Ch. (éd.), *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht: Privatinitiative und Gemeinwohlorizonte in der europäischen Integration: Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag am 29. September 2015*, Baden-Baden, Nomos, 2015, p. 1410.

¹⁷³⁷ *Ibid.*

¹⁷³⁸ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op.cit.*, p. 34; v. aussi FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *op.cit.*, p. 90 s.

¹⁷³⁹ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op.cit.*, p. 34.

¹⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 35.

¹⁷⁴¹ *Ibid.*

¹⁷⁴² *Ibid.*

¹⁷⁴³ *Ibid.*

¹⁷⁴⁴ *Ibid.*

¹⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 34.

¹⁷⁴⁶ V. pour plus d'informations notamment TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op.cit.*, p. 36 s.

soit légalement formé¹⁷⁴⁷. Ceci est commun à tous les ordres juridiques¹⁷⁴⁸. En effet, aucun ordre juridique ne saurait « *prêter la main* » à l'exécution des obligations contractuelles qu'il désapprouve¹⁷⁴⁹. Tous les ordres juridiques ont intérêt à veiller aux conditions dans lesquelles les contrats ont été conclus, à leur formation et teneur afin de protéger les parties elles-mêmes, mais aussi les tiers et la collectivité dans son ensemble¹⁷⁵⁰. Le Code civil français n'y fait pas exception.

C'est pourquoi dans tous les ordres juridiques des États membres, la volonté des parties joue un rôle cardinal. Il faut que le consentement soit libre, éclairé et détaché de tout vice, tel que l'erreur, le dol ou la violence¹⁷⁵¹. Dans le cas contraire, le contrat est nul¹⁷⁵². Ainsi, non seulement la formation de la volonté importe mais aussi le contenu du contrat qui doit être licite¹⁷⁵³. Il s'ensuit que la liberté contractuelle s'exerce dans les limites prévues par la loi¹⁷⁵⁴. La force obligatoire du contrat est limitée aux contrats conclus en conformité avec la loi¹⁷⁵⁵. Ainsi, tout en reconnaissant l'autonomie privée, le droit civil des États membres l'encadre et la limite pour assurer un minimum de protection des parties contractantes, mais aussi des tiers et de toute la société¹⁷⁵⁶.

Ces limites, prévues dès le début par les différents ordres juridiques des États membres, ont été renforcées au fur et à mesure, du fait d'une évolution sociale, économique et politique qui a eu lieu partout en Europe et qui a eu pour conséquence une inégalité croissante parmi les personnes privées¹⁷⁵⁷. Comme il a été vu au titre précédent, cette évolution était fortement liée à la révolution industrielle qui a entraîné une

¹⁷⁴⁷ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op.cit.*, p. 36 ; v. aussi FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *op.cit.*, p. 91 s.

¹⁷⁴⁸ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op.cit.*, p. 37.

¹⁷⁴⁹ *Ibid.*

¹⁷⁵⁰ *Ibid.*

¹⁷⁵¹ *Ibid.*

¹⁷⁵² *Ibid.*, p. 37. Ceci a déjà été prévu par le Code civil de 1804 qui dispose dans l'article 1131 que « *l'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir un effet* ».

¹⁷⁵³ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op.cit.*, p. 38.

¹⁷⁵⁴ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op.cit.*, p. 38 ; v. aussi CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A. et REVET Th., *op.cit.*, p. 707 s.

¹⁷⁵⁵ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op.cit.*, p. 38.

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 36 s.

¹⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 41.

concentration économique et commerciale au profit d'une minorité de personnes, ce qui a engendré des disparités importantes au sein de la société¹⁷⁵⁸.

Cette évolution économique et sociale a suscité un changement de pensée. La liberté contractuelle a été critiquée pour négliger et même favoriser les inégalités en étant « *l'instrument qui permet au fort d'imposer sa loi au faible* »¹⁷⁵⁹. À cette inégalité s'ajoute encore la standardisation des contrats. La partie la plus forte rédige un modèle contractuel, poursuivant son seul intérêt privé, auquel la partie faible ne peut qu'adhérer selon la devise « *prendre ou laisser* »¹⁷⁶⁰.

Ladite évolution économique, sociale et politique qui a eu lieu au dix-neuvième siècle a conduit les législateurs des États membres à la constatation que les bornes imposées par l'ordre public ne satisfont pas aux exigences de justice et n'arrivent pas à contrebalancer les inégalités¹⁷⁶¹. Le législateur a réagi en imposant non seulement des interdictions, mais aussi des comportements positifs¹⁷⁶². À l'ordre public « classique » s'ajoutait donc l'ordre public économique et social et à la dimension négative de ne pas faire s'ajoutait une dimension positive qui imposait un certain comportement¹⁷⁶³.

Aussi, dans le but d'éviter que le fort n'exploite le faible, le législateur règlemente de manière impérative le contenu de certains contrats marqués par une situation d'inégalité structurelle, tels que la relation entre employeur et salarié, assureur et assuré ou encore bailleur et locataire¹⁷⁶⁴. Ainsi, le législateur tend à s'assurer que le contrat est conforme aux intérêts des deux parties, et donc aussi à l'intérêt de la partie la plus faible, ce qui peut être résumé comme la poursuite d'un ordre public économique de protection¹⁷⁶⁵. Dans certaines situations, le législateur impose une obliga-

¹⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 41 s.

¹⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 41.

¹⁷⁶⁰ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op.cit.*, p. 41.

¹⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 42.

¹⁷⁶² *Ibid.*, p. 43.

¹⁷⁶³ *Ibid.*

¹⁷⁶⁴ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op.cit.*, p. 43.

¹⁷⁶⁵ *Ibid.* ; v. aussi CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M-A. et REVET Th., *op.cit.*, p. 713.

tion de contracter, notamment pour certains besoins fondamentaux tels que la fourniture d'eau, de gaz et d'électricité¹⁷⁶⁶.

De plus, les législateurs de la plupart des États membres ont encouragé le regroupement des plus faibles au sein d'organismes collectifs pour lutter contre le déséquilibre structurel des parties¹⁷⁶⁷. Une autre mesure importante consistait à assurer une information adaptée au profit de la partie la plus faible afin qu'elle puisse donner son consentement de manière suffisamment libre et réfléchie¹⁷⁶⁸.

Or, ces limites prévues notamment par le droit de la concurrence et le droit de la consommation n'ont pas pour objectif de nier la liberté contractuelle, mais d'assurer une véritable liberté contractuelle pour tous les acteurs, dans des conditions égales où chaque partie dispose de la liberté de contracter ou de ne pas contracter et de s'accorder sur un contenu sans contrainte ou pression résultant du pouvoir exorbitant d'une des parties¹⁷⁶⁹.

Ainsi, à la suite de cette évolution, la conception de la liberté contractuelle est passée d'une conception formelle ignorant un éventuel déséquilibre de pouvoir entre les parties vers une conception matérielle qui vise à apporter un équilibre face au pouvoir exorbitant d'une partie¹⁷⁷⁰. Autrement dit, la conception matérielle de la liberté contractuelle considère qu'en présence d'un déséquilibre significatif de pouvoir entre les parties contractantes, la liberté contractuelle de la partie la plus faible est sensiblement limitée voire même absente¹⁷⁷¹.

¹⁷⁶⁶ VÉKÁS L., « Privatautonomie und ihre Grenzen im Gemeinschaftsprivatrecht und in den postsozialistischen Kodifikationen », in STUMPF C., KAINER F. et BALDUS Ch. (éd.), *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht: Privatinitiative und Gemeinwohlorizonte in der europäischen Integration: Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag am 29. September 2015*, Baden-Baden, Nomos, 2015, p. 101 ; v. aussi FIALAIRE J., MONDIELLI E. et GRABOY-GROBESCO A., *Libertés et Droits fondamentaux*, Paris, Ellipses, 2^e édition, 2012, p. 644 s.

¹⁷⁶⁷ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op.cit.*, p. 45.

¹⁷⁶⁸ *Ibid.*

¹⁷⁶⁹ VÉKÁS L., « Privatautonomie und ihre Grenzen im Gemeinschaftsprivatrecht und in den postsozialistischen Kodifikationen », *op.cit.*, p. 101.

¹⁷⁷⁰ CHEREDNYCHENKO O.O., « Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Many Faces of Freedom of Contract in the EU », ANDENAS M., BEKKEDAL T. et PANTALEO L. (éds.), *The Reach of Free Movement*, The Hague, Asser Press, 2017, p. 274.

¹⁷⁷¹ *Ibid.*, p. 276.

Dès lors, l'équilibre doit être rétabli par le biais d'une réglementation visant à protéger la partie la plus faible en imposant des limites aux négociations et en interdisant certaines clauses désavantageuses¹⁷⁷².

L'ordre juridique allemand prévoit également les limites présentées ci-dessus. Complémentairement, la Loi fondamentale limite davantage l'exercice de l'autonomie privée. Conformément à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, affirmée pour la première fois dans l'arrêt *Lüth*¹⁷⁷³ que nous allons examiner de manière plus détaillée ci-après, le juge est appelé à assurer, par le biais de l'interprétation conforme, le respect des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers¹⁷⁷⁴.

Pour la Cour constitutionnelle fédérale, les droits fondamentaux consacrés par la Loi fondamentale ont établi un « *système de valeurs objectif* » au sein duquel « *un renforcement de principe de la force de validité des droits fondamentaux se manifeste* », ce qui fait des droits fondamentaux des normes objectives régissant tous les domaines juridiques, dont le droit privé¹⁷⁷⁵. Aucune disposition du droit privé ne doit être en contradiction avec ce système de valeurs objectif qui assure le respect de la dignité humaine dans toutes les circonstances¹⁷⁷⁶. Ceci limite l'exercice de l'autonomie privée qui n'est garantie que dans les limites du cadre légal, dont notamment le respect de la dignité humaine et des autres droits fondamentaux consacrés par la Loi fondamentale¹⁷⁷⁷.

Depuis la création de l'Union européenne, des nouvelles limites et contraintes ont été mises en place et se sont ajoutées à celles qui existaient déjà dans les ordres juridiques des États membres. Parmi ces dernières, il faut notamment citer l'harmonisation croissante qui a un fort impact sur le droit privé national, réglemen-

¹⁷⁷² CHEREDNYCHENKO O.O., « Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Many Faces of Freedom of Contract in the EU », *op.cit.*, p. 276.

¹⁷⁷³ Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 15 janvier 1958, *Lüth*, 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, p. 198 - 230.

¹⁷⁷⁴ V. pour plus d'information : HOCHMANN T., « Typologie des effets horizontaux », *op.cit.*, p. 136.

¹⁷⁷⁵ ALBERS M., « L'effet horizontal des droits fondamentaux dans le cadre d'une conception à multi-niveaux », *op.cit.*, p. 180.

¹⁷⁷⁶ Cour constitutionnelle fédérale, arrêt *Lüth* précité, 1 BvR 400/51, p. 205.

¹⁷⁷⁷ LENGAUER A.-M., *Drittwirkung von Grundfreiheiten. Ein Beitrag zum Konzept des Normadressaten im Gemeinschaftsrecht*, Wien, Springer Verlag, 2011, p. 16.

tant de plus en plus les relations de droit privé, ce qui influence - et limite - la portée de la liberté contractuelle¹⁷⁷⁸.

Malgré cette évolution au cours du vingtième siècle qui a accru les limites imposées à l'exercice de l'autonomie privée, celle-ci constitue tout de même un principe fondamental dans tous les ordres juridiques des États membres. De ce fait, elle est protégée et assurée par les ordres juridiques des États membres comme constituant la base du droit privé. En réalité, les réglementations prises n'ont pas pour objectif de limiter l'exercice de l'autonomie privée par les particuliers, mais de la rendre encore plus effective, en contrebalançant les inégalités pour rétablir un équilibre entre les personnes privées. Ainsi, les États membres assurent que chaque personne privée est effectivement libre de contracter ou de ne pas contracter, de rejoindre une association ou de ne pas la rejoindre.

Ceci nous démontre que l'autonomie privée est étroitement liée aux droits fondamentaux, dont notamment à la liberté contractuelle et la liberté d'association, qui sont des expressions de l'autonomie privée.

Dans le paragraphe suivant, nous étudierons le rôle des droits fondamentaux dans les États membres. Nous constaterons que contrairement à l'autonomie privée, qui est assurée de manière similaire dans tous les États membres, le rôle des droits fondamentaux présente certaines différences selon les ordres juridiques en question. Alors qu'il y a des caractéristiques communes, il existe aussi certaines divergences qu'il convient d'identifier.

¹⁷⁷⁸ CHEREDNYCHENKO O.O., « Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Many Faces of Freedom of Contract in the EU », *op.cit.*, p. 274.

Paragraphe 2 : Le rôle des droits fondamentaux dans les États membres et la théorie de l'effet horizontal

Les droits fondamentaux ou droits de l'homme reposent sur l'idée que chaque homme - parce qu'il est homme - est titulaire d'un ensemble de droits inhérents à sa nature¹⁷⁷⁹.

Ceci est commun à tous les ordres juridiques des États membres. Pour autant, notre étude va nous montrer que le rôle des droits fondamentaux diffère dans les États membres, tant quant à l'étendue des droits fondamentaux qu'au système de protection veillant au respect de ces derniers. Au cours de notre étude comparative, nous allons nous concentrer sur deux ordres juridiques particulièrement importants au sein de l'Union : la France et l'Allemagne. Par une comparaison de ces deux ordres juridiques et leur système de protection des droits fondamentaux, nous allons détecter des divergences ainsi que des caractéristiques communes. Nous allons également aborder d'autres systèmes nationaux, dont notamment les systèmes de protection en Autriche, Irlande et Italie.

Un point commun à tous les ordres juridiques des États membres est que la « mission initiale » des droits fondamentaux était la protection de l'individu vis-à-vis du pouvoir public, c'est-à-dire de garantir aux particuliers un espace libre de toute ingérence étatique¹⁷⁸⁰. Cette mission peut être décrite comme la garantie d'un *status negativus*¹⁷⁸¹. L'État doit s'abstenir de certaines interventions dans les sphères protégées par les droits fondamentaux.

Or aujourd'hui la garantie d'un *status negativus* n'est plus le seul objectif des droits fondamentaux¹⁷⁸². Même si la garantie d'un espace libre contre le pouvoir public constitue toujours un objectif important, une nouvelle mission s'est ajoutée à cette

¹⁷⁷⁹ PECHEUL A., *Les dates-clefs de la protection des droits de l'homme en France : de la Déclaration de 1789 à l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Ellipses, 2001, p. 6.

¹⁷⁸⁰ SEIFERT A., « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé », *RTDE*, 2012, n° 48(4), p. 801.

¹⁷⁸¹ *Ibid.*

¹⁷⁸² *Ibid.*

mission initiale : la protection des droits fondamentaux dans les relations de droit privé, c'est-à-dire entre les particuliers¹⁷⁸³.

Pour mieux comprendre cette évolution, il s'avère utile de comparer le système de protection des droits fondamentaux en France et en Allemagne.

En France, le Conseil d'État a développé une riche jurisprudence de protection des droits fondamentaux. S'inspirant de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ainsi que des autres textes législatifs relatifs aux droits fondamentaux, il a établi ses propres règles jurisprudentielles : les principes généraux du droit visant la protection des droits fondamentaux¹⁷⁸⁴. Depuis 1945, cette catégorie de droit ne cesse de s'étendre et s'approfondir¹⁷⁸⁵.

En 1971, le Conseil constitutionnel a procédé à un revirement de jurisprudence en se référant au préambule de la Constitution de 1958 et notamment aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », cités dans le préambule de 1946¹⁷⁸⁶. Ainsi, au fur et à mesure de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel a établi un « bloc de constitutionnalité » comprenant les dispositions relatives à la protection des droits de l'homme consacrées par la Déclaration de 1789, le préambule de 1946 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République¹⁷⁸⁷. Du fait de cette jurisprudence de plus en plus protectrice des droits fondamentaux, le Conseil constitutionnel occupe désormais une place importante au sein du système institutionnel français¹⁷⁸⁸.

Dans ce contexte, il convient de souligner qu'en France, sous la III^e et la IV^e République et en Allemagne avec la République de Weimar, aucun contrôle juridictionnel de la loi n'était prévu¹⁷⁸⁹. La loi avait donc, dans les deux pays, un caractère

¹⁷⁸³ *Ibid.*

¹⁷⁸⁴ PECHEUL A., *op.cit.*, p. 39 ; v. aussi WACHSMANN P., *Libertés publiques*, Paris, Cours Dalloz, 8^e édition, 2017.

¹⁷⁸⁵ Pour plus d'informations v. notamment PECHEUL A., *op.cit.*, p. 40 s.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 66.

¹⁷⁸⁷ *Ibid.* ; v. aussi FIALAIRE J., MONDIELLI E. et GRABOY-GROBESCO A., *op.cit.*, p. 96.

¹⁷⁸⁸ PECHEUL A., *op.cit.*, p. 67.

¹⁷⁸⁹ DE ARANJO Ch., *Justice constitutionnelle et justices européennes des droits de l'homme. Étude comparée : France - Allemagne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 9.

d'infailibilité qui reposait sur des idées philosophiques du siècle des Lumières partagées par Montesquieu, Rousseau et Kant¹⁷⁹⁰.

Ceci s'explique aisément par l'attitude des Parlements sous l'Ancien Régime qui étaient à l'époque composés de magistrats¹⁷⁹¹. Ces Parlements ont, à maintes reprises, bloqué des tentatives de réformes entamées par le Roi, c'est pourquoi on voulait limiter le plus possible le rôle et le pouvoir des juges¹⁷⁹². Encore de nos jours, le Conseil d'État et la Cour de cassation se déclarent selon une jurisprudence constante incompétents pour effectuer un contrôle de constitutionnalité des lois¹⁷⁹³.

Une telle « sacralisation » des lois n'est pas intervenue en Allemagne. Même si la République de Weimar prévoyait également l'infailibilité de la loi et, dès lors, l'absence de contrôle juridictionnel du contenu des lois, les juges allemands ont très tôt essayé d'imposer un contrôle de constitutionnalité des lois¹⁷⁹⁴.

La Loi fondamentale de 1949 a introduit un contrôle juridictionnel des droits fondamentaux à l'encontre du législateur¹⁷⁹⁵. La Cour constitutionnelle fédérale est compétente pour exercer le contrôle de constitutionnalité des lois¹⁷⁹⁶. Toute loi jugée inconstitutionnelle sera annulée, avec effet rétroactif¹⁷⁹⁷. De plus, la Cour constitutionnelle fédérale peut procéder à des appels au législateur, invitant le Parlement à modifier l'acte législatif en cause¹⁷⁹⁸.

Ainsi, le corpus de droit est particulièrement bien protégé en Allemagne. En effet, la Constitution allemande prévoit une clause dite « *clause d'éternité* » en vertu de laquelle toute modification de la Loi fondamentale « *qui toucherait (...) aux principes énoncés aux articles 1 à 20, est interdite* »¹⁷⁹⁹.

¹⁷⁹⁰ *Ibid.*

¹⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 16.

¹⁷⁹² *Ibid.*

¹⁷⁹³ DE ARANJO Ch., *op.cit.*, p. 16.

¹⁷⁹⁴ *Ibid.*

¹⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 21.

¹⁷⁹⁶ *Ibid.*, p. 22.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*

¹⁷⁹⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹⁹ Article 79, alinéa 3, de la Constitution allemande de 1949 ; v. aussi DE ARANJO Ch., *op.cit.*, p. 28.

De plus, la Loi fondamentale de 1949 inscrit les droits fondamentaux au tout début de la Constitution, soulignant ainsi leur importance¹⁸⁰⁰. Parmi ces droits fondamentaux, la dignité humaine occupe une place primordiale¹⁸⁰¹. La préservation de la dignité humaine constitue la base d'une série de droits et principes intangibles que les autorités doivent respecter¹⁸⁰².

La plus grande différence entre le système de protection des droits fondamentaux en Allemagne et en France réside dans le contrôle effectué respectivement par la Cour constitutionnelle fédérale et par le Conseil constitutionnel. La compétence de la Cour constitutionnelle fédérale est plus étendue par rapport à celle du Conseil constitutionnel¹⁸⁰³. Les deux systèmes se distinguent tant quant aux conditions d'accès aux juges constitutionnels qu'aux pouvoirs qui leurs sont accordés¹⁸⁰⁴.

Le système allemand connaît différents types de contrôle de constitutionnalité afin de faire en sorte qu'à n'importe quel stade de mise en œuvre d'un acte de pouvoir public, celui-ci est soumis au contrôle du juge constitutionnel¹⁸⁰⁵. De plus, le nombre de personnes ou entités qui peuvent saisir la Cour constitutionnelle fédérale est très large.

Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité abstrait, seuls les organes étatiques peuvent saisir la Cour constitutionnelle fédérale¹⁸⁰⁶. Ce contrôle intervient *a posteriori*, ce qui le distingue du contrôle de constitutionnalité abstrait en France, qui intervient nécessairement *a priori*¹⁸⁰⁷. Les organes d'État titulaires du droit de saisine sont les membres du Parlement fédéral, le gouvernement fédéral, les gouvernements des différents *Länder* et un tiers des membres du *Bundestag*.¹⁸⁰⁸

¹⁸⁰⁰ DE ARANJO Ch., *op.cit.*, p. 51.

¹⁸⁰¹ *Ibid.*

¹⁸⁰² *Ibid.*

¹⁸⁰³ *Ibid.*, p. 77.

¹⁸⁰⁴ *Ibid.*, p. 78.

¹⁸⁰⁵ DE ARANJO Ch., *op.cit.*, p. 79.

¹⁸⁰⁶ *Ibid.*

¹⁸⁰⁷ *Ibid.*

¹⁸⁰⁸ *Ibid.*

Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité concret, la Cour constitutionnelle fédérale est saisie par un tribunal qui estime qu'une loi de laquelle dépend sa décision est inconstitutionnelle¹⁸⁰⁹.

De plus, en Allemagne, les personnes privées peuvent directement saisir la Cour constitutionnelle fédérale si elles estiment qu'elles ont été lésées par les pouvoirs publics dans un de leurs droits fondamentaux¹⁸¹⁰. Pour cela, la personne privée doit démontrer son intérêt à agir en apportant la preuve que l'acte en question a causé un grief personnel, direct et actuel¹⁸¹¹. Plus de 90 % des décisions sont rendues sur recours constitutionnels des personnes privées. En raison de cet accès très large, la Cour constitutionnelle fédérale est beaucoup sollicitée, peut-être trop puisque sa charge de travail est considérable¹⁸¹². Même si cette charge de travail importante risque de mettre en péril l'efficacité du système de contrôle constitutionnel allemand, ce dernier s'avère particulièrement vaste et complet¹⁸¹³. La quasi-totalité des actes du pouvoir public est soumis au contrôle de constitutionnalité. Ainsi, l'obligation de respecter les droits fondamentaux s'impose à tous les organes étatiques à tout moment, indépendamment des activités qu'ils exercent¹⁸¹⁴.

En France, l'accès au Conseil constitutionnel est plus limité. Seuls les actes émanant de l'organe parlementaire peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, ce qui exclut les actes administratifs et les arrêts de juridictions suprêmes. C'est donc une différence avec l'Allemagne où ces actes et arrêts sont également soumis au contrôle de la Cour constitutionnelle fédérale¹⁸¹⁵.

Or ceci ne veut pas dire qu'il n'y a pas de contrôle *in concreto* en France. Un tel contrôle est effectué par les juges judiciaires et administratifs¹⁸¹⁶. Alors qu'au début, ce contrôle se limitait aux actes de l'administration, les juges ordinaires français exer-

¹⁸⁰⁹ *Ibid.*, p. 80.

¹⁸¹⁰ DE ARANJO Ch., *op.cit.*, p. 81.

¹⁸¹¹ *Ibid.*, p. 82.

¹⁸¹² *Ibid.*, p. 84.

¹⁸¹³ *Ibid.*, p. 94.

¹⁸¹⁴ *Ibid.*

¹⁸¹⁵ DE ARANJO Ch., *op.cit.*, p. 96.

¹⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 98.

cent désormais également un contrôle (limité) des actes législatifs, écartant toute loi qui s'avère incompatible avec les droits et principes inscrits dans la Convention EDH ou le droit de l'Union¹⁸¹⁷.

De plus, avec la réforme constitutionnelle de 2008, la question préjudicielle de constitutionnalité a été mise en place. Désormais, si en cours d'instance devant une juridiction, il est soutenu qu'une loi porte atteinte aux droits constitutionnels, sur demande du justiciable, le Conseil d'État ou la Cour de cassation peuvent saisir le Conseil constitutionnel d'une question préjudicielle¹⁸¹⁸. Si le Conseil constitutionnel estime que la loi en question porte effectivement atteinte aux droits constitutionnels, il peut décider de l'abrogation de la norme en cause¹⁸¹⁹.

Malgré ces élargissements de la compétence du Conseil constitutionnel, il en reste que le système allemand de contrôle de constitutionnalité présente plusieurs avantages par rapport au système français¹⁸²⁰. Il permet notamment « *d'assurer dans sa plénitude le contrôle de la conformité des normes* » aux droits fondamentaux¹⁸²¹. Alors que le système français est limité à un contrôle abstrait et *a priori*, le contrôle concret et *a posteriori* en Allemagne habilite la Cour constitutionnelle fédérale à s'assurer de la conformité des lois au cours de leur application, c'est-à-dire au moment où des problèmes qui n'avaient pas été prévus lors de l'élaboration de la loi se manifestent¹⁸²².

La place primordiale qu'occupent les droits fondamentaux en Allemagne explique également l'émergence d'un autre phénomène lié à la protection des droits fondamentaux qui a pris son origine dans ce pays : la théorie de l'effet horizontal.

¹⁸¹⁷ *Ibid.*

¹⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 89.

¹⁸¹⁹ *Ibid.*

¹⁸²⁰ Du même avis : DE ARANJO Ch., *op.cit.*, p. 80 s ; CAPITANT D., *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 102.

¹⁸²¹ CAPITANT D., *op.cit.*, p. 102.

¹⁸²² CAPITANT D., *op.cit.*, p. 102 ; du même avis : CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M-A. et REVET Th., *op.cit.*, p. 87.

Les discussions doctrinales et jurisprudentielles relatives à l'application des droits fondamentaux aux personnes privées sont fortement influencées par des réflexions sociales¹⁸²³. Elles étaient - et sont toujours - marquées par l'objectif de protéger la liberté et la dignité humaine non seulement contre le pouvoir public, mais aussi contre un pouvoir privé exorbitant¹⁸²⁴.

Comme expliqué dans l'introduction de la présente thèse, c'est le professeur Nipperdey qui a largement contribué à la discussion doctrinale et jurisprudentielle relative à l'effet horizontal des droits fondamentaux¹⁸²⁵. Il a plaidé en faveur d'un « *effet absolu* » de certaines dispositions de la Loi fondamentale, qui couvrirait non seulement les relations entre l'individu et l'État, mais également les rapports entre particuliers¹⁸²⁶. Tout en admettant que la plupart des droits fondamentaux prévus par la Loi fondamentale constituent des droits fondamentaux « classiques » dans la mesure où ils ont pour objectif de créer un espace libre pour chaque individu contre l'État et s'adressent dès lors à la puissance publique, le professeur Nipperdey a estimé que certaines dispositions de la Loi fondamentale consacrent des principes fondamentaux, qui ont des effets directs dans les relations privées en entraînant la nullité de l'acte juridique les violant¹⁸²⁷.

Or, dans les rapports entre particuliers, chaque acteur est titulaire des droits fondamentaux¹⁸²⁸. Dès lors, comme le professeur Nipperdey le souligne, deux titulaires de droits fondamentaux se font face¹⁸²⁹. Ceci a pour conséquence que les personnes privées peuvent délibérément restreindre les droits fondamentaux dont ils disposent, mais seulement en cas d'une véritable égalité et absence de domination, de droit ou de fait. Autrement dit, les personnes privées doivent, selon le professeur Nipperdey,

¹⁸²³ LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 35.

¹⁸²⁴ *Ibid.*

¹⁸²⁵ V. aussi LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 5.

¹⁸²⁶ *Ibid.*

¹⁸²⁷ NIPPERDEY H. C., *Grundrechte und Privatrecht*, Krefeld, Scherpe Verlag, 1961, p. 14; v. aussi LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 10.

¹⁸²⁸ NIPPERDEY H.C., *op.cit.*, p. 21 ; v. aussi LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 12.

¹⁸²⁹ NIPPERDEY H.C., *op.cit.*, p. 21; v. aussi LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 12.

être en mesure de *vraiment* disposer *librement* de leurs droits sans domination ou contrainte et sans être exposées au pouvoir exorbitant de l'autre¹⁸³⁰.

Dans un premier temps, la Cour fédérale allemande du travail a suivi les thèses du professeur Nipperdey, considérant que certains droits fondamentaux de la Loi fondamentale s'appliquent directement aux rapports entre personnes privées, dont notamment le principe de l'égalité de salaire entre hommes et femmes, qui lie non seulement l'État mais aussi les partenaires sociaux¹⁸³¹. Or, dans un second temps, en raison de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, la Cour fédérale du travail a changé sa jurisprudence, optant - tout comme la Cour constitutionnelle - pour un effet horizontal indirect des droits fondamentaux¹⁸³².

En effet, en 1958, la Cour constitutionnelle fédérale a pris position dans son arrêt *Lüth*¹⁸³³ reconnaissant un effet horizontal indirect aux droits fondamentaux de la Constitution¹⁸³⁴. La Cour constitutionnelle fédérale a considéré que les droits fondamentaux constituaient un « *ordre objectif de valeurs rayonnant dans tous les domaines du droit, y compris le droit privé, à travers les clauses générales* »¹⁸³⁵.

Ainsi, aucune norme de droit civil ne doit se trouver en contradiction avec les droits fondamentaux consacrés par la Loi fondamentale, mais les normes de droit privé doivent être interprétées dans l'esprit de la Loi fondamentale¹⁸³⁶. La doctrine parle de l'« effet rayonnant » des droits fondamentaux.

Or, entretemps, le raisonnement derrière la reconnaissance de l'effet horizontal indirect a changé¹⁸³⁷. Depuis les années 1980, la Cour constitutionnelle fédérale justifie l'effet horizontal indirect des droits fondamentaux de la Constitution par la doctrine

¹⁸³⁰ NIPPERDEY H.C., *op.cit.*, p. 21; v. aussi LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 12.

¹⁸³¹ LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 10.

¹⁸³² V. pour plus d'informations LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 11.

¹⁸³³ Cour constitutionnelle fédérale, 15 janvier 1958, *Lüth*, 1 BvR 400/51, BVerfGE, vol. 7, p. 198.

¹⁸³⁴ SEIFERT A., « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé », *op.cit.*, p. 804.

¹⁸³⁵ Traduction de l'allemand vers le français par le professeur Seifert : SEIFERT A., « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé », *op.cit.*, p. 804. Cet effet rayonnant est nommé « Ausstrahlungswirkung » des droits fondamentaux.

¹⁸³⁶ CAPITANT D., *op.cit.*, p. 176.

des obligations de protection (*Schutzpflichtentheorie*), que nous avons étudiée antérieurement en matière de libertés de circulation¹⁸³⁸. En vertu de cette doctrine, le législateur a l'obligation de protéger les droits fondamentaux à tout moment et de manière générale, y compris contre des atteintes d'origine privée¹⁸³⁹.

L'obligation de protection s'impose à tous les pouvoirs publics, y compris au législateur et aux juridictions. Ainsi, elle constitue un moyen de protection des droits fondamentaux particulièrement efficace, tout en respectant au maximum l'ordre de droit privé¹⁸⁴⁰. De plus, certaines dispositions de la Loi fondamentale s'appliquent directement aux personnes privées¹⁸⁴¹. Il en est ainsi de l'article 9, paragraphe 3, de la Loi fondamentale qui consacre la liberté d'association. Cette disposition s'adresse directement aux personnes privées¹⁸⁴². Elle consacre le droit de tous et pour toutes les professions de fonder des associations pour la sauvegarde et l'amélioration des conditions de travail et des conditions économiques. Conformément à l'article 9, paragraphe 3 de la Loi fondamentale, toute convention - privée -, qui limite ou tente d'entraver ce droit, est nulle et les mesures prises en ce sens sont illicites.

Même si la théorie de l'effet horizontal des droits fondamentaux a pris son origine en Allemagne, l'ordre constitutionnel allemand n'est pas le seul à avoir été confronté à une telle discussion. D'autres États membres ont suivi et ont reconnu, dans des nuances différentes, un effet horizontal direct ou indirect aux droits fondamentaux consacrés par leurs ordres constitutionnels.

En Autriche, un premier catalogue de droits fondamentaux a été introduit en 1867 par la Loi organique sur les droits généraux des citoyens (*Staatsgrundgesetz über die all-*

¹⁸³⁷ SEIFERT A., « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé », *op.cit.*, p. 804.

¹⁸³⁸ *Ibid.* ; CAPITANT D., *op.cit.*, p. 177 s ; v. aussi Partie I, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2 et Partie I, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 1 et 2 de la présente thèse.

¹⁸³⁹ SEIFERT A., « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé », *op.cit.*, p. 804 ; CAPITANT D., *op.cit.*, p. 177 s.

¹⁸⁴⁰ STERN K. et SACHS M., *op.cit.*, p. 1572.

¹⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 1570.

¹⁸⁴² *Ibid.*, p. 1571.

gemeinen Rechte der Staatsbürger)¹⁸⁴³. Ce catalogue de droits est toujours en vigueur aujourd'hui, complété par de nouveaux droits et principes fondamentaux et par les instruments internationaux de protection des droits fondamentaux : la Constitution de 1920, telle que modifiée en 1929 ; la Loi organique sur les droits généraux des citoyens de 1867 et les textes y relatifs ; le traité de paix de 1918 ; le traité de Vienne de 1955 et la Convention EDH¹⁸⁴⁴.

Quant à l'effet horizontal des droits fondamentaux, la discussion en Autriche diffère de celle qui existe en Allemagne. En Autriche, la Cour suprême a reconnu dans une jurisprudence constante un effet horizontal indirect aux droits fondamentaux garantis par la loi constitutionnelle fédérale ainsi qu'à ceux consacrés par la Convention EDH. Ces droits rayonnent dans les relations de droit privé par l'intermédiaire de l'article 16 du Code civil général autrichien (ABGB) qui dispose¹⁸⁴⁵ que « *tout homme a des droits innés, résultant de la raison, et sera considéré comme une personne* »¹⁸⁴⁶. Ainsi, la doctrine et la jurisprudence désormais unanimes considèrent que les droits fondamentaux ne déploient qu'un effet *indirect* via l'interprétation du droit civil et pénal¹⁸⁴⁷.

L'Allemagne et l'Autriche ont donc opté pour la reconnaissance d'un effet horizontal indirect des droits fondamentaux. D'autres pays, dont notamment l'Irlande, ont choisi une approche différente. En Irlande, les droits constitutionnels, incluant les droits fondamentaux, peuvent être invoqués directement en tant que tels par les particuliers dans un litige à l'encontre d'un autre particulier en cas de carence du législateur¹⁸⁴⁸. Cet effet horizontal direct en cas de carence du législateur distingue le système irlandais du système allemand où la carence d'État implique simplement une violation par

¹⁸⁴³ KOHL A., « The protection of human rights in relationships between private individuals : the Austrian situation », in René Cassin, *Amicorum Discipulorumque liber, III, Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Éditions Pedone, 1971, p. 196.

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*, p. 197.

¹⁸⁴⁵ Traduction de l'allemand vers le français par le professeur Seifert dans : SEIFERT A., « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé », *op.cit.*, p. 805.

¹⁸⁴⁶ *Ibid.*

¹⁸⁴⁷ KOHL A., « The protection of human rights in relationships between private individuals: the Austrian situation », *op.cit.*, p. 199; v. pour plus d'information LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 27 s.

¹⁸⁴⁸ WALKILA S., *Horizontal effect of fundamental rights in EU law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2016, p. 150.

l'État de son obligation de protection, sans que la personne lésée puisse invoquer directement la Constitution allemande¹⁸⁴⁹.

L'Italie a adopté une approche nuancée. La Cour constitutionnelle italienne a reconnu un effet horizontal direct de certains droits fondamentaux¹⁸⁵⁰. Elle opère une distinction au cas par cas, prenant en compte des facteurs divers tels que la nature du droit fondamental en cause, la nature de la relation de droit privé et la manière dont le droit fondamental est formulé, notamment si la disposition en question est suffisamment concrète, complète, non-équivoque et directement applicable¹⁸⁵¹.

Au Portugal, l'article 18, premier alinéa, de la Constitution de 1976 énonce un effet horizontal direct des droits fondamentaux y consacrés¹⁸⁵². En Espagne, la jurisprudence a reconnu un effet horizontal indirect des droits fondamentaux de la constitution¹⁸⁵³.

En France, la réforme de l'article 9 du Code civil intervenue en 1970 a reconnu l'effet horizontal du droit à la vie privée¹⁸⁵⁴. De plus, par un arrêt rendu en 1996, la Cour de Cassation a reconnu l'effet horizontal des droits fondamentaux consacrés par la Convention EDH¹⁸⁵⁵.

Pour le reste, la discussion relative à un effet horizontal direct ou indirect des droits fondamentaux en France diffère de celle dans les autres États membres du fait des spécificités du système français de protection des droits fondamentaux. D'une part, la liste des droits fondamentaux n'a pas été actualisée en France, elle est donc moins extensive et complète que, par exemple, en Allemagne¹⁸⁵⁶. D'autre part, la Cour de cassation a appliqué des dispositions de la Constitution ou du Préambule sans justifier cette application par une quelconque théorie de l'effet direct ou indirect de la Consti-

¹⁸⁴⁹ HOCHMANN T., « Typologie des effets horizontaux », *op.cit.* p. 148.

¹⁸⁵⁰ WALKILA S., *op.cit.*, p. 154.

¹⁸⁵¹ *Ibid.*

¹⁸⁵² SEIFERT A., « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé », *op.cit.*, p. 805.

¹⁸⁵³ *Ibid.*

¹⁸⁵⁴ *Ibid.*, p. 804.

¹⁸⁵⁵ *Ibid.*, p. 804.

tution¹⁸⁵⁷. La Cour de cassation a donc recours aux droits fondamentaux garantis par la Constitution française pour protéger les personnes privées contre le pouvoir d'autres personnes privées, mais sans expliquer ce recours¹⁸⁵⁸.

Dès lors, en France, la protection des droits fondamentaux est assurée par le Conseil constitutionnel (*in abstracto*), le Conseil d'État et la Cour de cassation¹⁸⁵⁹. Comme le professeur Beaud le révèle, la source juridique de cette protection est indifférente, elle peut relever de la Constitution ou de la loi¹⁸⁶⁰.

D'après le professeur Seifert, nous pouvons en tirer la conclusion que l'effet horizontal des droits fondamentaux est aujourd'hui reconnu dans la grande majorité des ordres juridiques nationaux en Europe¹⁸⁶¹. Nous suivons le professeur Seifert dans son analyse selon laquelle « *l'imprégnation du droit privé par les droits fondamentaux* » doit être considérée comme « *un fait constant* » dans lesdits ordres juridiques¹⁸⁶², même si les concepts juridiques sur lesquels cet effet horizontal est basé varient de pays à pays¹⁸⁶³.

De plus, la Convention EDH, ratifiée par tous les États membres de l'Union, déploie également un effet horizontal. Une obligation de protection ne ressort pas clairement de la version française de la Convention EDH, mais apparaît explicitement dans la version anglaise qui se lit comme suit¹⁸⁶⁴ : « *The High contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention* »¹⁸⁶⁵.

La Cour EDH a affirmé, dans les années 1980, que la Convention EDH impose non seulement une obligation passive aux États contractants, mais également une obliga-

¹⁸⁵⁶ BEAUD O., « Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande », *Jus politicum*, n° 10, 2013, p. 8.

¹⁸⁵⁷ *Ibid.*

¹⁸⁵⁸ *Ibid.*

¹⁸⁵⁹ *Ibid.*

¹⁸⁶⁰ *Ibid.*

¹⁸⁶¹ SEIFERT A., « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé », *op.cit.*, p. 806.

¹⁸⁶² *Ibid.*

¹⁸⁶³ *Ibid.*

¹⁸⁶⁴ V. aussi HOCHMANN T., « Typologie des effets horizontaux », *op.cit.*, p. 133.

tion de protection des droits fondamentaux consacrés par la Convention EDH¹⁸⁶⁶. En vertu de cette jurisprudence basée sur l'article 1 de la Convention EDH, la Cour EDH oblige les États membres non seulement à s'abstenir de toute ingérence non justifiée, mais aussi à intervenir positivement pour protéger les droits fondamentaux de la Convention dans les relations de droit privé¹⁸⁶⁷.

En revanche, la Cour EDH accorde une marge d'appréciation relativement large aux États parties qui disposent donc d'un pouvoir discrétionnaire quant à la manière d'intervenir dans les rapports entre particuliers¹⁸⁶⁸. Pour les personnes privées, il s'ensuit qu'elles ne peuvent pas directement invoquer les droits de la Convention EDH à l'encontre d'une autre personne privée, mais seulement à l'encontre d'un État qui a préalablement violé son obligation d'assurer le respect des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers¹⁸⁶⁹.

Cette étude comparative nous a montré que les droits fondamentaux jouent un rôle important dans les ordres juridiques des États membres, mais qu'il existe des différences assez importantes au niveau du système de protection des droits fondamentaux et du contrôle juridictionnel, notamment entre la France et l'Allemagne. La place primordiale des droits fondamentaux en Allemagne et le système de contrôle très étendu effectué par la Cour constitutionnelle fédérale expliquent la doctrine abondante à ce sujet ainsi que l'élaboration de plusieurs théories, dont en particulier la théorie de l'effet horizontal qui a trouvé son origine en Allemagne et s'est ensuite répandue - avec des nuances - dans les autres États membres.

C'est ce rôle crucial des droits fondamentaux ainsi que le développement de la théorie de l'effet horizontal qui explique pourquoi la doctrine germanophone s'est très tôt intéressée au système européen de protection des droits fondamentaux, aux entraves

¹⁸⁶⁵ Article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, version anglaise.

¹⁸⁶⁶ Comp. pour plus d'information : HOCHMANN T., « Typologie des effets horizontaux », *op.cit.*, p. 133 s.

¹⁸⁶⁷ SEIFERT A., « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé », *op.cit.*, p. 810.

¹⁸⁶⁸ *Ibid.*, p. 811.

¹⁸⁶⁹ *Ibid.*

d'origine privée aux libertés de circulation ainsi qu'au conflit potentiel entre les libertés de circulation et les droits fondamentaux.

Néanmoins, il a été vu que les autres États membres ont, au fur et à mesure, également accordé une place centrale aux droits fondamentaux. Ainsi, malgré certaines divergences, les ordres juridiques des États membres se rejoignent dans l'objectif de respecter et de protéger l'autonomie privée et les droits fondamentaux.

Par la suite, il convient d'examiner quelle place occupent les droits fondamentaux et l'autonomie privée dans l'ordre juridique de l'Union.

Section 2 : L'autonomie privée et les droits fondamentaux confrontés à l'ordre juridique de l'Union européenne

L'autonomie privée et les droits fondamentaux ne se limitent pas aux ordres juridiques des États membres, mais jouent également un rôle dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Dans le cadre de l'examen des entraves d'origine privée, il nous paraît indispensable d'analyser ce rôle.

Après une étude portant sur l'émergence des droits fondamentaux de l'Union et l'importance de l'autonomie privée pour le marché intérieur (Paragraphe 1), nous allons explorer pourquoi la mise en œuvre de l'autonomie privée et l'application des droits fondamentaux garantissent au mieux le respect des intérêts privés (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'émergence des droits fondamentaux de l'Union et l'importance de l'autonomie privée pour le marché intérieur

Un ordre économique, tel que celui de l'Union qui est basé sur le principe de l'économie de marché, est impensable sans un facteur primordial : l'autonomie pri-

vée¹⁸⁷⁰. Elle joue un rôle crucial dans un tel ordre économique qui ne serait pas réalisable sans elle¹⁸⁷¹. Le marché intérieur nécessite l'autonomie privée car c'est elle qui permet l'échange commerciale entre les opérateurs économiques de l'Union¹⁸⁷². Ainsi, à travers la conclusion de contrats intraeuropéens, la liberté contractuelle contribue à l'intégration des marchés dans l'Union¹⁸⁷³.

Or, tout comme en droit interne, l'exercice de l'autonomie privée au sein de l'ordre juridique de l'Union est contrôlé et soumis à certaines limites, qui découlent notamment du droit de la concurrence et de la protection des consommateurs. De plus, la reconnaissance d'un effet horizontal des libertés de circulation affecte également les relations entre particuliers et, par conséquent, la liberté contractuelle, les droits fondamentaux et certains principes fondamentaux, dont notamment le principe de non-discrimination¹⁸⁷⁴. De surcroît, l'harmonisation croissante a également une incidence importante sur l'exercice de la liberté contractuelle, réglementant de plus en plus les relations de droit privé, ce qui influence considérablement la portée de la liberté contractuelle¹⁸⁷⁵.

Néanmoins, la conception de la liberté contractuelle au niveau européen diffère de celle existant au niveau des États membres. Alors que la grande majorité des ordres juridiques privés des États membres tend vers une compréhension matérielle visant à contrebalancer un déséquilibre manifeste entre les parties afin d'assurer une véritable liberté contractuelle, la conception au niveau de l'Union est marquée par l'objectif de la réalisation et du bon fonctionnement du marché intérieur¹⁸⁷⁶. Dans cette perspective, le droit des contrats est perçu comme un outil pour la réalisation du marché intérieur¹⁸⁷⁷. Les parties contractantes sont considérées comme des acteurs du marché, c'est-à-dire des commerçants et consommateurs, qui contribuent à l'établissement et

¹⁸⁷⁰ JARASS H. D., « Berufs- und Unternehmensfreiheit im Unionsrecht. Zur Abgrenzung der Berufsfreiheit des Art. 15 GRCh und der Unternehmerischen Freiheit des Art. 16 GRCh », *op.cit.*, p. 1410.

¹⁸⁷¹ *Ibid.*

¹⁸⁷² *Ibid.*

¹⁸⁷³ CHEREDNYCHENKO O.O., « Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Many Faces of Freedom of Contract in the EU », *op.cit.*, p. 274.

¹⁸⁷⁴ *Ibid.*, p. 275.

¹⁸⁷⁵ *Ibid.*, p. 274.

¹⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 278.

au bon fonctionnement du marché intérieur¹⁸⁷⁸. La conception de l'Union de la liberté contractuelle est donc fortement orientée vers le marché intérieur¹⁸⁷⁹. Par conséquent, la réglementation de la liberté contractuelle au niveau de l'Union a toujours pour but de promouvoir ce dernier¹⁸⁸⁰. Aussi, elle est liée aux libertés de circulation. En effet, l'autonomie privée rend possible l'échange intraeuropéen. Pour autant, comme nous allons le voir dans le paragraphe suivant, elle peut aussi entrer en conflit avec les libertés de circulation.

Comme dans les ordres juridiques des États membres, l'autonomie privée ne constitue pas le seul attribut dont disposent les personnes privées. Les personnes privées sont également titulaires des droits fondamentaux de l'Union, qui entretiennent des relations étroites avec l'autonomie privée.

Alors que l'autonomie privée constituait dès le début de la construction européenne un principe fondamental de l'ordre juridique de l'Union, cet ordre juridique a été initialement marqué par une absence quasi-totale des droits fondamentaux. Leur développement s'est fait progressivement.

Le traité originaire instituant la Communauté économique européenne était pratiquement silencieux au sujet des droits fondamentaux et interdisait seulement certains types de discriminations, à savoir des discriminations fondées sur la nationalité ou le sexe¹⁸⁸¹. Mais même ces quelques interdictions de discriminations avaient une portée strictement limitée au champ d'application matériel du traité CEE¹⁸⁸².

Comme le professeur Picod le fait remarquer, cette absence d'un catalogue de droits fondamentaux ou au moins d'un renvoi à la Convention EDH peut s'expliquer par la prudence des auteurs du traité originaire puisque l'insertion des droits fondamentaux

¹⁸⁷⁷ *Ibid.*

¹⁸⁷⁸ *Ibid.*

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 280.

¹⁸⁸⁰ CHEREDNYCHENKO O.O., « Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Many Faces of Freedom of Contract in the EU », *op.cit.*, p. 280.

¹⁸⁸¹ CANDELA SORIANO M. et CHENEVIÈRE C., « Le législateur et les droits de l'homme », in CANDELA SORIANO M. (dir.), *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 27.

¹⁸⁸² *Ibid.*

dans le traité instituant la CEE aurait pu être ressentie comme une tentative d'extension des compétences de la Communauté¹⁸⁸³. L'absence d'un catalogue de droits fondamentaux pourrait aussi s'expliquer par le caractère principalement économique et social de la Communauté à l'époque. En tout état de cause, nous suivons le professeur Picod dans son estimation selon laquelle une telle explication n'est pas totalement convaincante dans la mesure où le traité instituant la CEE prévoyait l'étendue de l'intégration européenne¹⁸⁸⁴.

Il a fallu attendre longtemps le premier renvoi aux droits fondamentaux. L'Acte unique européen, entré en vigueur en 1987, constitue le premier acte où les États membres déclarent être « *décidés à promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les Constitutions et lois des États membres, dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et dans la Charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale* »¹⁸⁸⁵. L'Acte unique européen marque une étape importante : le dépassement officiel de la seule sphère économique vers une intégration européenne plus profonde avec la volonté de promouvoir les droits fondamentaux¹⁸⁸⁶. Pour la première fois, les droits fondamentaux sont explicitement cités dans un acte de l'Union.

Le traité de Maastricht de 1992 rend obligatoire le respect des droits fondamentaux dans son préambule par la confirmation de l'attachement des États membres aux principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'État de droit¹⁸⁸⁷. L'article F, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne dispose expressément que l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention EDH et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit

¹⁸⁸³ PICOD F., « Les sources », in SUDRE F. et LABAYLE H. (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 130.

¹⁸⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁸⁵ Acte unique européen, signé le 17 février 1986 à Luxembourg, J.O.C.E. n° L 169 du 29 juin 1987, p. 1 ; v. aussi CANDELA SORIANO M. et CHENEVIÈRE C., « Le législateur et les droits de l'homme », *op.cit.*, p. 29.

¹⁸⁸⁶ *Ibid.*, p. 30.

¹⁸⁸⁷ *Ibid.*, p. 31.

communautaire¹⁸⁸⁸. De plus, le traité de Maastricht introduit la citoyenneté européenne¹⁸⁸⁹.

Le traité d'Amsterdam a inséré une nouvelle base juridique permettant au Conseil de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race, ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle¹⁸⁹⁰. Toutefois, cette disposition ne permet pas aux citoyens de l'Union de revendiquer un droit à la non-discrimination et n'a pas d'effet direct¹⁸⁹¹.

De plus, le traité d'Amsterdam introduit la possibilité pour le Conseil de suspendre les droits d'un État membre si ce dernier viole gravement et de manière persistante les principes de l'article 6, paragraphe 1, TUE¹⁸⁹². Cet article dispose que l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres.

Il a fallu attendre encore 8 ans jusqu'à la proclamation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en décembre 2000¹⁸⁹³. Or la Charte n'avait qu'un statut non contraignant d'accord interinstitutionnel insusceptible de contraindre les États membres¹⁸⁹⁴.

Lors de l'élaboration de la Constitution pour l'Europe, il a été décidé d'y incorporer la Charte qui aurait constitué la deuxième partie du traité constitutionnel, lui permettant ainsi d'accéder au rang du droit primaire¹⁸⁹⁵. Pour autant, les auteurs du traité constitutionnel ne voulaient pas faire de la Charte une source exclusive de droits fon-

¹⁸⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁸⁹ *Ibid.*, p. 33.

¹⁸⁹⁰ CANDELA SORIANO M. et CHENEVIÈRE C., « Le législateur et les droits de l'homme », *op.cit.*, p. 38.

¹⁸⁹¹ *Ibid.*, p. 39.

¹⁸⁹² Article 7 TUE ; v. aussi CANDELA SORIANO M. et CHENEVIÈRE C., « Le législateur et les droits de l'homme », in CANDELA SORIANO M. (dir.), *op.cit.*, p. 41.

¹⁸⁹³ PICOD F., « La hiérarchisation des sources au sein de l'article 6 TUE », in TINIÈRE R. et VIAL C. (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 44.

¹⁸⁹⁴ *Ibid.*

¹⁸⁹⁵ *Ibid.*, p. 45.

damentaux¹⁸⁹⁶. Ils avaient explicitement prévu dans le traité constitutionnel une dualité de sources, composée de la Charte comme source écrite et des principes généraux comme source non écrite élaborée par la jurisprudence¹⁸⁹⁷. Ainsi, les auteurs avaient pour but de maintenir un système ouvert de protection des droits fondamentaux susceptible de tenir compte des évolutions ainsi que des ordres juridiques des États membres¹⁸⁹⁸.

Malgré le refus de ratification du traité constitutionnel par la France et les Pays-Bas, cette dualité de sources n'a pas été abandonnée de suite, mais maintenue par les auteurs du Traité de Lisbonne¹⁸⁹⁹. Alors que la Charte n'a pas été incorporée dans le corps des traités ou dans les protocoles annexés, les auteurs du Traité de Lisbonne lui ont conféré une valeur de droit primaire¹⁹⁰⁰. Ceci découle de l'article 6, paragraphe 1, TUE qui dispose que la Charte a la même valeur juridique que les traités. Traduisant la volonté de maintenir la dualité de sources, l'article 6, paragraphe 3, TUE souligne que les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention EDH et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux.

Même si la Charte et les principes généraux constituent les deux sources majeures des droits fondamentaux, ils ne sont pas les seules¹⁹⁰¹. En effet, certaines dispositions des traités, notamment celles relatives au principe de non-discrimination et à la citoyenneté de l'Union, des actes de droit dérivé ainsi que des accords internationaux conclus par l'Union visent à protéger des droits fondamentaux¹⁹⁰². Comme le professeur Picod le souligne, il existe donc une pluralité de sources de protection des droits fondamentaux en droit de l'Union parmi lesquelles la Charte et les principes généraux occupent une place prééminente¹⁹⁰³.

¹⁸⁹⁶ *Ibid.*

¹⁸⁹⁷ *Ibid.*

¹⁸⁹⁸ PICOD F., « La hiérarchisation des sources au sein de l'article 6 TUE », *op.cit.*, p. 45.

¹⁸⁹⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰⁰ *Ibid.*, p. 46.

¹⁹⁰¹ *Ibid.*

¹⁹⁰² *Ibid.*, p. 47.

¹⁹⁰³ PICOD F., « La hiérarchisation des sources au sein de l'article 6 TUE », *op.cit.*, p. 47.

Le grand mérite de la Charte réside dans le fait qu'elle réunit pour la première fois, dans un seul texte, trois générations de droits fondamentaux : les droits civils et politiques (première génération), les droits économiques et sociaux (deuxième génération) et les droits de troisième génération, tels que la protection de l'environnement, les droits liés à la bonne administration et les droits liés à l'évolution technologique telle que la biotechnologie ou la protection des données¹⁹⁰⁴. Quant aux droits civils et politiques, l'influence de la Convention EDH est évidente, mais la Charte tient également compte des récents développements jurisprudentiels sur ce point, ainsi que de l'évolution de la société¹⁹⁰⁵. Pour les droits économiques et sociaux, la Charte s'inspire principalement de la Charte sociale européenne et de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs¹⁹⁰⁶.

La dignité humaine de la personne humaine constitue la base des droits fondamentaux de la Charte¹⁹⁰⁷. Aucun des droits inscrits dans la Charte ne peut être utilisé pour porter atteinte à la dignité d'autrui¹⁹⁰⁸. La professeure Vial souligne que la dignité humaine « *irradie* » tout le texte de la Charte et constitue « *un objectif, un principe, un droit solidement poursuivi, respecté, sauvegardé* »¹⁹⁰⁹.

De plus, le traité de Lisbonne a élevé le respect de la dignité humaine dans la hiérarchie des normes¹⁹¹⁰. L'article 2 du TUE en fait désormais la première des valeurs fondatrices de l'Union, aux côtés de la liberté, la démocratie, l'égalité, l'État de droit et le respect des droits de l'homme¹⁹¹¹. Dans ce contexte, la professeure Vial¹⁹¹² remarque que les arrêts *Viking* et *Laval* sont problématiques dans la mesure où la Cour de justice y déclare que « *dans les arrêts (...) Schmidberger et Omega, [elle] a jugé*

¹⁹⁰⁴ CANDELA SORIANO M. et CHENEVIÈRE C., « Le législateur et les droits de l'homme », *op.cit.*, p. 46.

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁹⁰⁶ *Ibid.* p. 47.

¹⁹⁰⁷ KADDOUS Ch. et PICOD F., *Traité sur l'Union européenne, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, Charte des droits fondamentaux, Traités MES et SCG*, Paris, LexisNexis, 11^e édition, 2020, p. 299.

¹⁹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁹⁰⁹ VIAL C., « Article 1 - Dignité humaine », in PICOD F., VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2019, p. 47.

¹⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 50.

¹⁹¹¹ *Ibid.*

que l'exercice des droits fondamentaux en cause, à savoir respectivement les libertés d'expression et de réunion ainsi que le respect de la dignité humaine, n'échappe pas au champ d'application des dispositions du traité et elle a considéré que cet exercice doit être concilié avec les exigences relatives aux droits protégés par ledit traité et conforme au principe de proportionnalité »¹⁹¹³.

Nous partageons entièrement l'avis de la professeure Vial qui estime que les libertés de circulation devraient s'effacer par principe devant la dignité humaine, sans qu'un test de proportionnalité soit nécessaire¹⁹¹⁴.

Malgré son importance au sein de la Charte ainsi que du système européen de protection des droits fondamentaux, la « dignité humaine » est particulièrement difficile à cibler et à définir juridiquement¹⁹¹⁵. Elle est liée à des notions diverses telles que le respect, l'autonomie privée, l'intégrité et l'autodétermination¹⁹¹⁶. Ni la Convention EDH ni la Charte ne définissent la dignité humaine¹⁹¹⁷.

La notion de dignité humaine a été fortement influencée par le philosophe Kant¹⁹¹⁸. Les juristes constitutionnels européens ont déduit de sa philosophie l'interdiction de l'instrumentalisation et de l'objectivisation des êtres humains ainsi que la directive de traiter toute personne comme une fin en soi, et non pas comme un moyen¹⁹¹⁹.

Partant de cette compréhension de la notion de dignité humaine, le premier chapitre de la Charte, intitulé « Dignité humaine », énonce dans cinq dispositions des droits divers relatifs au respect de la dignité humaine. Ainsi, l'article 2 de la Charte consacre le droit à la vie, l'article 3 énonce que toute personne a droit à son intégrité physique et mentale, l'article 4 prévoit l'interdiction de la torture et des peines ou

¹⁹¹² *Ibid.*, p. 59 s.

¹⁹¹³ CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05, *Rec.* 2007, p. I-10806, pt. 46 ; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, aff. 341/05, *Rec.* 2007, p. I-11767, pt. 94 ; VIAL C., « Article 1 - Dignité humaine », in PICOD F., VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *op.cit.*, p. 60.

¹⁹¹⁴ VIAL C., « Article 1 - Dignité humaine », in PICOD F., VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *op.cit.*, p. 60.

¹⁹¹⁵ DUPRÉ C., « Art 1 - Human Dignity », in PEERS S., HERVEY T., KENNER J. *et al.*, *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 18.

¹⁹¹⁶ *Ibid.*

¹⁹¹⁷ *Ibid.*

¹⁹¹⁸ *Ibid.*

traitements inhumains ou dégradants et l'article 5 énonce l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé. Ces dispositions expriment toutes l'idée selon laquelle il faut préserver l'intégrité humaine et interdire toute instrumentalisation ou objectification de l'être humain.

Par conséquent, avec l'entrée en vigueur de la Charte, l'ordre juridique de l'Union est désormais muni d'un instrument relativement vaste et complet de protection des droits fondamentaux.

Or, jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union était principalement assurée par la Cour de justice. La jurisprudence de la Cour de justice jouait, en effet, un rôle déterminant au sein du système européen de protection des droits fondamentaux¹⁹²⁰.

L'arrêt *Stauder*¹⁹²¹ de 1969, suivi de l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁹²² en 1970, a marqué le début de la consécration jurisprudentielle d'un système européen de protection des droits fondamentaux. La Cour de justice a retenu que « *le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux dont la Cour de justice des Communautés européennes assure le respect* »¹⁹²³.

Or, au moment de la consécration des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union, la Cour de justice n'a point réussi à maintenir une terminologie uniforme¹⁹²⁴. Ainsi, elle parle tantôt de « droit fondamental », tantôt de « principe fondamental du droit communautaire », de « principe fondamental de droit » ou encore de « principe fondamental de l'ordre juridique communautaire »¹⁹²⁵. Ceci est d'autant plus problématique que ces notions sont parfois employées par la Cour de justice pour désigner

¹⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 19.

¹⁹²⁰ MELCHIOR M., « Préface. Le juge et le législateur de l'Union et les droits de l'homme », in CANDELA SORIANO M. (dir.), *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 12.

¹⁹²¹ CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, aff. 29/69, *Rec.* 1969, p. 419.

¹⁹²² CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* 1970, p. 1125.

¹⁹²³ CJCE, arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* précité, aff. 11/70, pt. 4.

¹⁹²⁴ PICOD F., « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 529.

¹⁹²⁵ V. pour plus d'information : PICOD F., « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 530.

des principes qui ne sont pas des droits fondamentaux en tant que tels, comme, par exemple, la confiance légitime¹⁹²⁶.

Malgré cette terminologie peu uniforme, les principes généraux de droit jouent un rôle important dans le système européen de protection des droits fondamentaux. Ils permettent à la Cour de justice de reconnaître des droits fondamentaux non prévus par la Charte et, dès lors, de tenir compte de nouvelles exigences auxquelles les États membres et l'Union européenne sont confrontées¹⁹²⁷. Le professeur Picod remarque dans ce contexte que la perception de certains membres de la doctrine selon laquelle les principes généraux auraient une valeur inférieure aux traités constitutifs ne paraît pas conforme à l'esprit guidant la jurisprudence¹⁹²⁸. Pour soutenir sa thèse, l'auteur renvoie notamment aux arrêts rendus à partir des années 2000 dans lesquels la Cour de justice a opéré une mise en balance entre les libertés de circulation et les droits fondamentaux faisant partie intégrante des principes généraux du droit¹⁹²⁹. Les arrêts *Schmidberger*¹⁹³⁰ et *Omega*¹⁹³¹ illustrent particulièrement bien cette mise en balance de la libre circulation et des principes généraux de droit¹⁹³².

Néanmoins, depuis que la Charte est dotée d'un effet contraignant et dispose de la même valeur que les traités constitutifs, elle occupe la première place parmi les sources de protection citées ci-dessus, tant dans les textes du droit dérivé que dans la jurisprudence de la Cour de justice, se substituant ainsi progressivement aux principes généraux¹⁹³³. Interrogée par une juridiction nationale sur l'interprétation d'un droit fondamental, la Cour de justice s'efforce le plus possible de se référer aux dispositions pertinentes de la Charte¹⁹³⁴. Pour autant, comme le professeur Picod le révèle,

¹⁹²⁶ *Ibid.*

¹⁹²⁷ PICOD F., « La hiérarchisation des sources au sein de l'article 6 TUE », *op.cit.*, p. 52.

¹⁹²⁸ *Ibid.*, p. 53.

¹⁹²⁹ *Ibid.*

¹⁹³⁰ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, *Rec.* 2003, p. 5659.

¹⁹³¹ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, *Rec.* 2004, p. 9609.

¹⁹³² PICOD F., « La hiérarchisation des sources au sein de l'article 6 TUE », *op.cit.*, p. 53.

¹⁹³³ *Ibid.*, p. 55.

¹⁹³⁴ *Ibid.*, p. 56.

les principes généraux du droit devraient continuer « *à servir de source d'appoint, de complément et parfois d'expérimentation* »¹⁹³⁵.

Ceci d'autant plus que le champ d'application de la Charte est relativement limité. Conformément à l'article 51, paragraphe 1, la Charte s'adresse tout d'abord aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité. Le terme « institutions » désigne les organes de l'Union qui sont reconnus comme tels en vertu de l'article 13 TUE pour assurer la réalisation des tâches confiées à l'Union, soit le Parlement européen, le Conseil européen, le Conseil, la Commission européenne, la Cour de justice, la Banque centrale européenne et la Cour des comptes¹⁹³⁶. Le terme « organes » de l'Union doit être entendu largement, comprenant les organes prévus par les traités constitutifs, tels que le Comité économique et social et le Comité des régions, la Banque européenne d'investissement, aussi bien que les entités les plus diverses, créées par des actes de droit dérivé, notamment les agences de l'Union dotées de la personnalité juridique, telles que l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO) ou l'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments (EMA)¹⁹³⁷.

Les États membres, en revanche, ne sont soumis au respect de la Charte que « *lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* »¹⁹³⁸. La notion d'État membre doit également être entendue largement, désignant toutes les personnes de droit public, aussi bien les autorités centrales que les autorités régionales ou locales et les organismes publics¹⁹³⁹. Nous suivons l'avis du professeur Picod, qui considère que la Charte devrait s'appliquer « *à toutes les personnes, indépendamment de leur statut de droit public ou de droit privé, qui exercent une mission d'intérêt général et qui sont dotées*

¹⁹³⁵ *Ibid.*, p. 65.

¹⁹³⁶ PICOD F., « Article 51 - Champ d'application », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2019, p. 1227.

¹⁹³⁷ PICOD F., « Article 51 - Champ d'application », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *op.cit.*, p. 1229.

¹⁹³⁸ Article 51, paragraphe 1, de la Charte ; v. aussi BOROWSKY M., « Artikel 51 », in MEYER J. (éd.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos Kommentar, 4^e édition, 2014, p. 743 s.

¹⁹³⁹ PICOD F., « Article 51 - Champ d'application », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *op.cit.*, p. 1230.

de prérogatives exorbitantes à l'égard des personnes dont elles régissent l'activité »¹⁹⁴⁰.

En ce qui concerne la condition tenant à la mise en œuvre du droit de l'Union, elle est remplie lorsqu'un État membre adopte des mesures d'application d'une réglementation de droit de l'Union ou transpose une directive dans son droit national¹⁹⁴¹. Il en est de même lorsqu'un État membre invoque un objectif de nature à justifier une entrave à l'une des libertés de circulation¹⁹⁴². De manière générale, la jurisprudence exige un « *lien de rattachement d'un certain degré, dépassant le voisinage des matières visées* »¹⁹⁴³. Il ne suffit donc pas qu'une réglementation nationale affecte indirectement le droit de l'Union¹⁹⁴⁴.

Dans l'arrêt *Akerberg Fransson* de 2013, la Cour de justice a éclairci sa position affirmant que « *les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l'Union, mais pas en dehors de telles situations* »¹⁹⁴⁵. Les droits fondamentaux doivent, dès lors, « *être respectés lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte* »¹⁹⁴⁶.

En plus de la détermination du champ d'application personnel, l'article 51, paragraphe 1, de la Charte opère dans sa seconde phrase une distinction entre les droits qui doivent être respectés et les principes qui doivent être observés et promus¹⁹⁴⁷. Cette distinction entre « droits » et « principes » découle de la tradition française¹⁹⁴⁸.

¹⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. 1230.

¹⁹⁴¹ *Ibid.*, p. 1232 s.

¹⁹⁴² *Ibid.*, p. 1068 ; v. aussi BOROWSKY M., « Artikel 51 », in MEYER J. (éd.), *op.cit.*, p. 743 s.

¹⁹⁴³ CJUE, 6 mars 2014, *Siragusa*, aff. C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126, pt. 24; pour plus d'information comp. aussi PICOD F., « Article 51 - Champ d'application », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *op.cit.*, p. 1234.

¹⁹⁴⁴ PICOD F., « Article 51 - Champ d'application », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *op.cit.*, p. 1234 s.

¹⁹⁴⁵ CJUE, 26 février 2013, *Akerberg Fransson*, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, pt. 19.

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*, pt. 21.

¹⁹⁴⁷ Comp. aussi PICOD F., « Article 51 - Champ d'application », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *op.cit.*, p. 1240.

¹⁹⁴⁸ EHLERS D., « § 14. Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte », in EHLERS D. (éd.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Berlin, De Gruyter, 4^e édition, 2014, pt. 17.

La notion de « principe » a été introduite dans la Charte à la demande de certains États membres pour atténuer la force de certains droits sociaux et augmenter ainsi leur acceptation¹⁹⁴⁹. Comme le professeur Picod le relève, la distinction « *obscurcit la reconnaissance des droits fondamentaux que l'on pouvait légitimement attendre de la Charte* »¹⁹⁵⁰.

La notion de « droit » énoncée dans la Charte correspond à la notion de « *subjectives Recht* », c'est-à-dire de « droit subjectif » en droits allemand, autrichien et français¹⁹⁵¹. Dès lors, les dispositions qui énoncent des droits sont caractérisées par une clarté, précision et un caractère inconditionnel¹⁹⁵². Elles créent directement, par elles-mêmes, des obligations à l'égard des organes de l'Union ainsi que des États membres qui mettent en œuvre le droit de l'Union. De ce fait, les titulaires de ces droits peuvent s'en prévaloir devant les juridictions nationales et les juridictions de l'Union¹⁹⁵³. Les dispositions de la Charte consacrant des droits sont donc d'effet direct et directement invocables¹⁹⁵⁴.

La qualification de « droits » ne pose pas de difficultés, en règle générale. De nombreuses dispositions peuvent être qualifiées de droit, telles que le droit à la vie (article 2), le droit à l'intégrité de la personne (article 3), l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (article 4), l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (article 5), le droit à la liberté et à la sûreté (article 6) et ainsi de suite¹⁹⁵⁵.

Les principes, en revanche, ne sont pas inconditionnels et ne sont dès lors pas directement invocables¹⁹⁵⁶. Ils devront être mis en œuvre par les institutions de l'Union et

¹⁹⁴⁹ PICOD F., « Article 51 - Champ d'application », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *op.cit.*, p. 1244.

¹⁹⁵⁰ PICOD F., « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 531.

¹⁹⁵¹ EHLERS D. « § 14. Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte », in EHLERS D. (éd.), *op.cit.*, pt. 29.

¹⁹⁵² PICOD F., « Article 51 - Champ d'application », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *op.cit.*, p. 1241.

¹⁹⁵³ *Ibid.*

¹⁹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵⁵ Pour une liste plus longue des « droits » comp. p. ex. : PICOD F., « Article 51 - Champ d'application », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *op.cit.*, p. 1241 s.

¹⁹⁵⁶ *Ibid.*, p. 1244.

les États membres, qui sont tenus d'en promouvoir l'application¹⁹⁵⁷. Conformément à l'article 52, paragraphe 5, de la Charte, la mise en œuvre des principes peut être faite par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions et organes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union dans l'exercice de leurs compétences respectives.

Leur qualification s'avère plus difficile. La Cour de justice a pris position au sujet de plusieurs dispositions, les qualifiant de principes¹⁹⁵⁸. Il en est ainsi de l'article 26 de la Charte qui prévoit que « *l'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté* » et de l'article 27 qui prévoit un droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise et qui doit être concrétisé par des mesures nationales ou européennes pour produire des effets. Cela a amené la Cour de justice à lui dénier le caractère de droit subjectif invocable en tant que tel par les particuliers¹⁹⁵⁹. La protection de l'environnement (article 37 de la Charte) et la protection des consommateurs (article 38 de la Charte) constituent également des principes et non des droits¹⁹⁶⁰.

L'article 52, paragraphe 5, de la Charte précise que l'invocation des principes devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes. Ainsi, leur justiciabilité est restreinte et « *médiate* »¹⁹⁶¹. Toutefois, selon le professeur Picod, il n'est pas exclu que le juge reconnaisse à un particulier le droit de se prévaloir d'un principe non mis en œuvre, « *compte tenu de l'importance du principe et des violations auxquelles il est susceptible de donner lieu* »¹⁹⁶².

Enfin, dans une de ses dispositions finales, la Charte règle son articulation avec la Convention EDH. L'article 52, paragraphe 3, de la Charte dispose que dans la mesure où celle-ci contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention

¹⁹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁹⁵⁸ PICOD F., « Article 51 - Champ d'application », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *op.cit.*, p. 1245.

¹⁹⁵⁹ *Ibid.*, p. 1246.

¹⁹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁹⁶¹ *Ibid.*, p. 1244.

¹⁹⁶² *Ibid.*

EDH, leur sens et leur portée sont les mêmes que celle conférée par ladite convention. Ainsi, la Charte codifie la jurisprudence de la Cour de justice, qui prenait déjà en compte la Convention EDH ainsi que la jurisprudence de la Cour EDH pertinente¹⁹⁶³. La dernière phrase du troisième paragraphe de l'article 52 de la Charte précise que cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue que la Convention EDH.

Nous pouvons en conclure que la Charte contient des dispositions précises quant à son champ d'application et sa portée. Néanmoins, une question centrale n'y est pas mentionnée : celle de l'applicabilité des dispositions de la Charte aux personnes privées. Dans le contexte de la présente thèse, il est particulièrement intéressant de savoir si les dispositions de la Charte sont également applicables aux personnes privées et si elles peuvent être invoquées par ces dernières dans un litige entre particuliers.

La Charte s'adresse explicitement aux institutions de l'Union et aux États membres. Elle ne mentionne pas les personnes privées. Certains droits fondamentaux énoncés par la Charte s'adressent exclusivement aux institutions et États membres, tels que le droit d'asile prévu par l'article 18 de la Charte ou les articles 39 et suivants de la Charte relatifs à la citoyenneté européenne¹⁹⁶⁴.

D'autres droits fondamentaux de la Charte, en revanche, ont vocation à être appliqués aux relations entre particuliers¹⁹⁶⁵. Nous pouvons citer l'article 32 de la Charte qui impose l'interdiction du travail des enfants, le principe de traitement égal garanti par l'article 21 de la Charte, le droit à l'égalité entre femmes et hommes dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération énoncé par l'article 22 de la Charte et le droit à la négociation et à l'action collective consacré par l'article 28 de la Charte¹⁹⁶⁶. Par leur nature même, ces dispositions s'appliquent aux relations entre particuliers puisqu'elles se réalisent exclusivement dans les rela-

¹⁹⁶³ BAILLEUX A., « Article 52-2 - Portée et interprétation des droits et principes », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2019, p. 1294.

¹⁹⁶⁴ SEIFERT A., « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé », *op.cit.*, p. 821.

¹⁹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶⁶ *Ibid.*

tions de droit privé¹⁹⁶⁷. Les institutions de l'Union et les États membres doivent assurer le plein effet de ces droits.

Ainsi, la Charte impose non seulement des interdictions, mais également des obligations positives aux institutions et organes de l'Union ainsi qu'aux États membres qui doivent non seulement s'abstenir de violer les dispositions de la Charte, mais qui doivent également protéger les droits garantis par la Charte contre des atteintes des tiers¹⁹⁶⁸.

Quant à l'applicabilité (directe) des droits fondamentaux aux personnes privées, le débat remonte aux arrêts *Mangold*¹⁹⁶⁹ et *Küçükdeveci*¹⁹⁷⁰, dans lesquels la Cour de justice a jugé que le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, tel que mis en œuvre par la directive 2000/78, s'appliquait directement dans le cadre d'une relation de travail entre personnes privées¹⁹⁷¹. Cette jurisprudence a suscité un vif débat doctrinal¹⁹⁷². La doctrine et les juridictions nationales s'interrogeaient notamment sur son fondement légal ainsi que sa portée¹⁹⁷³.

Dans l'arrêt *Association de médiation sociale*¹⁹⁷⁴ de 2014, la Cour de justice a précisé sa jurisprudence antérieure relative à l'effet horizontal des droits fondamentaux européens¹⁹⁷⁵. La Cour de justice a considéré que même une disposition claire, précise et inconditionnelle d'une directive qui vise à conférer des droits ou à imposer des obligations aux personnes privées ne saurait trouver une application directe en tant que telle dans le cadre d'un litige entre particuliers¹⁹⁷⁶.

¹⁹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁹⁶⁸ CREMER H.-J., « § 1. Funktionen der Grundrechte », in GRABENWARTER Ch., HATJE A. et MÜLLER-GRAFF P.-C. (éd.), *op.cit.*, p. 68 s.

¹⁹⁶⁹ CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, aff. C-144/04, *Rec.* 2005, p. 9981.

¹⁹⁷⁰ CJUE, 19 janvier 2010, *Küçükdeveci*, aff. C-555/07, *Rec.* 2010, p. 365.

¹⁹⁷¹ *Ibid.*, dispositif pt. 2.

¹⁹⁷² V. p. ex. DITTERT D., « Droits fondamentaux européen : vers un effet direct horizontal généralisé ? », *Revue des affaires européennes*, 2014, n° 1, p. 177.

¹⁹⁷³ *Ibid.*

¹⁹⁷⁴ CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2.

¹⁹⁷⁵ V. avec plus de références : DITTERT D., « Droits fondamentaux européen : vers un effet direct horizontal généralisé ? », *op.cit.*, p. 178 s.

¹⁹⁷⁶ *Ibid.*, p. 180.

Quant à la question de savoir si l'article 27 de la Charte, qui consacre le droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise, produit un effet horizontal direct, la Cour de justice y a répondu par la négative¹⁹⁷⁷. Elle a notamment souligné que les termes de l'article 27 de la Charte sont vagues et renvoient aux conditions de mise en œuvre prévues par le droit de l'Union ainsi que par les législations et pratiques nationales¹⁹⁷⁸.

L'importance de l'affaire *Association de médiation sociale* réside dans le fait qu'il s'agit du premier arrêt où la Cour de justice a reconnu que les droits fondamentaux de l'Union sont *susceptibles* de produire un effet horizontal direct, c'est-à-dire d'être appliqués en tant que tels dans les litiges entre particuliers¹⁹⁷⁹. Or, afin de produire un effet horizontal direct, le droit fondamental en question doit se suffire à lui-même pour conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel¹⁹⁸⁰. Ainsi, la Cour de justice introduit un critère d'auto-suffisance du droit fondamental en question¹⁹⁸¹.

Dans une série d'arrêts rendus le 6 novembre 2018, la Cour de justice a confirmé son approche. La première affaire, l'affaire *Max Planck*¹⁹⁸², portait sur l'interprétation de l'article 7 de la directive 2003/88/CE relative à certains aspects de l'aménagement du temps de travail ainsi que de l'article 31, paragraphe 2, de la Charte¹⁹⁸³. Le litige opposait la Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaft, à l'un de ses anciens salariés, au sujet du refus de Max-Planck de lui verser une indemnité financière au titre de congés annuels payés non pris avant la fin de la relation de travail¹⁹⁸⁴. Le litige opposait donc un employeur à un ancien employé et constituait par conséquent un litige entre personnes privées. Dans son renvoi préjudiciel, la juridiction allemande soulignait que Max-Planck doit être considérée comme un particulier et a invi-

¹⁹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁹⁷⁸ V. aussi DITTERT D., « Droits fondamentaux européen : vers un effet direct horizontal généralisé ? », *op.cit.*, p. 180.

¹⁹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁹⁸⁰ CJUE, arrêt *Association de médiation sociale* précité, aff. C-176/12, pt. 47 et 49.

¹⁹⁸¹ DITTERT D., « Droits fondamentaux européen : vers un effet direct horizontal généralisé ? », *op.cit.*, p. 181.

¹⁹⁸² CJUE, 6 novembre 2018, *Max-Planck*, aff. C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874.

¹⁹⁸³ *Ibid.*, pt. 1.

té la Cour de justice à préciser si l'article 7 de ladite directive ou l'article 31, paragraphe 2, de la Charte bénéficie d'un effet direct dans les relations entre les particuliers¹⁹⁸⁵. La question de l'effet horizontal direct de la Charte a donc été ouvertement posée.

Renvoyant à sa jurisprudence antérieure, la Cour de justice réaffirme que « *même claire, précise et inconditionnelle, une disposition d'une directive visant à conférer des droits ou à imposer des obligations aux particuliers ne saurait trouver application en tant que telle dans le cadre d'un litige qui oppose exclusivement des particulier* »¹⁹⁸⁶. Quant à l'article 31, paragraphe 2 de la Charte, la Cour de justice rappelle que le droit au congé annuel payé constitue « *un principe essentiel du droit social de l'Union* »¹⁹⁸⁷. Renvoyant à divers instruments internationaux, la Cour de justice constate que l'article 7 de la directive 2003/88/CE n'a pas lui-même instauré ce droit, mais a juste repris ce droit qui « *revêt, en tant que principe essentiel du droit social de l'Union, un caractère impératif* »¹⁹⁸⁸.

Après avoir constaté que le droit à une période de congés annuels payés, consacré dans le chef de tout travailleur par l'article 31, paragraphe 2, de la Charte revêt un caractère impératif et inconditionnel, la Cour de justice affirme que ladite disposition « *se suffit à elle-même pour conférer aux travailleurs un droit invocable en tant que tel, dans un litige qui les oppose à leur employeur dans une situation couverte par le droit de l'Union et relevant, par conséquent, du champ d'application de la Charte* »¹⁹⁸⁹. Le juge national doit laisser inappliqué toute disposition contraire et les employeurs privés ne peuvent pas s'en prévaloir pour se soustraire au paiement d'une telle indemnité¹⁹⁹⁰.

¹⁹⁸⁴ *Ibid.*, pt.2.

¹⁹⁸⁵ *Ibid.*, pt.16.

¹⁹⁸⁶ *Ibid.*, pt. 67.

¹⁹⁸⁷ *Ibid.*, pt. 69.

¹⁹⁸⁸ *Ibid.*, pt. 72.

¹⁹⁸⁹ CJCE, arrêt *Max-Planck* précité, aff. C-684/16, pt. 74.

¹⁹⁹⁰ *Ibid.*, pt. 75.

La Cour de justice souligne que la Charte n'aborde pas son application aux personnes privées¹⁹⁹¹. Cependant, pour la Cour de justice, un effet horizontal direct « *de certaines dispositions* » de la Charte n'est pas exclu¹⁹⁹². Renvoyant à sa jurisprudence antérieure ainsi qu'au caractère précis et inconditionnel de l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, la Cour de justice reconnaît un effet horizontal direct à ladite disposition¹⁹⁹³.

Dans deux affaires jointes portant sur l'interprétation des mêmes dispositions, c'est-à-dire de l'article 7 de la directive 2003/88/CE et de l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, la Cour de justice a confirmé cette approche¹⁹⁹⁴.

Nous pouvons déduire de cette jurisprudence qu'au moins « *certaines dispositions* » de la Charte disposent d'un effet horizontal direct. Reste à savoir lesquelles. Tout comme le professeur Picod, nous estimons qu'une approche différenciée s'impose car la reconnaissance de l'effet horizontal direct à tous les droits fondamentaux « *pourrait être excessive et parfois irréaliste* »¹⁹⁹⁵. Il plaide pour une attribution nuancée de l'effet horizontal direct des droits fondamentaux de l'Union en fonction de la nature des droits consacrés et des obligations qu'ils génèrent¹⁹⁹⁶.

Cette approche nous paraît raisonnable et équilibrée. Il serait en effet excessif de reconnaître un effet direct à toutes les dispositions de la Charte. Certaines ne contiennent pas de droits mais des principes. D'autres, dont notamment celles qui consacrent des droits politiques, s'adressent avant tout aux institutions et/ou aux États membres. En revanche certaines dispositions, notamment en matière de droit social, se prêtent bien à un effet horizontal direct, faute de quoi leur effet utile se trouverait compromis. Ceci a été confirmé par la Cour de justice dans la série d'arrêts rendus le 6 novembre 2018.

¹⁹⁹¹ *Ibid.*, pt. 76.

¹⁹⁹² *Ibid.*

¹⁹⁹³ *Ibid.*, pt. 76-81.

¹⁹⁹⁴ CJCE, 6 novembre 2018, *Bauer*, aff. jts. C-569/16 et C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871.

¹⁹⁹⁵ PICOD F., « Les sources », *op.cit.*, p. 168.

¹⁹⁹⁶ *Ibid.*

Dans le paragraphe suivant, nous allons déterminer quels droits fondamentaux européens se prêtent à une invocation par les personnes privées, notamment en présence d'un conflit entre une liberté de circulation et un droit fondamental. Ce faisant, nous allons démontrer pourquoi la mise en œuvre de l'autonomie privée et l'application des droits fondamentaux constituent les meilleurs garants du respect des intérêts privés.

Paragraphe 2 : La mise en œuvre de l'autonomie privée et l'application des droits fondamentaux comme garants du respect des intérêts privés

Généralement, la relation entre les droits fondamentaux et les libertés de circulation est une relation harmonieuse¹⁹⁹⁷. Les droits fondamentaux agissent comme une limite à la faculté des États d'invoquer des dérogations aux libertés de circulation¹⁹⁹⁸. Dans ce contexte, nous pouvons citer les arrêts *Cinéthèque*¹⁹⁹⁹, *ERT*²⁰⁰⁰, *Carpenter*²⁰⁰¹ et *Festersen*²⁰⁰² dans lesquels les droits fondamentaux ont renforcé les libertés de circulation en cause et ont, dès lors, contribué à la réalisation du marché intérieur²⁰⁰³.

Ainsi, dans l'affaire *Familiapress*, la Cour de justice a souligné que « *lorsqu'un État membre invoque des exigences impératives pour justifier une législation qui est de nature à entraver l'exercice de la libre circulation des marchandises, cette justification doit être également interprétée à la lumière des principes généraux du droit et notamment des droits fondamentaux* »²⁰⁰⁴.

Dans ces affaires, l'objectif de la protection des droits fondamentaux a limité la marge de manœuvre des États membres dans l'invocation des justifications aux en-

¹⁹⁹⁷ KADDOUS Ch., « Droits de l'homme et libertés de circulation : complémentarité ou contradiction ? », in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 563.

¹⁹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹⁹ CJCE, 11 juillet 1985, *Cinéthèque*, aff.jts. C-60/84 et C-61/84, *Rec.* 1985, p. I-2605.

²⁰⁰⁰ CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, *Rec.* 1991, p. I-2925.

²⁰⁰¹ CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter*, aff. C-60/00, *Rec.* 2002, p. I-6279.

²⁰⁰² CJCE, 25 janvier 2007, *Festersen*, aff. C-370/05, *Rec.* 2007, p. I-1129.

²⁰⁰³ V. aussi KADDOUS C., « Droits de l'homme et libertés de circulation : Complémentarité ou contradiction ? », *op.cit.*, p. 564.

²⁰⁰⁴ CJCE, 16 juin 1997, *Familiapress*, aff. C-368/95, *Rec.* 1997, p. I-3689, pt. 24.

traves et a, de ce fait, renforcé l'objectif de l'établissement et du bon fonctionnement du marché intérieur²⁰⁰⁵.

Dès lors, ces affaires illustrent la complémentarité entre les droits fondamentaux et les libertés de circulation qui agissent ensemble pour combattre une mesure nationale restrictive portant atteinte au marché intérieur²⁰⁰⁶.

Or nous avons constaté que les droits fondamentaux peuvent aussi entrer en conflit avec les libertés de circulation. Ce conflit peut se présenter dans le cas d'une entrave étatique mais encore plus souvent dans le cas d'une entrave d'origine privée puisque l'auteur de la mesure est toujours, en même temps, titulaire des droits fondamentaux. Ainsi, les conflits potentiels sont immanents à toute reconnaissance d'un effet horizontal des libertés de circulation.

De plus, les personnes privées disposent de l'autonomie privée tant dans les ordres juridiques des États membres que dans celui de l'Union.

Dans ce contexte, le professeur Dubout critique le fait que la reconnaissance d'un effet direct horizontal des libertés de circulation entraîne un « *défi majeur* », à savoir la limitation de l'autonomie privée des personnes privées²⁰⁰⁷. En effet, il est indéniable que l'effet direct horizontal impose des obligations individuelles et résulte d'une privatisation des libertés de circulation²⁰⁰⁸. Pour remédier à cette limitation de l'autonomie privée et à la négligence d'intérêts privés, le professeur Dubout propose une horizontalisation du régime des libertés de circulation « *consistant à placer sur un même pied l'autonomie privée de la partie revendiquant une atteinte à la mobilité et l'autonomie privée de celle à qui cette atteinte est reprochée* »²⁰⁰⁹. Cela nécessite, selon le professeur Dubout, « *de revoir en profondeur le contrôle des entraves au*

²⁰⁰⁵ V. p. ex. PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 650.

²⁰⁰⁶ KADDOUS C., « Droits de l'homme et libertés de circulation : Complémentarité ou contradiction ? », *op.cit.*, p. 571 ; v. aussi PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : Une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 650.

²⁰⁰⁷ DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », in DUBOUT E. et MAITROT DE LA MOTTE A. (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 109.

²⁰⁰⁸ *Ibid.*

*profit d'une lecture moins "priorisant" de la liberté de circuler par rapport aux intérêts privés contraires qui seraient reconnus pertinents »*²⁰¹⁰.

Le professeur Roth va dans le même sens. Il souligne qu'une différence fondamentale entre les États membres et les personnes privées réside dans le fait que les personnes privées agissent dans l'exercice de leur autonomie privée²⁰¹¹. Par conséquent, elles ne doivent, en principe, pas justifier leurs actes et comportements²⁰¹². Renvoyant aux conclusions de l'Avocat général Poiras Maduro dans l'affaire *Viking*, le professeur Roth estime qu'il convient d'appliquer des critères différents aux personnes privées par rapport à ceux applicables en présence d'une entrave émanant d'un État membre, qui tiendrait compte notamment de certains intérêts privés, expression de leur autonomie privée²⁰¹³.

Selon le professeur Roth, il est nécessaire d'accorder une place plus importante à l'autonomie privée dans le cadre de l'examen de la justification d'une entrave d'origine privée²⁰¹⁴. Ceci devrait être effectué par le biais d'une mise en balance de deux intérêts conflictuels de même valeur : la libre circulation et l'autonomie privée²⁰¹⁵. Le conflit entre l'autonomie privée et la libre circulation devrait être résolu au cas par cas, en tenant dûment compte des intérêts concurrents²⁰¹⁶.

Nous suivons entièrement les considérations des professeurs Dubout et Roth. Tout comme le professeur Dubout, nous estimons notamment que le contrôle des entraves doit être modifié en présence d'une entrave d'origine privée afin de tenir compte des intérêts privés pertinents, en particulier de l'autonomie privée et des droits fondamentaux.

²⁰⁰⁹ *Ibid.*, p. 131.

²⁰¹⁰ *Ibid.*

²⁰¹¹ ROTH W.-H., « Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags », in BEUTHIEN V., FUCHS M., ROTH H. *et al.*, *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2009, p. 416.

²⁰¹² ROTH W.-H., « Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags », *op.cit.*, p. 417.

²⁰¹³ *Ibid.*

²⁰¹⁴ *Ibid.*

²⁰¹⁵ *Ibid.*

²⁰¹⁶ *Ibid.*, p. 419.

Par la suite, nous allons examiner quels droits fondamentaux se prêtent particulièrement bien à être invoqués par les personnes privées pour justifier une entrave à l'une des libertés de circulation.

Notre raisonnement commence par la liberté d'association, énoncée à l'article 12, paragraphe 1, de la Charte, prise avec la liberté de réunion. Ces deux libertés sont essentielles pour une société démocratique²⁰¹⁷. La liberté de réunion pacifique et la liberté d'association permettent l'expression des idées et opinions, notamment dans le domaine politique, ce qui est indispensable pour une société démocratique²⁰¹⁸.

La Cour de justice a reconnu la liberté d'association comme principe général du droit dans l'arrêt *Bosman*²⁰¹⁹ et la liberté de réunion dans l'arrêt *Schmidberger*²⁰²⁰. Dans les deux arrêts, la liberté d'association, expression de l'autonomie privée, est entrée en conflit avec la libre circulation. Ceci démontre que l'invocation de cette liberté dans le cadre d'une entrave d'origine privée n'est pas de nature hypothétique, mais a déjà été appliquée en pratique.

Toutefois, la jurisprudence relative à l'article 12, paragraphe 1, de la Charte est relativement faible, ce qui s'explique par l'existence de l'article 28 de la Charte qui consacre le droit de négociation et d'actions collectives pour les travailleurs. Dès lors, l'article 28 de la Charte constitue le prolongement de l'article 12, protégeant spécifiquement l'action syndicale²⁰²¹.

Seules les réunions pacifiques bénéficient de la protection de l'article 12, paragraphe 1, de la Charte²⁰²². Or la légalité ou l'illégalité n'a pas d'influence sur le caractère pacifique ou non d'une réunion²⁰²³. Il s'ensuit que les autorités doivent éventuelle-

²⁰¹⁷ DUCOULOMBIER P., « Article 12 - Liberté de réunion et d'association », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2019, p. 314.

²⁰¹⁸ *Ibid.*

²⁰¹⁹ CJCE, arrêt *Bosman* précité, aff. C-415/93, pt 79.

²⁰²⁰ CJCE, arrêt *Schmidberger* précité, aff. C-112/00, pt. 71.

²⁰²¹ DUCOULOMBIER P., « Article 12 - Liberté de réunion et d'association », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S., *op.cit.*, p. 320.

²⁰²² *Ibid.*, p. 322.

²⁰²³ *Ibid.*, p. 323.

ment tolérer les manifestations non autorisées mais pacifiques²⁰²⁴. Ceci doit également être pris en compte lors d'une mise en balance entre la libre circulation et la liberté de réunion.

Un autre droit fondamental fortement lié aux personnes privées et à l'exercice d'une activité économique est la liberté professionnelle et le droit de travailler, consacrés par l'article 15, paragraphe 1, de la Charte qui énonce le droit de toute personne de travailler et de choisir librement sa profession²⁰²⁵. Dans ce contexte, il est intéressant de noter que lors de l'élaboration de la Charte, la Convention a choisi de consacrer « la liberté professionnelle et le droit de travailler » plutôt qu'un « droit au travail », tel qu'il figure, par exemple, dans la Charte sociale européenne²⁰²⁶. Ceci démontre que les auteurs de la Charte voulaient consacrer le droit au travail dans sa seule dimension de liberté et non pas dans sa dimension de créance²⁰²⁷. La liberté professionnelle et le droit de travailler protège ainsi le libre accès au marché du travail et le libre choix de la profession²⁰²⁸.

Depuis l'arrêt *Nold* de 1974, la Cour de justice a reconnu la liberté professionnelle comme principe général du droit²⁰²⁹.

L'article 15, paragraphe 2, de la Charte consacre le droit de tout citoyen et toute citoyenne de l'Union de chercher un emploi, de travailler, de s'établir ou de fournir des services dans tout État membre. Cette disposition reprend donc la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et la libre prestation des services. Ainsi, le deuxième paragraphe de l'article 15 de la Charte vise spécifiquement la liberté professionnelle et le droit de travailler dans le cadre d'un déplacement et consacre un droit spécifique au bénéfice des citoyens de l'Union²⁰³⁰.

²⁰²⁴ *Ibid.*

²⁰²⁵ DERMINE E., « Article 15 - Liberté professionnelle et droit de travailler », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2019, p. 371.

²⁰²⁶ *Ibid.*, p. 374.

²⁰²⁷ *Ibid.*

²⁰²⁸ *Ibid.*, p. 371.

²⁰²⁹ CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, *Rec.* 1974, pt. 12 à 14; DERMINE E., « Article 15 - Liberté professionnelle et droit de travailler », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *op.cit.*, p. 379.

²⁰³⁰ *Ibid.*, p. 389.

La liberté d'entreprise, énoncée par l'article 16 de la Charte, reste méconnue par la doctrine ainsi que les juridictions nationales. La Cour de justice elle-même semble hésiter à reconnaître une violation de cette liberté en privilégiant la protection d'autres droits, tels que le droit à la propriété intellectuelle²⁰³¹.

Ceci est d'autant plus étonnant que la reconnaissance de la liberté d'entreprise en tant que droit fondamental européen coïncide avec la consécration des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union²⁰³². En effet, dans les arrêts *Nold* et *Stauder* dans lesquels la Cour de justice a pour la première fois reconnu des droits fondamentaux européens, elle a fait référence au droit au travail, à la liberté d'entreprise et au droit d'exercer une activité économique²⁰³³.

Selon les explications des élaborateurs de la Charte, l'article 16 de la Charte comprend trois facettes : la liberté d'exercer une activité économique et commerciale, la liberté de contracter et la liberté de concurrence²⁰³⁴. Ainsi, l'article 16 de la Charte consacre la liberté contractuelle et constitue, dès lors, la concrétisation la plus importante de l'autonomie privée²⁰³⁵.

De ce fait, elle devrait, à notre sens, jouer un rôle plus important dans le cadre des entraves d'origine privée. D'autant plus que la jurisprudence de la Cour de justice relative à la liberté d'entreprise, telle que désormais consacrée par l'article 16 de la Charte, correspond en grande partie à l'interprétation de cette liberté par les juridictions constitutionnelles nationales²⁰³⁶. Nous en déduisons que la liberté contractuelle

²⁰³¹ LEONARD T. et SALTEUR J., « Article 16 - Liberté d'entreprise », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2019, p. 397.

²⁰³² EVERSON M. et GONCALVES R.C. « Art 16 - Freedom to Conduct a Business », in PEERS S., HERVEY T., KENNER J. *et al.*, *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 440.

²⁰³³ *Ibid.*

²⁰³⁴ LEONARD T. et SALTEUR J., « Article 16 - Liberté d'entreprise », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *op.cit.*, p. 398.

²⁰³⁵ PREEDY K., *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten*, Berlin, Duncker&Humblot, 2005, p. 163.

²⁰³⁶ CHEREDNYCHENKO O.O., « Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Many Faces of Freedom of Contract in the EU », *op.cit.*, p. 287.

comme manifestation de l'autonomie privée peut être invoquée pour justifier une entrave à l'une des libertés de circulation²⁰³⁷.

Une autre disposition particulièrement importante dans le cadre de notre étude est l'article 21 de la Charte qui interdit toute discrimination. Cette disposition est l'expression spécifique du principe général d'égalité de traitement consacré à l'article 20 de la Charte²⁰³⁸. En tant que tel, l'article 21 de la Charte impose que « *des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié* »²⁰³⁹.

Il s'ensuit qu'une différence de traitement n'est admissible que si elle est prévue par la loi ou nécessaire à la réalisation de l'un des objectifs d'intérêt général reconnu par l'Union ou au besoin de protection des droits et des libertés d'autrui. Cette différence de traitement doit respecter le principe de proportionnalité et est sous condition qu'elle ne vide pas le principe de non-discrimination de son contenu essentiel²⁰⁴⁰.

L'article 21, paragraphe 1, de la Charte comporte un catalogue ouvert et actualisé de motifs discriminatoires prohibés, à l'exception de la discrimination fondée sur la nationalité qui est reprise au paragraphe 2 dudit article et qui reprend « *purement et simplement* » l'article 18 TFUE²⁰⁴¹. Depuis le traité de Lisbonne, l'article 2 TUE place l'égalité, la non-discrimination et l'égalité entre les femmes et les hommes au rang des valeurs de l'Union communes aux États membres²⁰⁴². En plus, conformément à l'article 3, paragraphe 3, TUE, l'Union combat l'exclusion sociale et les discriminations. Dès lors, tant le droit primaire que le droit dérivé interdisent différentes formes

²⁰³⁷ Du même avis: CHEREDNYCHENKO O.O., « Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Many Faces of Freedom of Contract in the EU », *op.cit.*, p. 288.

²⁰³⁸ BRIBOSIA E., RORIVE I. et HISLAIRE J., « Article 21 - Non-discrimination », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2019, p. 577.

²⁰³⁹ CJUE, 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals*, aff. C-550/07, *Rec.* 2010, p. I-8301, pts. 54-55.

²⁰⁴⁰ V. aussi BRIBOSIA E., RORIVE I. et HISLAIRE J., « Article 21 - Non-discrimination », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *op.cit.*, p. 588.

²⁰⁴¹ *Ibid.*, p. 581.

²⁰⁴² *Ibid.*, p. 578.

de discriminations²⁰⁴³. Combattre les discriminations constitue un des objectifs majeurs de l'Union²⁰⁴⁴.

L'article 21 est également étroitement lié à d'autres dispositions de la Charte, telles que l'article 20 (égalité devant la loi), l'article 23 (égalité entre femmes et hommes), les articles 24 et 25 (droits de l'enfant et des personnes âgées) et l'article 26 (intégration des personnes handicapées)²⁰⁴⁵.

Dans l'arrêt *Association de médiation sociale*²⁰⁴⁶, la Cour de justice a reconnu un effet horizontal à l'article 21 de la Charte, combiné au principe général de non-discrimination dont il est la consécration²⁰⁴⁷. La Cour de justice a affirmé que « l'article 21, paragraphe 1, de la Charte se suffit à lui-même pour conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel »²⁰⁴⁸. Cette approche est cohérente avec la jurisprudence désormais constante de la Cour de justice relative à la reconnaissance de l'effet horizontal du principe général de non-discrimination²⁰⁴⁹, de l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe²⁰⁵⁰ et sur la nationalité²⁰⁵¹.

Avec sa liste actualisée et ouverte de motifs de discriminations prohibés, l'article 21 de la Charte complète le système juridique européen de non-discrimination²⁰⁵². La Cour de justice semble encore privilégier d'autres sources du droit de la non-discrimination, dont notamment le principe général de non-discrimination ou les directives qui le concrétisent. Pour l'instant, l'article 21 de la Charte joue le plus souvent un simple rôle probatoire dans la jurisprudence de la Cour de justice et est desti-

²⁰⁴³ *Ibid.*

²⁰⁴⁴ *Ibid.*

²⁰⁴⁵ BRIBOSIA E., RORIVE I. et HISLAIRE J., « Article 21 - Non-discrimination », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *op.cit.*, p. 579.

²⁰⁴⁶ CJUE, arrêt *Association de médiation sociale* précité, aff. C-176/12.

²⁰⁴⁷ BRIBOSIA E., RORIVE I. et HISLAIRE J., « Article 21 - Non-discrimination », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *op.cit.*, p. 586.

²⁰⁴⁸ CJUE, arrêt *Association de médiation sociale* précité, aff. C-176/12, pt. 47.

²⁰⁴⁹ V. BRIBOSIA E., RORIVE I. et HISLAIRE J., « Article 21 - Non-discrimination », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *op.cit.*, p. 587.

²⁰⁵⁰ CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne II*, aff. 43/75, *Rec.* 1976, p. 455.

²⁰⁵¹ CJCE, 6 juin 2000, *Angonese*, aff. C-281/98, *Rec.* 2000, p. I-4139.

²⁰⁵² BRIBOSIA E., RORIVE I. et HISLAIRE J., « Article 21 - Non-discrimination », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *op.cit.*, p. 606.

né à renforcer son raisonnement. Il ne constitue pas la base de celui-ci²⁰⁵³. Or, récemment, la plus-value de l'article 21 de la Charte semble avoir pu ressortir dans la jurisprudence, même si elle est encore limitée à quelques affaires ponctuelles²⁰⁵⁴.

Dans le contexte de la non-discrimination, il faut également aborder le principe de l'égalité entre femmes et hommes, énoncés, entre autres, à l'article 23 de la Charte, qui est depuis longtemps reconnu comme un principe fondamental de l'Union²⁰⁵⁵. Dans son célèbre arrêt *Defrenne II* de 1976, la Cour de justice a reconnu l'effet horizontal de l'égalité entre femmes et hommes²⁰⁵⁶.

Dans le contexte spécifique des entraves d'origine privée, le chapitre IV de la Charte, intitulé « Solidarité », mérite un examen approfondi. Ce chapitre consacre un certain nombre de droits économiques et sociaux qui pourraient être invoqués par les personnes privées pour justifier une entrave à l'une des libertés de circulation.

Avant de traiter en détail du droit de négociation et d'actions collectives, il convient d'aborder l'article 31 de la Charte qui consacre le droit à des conditions de travail justes et équitables. Selon l'Avocat général Cruz Villalón, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne a pour conséquence qu'il faut désormais prendre en considération, dans l'appréciation d'une restriction de l'une des libertés de circulation, « *plusieurs dispositions de droit social primaire touchant au cadre des libertés* »²⁰⁵⁷.

L'Avocat général Cruz Villalón estime encore que l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne exige que les conditions de travail, invoquées pour justifier une entrave, « *doivent cesser d'être interprétées de manière restrictive. Dans la mesure où la protection du travailleur intervient comme facteur méritant la protection des traités eux-mêmes, l'on ne se trouve pas devant une simple dérogation à une liberté, ni en-*

²⁰⁵³ *Ibid.*, p. 608.

²⁰⁵⁴ *Ibid.*

²⁰⁵⁵ JACQUMAIN J., « Article 23 - Égalité entre femmes et hommes », in PICOD F. et VAN DROOGHEN-BROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2019, p. 631.

²⁰⁵⁶ CJCE, arrêt *Defrenne II* précité, aff. 43/75.

²⁰⁵⁷ Conclusions de l'AG Cruz Villalón du 5 mai 2010 sur l'affaire *Dos Santos Palhota*, aff. C-515/08, ECLI:EU:C:2010:245, pt. 51 ; v. aussi ROBIN-OLIVIER S., « Article 31 - Conditions de travail justes et

core moins devant une exception non écrite découlant de la jurisprudence. Le nouveau cadre de droit primaire, dans la mesure où il impose nécessairement un degré élevé de protection sociale, permet aux États membres, en vue de garantir un certain niveau de protection sociale, de limiter une liberté, et de le faire sans que le droit de l'Union le considère comme quelque chose d'extraordinaire, et donc méritant une analyse restrictive »²⁰⁵⁸.

Nous souscrivons pleinement les affirmations de l'Avocat général qui met en avant le rôle primordial des droits fondamentaux, notamment des droits sociaux, et n'hésite pas à rappeler la place qu'ils occupent désormais dans l'ordre juridique de l'Union, disposant de la même valeur que les traités. Nous estimons que ses considérations doivent *mutatis mutandis* être transférées aux entraves d'origine privée.

En effet, dans le contexte des entraves d'origine privée, les dispositions de droit social primaire telles que la protection des travailleurs et le droit à des conditions de travail justes et équitables doivent être prises en considération dans l'appréciation d'une restriction à l'une des libertés de circulation. Ce faisant, il ne faut ni soumettre ces justifications à une interprétation restrictive, ni les traiter comme une dérogation textuelle ou jurisprudentielle. Il faut, au contraire, reconnaître que ces droits sociaux divers participent du droit primaire et sont l'expression de la politique sociale de l'Union, qu'il convient de concilier avec sa politique économique. Au regard des disparités considérables qui existent dans les domaines de droit du travail et de sécurité sociale dans les États membres, une confrontation entre une liberté de circulation et un des droits énoncés dans les articles 27 à 38 de la Charte nous paraît réaliste et de plus en plus fréquente. Les affaires *Viking* et *Laval* en témoignent.

Dans les arrêts *Viking* et *Laval*, la Cour de justice a formellement consacré le caractère fondamental du droit d'action collective en affirmant que « *le droit de mener une action collective, y compris le droit de grève, doit donc être reconnu en tant que droit fondamental faisant partie des principes généraux du droit communautaire dont la*

équitables », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2019, p. 789.

Cour assure le respect »²⁰⁵⁹. Or, ne constituant pas un droit absolu, les droits de négociation collective et d'action collective peuvent être soumis à des restrictions²⁰⁶⁰.

Cependant, il a été reproché à la Cour de justice - à juste titre à notre avis - d'avoir déséquilibré la conciliation en faveur des libertés de circulation, au détriment du droit d'action collective²⁰⁶¹. Il a notamment été critiqué que les auteurs de l'action collective devaient justifier l'exercice de ce droit fondamental, alors que les entreprises qui voulaient exercer la libre circulation ne devaient pas se justifier et démontrer qu'elles respectent le principe de proportionnalité dans l'exercice de la liberté d'établissement ou le cas échéant, de la libre prestation des services²⁰⁶². Ainsi, la Cour de justice a soumis l'exercice du droit fondamental à un examen strict de proportionnalité, sans en faire de même quant à l'exercice d'une liberté de circulation. Le professeur Rodière remarque dans ce contexte que la Cour de justice « *est même allée jusqu'à suggérer le type de mesure ou d'action susceptibles d'être compatibles avec les libertés économiques européennes, pénétrant ainsi sur un terrain interdit, celui d'une réglementation européenne du droit d'action collective* »²⁰⁶³.

Nous suivons entièrement cette critique. En soumettant les mesures prises par les syndicats à un examen strict, la Cour de justice a interprété les droits sociaux invoqués de manière restrictive. Elle n'a notamment pas tenu compte du fait que le droit de mener une action collective fait partie du droit primaire et a la même valeur juridique que les libertés de circulation. De plus, elle s'est mise à la place des syndicats, analysant en détail leur comportement et leur suggérant des mesures alternatives. Ainsi, la Cour de justice n'a accordé aucune marge de manœuvre aux organisations syndicales, mais a fait preuve d'une grande rigidité.

²⁰⁵⁸ Conclusions de l'AG Cruz Villalón sur l'affaire *Dos Santos Palhota* précitée, aff. C-515/08, pt. 53 (nous soulignons).

²⁰⁵⁹ CJCE, arrêt *Viking* précité, aff. C-438/05, pt. 43 et 44 ; CJCE arrêt *Laval* précité, aff. C-341/05, pt. 90 et 91 ; comp. aussi : RODIÈRE P., « Article 28 - Droit de négociation et d'actions collectives », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2019, p. 742.

²⁰⁶⁰ RODIÈRE P., « Article 28 - Droit de négociation et d'actions collectives », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *op.cit.*, p. 732.

²⁰⁶¹ *Ibid.*, p. 743.

²⁰⁶² *Ibid.*

²⁰⁶³ *Ibid.*

Dès lors, il est peu surprenant que les arrêts *Viking* et *Laval* aient causé de fortes critiques dans les États membres où le droit de grève constitue un droit fondamental garanti par la constitution et dispose, dès lors, d'une place particulièrement importante²⁰⁶⁴.

Les syndicats, eux aussi, ont énergiquement critiqué les deux arrêts en insistant sur le fait qu'en assujettissant les actions des syndicats au respect des libertés de circulation, toute action collective devait être justifiée, ce qui s'avère particulièrement difficile en vue du test strict de proportionnalité opéré par la Cour de justice dans les deux arrêts²⁰⁶⁵. De plus, l'approche unilatérale de la Cour de justice a été condamnée puisqu'elle mettait les syndicats dans une position défensive car ces derniers doivent « défendre » et justifier toutes leurs actions²⁰⁶⁶.

Il a également été reproché à la Cour de justice de ne pas avoir retenu que les droits fondamentaux en question étaient susceptibles, en tant que tel, de justifier les restrictions aux libertés de circulation. Au contraire, elle aurait cherché à établir un motif justificatif écrit ou non écrit²⁰⁶⁷. Cette approche a instauré un rapport hiérarchique entre les droits fondamentaux et la libre circulation qui n'existe pas dans les traités²⁰⁶⁸.

La doctrine et les syndicats n'étaient pas seuls dans leur critique. Comme nous l'avons constaté dans la première partie de la présente thèse, les arrêts *Viking* et *Laval* ont également provoqué un grand écho dans les médias²⁰⁶⁹.

De plus, en 2013, presque six ans après les arrêts *Viking* et *Laval*, le Comité européen des droits sociaux a rendu une décision caractérisée comme « *anti-Viking-*

²⁰⁶⁴ BARNARD C., « Art 28 - Right of Collective Bargaining and Action », in PEERS S., HERVEY T., KENNER J. *et al.*, *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 787.

²⁰⁶⁵ *Ibid.*, p. 789.

²⁰⁶⁶ *Ibid.* p. 790.

²⁰⁶⁷ SIMON D., « Libre circulation des entreprises, conventions collectives et actions syndicales », *Europe*, n° 2, février 2008, comm. 40.

²⁰⁶⁸ *Ibid.*

²⁰⁶⁹ Comp. Partie I, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2 de la présente thèse.

Laval »²⁰⁷⁰ dans laquelle il opte pour une solution diamétralement opposée à celle prise par la Cour de justice²⁰⁷¹. Dans cette affaire, le Comité européen des droits sociaux était amené à se prononcer sur la conformité de la législation suédoise avec certaines dispositions de la Charte sociale européenne, notamment celles relatives aux actions collectives et au droit de grève²⁰⁷². Or, la loi suédoise en question était la loi dite « *Lex Laval* », adoptée dans le but de se conformer aux exigences découlant de l'arrêt *Laval*²⁰⁷³. Indirectement, le Comité européen des droits sociaux devait donc se prononcer sur la conformité des décisions *Viking* et *Laval* de la Cour de justice avec la Charte sociale européenne.

Examinant la loi suédoise au regard de la Charte sociale européenne, le Comité européen des droits sociaux exclut, tout d'abord, toute présomption de conformité du droit de l'Union avec la Charte sociale européenne²⁰⁷⁴. Renvoyant à des décisions antérieures, le Comité européen des droits sociaux souligne le statut incertain des droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union²⁰⁷⁵. Il rappelle que les États membres de l'Union doivent respecter les dispositions de la Charte sociale lors de l'élaboration et la transposition des directives européennes, ce qui vaut *mutatis mutandis* pour les dispositions nationales fondées sur des décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice²⁰⁷⁶.

²⁰⁷⁰ Comité européen des droits sociaux, 3 juillet 2013, Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède, n° de réclamation 85/2012.

²⁰⁷¹ CHATZILAOU K., « La réponse du CEDS aux arrêts Viking et Laval », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 160 ; Le Comité européen des droits sociaux, dont les membres sont élus par le Conseil du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, veille au respect de la Charte sociale européenne. La Charte sociale européenne, le pendant de la Convention européenne des droits de l'homme qui se limite essentiellement à consacrer des droits civils et politiques, est un traité du Conseil de l'Europe garantissant des droits sociaux et économiques fondamentaux. Dans la mesure où elles se réfèrent à des dispositions contraignantes, les décisions et conclusions du Comité européen des droits sociaux doivent être respectées par les États parties, même si elles ne sont pas exécutoires dans les ordres juridiques nationaux. De plus, les droits sociaux consacrés par la Charte sociale ne peuvent pas faire l'objet d'un recours individuel, ce qui réduit davantage son importance dans la pratique. Pour plus d'information sur la Charte sociale et le Comité européen des droits sociaux comp. : <https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/european-committee-of-social-rights>.

²⁰⁷² CHATZILAOU K., « La réponse du CEDS aux arrêts Viking et Laval », *op.cit.*, p. 160.

²⁰⁷³ *Ibid.*

²⁰⁷⁴ *Ibid.*, p. 161.

²⁰⁷⁵ *Ibid.*

²⁰⁷⁶ CEDS, décision *Confédération générale du travail de Suède* précitée, n° de réclamation 85/2012, pt. 73.

Tout en admettant que l'ordre juridique de l'Union est souvent conforme aux obligations découlant de la Charte sociale européenne, le Comité européen des droits sociaux refuse d'accepter, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, une présomption de conformité des normes européennes au droit de la Charte sociale²⁰⁷⁷. Le Comité considère même que « *ni la place qu'occupent actuellement les droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne ni la teneur et le processus d'élaboration de sa législation ne semblent justifier que l'on parte, d'une manière générale, de l'idée que les textes juridiques de l'Union européenne sont conformes à la Charte sociale européenne* »²⁰⁷⁸. Il explique cette appréciation, en outre, par le fait que l'Union européenne n'a, jusqu'à présent, pas adhéré à la Charte sociale européenne²⁰⁷⁹.

Ensuite, le Comité européen des droits sociaux examine la législation suédoise en cause en contestant, implicitement, la solution retenue par la Cour de justice dans les arrêts *Viking* et *Laval*²⁰⁸⁰.

Le Comité souligne notamment le caractère *fondamental* du droit de mener des actions collectives²⁰⁸¹. C'est un droit qu'il considère primordial pour garantir « *l'autonomie des syndicats et protéger les conditions d'emploi des travailleurs* »²⁰⁸². Tout en admettant que ce droit n'est pas absolu et peut être soumis à des restrictions, le Comité considère néanmoins que la loi suédoise priverait le droit social fondamental de son essence et n'est dès lors pas conforme à la Charte sociale européenne²⁰⁸³. Pour le Comité, l'essence du droit de mener des actions collectives est seulement respectée si les syndicats sont autorisés « *à œuvrer à l'amélioration des conditions de vie et d'emploi que connaissent les travailleurs* »²⁰⁸⁴. Une législation qui empêche l'exercice de ce droit ou le limite à l'obtention de conditions minimales de travail ne peut être conforme aux exigences découlant de la Charte sociale européenne

²⁰⁷⁷ CHATZILAOU K., « La réponse du CEDS aux arrêts Viking et Laval », *op.cit.*, p. 161.

²⁰⁷⁸ CEDS, décision *Confédération générale du travail de Suède* précitée, n° de réclamation 85/2012, pt. 74.

²⁰⁷⁹ CHATZILAOU K., « La réponse du CEDS aux arrêts Viking et Laval », *op.cit.*, p. 161.

²⁰⁸⁰ *Ibid.*, p. 162.

²⁰⁸¹ *Ibid.*

²⁰⁸² CEDS, décision *Confédération générale du travail de Suède* précitée, n° de réclamation 85/2012, pt. 120.

²⁰⁸³ CHATZILAOU K., « La réponse du CEDS aux arrêts Viking et Laval », *op.cit.*, p. 163.

²⁰⁸⁴ CEDS, décision *Confédération générale du travail de Suède* précitée, n° de réclamation 85/2012, pt. 120.

puisqu'elle enfreint le droit fondamental des travailleurs et syndicats de recourir à l'action collective pour protéger les intérêts économiques et sociaux des travailleurs²⁰⁸⁵.

Ensuite, après avoir souligné le caractère fondamental du droit de mener une action collective, le Comité européen des droits sociaux s'adresse implicitement à la Cour de justice et procède à une mise en balance entre les libertés de circulation et les droits fondamentaux des travailleurs, effectuant une conciliation différente de celle opérée par la Cour de justice²⁰⁸⁶.

Tout en accentuant l'importance des libertés de circulation en général, et de la libre prestation de services en particulier, pour l'ordre juridique de l'Union, le Comité insiste sur le fait que ce rôle crucial des libertés de circulation n'entraîne, en revanche, pas une primauté de ces dernières sur les droits fondamentaux des travailleurs²⁰⁸⁷. Le Comité fait valoir l'absence d'un rapport hiérarchique entre ces deux catégories de normes. En effet, cela a pour conséquence que les libertés de circulation doivent être interprétées en tenant compte de l'importance primordiale du droit de mener une action collective, qui vise d'une part, à « *protéger et améliorer les conditions de vie et d'emploi des travailleurs* » et d'autre part, à « *assurer l'égalité de traitement de ces derniers, indépendamment de leur nationalité ou pour tout autre motif* »²⁰⁸⁸.

Compte tenu de ces considérations, le Comité déclare la loi suédoise non conforme à la Charte des droits sociaux.

Hélas, malgré cette importante critique implicite de la part du Comité européen des droits sociaux, il est peu probable que la Cour de justice en tienne compte et change sa jurisprudence pour se rapprocher des décisions adoptées par le Comité²⁰⁸⁹. La Cour de justice ne s'estime pas liée par l'interprétation des conventions internationales ef-

²⁰⁸⁵ CEDS, décision *Confédération générale du travail de Suède* précitée, n° de réclamation 85/2012, pt. 123 ; v. aussi CHATZILAOU K., « La réponse du CEDS aux arrêts Viking et Laval », *op.cit.*, p. 163.

²⁰⁸⁶ *Ibid.*

²⁰⁸⁷ CHATZILAOU K., « La réponse du CEDS aux arrêts Viking et Laval », *op.cit.*, p. 163 s.

²⁰⁸⁸ CEDS, décision *Confédération générale du travail de Suède* précitée, n° de réclamation 85/2012, pt. 121-122; v. aussi CHATZILAOU K., « La réponse du CEDS aux arrêts Viking et Laval », *op.cit.*, p. 164.

²⁰⁸⁹ *Ibid.*, p. 166.

fectuées par des organes compétents non juridictionnels²⁰⁹⁰. Du fait de ses compétences, la Cour de justice concentre l'interprétation des dispositions du droit de l'Union, dont celles relatives aux libertés de circulation, à l'aune de l'ordre juridique de l'Union²⁰⁹¹.

Il demeure que beaucoup d'auteurs suivent la critique du Comité et estiment que la Cour de justice aurait dû adopter le même raisonnement que dans l'affaire *Schmidberger* en procédant à une véritable mise en balance des droits fondamentaux et de la libre circulation. En outre, il a été critiqué que la Cour de justice « *instrumentalise* » les objectifs de protection des travailleurs pour limiter le droit d'action collective²⁰⁹². Or le recours aux actions collectives constitue un moyen clé pour les syndicats. La Cour de justice aurait dû le prendre en compte en leur accordant une marge de manœuvre suffisamment large dans la poursuite de leurs intérêts²⁰⁹³. Le test particulièrement strict de proportionnalité de la mesure syndicale restreint trop le droit d'action collective des syndicats²⁰⁹⁴. À cela s'ajoute encore que la Cour de justice examine en détail les objectifs que les syndicats poursuivent avec leurs actions collectives ce qui limite davantage - au point de la nier quasi totalement - l'autonomie dont disposent les syndicats dans le cadre des négociations collectives²⁰⁹⁵.

De plus, il a été avancé que la Cour de justice semble ignorer le risque de dumping social contre lequel les syndicats essayaient de lutter²⁰⁹⁶. Ainsi, elle manque de se prononcer quant au rapport entre les objectifs de la politique sociale et le marché intérieur²⁰⁹⁷. Il est particulièrement critiquable que la Cour de justice puisse paraître méconnaître la *ratio* des actions collectives²⁰⁹⁸. Ces dernières ont toujours eu pour but de

²⁰⁹⁰ *Ibid.*

²⁰⁹¹ *Ibid.*

²⁰⁹² WEDL V., « EuGH 18.12.2007, C-341/05 », *RdA*, 2008, p. 297.

²⁰⁹³ *Ibid.* ; v. aussi NIC SHUIBHNE N., « Fundamental rights and the framework of internal market adjudication : is the Charter making a difference ? », in KOUTRAKOS P. et SNELL J. (éds.), *Research Handbook on the Law of the EU's Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 218 s.

²⁰⁹⁴ KOCHER E., « Europäische Tarifautonomie - Rechtsrahmen für Autonomie und Korporatismus », *juridikum*, 2010, p. 469.

²⁰⁹⁵ *Ibid.*

²⁰⁹⁶ WEICHSELBAUM B., « Grundrechte, Grundfreiheiten und der Vertrag von Lissabon: Neues zum Thema Kollektivverhandlungen und kollektive Maßnahmen », *RdA*, 2011, p. 107.

²⁰⁹⁷ *Ibid.*, p. 108.

²⁰⁹⁸ *Ibid.*

maintenir les conditions de travail voire de les améliorer au maximum - et non pas de se contenter des standards minimums²⁰⁹⁹.

Ce qui ressort à notre avis clairement de la jurisprudence en matière des libertés de circulation et des droit fondamentaux, notamment des arrêts *Viking* et *Laval*, est que les libertés de circulation « demeurent la règle et les droits fondamentaux, l'exception »²¹⁰⁰.

Seul l'arrêt *Schmidberger* rompt avec ce constat. Pour la première fois et - jusqu'à présent malheureusement de manière isolée - la Cour de justice « abandonne quelque peu son approche "pro-économique" en considérant les droits fondamentaux et les libertés de circulation comme des intérêts équivalents »²¹⁰¹.

Il convient néanmoins de souligner que cette forte critique d'une partie de la doctrine²¹⁰² que nous partageons avec conviction n'est pas suivie par tous. En effet, dans la doctrine, nous trouvons également de nombreuses voix qui soutiennent la solution adoptée par la Cour de justice dans les affaires *Viking* et *Laval*, accueillant la mise en balance - à leur avis - réussie entre les libertés de circulation et les droits fondamentaux²¹⁰³.

La professeure Donnette, par exemple, relève que l'article 28 de la Charte prévoit que le droit de mener une action collective s'exerce conformément au droit de l'Union, ce

²⁰⁹⁹ *Ibid.*

²¹⁰⁰ BAILLEUX A., *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 285, pt. 684.

²¹⁰¹ *Ibid.*, pt. 685.

²¹⁰² CHATZILAOU K., « La réponse du CEDS aux arrêts *Viking* et *Laval* », *op.cit.*, p. 160 ; WEICHSELBAUM B., « Grundrechte », *op.cit.*, p. 103 ; CURZON S., « Fundamental rights and the internal market. The state of affairs following *Schmidberger & Omega* », in RIDEAU J., *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne : dans le sillage de la Constitution européenne en hommage à René-Jean Dupuy 1918-1997, fondateur de l'Institut du droit de la paix et du développement*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 109.

²¹⁰³ V. p. ex.: DEHOUSSE F., « Les arrêts *Laval* et *Viking* de la Cour de justice : vers une protection sociale plus petite dans une Europe plus grande ? », in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 489 ; DONNETTE A., « À propos d'une rencontre mouvementée entre droit social et droit du marché. Les arrêts *Viking*, *Laval*, *Rüffert* et *Luxembourg* », *Revue des affaires européennes*, 2007-2008, n° 2, p. 341.

qui légitime la solution de la Cour de justice²¹⁰⁴. Elle souligne que la protection du droit de grève ne peut pas avoir pour effet de faire disparaître une des libertés de circulation²¹⁰⁵. La professeure Donnette cite le professeur Teyssié qui avertit que l'impératif de protection des travailleurs ne doit pas servir de prétexte pour porter atteinte au principe de la libre prestation de service²¹⁰⁶. Elle en conclut que la solution de la Cour de justice est « *justifiée* » dans la mesure où celle-ci aurait opéré « *une véritable conciliation* » en admettant que les libertés de circulation ne sont pas absolues, mais peuvent être soumises à des restrictions, pour autant que ces dernières sont nécessaires et proportionnées²¹⁰⁷. Toute critique supplémentaire devrait être adressée au terrain de la politique et non pas à la Cour de justice²¹⁰⁸.

La professeure Snell partage cet avis en affirmant que « *ultimately free movement will threaten jobs at inefficient companies that are exposed to international competition. If these jobs can now be protected by restrictive measures, free movement can be stopped the moment its impact is felt* »²¹⁰⁹. Néanmoins, l'auteure souligne que des acteurs privés tels que les syndicats dans les affaires *Viking* et *Laval* doivent être en mesure d'invoquer leurs intérêts privés qui constituent, souvent des motifs économiques²¹¹⁰. Le refus de prendre en compte des intérêts privés basés sur des motifs économiques « *would make a mockery of their private autonomy* »²¹¹¹.

Nous partageons cet avis de la professeure Snell qui souligne que les personnes privées ne sont pas des États et poursuivent des intérêts distincts dont il faut tenir compte : « *Private parties do not aim to protect the public interest – that is what public bodies are for. Instead, they pursue their private economic interests* »²¹¹². L'auteure remarque que ces intérêts privés ont toujours été reconnus en matière du

²¹⁰⁴ DONNETTE A., « À propos d'une rencontre mouvementée entre droit social et droit du marché. Les arrêts *Viking*, *Laval*, *Rüffert* et *Luxembourg* », *op.cit.*, p. 347.

²¹⁰⁵ *Ibid.*

²¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 355.

²¹⁰⁷ *Ibid.*

²¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 358.

²¹⁰⁹ SNELL J., « Economic Justifications and the Role of the State », in KOUTRAKOS P., SHUIBHNE N. et SYRPIS Ph.(éds.), *Exceptions from EU Free Movement Law : derogation, justification and proportionality*, Oxford, Hart Publishing, 2016, p. 20.

²¹¹⁰ *Ibid.*, p. 26.

²¹¹¹ *Ibid.*

droit de la concurrence. En effet, l'article 101, paragraphe 3, TFUE reconnaît que des mesures violant les dispositions relatives au droit de la concurrence peuvent, sous certaines conditions, être admises pour des raisons économiques²¹¹³.

Selon la professeure Snell, il n'est pas nécessaire de changer la législation européenne pour être en mesure de tenir dûment compte des intérêts privés, dont des motifs économiques. Il faudrait plutôt une sensibilisation de la Cour de justice pour les intérêts privés en leur accordant une place plus importante dans son raisonnement²¹¹⁴.

Ici encore, nous suivons la professeure Snell. Il n'est pas nécessaire de changer les traités constitutifs pour tenir compte des intérêts privés pertinents puisque les traités permettent déjà de les prendre en considération. Plus encore, le droit de l'Union poursuit une multitude d'objectifs divers, tant liés à la finalité économique de l'Union qu'à la réalisation de la politique sociale. La poursuite de ces objectifs divers est inhérente aux traités constitutifs et doit être prise en considération lorsqu'un conflit surgit entre deux intérêts divergents.

En effet, de nombreux intérêts privés peuvent être en conflit avec les libertés de circulation. Ainsi, la libre circulation peut rentrer en conflit avec la liberté contractuelle, désormais garantie par l'article 16 de la Charte. Il en est de même pour la liberté d'association, reconnue par la Cour de justice en tant que droit fondamental à de multiples occasions²¹¹⁵. Pour ce qui est des actes et comportements non réglementaires des personnes privées, ceux-ci peuvent être l'expression de la liberté d'expression, de la liberté de réunion et du droit de grève²¹¹⁶.

Les droits économiques et sociaux énoncés dans les articles 27 à 38 de la Charte sont également susceptibles de justifier une mesure restrictive. Ainsi, outre les droits que nous avons déjà traités, on pourrait penser à l'article 35 de la Charte qui dispose que « toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de béné-

²¹¹² *Ibid.*

²¹¹³ *Ibid.*

²¹¹⁴ SNELL J., « Economic Justifications and the Role of the State », *op.cit.*, p. 27.

²¹¹⁵ Comp. p. ex. : CJCE, arrêt *Bosman* précité, aff. C-415/93 ; CJCE, 8 juillet 1999, *Montecatini/Commission*, aff. C-235/92P, *Rec.* 1999, p. I-4539, pt. 137.

²¹¹⁶ PREEDY K., *op.cit.*, p. 165.

ficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales ». Comme la Cour de justice a reconnu que le droit de la protection de la santé constitue un droit fondamental de l'Union, rien ne s'oppose, à notre avis, à son invocation pour justifier une entrave d'origine privée à l'une des libertés de circulation²¹¹⁷.

Ceci vaut également pour la protection de l'environnement, prévue par l'article 37 de la Charte, qui se prête particulièrement bien à une invocation par les personnes privées. En effet, ce sont avant tout les associations et organismes privés qui s'engagent dans la lutte contre le changement climatique et pour la préservation de l'environnement.

Ainsi, les entraves d'origine privée aux libertés de circulation peuvent être l'expression d'un droit fondamental européen²¹¹⁸. Dès lors, il nous paraît indispensable que les personnes privées puissent invoquer leur autonomie privée ainsi que les droits fondamentaux pour justifier une entrave.

De nombreux auteurs partagent notre avis. Le professeur Picod souligne la nécessité de permettre aux personnes privées de justifier une entrave non seulement sur le fondement des dérogations prévues par les traités ainsi qu'au moyen des exigences impératives reconnues par la Cour de justice, mais également « *sur le fondement des droits fondamentaux qui devraient trouver un sens particulier dans un tel cadre* »²¹¹⁹.

Le professeur Picod considère que des droits fondamentaux tels que le droit de propriété, la liberté d'expression, le droit au respect de la vie privée et familiale ou encore, quoiqu'elle soit qualifiée seulement d'intérêt légitime par la Cour de justice, la protection des droits de l'enfant, pourraient être invoqué par les personnes privées

²¹¹⁷ BUNGENBERG. « § 17 Soziale Grundrechte », in GRABENWARTER Ch., HATJE A. et MÜLLER-GRAFF P.-C. (éd.), *Enzyklopädie Europarecht [EnzEUR]: Europäischer Grundrechtesschutz*, tome 2, Wien, Nomos Verlag, 2014, p. 711.

²¹¹⁸ PREEDY K., *op.cit.*, p. 172.

²¹¹⁹ PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : Une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 651.

dans les litiges entre particuliers afin de justifier une entrave à une liberté de circulation²¹²⁰.

Le professeur Nowak partage cet avis. Il souligne qu'il est indispensable que les personnes privées puissent se prévaloir des droits fondamentaux pour justifier une entrave aux libertés de circulation²¹²¹. Dans le cas contraire, elles seraient soumises à des obligations plus strictes que les États membres dans la mesure où la plupart des justifications textuelles et jurisprudentielles ne se prête guère à être invoquée par les particuliers²¹²². Au vu de cette nécessité et afin d'éviter une détérioration de la condition des personnes privées, le professeur Nowak propose de suivre les conclusions de l'Avocate générale Trstenjak dans l'affaire *Fra.Bo* en permettant aux personnes privées d'invoquer les droits fondamentaux de l'Union pour justifier une entrave²¹²³.

Or, pour le moment, les questions du stade et du fondement d'intervention des droits fondamentaux en cas de conflit avec les libertés de circulation ne sont pas claires. Font-ils partie des dérogations textuelles, des raisons impérieuses d'intérêt général ou constituent-ils une justification en soi, c'est-à-dire une nouvelle catégorie de justifications, indépendante des autres²¹²⁴ ? Cette classification a des conséquences importantes.

Les arrêts *Dynamic Medien* et *Schmidberger* peuvent servir d'exemple pour démontrer l'incidence de l'appréhension des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de justice. En effet, malgré l'approche similaire dans les deux affaires, le procédé utilisé par la Cour de justice dans l'affaire *Dynamic Medien* diffère de celui adopté dans l'affaire *Schmidberger*²¹²⁵. Alors qu'elle traite les droits fondamentaux et les libertés de circulation sur un pied d'égalité dans l'affaire *Schmidberger* en ayant

²¹²⁰ *Ibid.*

²¹²¹ NOWAK C., « Unionsgrundrechtliche Rechtfertigungsmöglichkeiten für Grundfreiheitseingriffe durch Private », in STUMPF C., KAINER F. et BALDUS Ch. (éd.), *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht: Privatinitiative und Gemeinwohlorizonte in der europäischen Integration: Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag am 29. September 2015*, Baden-Baden, Nomos, 2015, p. 481.

²¹²² *Ibid.*

²¹²³ *Ibid.*

²¹²⁴ WALKILA S., *op.cit.*, p. 73.

²¹²⁵ KADDOUS C., « Droits de l'homme et libertés de circulation : Complémentarité ou contradiction ? », *op.cit.*, p. 579.

recours à la technique de la mise en balance, les droits fondamentaux ne figurent qu'en tant qu'intérêts légitimes susceptibles de justifier, en principe, une entrave à la libre circulation dans l'affaire *Dynamic Medien*²¹²⁶.

Nous suivons l'avis de la professeure Kaddous qui voit dans l'arrêt *Dynamic Medien* un procédé par lequel la Cour de justice fait entrer les droits fondamentaux dans la notion de raison impérieuse d'intérêt général, ce qui affaiblit leur statut au sein de l'ordre juridique de l'Union par rapport au statut des libertés de circulation²¹²⁷. Dans l'affaire *United Pan-Europe*, la Cour de justice a adopté une approche très similaire à l'affaire *Dynamic Medien*, estimant ici encore que le droit fondamental en question constitue une raison impérieuse d'intérêt général²¹²⁸.

L'arrêt *Omega* en est un autre exemple. Dans cet arrêt, la Cour de justice a considéré que la dignité humaine, reconnue comme principe général du droit de l'Union, fait partie de l'exception d'ordre public et est donc susceptible de justifier, sur la base de la notion d'ordre public, une restriction à l'une des libertés de circulation²¹²⁹. Ceci démontre que la Cour de justice ne procède pas à une mise en balance de deux catégories de normes telle qu'effectuée dans l'affaire *Schmidberger*, mais rattache la protection de la dignité humaine à la justification textuelle d'ordre public, ce qui affaiblit son statut.

Ces arrêts démontrent qu'à plusieurs reprises, la Cour de justice rattache les droits fondamentaux à une dérogation textuelle ou jurisprudentielle au lieu de procéder à une mise en balance entre deux catégories de normes de même valeur²¹³⁰. En outre, la Cour de justice n'explique ni ses motifs ni pourquoi, dans certaines affaires dont notamment l'affaire *Schmidberger*, elle a reconnu les droits fondamentaux en tant que tels, alors que dans d'autres, elle rattache les droits fondamentaux à la notion d'ordre public ou les assimile à une raison impérieuse d'intérêt général.

²¹²⁶ *Ibid.*

²¹²⁷ *Ibid.*

²¹²⁸ CJCE, 13 décembre 2007, *United Pan-Europe*, aff. C-250/06, *Rec.* 2007, p. I-11135, pt. 24.

²¹²⁹ CJCE, arrêt *Omega* précité, aff. C-36/02.

²¹³⁰ KADDOUS C., « Droits de l'homme et libertés de circulation : Complémentarité ou contradiction ? », *op.cit.*, p. 583.

Dans ce contexte, il faut rappeler que les justifications jurisprudentielles ne peuvent, en principe, pas justifier une mesure discriminatoire, mais seulement une mesure indistinctement applicable. Placer les droits fondamentaux parmi les justifications jurisprudentielles aurait donc pour conséquence qu'en principe, les droits fondamentaux ne pourraient pas justifier une mesure discriminatoire, ce qui conduirait à prioriser les libertés de circulation au détriment des droits fondamentaux²¹³¹.

Au regard de ce qui précède, il convient, à notre avis, d'apprécier les droits fondamentaux en tant que tels, susceptible de justifier à la fois les mesures discriminatoires et les mesures indistinctement applicables²¹³².

Il s'ensuit que suivant les circonstances du cas d'espèce, les personnes privées peuvent se prévaloir des (i) dérogations textuelles, (ii) des justifications jurisprudentielles qu'il conviendrait de qualifier, dans le contexte privé, de « raisons spécifiques relevant d'un intérêt privé », (iii) de l'autonomie privée et des droits fondamentaux. Or, à notre avis, ces différents motifs ne doivent pas être soumis au même régime.

En ce qui concerne les dérogations textuelles et les raisons spécifiques relevant d'un intérêt privé, celles-ci devraient être soumises au régime « classique » des dérogations aux libertés de circulation, suivant le schéma établi par les traités constitutifs et la jurisprudence de la Cour de justice. Tout comme les Avocats généraux Poiares Maduro et Trstenjak, nous estimons que la seule différence par rapport aux entraves étatiques devrait être la prise en compte de certains intérêts privés, dont - jusqu'à un certain degré et selon les circonstances du cas d'espèce - les motifs économiques. Nous estimons que la Cour de justice devrait accorder une marge de manœuvre plus large aux personnes privées, comme elle l'accorde aux institutions de l'Union.

Cette approche rejoint les thèses formulées par les Avocats généraux Poiares Maduro et Trstenjak, qui plaident également pour une prise en compte plus souple des intérêts

²¹³¹ WALKILA S., *op.cit.*, p. 73.

²¹³² Du même avis: WALKILA S., *op.cit.*, p. 73; ALEMANN A., « À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts "Schmidberger" et "Omega" », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2004, n° 3, p. 750 ; VAN LEUKEN R., *Private law and the internal market : direct horizontal effect of the treaty provisions on free movement*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 184.

privés. Une telle position n'est d'ailleurs pas étrangère à la Cour de justice. En effet, elle a reconnu certains intérêts privés, notamment ceux liés au sport ou à des intérêts privés reconnus par le droit de la concurrence. Les arrêts *Bosman*, *Wouters* et *Olympique Lyonnais* en sont la preuve.

En cas de conflit entre une liberté de circulation et un droit fondamental, le régime « classique » doit être modifié. Au lieu d'opérer un examen classique de dérogation, il faut procéder à une mise en balance entre la libre circulation et le droit fondamental.

Il est vrai que la recherche d'un équilibre entre l'économique et le social, tout comme entre les libertés de circulation et les droits fondamentaux, peut s'avérer difficile. Dès lors, dans le titre suivant, nous allons étudier la mise en balance en présence d'intérêts conflictuels et essayer de mettre en place un régime adéquat des justifications des entraves.

TITRE 2 : LA MISE EN PLACE D'UN REGIME ADEQUAT DES JUSTIFICATIONS DES ENTRAVES

La consécration des justifications appropriées aux personnes privées a révélé que les droits fondamentaux et l'autonomie privée sont susceptibles d'entrer en conflit avec les libertés de circulation. Il convient, dès lors, de trouver un moyen pour résoudre le conflit entre la libre circulation et les intérêts privés dignes de protection.

Pour ce faire, il faut mettre en place un régime adéquat des justifications des entraves. Afin de mettre en place un tel régime, il est nécessaire de procéder à une mise en balance des intérêts en présence (Chapitre 1) pour rechercher, ensuite, une mise en œuvre appropriée aux litiges entre personnes privées (Chapitre 2).

Chapitre 1 – La nécessité d’une mise en balance des intérêts en présence

Le conflit potentiel entre les droits fondamentaux ainsi que l’autonomie privée, d’une part, et les libertés de circulation, d’autre part, nécessite une mise en balance des intérêts en présence.

Il convient de se demander comment une telle mise en balance doit être effectuée pour respecter au maximum les intérêts conflictuels. Afin de trouver une réponse à cette question, nous procéderons d’abord à un examen de la mise en balance entre les libertés de circulation et les droits fondamentaux ainsi que le principe de l’autonomie privée (Section 1), pour nous interroger ensuite sur l’importance du respect du principe de bonne foi (Section 2).

Section 1 : La mise en balance entre les libertés de circulation et les droits fondamentaux ainsi que le principe de l’autonomie privée

La mise en balance entre deux objectifs d’importance similaire - celui des libertés de circulation et celui des droits fondamentaux ainsi que de l’autonomie privée - constitue une tâche difficile et laborieuse. Dans cette section, nous étudierons pourquoi il est toutefois nécessaire de procéder à une mise en balance « classique » en présence d’intérêts conflictuels (Paragraphe 1) et quels sont les enjeux d’une telle mise en balance (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La nécessité d'une mise en balance « classique » en présence d'intérêts conflictuels

La nécessité d'une mise en balance en présence d'intérêts conflictuels n'est pas un phénomène limité au conflit entre les libertés de circulation et les droits fondamentaux. De nombreux intérêts dignes de protection peuvent entrer en conflit avec les libertés de circulation. La protection de l'environnement constitue un bon exemple, pour lequel l'importance va encore accroître dans les années à venir²¹³³.

En présence d'intérêts conflictuels, la Cour de justice doit les arbitrer de manière à déterminer, dans un cas d'espèce concret, « *quel objectif doit être considéré comme prépondérant par rapport à l'autre* »²¹³⁴. Ce faisant, la Cour de justice doit établir un équilibre entre l'exigence découlant d'un intérêt digne de protection, tel que l'environnement, la santé ou la protection des consommateurs, et la libre circulation²¹³⁵. Ce rôle exercé par le juge dans le cadre de la mise en balance est un rôle privilégié qui amène le juge à exercer un pouvoir normatif et lui permet de bénéficier d'une large marge de manœuvre²¹³⁶.

Car comme il l'a été vu au titre 2 de la première partie de la présente thèse, il appartient, en principe, au législateur de délimiter les différentes sphères juridiques conflictuelles des personnes privées. La mise en balance effectuée par le juge lui permet de faire « *œuvre créatrice* »²¹³⁷ en conciliant les intérêts conflictuels en présence dans un sens ou dans l'autre, selon le cas d'espèce²¹³⁸.

Cependant, cette large marge d'action peut entraîner des incertitudes dues au caractère nécessairement relatif de la mise en balance effectuée²¹³⁹. L'équilibre établi par la Cour de justice en présence d'intérêts conflictuels dans un cas d'espèce constitue

²¹³³ V. notamment VIAL C., *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

²¹³⁴ *Ibid.*, p. 393.

²¹³⁵ *Ibid.*

²¹³⁶ *Ibid.*

²¹³⁷ *Ibid.*,

²¹³⁸ *Ibid.*, p. 395.

²¹³⁹ *Ibid.*

une conciliation limitée au cas concret et ne peut pas être généralisée²¹⁴⁰. Ainsi, la Cour de justice assure « *un rôle de médiateur entre les intérêts en présence* »²¹⁴¹, non seulement dans le cadre des entraves d'origine privée, mais d'une manière plus générale à chaque fois que des intérêts conflictuels se rencontrent.

Tout comme la professeure Vial, nous estimons que le but de toute mise en balance doit être de « *garantir la réalisation simultanée d'objectifs aussi contradictoires que ceux en question* »²¹⁴². Cette réalisation simultanée d'objectifs contradictoires distingue l'instrument de la mise en balance du test « classique » de proportionnalité qui examine une affaire du seul point de vue des libertés de circulation²¹⁴³.

La mise en balance s'avère particulièrement utile et même indispensable dans le cadre d'un conflit entre plusieurs droits fondamentaux ainsi que d'un conflit entre un droit fondamental et une liberté de circulation.

Ainsi, dans un arrêt récent de décembre 2019, la Cour de justice a rappelé que « *lorsque plusieurs droits fondamentaux sont en cause, l'appréciation du respect du principe de proportionnalité doit s'effectuer dans le respect de la conciliation nécessaire des exigences liées à la protection des différents droits et d'un juste équilibre entre eux* »²¹⁴⁴.

Or dans le cadre de la présente thèse un conflit nous intéresse tout particulièrement : celui entre libertés de circulation et droits fondamentaux. En présence d'un tel conflit, le droit fondamental n'intervient pas pour renforcer la libre circulation, mais en tant que limite à l'exercice des libertés de circulation.

Comme le président Skouris le fait remarquer, il est effectivement intéressant de constater que l'invocation d'un droit fondamental en tant que limite aux libertés de circulation « *a surgi là où elle était peut-être la moins attendue* », à savoir dans le

²¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 397.

²¹⁴¹ *Ibid.*

²¹⁴² VIAL C., *op.cit.*, p. 553.

²¹⁴³ Du même avis : BERTRAND B., « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*, janvier 2012, n° 1, étude 1, pt. 25.

²¹⁴⁴ CJUE, 19 décembre 2019, *Deutsche Umwelthilfe*, aff. C-752/18, ECLI:EU:C:2019:1114, pt. 50.

cadre de la libre circulation des marchandises²¹⁴⁵. Le président Skouris constate dans ce contexte que la libre circulation des marchandises est la moins liée à la personne et semblait, dès lors, « *offrir peu de prise à une confrontation directe avec un droit fondamental* », notamment en comparaison avec la libre circulation des personnes, pour laquelle un conflit ouvert entre la libre circulation et les droits fondamentaux était beaucoup plus probable²¹⁴⁶.

Cependant, comme le président Skouris le rappelle, la libre circulation des marchandises était aussi à l'origine d'un grand nombre d'arrêts innovateurs de la Cour de justice et a donné « *la prise la plus large à l'interprétation de la Cour, laquelle a ensuite étendu aux autres libertés certains des principes dégagés* »²¹⁴⁷. Tel est également le cas en ce qui concerne la mise en balance entre les libertés de circulation et les droits fondamentaux. La libre circulation des marchandises figure, ici encore, comme liberté de circulation à l'origine d'un développement jurisprudentiel important qui a, ensuite, été étendu aux autres libertés de circulation, comme les arrêts *Viking* et *Laval* le démontrent.

Dès lors, il se pose la question de savoir comment résoudre un conflit (ouvert) entre une liberté de circulation et un droit fondamental.

Les libertés de circulation et les droits fondamentaux ayant la même valeur juridique, le principe de la concordance pratique nous paraît être le meilleur instrument pour établir un équilibre entre les deux catégories de normes²¹⁴⁸. Ce principe s'applique dans une situation de conflit entre deux intérêts antagonistes dans laquelle il est impossible d'assurer la pleine réalisation de l'un sans porter atteinte à l'autre²¹⁴⁹.

²¹⁴⁵ SKOURIS V., « L'interaction entre les libertés fondamentales et des libertés publiques en droit communautaire », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger : Le droit à la mesure de l'homme*, Paris, Editions Pedone, 2006, p. 500.

²¹⁴⁶ *Ibid.*

²¹⁴⁷ *Ibid.*

²¹⁴⁸ V. p. ex. PREEDY K., *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten*, Berlin, Duncker&Humblot, 2005, p. 177.

²¹⁴⁹ GEORGITSI E., « La proportionnalité comme instrument de "conciliation" des normes antagonistes. Regard critique sur l'identification et la résolution des conflits de normes en contentieux constitutionnel comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 2011, vol. 63, n° 3, p. 563.

La concordance pratique vise alors à concilier les intérêts conflictuels d'une manière à assurer la meilleure réalisation des deux afin d'arriver à un point de conciliation optimale²¹⁵⁰. Pour cela, il est nécessaire de pondérer les intérêts conflictuels en présence en détectant, respectivement, le degré de restriction d'un droit et le degré de protection de l'autre droit²¹⁵¹. Ce faisant, le juge doit respecter l'obligation de protection optimale qui veut qu'il choisisse l'option qui assure le plus grand degré de protection des droits conflictuels en cause²¹⁵². Au lieu de considérer qu'un droit a la priorité sur l'autre et doit être réalisé à un degré maximal, il convient donc de pondérer les droits conflictuels autant que possible²¹⁵³. Les deux intérêts conflictuels doivent être limités mutuellement afin d'assurer que les deux puissent être réalisés de manière optimale²¹⁵⁴.

Aucun droit, ni une liberté de circulation ni un droit fondamental, ne dispose d'une priorité ou domination unilatérale. Il convient, au contraire, d'établir pour chaque cas d'espèce, *in concreto*, le meilleur équilibre entre droits fondamentaux et libertés de circulation.

Or, ce faisant, il faut faire en sorte que le contenu essentiel des libertés de circulation et des droits fondamentaux soit sauvegardé²¹⁵⁵.

La doctrine du contenu essentiel part du principe que le champ d'application d'un droit (fondamental ou d'un droit à la libre circulation) peut être divisé en deux catégories : un noyau « dur », autrement dit contenu essentiel, et une périphérie « molle », c'est-à-dire le contenu soumis à des exceptions²¹⁵⁶. La première catégorie interdit

²¹⁵⁰ REINHARDT J., « Les conflits de droit entre personnes privées : de l'effet horizontal indirect à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux », in HOCHMANN T. et REINHARDT J., *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Edition Pedone, 2018, p. 164

²¹⁵¹ GEORGITSI E., « La proportionnalité comme instrument de "conciliation" des normes antagonistes », *op.cit.*, p. 571.

²¹⁵² *Ibid.*, p. 580.

²¹⁵³ GEORGITSI E., « La proportionnalité comme instrument de "conciliation" des normes antagonistes », *op.cit.*, p. 582.

²¹⁵⁴ HESSE K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 20^e édition, 1995, pt. 72.

²¹⁵⁵ PREEDY K., *op.cit.*, p. 178 ; v. à cet effet également l'article 52 de la Charte et notre étude y afférente dans : Partie II, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 1.

²¹⁵⁶ MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, thèse, Paris 1, 2013, p. 230.

toute restriction, la seconde peut être soumise à des restriction justifiées²¹⁵⁷. La protection d'un droit est donc absolue quant à son contenu essentiel et relative pour la périphérie molle²¹⁵⁸.

Les droits constitutionnels et la Cour EDH ont régulièrement recours à la doctrine du contenu essentiel²¹⁵⁹. La Cour de justice s'y réfère également, notamment en matière des droits fondamentaux, mais aussi en matière des libertés de circulation. Ainsi, la Cour de justice a considéré dans l'arrêt *Centros* que la réglementation danoise en cause était incompatible avec la liberté d'établissement et, dès lors, injustifiable, dans la mesure où la législation en cause avait pour effet d'empêcher « *toute mise en œuvre du droit au libre établissement secondaire dont les articles 52 et 58 visent précisément à assurer le respect* »²¹⁶⁰.

La Cour de justice suit donc la doctrine du contenu essentiel puisqu'elle souligne que le droit de constituer une société en conformité avec la législation d'un État membre et le droit de créer des succursales dans d'autres États membres sont inhérents à la liberté d'établissement²¹⁶¹. Toute restriction de ces droits inhérents à la liberté d'établissement affecte le contenu essentiel de cette liberté et est, dès lors, incompatible avec les traités.

La Cour de justice a appliqué le même raisonnement dans l'arrêt *Überseering* dans lequel elle a constaté que la réglementation en cause « *équivalait à la négation même de la liberté d'établissement reconnue aux sociétés par les articles 43 CE et 48 CE* »²¹⁶². La Cour de justice semble donc partir du principe que le contenu essentiel des libertés de circulation est affecté si une mesure restrictive « *équivalait à la négation même* » du droit à la libre circulation, c'est-à-dire si le droit à la libre circulation est nié²¹⁶³.

²¹⁵⁷ *Ibid.*

²¹⁵⁸ *Ibid.*

²¹⁵⁹ *Ibid.*

²¹⁶⁰ CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec.* 1999, p. I-1459, pt. 30.

²¹⁶¹ MARZAL YETANO A., *op.cit.*, p. 231.

²¹⁶² CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, *Rec.* 2002, p. I-9919, pt. 93.

²¹⁶³ PREEDY K., *op.cit.*, p. 201.

Dans le cadre des droits fondamentaux, la Cour de justice emploie également la notion du contenu essentiel ou de la substance même des droits en cause. Ainsi, dans un litige affectant le droit de propriété et le libre exercice d'une activité professionnelle, la Cour de justice a retenu que « *des restrictions peuvent être apportées à l'usage du droit de propriété et au libre exercice des activités professionnelles (...) à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis* »²¹⁶⁴. Dans l'arrêt Schrems de 2015, la Cour de justice a considéré qu'une « *réglementation permettant aux autorités publiques d'accéder de manière généralisée au contenu de communications électroniques doit être considérée comme portant atteinte au contenu essentiel du droit fondamental au respect de la vie privée, tel que garanti par l'article 7 de la Charte* »²¹⁶⁵.

De même, dans un arrêt récent de décembre 2019 cité ci-dessus, la Cour de justice a constaté qu'une « *législation nationale qui aboutit à une situation dans laquelle le jugement d'une juridiction demeure inopérant, à défaut pour celle-ci de disposer d'un moyen quelconque pour le faire respecter, méconnaît le contenu essentiel du droit à un recours effectif consacré par l'article 47 de la Charte* »²¹⁶⁶. Elle ajoute encore que dans une telle situation, ledit droit « *serait illusoire* » et priverait l'article 47 « *de tout effet utile* », ce qui n'est pas tenable²¹⁶⁷. Or, dans un vrai esprit de mise en balance, la Cour de justice précise que cette jurisprudence « *ne saurait être comprise en ce sens que le principe d'effectivité du droit de l'Union et le respect du droit à une protection juridictionnelle effective, garanti par l'article 47, premier alinéa, de la Charte, obligent le juge national à laisser inappliquée une disposition de droit national ou la seule interprétation de celle-ci qui lui paraît conforme à la Constitution nationale si, ce faisant, il méconnaissait un autre droit fondamental garanti par le droit de l'Union* »²¹⁶⁸. Renvoyant à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, la Cour de

²¹⁶⁴ CJCE, 5 octobre 1994, *Allemagne/Conseil*, aff. C-280/93, *Rec.* 1994, p. I-4973, pt. 78.

²¹⁶⁵ CJUE, 6 octobre 2014, *Schrems*, aff. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, pt. 94.

²¹⁶⁶ CJUE, 19 décembre 2019, *Deutsche Umwelthilfe*, aff. C-752/18, ECLI:EU:C:2019:1114, pt. 35.

²¹⁶⁷ *Ibid.*, pt. 36 et 37.

²¹⁶⁸ *Ibid.*, pt. 43.

justice rappelle que le droit à une protection juridictionnelle effective n'est pas un droit absolu, mais peut comporter des restrictions, « *notamment pour protéger les droits et les libertés d'autrui* »²¹⁶⁹. Dans le cas d'espèce, l'article 47 de la Charte était en conflit avec l'article 6 de la Charte, à savoir le droit à la liberté²¹⁷⁰. La Cour de justice en a déduit qu'il était nécessaire procéder « *à une mise en balance des droits fondamentaux en cause au regard des exigences prévues à l'article 52, paragraphe 1, première phrase, de la Charte* »²¹⁷¹.

La Cour de justice ne s'est pas encore prononcée quant au rapport entre le principe du contenu essentiel et le principe général de proportionnalité, même si un rapport parallèle est le plus probable²¹⁷². Il ressort notamment de la jurisprudence que la Cour de justice n'a pas établi un contenu essentiel absolu des droits fondamentaux, mais que ce dernier doit être déterminé dans chaque cas d'espèce, c'est-à-dire de manière relative, à l'aide du principe de proportionnalité²¹⁷³. Une mesure qui affecte le contenu essentiel d'un droit fondamental est, dès lors, aussi disproportionnée²¹⁷⁴.

Ces considérations doivent être prises en compte dans le cadre de la mise en balance entre libertés de circulation et droits fondamentaux, effectuée sous forme de la concordance pratique. S'il s'avère que le contenu essentiel d'une liberté de circulation est affecté alors que le droit fondamental peut également être exercé sans affecter le contenu essentiel de la liberté de circulation, la mesure doit être considérée comme disproportionnée.

En revanche, s'il s'avère que l'alternative à la mesure restrictive ou l'abstention de la mesure affecte le contenu essentiel du droit fondamental, la mesure est proportionnée.

À notre avis, le conflit entre libertés de circulation et droits fondamentaux doit, dès lors, être résolu en opérant une mise en balance sous forme de la concordance pra-

²¹⁶⁹ *Ibid.*, pt. 44.

²¹⁷⁰ *Ibid.*

²¹⁷¹ *Ibid.*, pt. 45.

²¹⁷² KOCH O., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Berlin, Dunker&Humblot, 2003, p. 231 et 233.

²¹⁷³ *Ibid.*, p. 233.

²¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 233.

tique dans un cas concret et selon les circonstances du cas d'espèce. Dans le paragraphe suivant, nous allons examiner comment la Cour de justice a procédé lorsqu'elle a été confrontée à un tel conflit dans le cadre des litiges portant sur des entraves d'origine privée.

Cet examen nous permettra également d'étudier plus en détails les enjeux concrets d'une mise en balance entre libertés de circulation et droits fondamentaux dans les litiges qui opposent les particuliers.

Paragraphe 2 : Les enjeux d'une telle mise en balance

Comme nous l'avons abordé au titre précédent²¹⁷⁵, l'arrêt *Schmidberger* constitue le seul arrêt dans lequel la Cour de justice a procédé à une véritable mise en balance détaillée des intérêts conflictuels en présence.

La Cour de justice a commencé son raisonnement en précisant qu' « *aux fins de la détermination des conditions dans lesquelles la responsabilité d'un État membre peut être engagée et, en particulier, en ce qui concerne la question de savoir si ce dernier a commis une violation du droit communautaire, seules doivent être prises en considération l'action ou l'omission imputables audit État membre* »²¹⁷⁶. Il s'ensuit en l'occurrence que les objectifs spécifiques poursuivis par les manifestants bloquant l'autoroute de Brenner, à savoir la protection de l'environnement et de la santé publique, « *ne sont pas, en tant que tels, déterminants dans le contexte d'une action juridictionnelle telle que celle intentée par Schmidberger* »²¹⁷⁷. La Cour de justice a affirmé ensuite qu'il « *convient donc de tenir compte uniquement de l'objectif poursuivi par les autorités nationales lors de la décision d'autorisation implicite ou d'absence d'interdiction dudit rassemblement* »²¹⁷⁸. En l'occurrence, l'objectif poursuivi par les autorités autrichiennes était le respect des droits fondamentaux des mani-

²¹⁷⁵ Partie II, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2 de la présente thèse.

²¹⁷⁶ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, *Rec.* 2003, p. I-5659, pt. 67.

²¹⁷⁷ *Ibid.*, pt. 66.

²¹⁷⁸ *Ibid.*, pt. 68.

festants en matière de liberté d'expression et de liberté de réunion, garantis par la Convention EDH et la Constitution autrichienne²¹⁷⁹.

La juridiction autrichienne a interrogé la Cour de justice afin de savoir si la libre circulation des marchandises devait prévaloir sur les droits fondamentaux²¹⁸⁰. La Cour de justice a répondu par la négative. Renvoyant à sa jurisprudence constante selon laquelle les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect, la Cour de justice a réaffirmé que le respect des droits fondamentaux s'imposait tant à l'Union qu'aux États membres²¹⁸¹. Elle a relevé ensuite que « *la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre circulation des marchandises* »²¹⁸². Il incombe à la Cour de justice « *de fournir aux juridictions nationales tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation de la conformité de cette situation avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect, tels qu'ils résultent en particulier de la CEDH* »²¹⁸³.

Dans ce contexte, la Cour de justice a fait explicitement valoir que l'affaire *Schmidberger* soulevait « *la question de la conciliation nécessaire des exigences de la protection des droits fondamentaux dans la Communauté avec celles découlant d'une liberté fondamentale consacrée par le traité et, plus particulièrement, la question de la portée respective des libertés d'expression et de réunion, garanties par les articles 10 et 11 de la CEDH, et de la libre circulation des marchandises, lorsque les premières sont invoquées en tant que justification d'une restriction à la seconde* »²¹⁸⁴.

Cette formulation remarquablement claire, explicite et univoque de la Cour de justice est à saluer. À notre connaissance, il s'agit jusqu'à présent du seul arrêt où la Cour de justice affirme la nécessité de procéder à une véritable conciliation des droits fonda-

²¹⁷⁹ *Ibid.*, pt. 69.

²¹⁸⁰ *Ibid.*, pt. 70.

²¹⁸¹ *Ibid.*, pt. 71-73.

²¹⁸² CJCE, arrêt *Schmidberger* précité, aff. C-112/00, pt. 74.

²¹⁸³ *Ibid.*, pt. 75.

²¹⁸⁴ *Ibid.*, pt. 77 (nous soulignons).

mentaux et des libertés de circulation en procédant à un examen de la portée respective des droits fondamentaux concernés et de la liberté de circulation en cause. Contrairement aux arrêts *Viking* et *Laval*, la Cour de justice apprécie non seulement la portée de la libre circulation des marchandises, mais également la portée des libertés d'expression et de réunion. Elle examine l'affaire donc à la fois sous l'angle d'une restriction à une liberté de circulation et sous l'angle d'une restriction d'un droit fondamental.

La Cour de justice affirme qu'il faut « *mettre en balance les intérêts en présence* » et « *déterminer, eu égard à l'ensemble des circonstances de chaque cas d'espèce, si un juste équilibre a été respecté entre ces intérêts* »²¹⁸⁵. Ainsi, la Cour de justice met en avant la nécessité de soigneusement apprécier les circonstances de chaque cas d'espèce, soulignant le caractère relatif d'une mise en balance qui est limitée au cas concret et qui ne dispose pas d'une portée générale ou absolue.

Alors que les juridictions nationales disposent d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de la mise en balance, la Cour de justice rappelle qu'il y a néanmoins lieu de vérifier la proportionnalité de la mesure restrictive pour établir si les restrictions sont proportionnées au regard du but légitime poursuivi, à savoir en l'occurrence la protection des droits fondamentaux²¹⁸⁶.

Examinant les circonstances du cas d'espèce, la Cour de justice met en avant les différences par rapport à l'arrêt *Commission/France*, dit aussi « guerre des fraises », constatant que le rassemblement en cause a eu lieu à la suite d'une demande d'autorisation présentée sur le fondement du droit national et après que les autorités autrichiennes aient décidé de ne pas l'interdire²¹⁸⁷. De plus, les autorités autrichiennes ont pris des mesures de précaution limitant ainsi la portée de l'obstacle à la libre circulation des marchandises.

La Cour de justice a ensuite apprécié l'objectif poursuivi par les manifestants, ce qui est en contradiction directe avec ses considérations formulées quelques paragraphes

²¹⁸⁵ *Ibid.*, pt. 81.

²¹⁸⁶ CJCE, arrêt *Schmidberger* précité, aff. C-112/00, pt. 82.

auparavant selon lesquelles seul l'objectif poursuivi par l'État membre lors de la décision d'autorisation devait être pris en compte et non pas les objectifs poursuivis par les manifestants.

Or, dans la volonté de marquer la différence par rapport à l'arrêt *Commission/France*, la Cour de justice souligne dans l'arrêt *Schmidberger* que la manifestation sur le Brenner n'avait pas pour objet d'entraver les échanges de marchandises d'une nature ou d'une origine particulière. Ainsi, malgré sa volonté affirmée d'apprécier seulement les objectifs poursuivis par l'État membre, la Cour de justice apprécie également l'objectif poursuivi par le rassemblement, au moins dans la mesure où elle constate que ce dernier ne vise pas à entraver la libre circulation des marchandises provenant d'un autre État membre, distinguant dès lors le rassemblement sur le Brenner du comportement violent des agriculteurs en France.

Au vu de toutes les mesures d'encadrement prises par l'Autriche ainsi que la portée limitée de la manifestation, la Cour de justice constate que l'action isolée du rassemblement n'a pas engendré un climat général d'insécurité ayant eu un effet dissuasif sur les courants d'échanges²¹⁸⁸.

Enfin, la Cour de justice affirme que les autorités autrichiennes « *ont pu estimer qu'une interdiction pure et simple* » du rassemblement « *aurait constitué une interférence inacceptable dans les droits fondamentaux des manifestants de se réunir et d'exprimer paisiblement leur opinion en public* ». La Cour poursuit et estime « *quant à l'imposition de conditions plus strictes en ce qui concerne tant le lieu - par exemple sur le bord de l'autoroute du Brenner - que la durée - limitée à quelques heures seulement - du rassemblement en question, elle aurait pu être perçue comme constituant une restriction excessive de nature à priver l'action d'une partie substantielle de sa portée* »²¹⁸⁹. Elle souligne que s'il est vrai que les « *autorités nationales compétentes doivent chercher à limiter autant que possible les effets qu'une manifestation sur la voie publique ne manque pas d'avoir sur la liberté de circulation, il n'en demeure*

²¹⁸⁷ *Ibid.*, pt. 83 et 84.

²¹⁸⁸ *Ibid.*, pt. 88.

²¹⁸⁹ CJCE, arrêt *Schmidberger* précité, aff. C-112/00, pt. 90.

pas moins qu'il leur appartient de mettre cet intérêt en balance avec celui des manifestants, qui visent à attirer l'attention de l'opinion publique sur les objectifs de leur action »²¹⁹⁰.

Autrement dit, la Cour de justice confirme qu'en cas de conflit, les autorités nationales sont appelées à mettre en balance les libertés de circulation et les droits fondamentaux. Elles ne sauraient donner une priorité aux libertés de circulation, mais doivent établir un équilibre entre les exigences de la libre circulation et les exigences découlant des droits fondamentaux.

Compte tenu du large pouvoir d'appréciation accordé aux autorités nationales et en vue des circonstances du cas d'espèce, la Cour de justice en conclut que les autorités autrichiennes « *ont raisonnablement pu considérer que l'objectif poursuivi par ledit rassemblement ne pouvait pas en l'occurrence être atteint par des mesures moins restrictives* »²¹⁹¹. Dès lors, la Cour de justice arrive à la conclusion selon laquelle la mesure en cause est proportionnée et n'est pas incompatible avec la libre circulation des marchandises²¹⁹².

L'arrêt *Schmidberger* a suscité des réactions doctrinales nombreuses, tant en faveur qu'en défaveur de la solution retenue par la Cour de justice, même si les voix en faveur sont majoritaires.

En réponse aux reproches faites à la Cour de justice pour avoir examiné d'abord la violation d'une liberté de circulation et ensuite seulement la justification par la protection d'un droit fondamental, le président Skouris rappelle que la compétence de la Cour de justice s'ouvrirait sur une prétendue violation de la libre circulation des marchandises et non des droits fondamentaux²¹⁹³. La Cour de justice n'a donc pas procé-

²¹⁹⁰ *Ibid.*

²¹⁹¹ *Ibid.*, pt. 93.

²¹⁹² *Ibid.*, pt. 94.

²¹⁹³ SKOURIS V., « L'interaction entre les libertés fondamentales et des libertés publiques en droit communautaire », *op.cit.*, p. 501.

dé à une hiérarchisation des normes, mais a été amenée « *par nature* » à constater d’abord l’entrave à la libre circulation des marchandises²¹⁹⁴.

Nous suivons le président Skouris dans son estimation suivant laquelle beaucoup de facteurs plaident en faveur de la proportionnalité de l’entrave : les manifestants étaient « *de bonne foi* » puisqu’ils avaient demandé une autorisation de rassemblement non pas dans l’objectif d’entraver les échanges intraeuropéens, mais d’accentuer un danger environnemental ; l’entrave avait été circonscrite en raison des mesures prises par les autorités ; enfin, il n’y avait pas d’alternative puisqu’une interdiction totale du rassemblement aurait constitué une interférence inacceptable dans les droits fondamentaux des manifestants et qu’une limitation plus importante du rassemblement (en termes de durée ou de lieu) aurait privé la manifestation d’une partie essentielle de sa portée²¹⁹⁵.

Nous pouvons déduire de cette analyse de l’arrêt *Schmidberger* que la Cour de justice n’a pas procédé au test « habituel » des justifications aux entraves à la libre circulation des marchandises applicables aux autres motifs de restrictions - et n’a d’ailleurs pas classé les droits fondamentaux dans une des catégories de justifications déjà disponibles - mais a opéré une véritable mise en balance des intérêts conflictuels sans établir un rapport hiérarchique entre les libertés de circulation et les droits fondamentaux en vérifiant seulement que les restrictions à la libre circulation des marchandises ne dépassent pas ce qui est nécessaire pour assurer la protection du droit fondamental en cause²¹⁹⁶.

La professeure Vial relève dans ce contexte que la mise en balance effectuée dans l’arrêt *Schmidberger* semble constituer « *l’ultime stade d’un contrôle de proportionnalité étendu qui implique non seulement de vérifier l’existence d’un lien de causalité et l’absence de mesures alternatives, mais également de procéder à une conciliation*

²¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 502.

²¹⁹⁵ *Ibid.*

²¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 503 ; v. aussi NIC SHUIBHNE N., « Fundamental rights and the framework of internal market adjudication : is the Charter making a difference ? », in KOUTRAKOS P. et SNELL J. (éds.), *Research Handbook on the Law of the EU’s Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 218 s.

des différents objectifs poursuivis, quitte à retenir un équilibre différent de celui que les autorités nationales se sont efforcées d'établir »²¹⁹⁷.

Dès lors, nous saluons la solution retenue par la Cour de justice qui ne limite pas l'objet du contrôle de proportionnalité aux seules restrictions à la libre circulation des marchandises, mais étend le contrôle aux restrictions apportées aux droits fondamentaux qui doivent également être proportionnées²¹⁹⁸.

Ainsi, la Cour de justice procède par un examen exemplaire à un double test de proportionnalité des mesures en cause : un test de proportionnalité à la lumière des libertés de circulation et un test de proportionnalité à la lumière des droits fondamentaux. Aussi, la Cour de justice fait en sorte que ni l'atteinte à la libre circulation des marchandises ni l'atteinte potentielle à la liberté d'expression et de réunion ne soient disproportionnées et que ni la libre circulation des marchandises ni les droits fondamentaux ne soient atteints dans leur substance essentielle.

De plus, la Cour de justice accorde une marge d'appréciation relativement large aux autorités nationales, ce qui contrebalance un contrôle de proportionnalité trop strict, estimant qu'il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales²¹⁹⁹. Cette marge d'appréciation semble être liée à une certaine réticence de la Cour de justice à s'immiscer dans le pouvoir d'appréciation des États à la Convention EDH²²⁰⁰.

Cependant, tout en laissant une marge d'appréciation relativement large aux États membres, la Cour de justice affirme toutefois que si « *les autorités compétentes disposent d'un large pouvoir d'appréciation, il y a néanmoins lieu de vérifier si les restrictions apportées aux échanges intracommunautaires sont proportionnées au regard*

²¹⁹⁷ VIAL C., « Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux : à la recherche d'un équilibre », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, n° 58, p. 454.

²¹⁹⁸ *Ibid.*

²¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 455.

²²⁰⁰ *Ibid.*

du but légitime poursuivi, à savoir en l'espèce la protection des droits fondamentaux »²²⁰¹.

Ainsi, tout en accordant un large pouvoir d'appréciation aux États membres, la Cour de justice n'exclut pas les droits fondamentaux du contrôle de proportionnalité.

Aussi, dans l'arrêt *Schmidberger*, la Cour de justice constate que les mesures adoptées par les autorités autrichiennes étaient non seulement appropriées mais également absolument nécessaires puisqu'aucune solution de remplacement ne pouvait être retenue²²⁰². En effet, une interdiction du rassemblement aurait constitué une atteinte inacceptable aux droits fondamentaux²²⁰³. De plus, il convient de ne pas oublier que toute autre solution aurait davantage nuit à la libre circulation des marchandises et aurait potentiellement mis en péril l'ordre public²²⁰⁴. L'autorisation du rassemblement était donc une mesure justifiée et proportionnée.

Nous suivons entièrement la professeure Vial qui révèle que c'est « *en effet au cours de la vérification de l'inexistence de mesures alternatives en l'espèce, que la Cour de justice opère un véritable arbitrage entre les intérêts en présence et considère qu'une atteinte limitée à la libre circulation des marchandises est préférable à une moindre garantie des droits fondamentaux* »²²⁰⁵. Par conséquent, dans l'affaire *Schmidberger*, en raison des circonstances concrètes de l'espèce, le juste équilibre des intérêts conflictuels en présence passe « *par la prééminence de la protection des droits fondamentaux sur la réalisation de la libre circulation des marchandises* »²²⁰⁶.

Nous saluons le juste équilibre établi par la Cour de justice dans l'arrêt *Schmidberger* à l'issue d'une mise en balance prenant la forme d'une concordance pratique. Or, comme mentionné ci-dessus, il s'agit du seul arrêt où la Cour de justice a procédé à une telle mise en balance par excellence. Dans la grande majorité des affaires portant

²²⁰¹ CJCE, arrêt *Schmidberger* précité, aff. C-112/00, pt. 82.

²²⁰² VIAL C., « Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux : à la recherche d'un équilibre », *op.cit.*, p. 458.

²²⁰³ *Ibid.*

²²⁰⁴ *Ibid.*

²²⁰⁵ *Ibid.*

²²⁰⁶ *Ibid.*, p. 459.

sur des entraves d'origine privée, la Cour de justice a effectué un examen classique de proportionnalité de la mesure restrictive, sans tenir compte de l'origine privée.

Ainsi, l'Avocat général Lenz opère dans l'affaire *Bosman* un examen classique de proportionnalité de la clause de nationalité et de la clause de transfert, s'interrogeant en détail sur l'aptitude, l'adéquation et les alternatives moins restrictives qui existent²²⁰⁷. Il déduit de son examen que les clauses ne sont pas conformes au principe de proportionnalité²²⁰⁸. La Cour de justice suit l'Avocat général Lenz estimant, elle aussi, que la clause de transfert n'est pas adéquate pour atteindre les objectifs légitimement poursuivis et que d'autres moyens existent pour les atteindre²²⁰⁹. Quant à la clause de nationalité, la Cour de justice considère également qu'elle n'est pas apte pour atteindre les objectifs poursuivis et qu'en plus, elle prive la libre circulation des travailleurs de son effet utile et risque « *de mettre à néant le droit fondamental d'accéder librement à un emploi* »²²¹⁰.

Dans l'arrêt *Angonese*, la Cour de justice procède à un examen bref et limité de proportionnalité après avoir constaté que la mesure d'origine privée en cause est constitutive d'une discrimination indirecte. La Cour de justice relève qu'une telle mesure indirectement discriminatoire « *ne pourrait être justifiée que si elle était fondée sur des considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi* »²²¹¹. Renvoyant à sa jurisprudence antérieure en matière de connaissances linguistiques, la Cour de justice en conclut que la mesure en cause est disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi²²¹². Elle reconnaît qu'il peut être légitime d'exiger d'un candidat à un emploi des connaissances linguistiques d'un certain niveau ainsi que la détention d'un diplôme

²²⁰⁷ Conclusions de l'AG Lenz du 20 septembre 1995 sur l'affaire *Bosman*, aff. C-415/93, Rec. 1995, p. I-4930 (notamment p. I-5012 s).

²²⁰⁸ *Ibid.*, pt. 234.

²²⁰⁹ CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, Rec. 1995, p. I-4921, pt. 107 s.

²²¹⁰ *Ibid.*, pt. 129 s.

²²¹¹ CJCE, 6 juin 2000, *Angonese*, aff. C-281/98, Rec. 2000, p. I-4139, pt. 42.

²²¹² *Ibid.*, pt. 43 et 44.

attestant de telles connaissances, mais elle considère que l'impossibilité d'en apporter la preuve par tout autre moyen est disproportionnée²²¹³.

Les arrêts *Viking* et *Laval* qui méritent un examen plus détaillé contiennent également des tentatives de conciliation entre libertés de circulation et droits fondamentaux, mais avec un résultat distinct de celui de l'arrêt *Schmidberger*.

L'Avocat général Poiares Maduro opère une mise en balance par excellence du droit à la liberté d'établissement et du droit d'action collective dans ses conclusions de l'affaire *Viking*, donnant une orientation importante au juge national, tout en lui réservant l'appréciation finale²²¹⁴. Après avoir dressé le contexte général du litige, et notamment du conflit potentiel entre la liberté d'établissement ou plus amplement le marché intérieur, d'une part, et des questions sociales liées à une délocalisation, d'autre part, l'Avocat général tente de trouver un équilibre entre la liberté d'établissement et le droit d'action collective.

Dans ce sens, l'Avocat général Poiares Maduro affirme, tout d'abord, qu'une politique coordonnée d'actions collectives entre syndicats constitue « *normalement* » un moyen légitime de protéger les salaires et les conditions de travail des marins²²¹⁵. Cependant, il souligne qu'une action collective qui a pour effet de cloisonner le marché de travail et qui empêche le recrutement de salariés provenant d'un autre État membre dans le but de protéger les emplois dans d'autres États membres « *reviendrait à remettre en cause le principe de non-discrimination sur lequel est fondé le marché commun* »²²¹⁶.

Or, l'Avocat général précise qu'une action collective peut également servir à garantir les salaires et conditions de travail, à empêcher les licenciements ou à obtenir une indemnisation équitable²²¹⁷. Selon l'Avocat général Poiares Maduro, il appartient à la

²²¹³ *Ibid.*, pt. 44.

²²¹⁴ Conclusions de l'AG Poiares Maduro du 23 mai 2007 sur l'affaire *Viking*, aff. C-438/05, Rec. 2007, p. I-10784 (spéc. p. I-10800 s).

²²¹⁵ Conclusions de l'AG Poiares Maduro sur l'affaire *Viking* précitée, aff. C-438/05, pt. 62.

²²¹⁶ *Ibid.*

²²¹⁷ *Ibid.*, pt. 64

juridiction nationale d'apprécier si l'action collective en cause va au-delà de ce que le droit national estime légal aux fins de protection des intérêts de l'équipage actuel²²¹⁸.

L'Avocat général en conclut qu'« *en principe, le droit communautaire n'empêche pas les syndicats de mener une action collective ayant pour effet de restreindre le droit d'établissement d'une entreprise qui envisage de déménager dans un autre État membre, afin de protéger les travailleurs de cette entreprise* »²²¹⁹.

L'Avocat général adopte donc une conception relativement large du droit d'action collective à laquelle nous souscrivons. Il examine les objectifs et la portée des deux droits conflictuels et vise à assurer leur contenu essentiel respectif, sans donner une préférence « automatique » à la liberté d'établissement. Au contraire, l'Avocat général est pleinement conscient des questions sociales provoquées par une délocalisation, les prend au sérieux et donne aux syndicats la possibilité d'accomplir leur tâche principale : la protection des salariés et l'amélioration de leurs conditions de travail.

En revanche, l'Avocat général Poiares Maduro distingue d'une part, les actions collectives menée pour persuader une entreprise de conserver ses emplois et conditions de travail actuels, c'est-à-dire les actions collectives qui constituent le cœur de l'action syndicale, et les actions collectives qui ont pour but d'empêcher une entreprise de fournir ses services, une fois la délocalisation effectuée à l'étranger²²²⁰, d'autre part.

Ceci est cohérent puisqu'une telle action collective atteint le contenu essentiel de la liberté d'établissement dans la mesure où « *empêcher une entreprise établie dans un État membre ou menacer de l'empêcher, par une action collective, de fournir légalement ses services dans un autre État membre (...) réduit à néant la raison d'être du marché commun* »²²²¹. De telles actions pourraient « *créer une atmosphère de représailles permanentes entre groupes sociaux de différents États membres, ce qui pourrait gravement menacer le marché commun et l'esprit de solidarité qui y est an-*

²²¹⁸ *Ibid.*, pt. 65.

²²¹⁹ *Ibid.*, pt. 66.

²²²⁰ Conclusions de l'AG Poiares Maduro sur l'affaire *Viking* précitée, aff. C-438/05, pt. 67.

²²²¹ *Ibid.*, pt. 68.

cré »²²²². Alors que l'Avocat général considère que la première action collective peut être légale, il estime, en revanche, que la seconde est incompatible avec la liberté d'établissement.

La Cour de justice a opté pour une solution distincte de celle proposée par l'Avocat général Poiares Maduro. Comme il a été étudié au titre précédent de la présente thèse, elle a affirmé que « *le droit de mener une action collective, y compris le droit de grève, est reconnu* » par différents instruments internationaux et européens et « *doit donc être reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect* »²²²³. Or, la Cour de justice souligne que l'exercice de ce droit peut être soumis à des restrictions²²²⁴.

Renvoyant à sa jurisprudence *Schmidberger* et *Omega*, la Cour de justice affirme que la protection des droits fondamentaux constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux libertés de circulation²²²⁵. Toutefois, l'exercice des droits fondamentaux n'échappe pas au champ d'application des dispositions des traités, mais doit être concilié avec les exigences relatives aux droits protégés par les traités et conforme au principe de proportionnalité²²²⁶. La mesure restrictive doit donc être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre²²²⁷.

Réaffirmant que la protection des travailleurs constitue un intérêt légitime déjà reconnu par la Cour de justice parmi les raisons impérieuses d'intérêt général²²²⁸, la Cour de justice met en avant que l'Union n'a « *non seulement une finalité économique, mais également une finalité sociale, les droits résultant des dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux doivent être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique*

²²²² *Ibid.*

²²²³ CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05, *Rec.* 2007, p. I-10779, pt. 43 et 44.

²²²⁴ *Ibid.*, pt. 44.

²²²⁵ *Ibid.*, pt. 45.

²²²⁶ *Ibid.*, pt. 46.

²²²⁷ *Ibid.*, pt. 75.

²²²⁸ *Ibid.*, pt. 77.

sociale, parmi lesquels figurent, notamment (...) l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate et le dialogue social »²²²⁹.

Nous souscrivons pleinement cette affirmation de la Cour de justice, car elle tient compte de la finalité sociale de l'Union et souligne que les deux finalités, économique et sociale, doivent être mises en balance. Encore faut-il qu'une telle mise en balance entre les libertés de circulation et les objectifs poursuivis par la politique sociale soit effectivement réalisée.

Or, il convient de constater que la Cour de justice procède ensuite à un test de proportionnalité « unilatéral » et non pas à une véritable mise en balance. En revanche, contrairement à l'arrêt *Laval*, la Cour de justice accorde une large marge d'appréciation à la juridiction nationale, se limitant à lui donner quelques lignes directrices d'appréciation, sans pour autant se substituer à elle. Ceci constitue certainement un aspect positif de l'arrêt *Viking* puisque les juridictions nationales peuvent procéder à l'appréciation effective de la proportionnalité en tenant compte des circonstances concrètes du cas d'espèce, tout en suivant les lignes directrices apportées par la Cour de justice.

Ainsi, la Cour de justice considère qu'il « *appartiendra à la juridiction de renvoi de vérifier si les buts poursuivis* » par les syndicats « *au moyen de l'action collective menée par ces derniers concernaient la protection des travailleurs* »²²³⁰. Pour apprécier si l'action collective peut raisonnablement être considérée comme relevant de l'objectif de protections des travailleurs²²³¹, la Cour de justice indique qu'il incombe à la juridiction nationale de déterminer si les emplois ou les conditions de travail des membres du syndicat susceptibles d'être affectés par le changement de pavillon étaient compromis ou sérieusement menacés²²³². Dans l'affirmative, c'est-à-dire si les emplois ou conditions de travail sont véritablement compromis ou sérieusement menacés, la juridiction de renvoi doit vérifier « *si l'action collective engagée par ce*

²²²⁹ CJCE, arrêt *Viking* précité, aff. C-438/05, pt. 79.

²²³⁰ *Ibid.*, pt. 80.

²²³¹ *Ibid.*, pt. 81.

syndicat est apte à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce dernier »²²³³.

Ensuite, la Cour de justice donne des indications à la juridiction nationale, statuant que « *en ce qui concerne le caractère approprié des actions menées par FSU pour atteindre les objectifs poursuivis dans l'affaire au principal, il y a lieu de rappeler qu'il est constant que les actions collectives, de même que les négociations collectives et les conventions collectives, peuvent constituer, dans les circonstances particulières d'une affaire, l'un des moyens principaux pour les syndicats de protéger les intérêts de leurs membres »²²³⁴. La Cour de justice indique ensuite à la juridiction de renvoi que cette dernière doit examiner si le syndicat ne disposait pas d'autres moyens moins restrictifs de la liberté d'établissement et si le syndicat avait épuisé ces moyens avant d'engager une action collective²²³⁵.*

Ces indications troublent nos affirmations antérieures et contredisent, à notre avis, les considérations de la Cour de justice relatives à l'importance des actions collectives. Alors que la Cour de justice venait de souligner la place importante des actions collectives pour la défense des intérêts des syndicats et des travailleurs, elle limite considérablement l'exercice de ce droit seulement un paragraphe après en le soumettant à un test strict de proportionnalité.

Enfin, en ce qui concerne l'action coordonnée au niveau européen visant à assurer la mise en œuvre de la politique menée par ITF, la Cour de justice suit l'Avocat général estimant qu'une politique qui vise à empêcher les armateurs d'immatriculer leurs navires dans un État autre que celui dont les propriétaires effectifs de ces navires sont les ressortissants, ne saurait être objectivement justifiée²²³⁶.

Ce test relativement strict de proportionnalité n'amène donc pas, à notre avis, à un résultat satisfaisant dans la mesure où elle n'accorde pas une place suffisamment im-

²²³² *Ibid.*, pt. 83.

²²³³ *Ibid.*, pt. 84.

²²³⁴ CJCE, arrêt *Viking* précité, aff. C-438/05, pt. 86.

²²³⁵ *Ibid.*, pt. 87.

²²³⁶ *Ibid.*, pt. 88.

portante aux droits fondamentaux. Or, la solution retenue par la Cour de justice dans l'arrêt *Laval* s'avère encore moins protectrice.

Contrairement à l'Avocat général Poiares Maduro, l'Avocat général Mengozzi ne procède pas à une mise en balance des intérêts en présence, mais à un examen classique et limité de proportionnalité, estimant que des mesures restrictives telles que celles en cause dans le cas d'espèce peuvent être justifiées « *lorsqu'elles répondent à des raisons impérieuses d'intérêt général dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi et pour autant qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre* »²²³⁷. Ainsi, il est clair, dès le début, que l'Avocat général Mengozzi tend à apprécier l'action collective à la lumière des libertés de circulation en la soumettant à un test classique de proportionnalité.

L'Avocat général Mengozzi identifie la protection des travailleurs et la lutte contre le dumping social parmi les objectifs poursuivis par les actions collectives en cause²²³⁸. Or, il remarque dans ce contexte que « *ces deux objectifs pourraient sembler dépasser l'objet de l'activité d'une organisation syndicale, qui consiste, en principe, à défendre les intérêts professionnels de ses propres membres* »²²³⁹. Nous ne pouvons pas suivre cette considération. Elle repose à notre avis sur une conception erronée des activités d'une organisation syndicale. S'il est vrai qu'une des activités d'une organisation syndicale est la défense des intérêts professionnels de ses propres membres, son activité ne s'y limite pas, mais comprend également - comme un de ses objectifs principaux depuis l'origine des créations des syndicats - la protection des travailleurs qui constitue même une de ses tâches centrales.

La lutte contre le dumping social est l'expression de la finalité sociale de l'Union visant à compenser les éventuels effets négatifs de la finalité économique de l'Union, dont notamment l'exercice des libertés de circulation qui peut avoir des effets préju-

²²³⁷ Conclusions de l'AG Mengozzi du 23 mai 2007 sur l'affaire *Laval*, aff. C-341/05, *Rec.* 2007, p. I-11772, pt. 241.

²²³⁸ *Ibid.*, pt. 246.

diciables pour les travailleurs affectés. De ce fait, la lutte contre le dumping social est une tâche de plus en plus importante des syndicats au niveau européen et tombe donc, nécessairement, dans leurs champs d'activité. De plus, étant une des expressions de la politique sociale de l'Union, nous estimons que la lutte contre le dumping social n'est pas étrangère aux traités, mais inhérente à la finalité sociale des traités constitutifs de l'Union européenne.

Renvoyant au système suédois, l'Avocat général Mengozzi finit par admettre que « rien ne s'oppose à ce que de tels objectifs puissent être invoqués par des particuliers »²²⁴⁰, d'autant plus que ces objectifs ont été reconnus comme exigences impérieuses d'intérêt général par la Cour de justice susceptibles de justifier une restriction à l'une des libertés de circulation²²⁴¹.

Ensuite, l'Avocat général Mengozzi reconnaît que la libre prestation des services « ne saurait imposer des obligations dans le chef d'organisations syndicales qui porteraient atteinte à la substance même du droit de recourir à l'action collective »²²⁴². L'Avocat général a donc recours au principe de la substance essentielle d'un droit fondamental pour démontrer les limites de l'exercice du droit à la libre prestation des services. Il poursuit ses observations en arguant que les deux droits conflictuels doivent être conciliés et qu'il faut réaliser une mise en balance des intérêts en présence²²⁴³.

Il mène ensuite une étude détaillée des actions collectives en question, soigneusement indiquant à la juridiction de renvoi les différents points à prendre en considération²²⁴⁴. L'Avocat général considère notamment que la libre prestation des services « ne s'oppose pas, en principe, au déclenchement d'actions collectives dans le but de contraindre un prestataire de services d'un État membre à souscrire à la rémunération déterminée conformément à une convention collective applicable de fait aux entre-

²²³⁹ *Ibid.*, pt. 247.

²²⁴⁰ *Ibid.*, pt. 248.

²²⁴¹ *Ibid.*, pt. 249.

²²⁴² Conclusions de l'AG Mengozzi sur l'affaire *Laval* précitée, aff. C-341/05, pt. 251.

²²⁴³ *Ibid.*, pt. 252 et 253.

²²⁴⁴ *Ibid.*, pt. 253 s.

prises nationales se trouvant dans une situation similaire dans le secteur de la construction dans l'État membre sur le territoire duquel ledit prestataire détache temporairement des travailleurs » dans la mesure où une telle action collective constitue d'après l'Avocat général un moyen approprié et adéquat²²⁴⁵.

L'Avocat général Mengozzi invite la juridiction de renvoi à vérifier si la rémunération versée par Laval est identique ou essentiellement comparable à celle prévue par la convention collective²²⁴⁶. Si tel n'est pas le cas - ainsi qu'il paraît - l'action collective en ce qu'elle vise à imposer le taux de salaire prévu par la convention collective ne serait pas disproportionnée par rapport aux objectifs de la protection des travailleurs et de la lutte contre le dumping social²²⁴⁷.

En revanche, les actions collectives qui visent à imposer toutes les conditions prévues par la convention collective à Laval sont disproportionnées dans la mesure où elles vont au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la protection des travailleurs et prévenir le dumping social, notamment dans un cas tel que celui dans l'affaire *Laval* où l'entreprise qui détache des travailleurs est déjà liée par une convention collective légalement stipulée dans un autre État membre²²⁴⁸. L'imposition de toutes les conditions prévues par la convention collective suédoise aurait pour effet une duplication des obligations imposées à Laval, ce qui est incompatible avec la jurisprudence de la Cour de justice²²⁴⁹.

Pour conclure, l'Avocat général considère que la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs ainsi que la libre prestation des services ne s'opposent pas à ce que des organisations syndicales tentent de contraindre un prestataire de service d'un autre État membre à souscrire au taux de salaire déterminé conformément à une convention collective, dès lors que les actions collectives poursuivent des objectifs d'intérêt général, tels que la protection des travailleurs et la lutte contre le dum-

²²⁴⁵ *Ibid.*, pt. 254 et 255 à 259.

²²⁴⁶ *Ibid.*, pt. 263 s.

²²⁴⁷ *Ibid.*, pt. 273.

²²⁴⁸ *Ibid.*, pt. 279 et 280.

²²⁴⁹ Conclusions de l'AG Mengozzi sur l'affaire *Laval*, aff. C-341/05, pt. 281 et 282.

ping social, et ne sont pas exercées d'une manière disproportionnée par rapport à la réalisation de ces objectifs²²⁵⁰.

Au cours de l'examen de la proportionnalité des actions collectives, la juridiction de renvoi doit notamment vérifier si les conditions de travail et d'emploi prévues par la convention collective comportent un avantage réel qui contribue, de manière significative, à la protection des travailleurs détachés, ou si elles dupliquent une protection identique ou essentiellement comparable qui existe déjà en vertu de la convention collective applicable au prestataire de service dans l'État membre de son établissement²²⁵¹.

Alors que l'Avocat général Mengozzi n'effectue pas une véritable pondération respective des intérêts en cause, mais un contrôle classique de proportionnalité, il accorde une marge d'appréciation relativement large à la juridiction de renvoi et souligne l'importance de la protection des travailleurs ainsi que la lutte contre le dumping social. Or la Cour de justice a opté pour une autre solution.

Tout comme dans l'arrêt *Viking*, la Cour de justice affirme que le droit de mener une action collective, y compris le droit de grève, est reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux de droit dont la Cour de justice assure le respect²²⁵². Après avoir constaté que l'action collective en cause constitue une restriction à la libre prestation des services, la Cour de justice observe qu'une telle restriction ne saurait être admise que si elle poursuit un objectif légitime et se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général, pour autant que la mesure en cause soit propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre²²⁵³.

Cela signifie que la Cour de justice n'entend pas procéder à une mise en balance entre le droit de mener une action collective et le droit à la libre prestation des services, mais décide d'opérer un test classique de proportionnalité.

²²⁵⁰ *Ibid.*, pt. 308.

²²⁵¹ *Ibid.*, pt. 308.

²²⁵² CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05, *Rec.* 2007, p. I-11767, pt. 90 et 91.

²²⁵³ *Ibid.*, pt. 101.

Retenant que le droit de mener une action collective ayant pour but la protection des travailleurs de l'État d'accueil contre une éventuelle pratique de dumping social peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général de nature à justifier, en principe, une restriction à l'une des libertés de circulation²²⁵⁴, la Cour de justice souligne, tout comme dans l'arrêt *Viking*, que l'Union a non seulement une finalité économique mais également une finalité sociale, et qu'elle comprend non seulement un marché intérieur mais poursuit également une politique dans le domaine social²²⁵⁵.

Tout en admettant qu'un blocus engagé par une organisation syndicale de l'État membre d'accueil visant à garantir, aux travailleurs détachés, des conditions de travail et d'emploi fixées à un certain niveau relève de l'objectif de protection des travailleurs²²⁵⁶, la Cour de justice opère ensuite un examen restrictif de proportionnalité centré sur une conception de protection minimale²²⁵⁷.

La Cour de justice se heurte notamment au fait que le droit suédois ne prévoit pas de dispositions relatives à la détermination du salaire minimal, mais laisse cette tâche aux organisations syndicales qui négocient librement de tels salaires minimaux. La Cour de justice estime que des actions collectives telles que celles en cause ne sauraient être justifiées au regard de l'objectif de la protection des travailleurs « *lorsque la négociation salariale qu'elles visent à imposer à une entreprise établie dans un autre État membre s'inscrit dans un contexte national marqué par l'absence de dispositions, de quelque nature que ce soit, qui soient suffisamment précises et accessibles pour ne pas rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile la détermination, par une telle entreprise, des obligations qu'elle devrait respecter en termes de salaire minimal* »²²⁵⁸.

²²⁵⁴ *Ibid.*, pt. 103.

²²⁵⁵ *Ibid.*, pt. 104 et 105.

²²⁵⁶ *Ibid.*, pt. 107.

²²⁵⁷ *Ibid.*, pt. 108-111.

²²⁵⁸ *Ibid.*, pt. 110.

Dès lors, la Cour de justice en conclut que les actions collectives en cause constituent une restriction non justifiée au regard de la libre prestation des services et ne sont pas non plus compatibles avec la directive 96/71/CE²²⁵⁹.

Le débat doctrinal qui a suivi les arrêts *Viking* et *Laval* était vaste et varié. Ceci n'est pas étonnant puisque le conflit entre droits fondamentaux et libertés de circulation y était ouvert et frontal²²⁶⁰. De plus, ces deux arrêts illustrent la problématique du dumping social transfrontalier causée par la disparité des niveaux nationaux de protection sociale²²⁶¹.

Nous suivons avec conviction les nombreux critiques qui ont suivi les arrêts *Viking* et *Laval*, notamment quant au contrôle strict de proportionnalité opéré par la Cour de justice²²⁶².

Ainsi, suivant le professeur RITLENG, nous estimons critiquable que la Cour de justice refuse aux organisations syndicales ce qu'elle accorde pour autant aux États membres, à savoir « *une liberté dans la détermination des objectifs sociaux à protéger et dans la manière d'assurer cette protection* »²²⁶³.

En effet, la Cour de justice ne tient pas suffisamment compte de la sensibilité des intérêts en présence²²⁶⁴. À la place d'un contrôle de proportionnalité souple qui accorde une large marge de manœuvre aux syndicats, comparable à celle accordée aux autorités nationales dans l'arrêt *Schmidberger*, la Cour de justice opère un contrôle strict de proportionnalité dans les arrêts *Viking* et *Laval*²²⁶⁵.

²²⁵⁹ CJCE, arrêt *Laval* précité, aff. C-341/05, pt. 111.

²²⁶⁰ KADDOUS Ch., « Droits de l'homme et libertés de circulation : complémentarité ou contradiction ? », in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 588 ; MUIR WATT H., « Lorsque les libertés d'établissement et de prestation de services favorisent le dumping social », *Revue critique de droit international privé*, 2008, p. 383.

²²⁶¹ *Ibid.*

²²⁶² RITLENG D., « Les États membres face aux entraves », in AZOULAI L. (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 323.

²²⁶³ *Ibid.*

²²⁶⁴ WEDL V., « Glosse zu EuGH 18.12.2007, C-341/05 », *RdA*, 2008, p. 297.

²²⁶⁵ *Ibid.*

En procédant à ce contrôle strict de proportionnalité au seul regard des libertés de circulation, la Cour de justice place les libertés de circulation au-dessus des droits fondamentaux, introduisant ainsi une hiérarchie des normes entre droits fondamentaux et libertés de circulation, qui est contraire aux traités²²⁶⁶. Ce faisant, la Cour de justice force les syndicats et d'autres organismes et représentations professionnels dans un rôle défensif puisqu'ils sont obligés de justifier et de défendre potentiellement toute mesure prise dans le cadre de l'exercice d'un droit fondamental dont ils sont titulaires, telle que des actions collectives²²⁶⁷.

Désormais, les syndicats doivent agir avec prudence lorsqu'ils entament des actions collectives susceptibles d'entraver la libre circulation²²⁶⁸. Ils risquent même des actions en responsabilité²²⁶⁹. Certes, de telles actions collectives peuvent être justifiées, mais seulement si elles respectent les conditions relativement strictes posées par la Cour de justice²²⁷⁰. Cette contrainte limite incontestablement le droit fondamental des syndicats de mener des actions collectives²²⁷¹.

Le contrôle strict de proportionnalité effectué par la Cour de justice dans les arrêts *Viking* et *Laval* risque même d'affecter le contenu essentiel de la liberté de coalition des syndicats²²⁷². Un tel contrôle de proportionnalité des mesures prises par les syndicats ne constitue pas un moyen approprié pour opérer une véritable mise en balance entre droits fondamentaux des syndicats et libre circulation des entreprises car il met en péril la substance essentielle des droits et libertés de syndicats, notamment leur liberté de coalition et l'exercice du droit de mener une action collective²²⁷³.

Tout comme dans l'arrêt *Schmidberger*, la Cour de justice aurait dû se contenter du fait que la protection des travailleurs et la lutte contre le dumping social constituent

²²⁶⁶ Du même avis : WEDL V., « Glosse zu EuGH 18.12.2007, C-341/05 », *op.cit.*, p. 300.

²²⁶⁷ *Ibid.*

²²⁶⁸ JAZOTTES G., « La Cour pose les fondements d'une conciliation entre l'action collective de syndicats contre le risque de *dumping social* et la liberté de circulation », *RTD Comm.*, 2008, p. 449.

²²⁶⁹ *Ibid.*

²²⁷⁰ *Ibid.*

²²⁷¹ *Ibid.*

²²⁷² REICH N., « „Horizontalhaftung“ - gibt es einen Beitrag des Gemeinschaftsrechts? », *ZfRV*, 2009, n° 22, p. 153.

²²⁷³ *Ibid.*

des objectifs légitimement poursuivis²²⁷⁴. Ceci d'autant plus que tout comme les manifestants dans l'arrêt *Schmidberger*, les syndicats n'avaient pas pour objectif de restreindre les libre-échanges et d'entraver la libre circulation, mais de protéger les travailleurs et de lutter contre le dumping social qui affectait leurs salariés²²⁷⁵.

À notre avis, la Cour de justice ne tient pas suffisamment compte du fait que le droit de mener une action collective constitue un droit fondamental essentiel pour les syndicats. Ce droit, qui vise à rééquilibrer l'inégalité existante entre les travailleurs et les employeurs ou entrepreneurs, est indispensable pour concilier la finalité économique avec la finalité sociale de l'Union et pour faire en sorte que la libre circulation au sein de l'Union européenne ne se réalise pas au détriment de ses citoyens. Ce faisant, la Cour de justice a manqué de mettre les politiques sociales de l'Union en rapport avec les libertés de circulation.

De surcroît, nous estimons qu'elle a opéré une appréciation erronée des actions collectives. Le but des actions collectives était toujours l'amélioration progressive et la conservation des conditions de travail et de vie des salariés ainsi qu'un niveau de vie élevé²²⁷⁶. Or, au moins lorsque les actions collectives entrent en conflit (potentiel) avec les libertés de circulation, la Cour de justice semble limiter leur portée à la conservation des standards minimums, ce qui revient à une régression néfaste des actions collectives qui n'est pas compatible avec l'objectif de l'Union d'améliorer progressivement les conditions de vie et de travail dans les États membres²²⁷⁷. Cette jurisprudence diverge, par ailleurs, de celle de la Cour EDH qui a établi une jurisprudence plus poussée des actions collectives et du droit de grève et qui comprend notamment le droit de recourir aux actions collectives dans le but de lutter pour des meilleures conditions de vie et de travail²²⁷⁸.

²²⁷⁴ WEICHSELBAUM B., « Grundrechte, Grundfreiheiten und der Vertrag von Lissabon: Neues zum Thema Kollektivverhandlungen und kollektive Maßnahmen », *RdA*, 2011, p. 107.

²²⁷⁵ *Ibid.*

²²⁷⁶ WEICHSELBAUM B., « Grundrechte, Grundfreiheiten und der Vertrag von Lissabon », *op.cit.*, p. 108.

²²⁷⁷ *Ibid.*

²²⁷⁸ *Ibid.*, p. 106.

Alors que, dans les arrêts *Viking* et *Laval*, la Cour de justice fait référence à la Charte, elle opère ensuite un contrôle de proportionnalité du seul point de vue des libertés de circulation, oubliant ainsi que l'article 52, paragraphe 1, de la Charte énonce que « toute limitation à l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui »²²⁷⁹. Or, dans le cadre de son appréciation, la Cour de justice a seulement examiné si les restrictions aux libertés de circulation étaient proportionnées et non pas aussi si les limitations au droit de mener des actions collectives étaient proportionnées et respectaient son contenu essentiel. Ce faisant, la Cour de justice a limité son appréciation à la question de savoir dans quelle mesure le droit fondamental pouvait justifier une entrave aux libertés de circulation²²⁸⁰.

Dans l'arrêt *Laval*, la Cour de justice critique l'absence de prévisibilité et donc de sécurité juridique et en tire la conséquence que la mesure restrictive est disproportionnée²²⁸¹. De plus, elle se heurtait au fait que le salaire que voulait imposer le syndicat ne constituait pas un salaire minimal, tel que visé par la directive 96/71, mais un salaire moyen²²⁸². Nous pouvons déduire des arrêts *Viking* et *Laval* que dans le cas d'une prestation de service comportant le détachement de salarié, la légitimité de l'action collective s'apprécie non seulement au regard de la libre prestation des services, mais aussi au regard de la directive 96/71²²⁸³. Il découle clairement des arrêts *Viking* et *Laval* que les législations des États membres doivent être conformes à ladite directive, ce qui implique aussi que la détermination des conditions de travail et d'emploi applicables aux travailleurs détachés soit suffisamment claire et prévi-

²²⁷⁹ Article 52, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux ; v. aussi HEYMANN J., *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Paris, Economica, 2010, p. 296.

²²⁸⁰ HEYMANN J., *op.cit.*, p. 297.

²²⁸¹ JAZOTTES G., « La Cour pose les fondements d'une conciliation entre l'action collective de syndicats contre le risque de *dumping social* et la liberté de circulation », *op.cit.*, p. 448.

²²⁸² *Ibid.*

²²⁸³ *Ibid.*

sible²²⁸⁴. La loi suédoise qui laissait à la négociation collective le soin de déterminer le taux de salaire était considérée comme contraire à la directive puisqu'elle prévoyait une négociation au cas par cas, sur le lieu de travail²²⁸⁵. Cette incertitude et imprévisibilité s'opposaient à ce que l'action collective soit justifiée²²⁸⁶. Les arrêts *Viking* et *Laval* constituent, dès lors, un nouvel exemple de l'influence que peut exercer une directive de coordination sur les choix de chaque État membre, en l'occurrence sur leurs choix en domaine de politique sociale et dans l'organisation des rapports entre partenaires sociaux²²⁸⁷.

Cependant, les arrêts *Viking* et *Laval* ne sont pas les seuls arrêts critiquables pour la façon dont la Cour de justice a résolu le conflit entre libertés de circulation et droits fondamentaux. Les arrêts *Dynamic Medien*²²⁸⁸ et *United Pan-Europe*²²⁸⁹ en font la preuve, même s'ils ne concernent pas des entraves d'origine privée, mais des restrictions étatiques. Contrairement à l'arrêt *Schmidberger*, les droits fondamentaux sont présentés comme des intérêts légitimes susceptibles de justifier, en principe, des restrictions à des libertés de circulation dans l'arrêt *Dynamic Medien*, affaiblissant ainsi leur statut dans l'ordre juridique de l'Union²²⁹⁰. Au lieu d'être sur un pied de parfaite égalité comme dans l'arrêt *Schmidberger*, les droits fondamentaux sont assimilés à la notion des raisons impérieuses d'intérêt général dans l'arrêt *Dynamic Medien*, ce qui diminue leur statut par rapport à celui des libertés de circulation²²⁹¹.

L'approche de *Dynamic Medien* a été confirmée dans l'arrêt *United Pan-Europe*, dans lequel la liberté d'expression intervient seulement en tant que raison impérieuse d'intérêt général²²⁹². Or, comme nous l'avons observé au titre précédent, nous estimons qu'il est crucial que les droits fondamentaux ne soient pas assimilés à la notion

²²⁸⁴ *Ibid.*

²²⁸⁵ *Ibid.*

²²⁸⁶ *Ibid.*

²²⁸⁷ *Ibid.*

²²⁸⁸ CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien*, aff. C-244/06, *Rec.* 2008, p. I-505.

²²⁸⁹ CJCE, 13 décembre 2007, *United Pan Europe*, aff. C-250/06, *Rec.* 2007, p. I-11135.

²²⁹⁰ KADDOUS C., « Droits de l'homme et libertés de circulation : Complémentarité ou contradiction ? », *op.cit.*, p. 579.

²²⁹¹ *Ibid.*

²²⁹² *Ibid.*, p. 583.

des raisons impérieuses d'intérêt général, mais figurent sur un pied d'égalité avec les libertés de circulation, notamment dans le cadre des entraves d'origine privée.

Dans ses conclusions de l'affaire *Omega*, l'Avocate générale Stix-Hackl tient compte des enjeux d'une mise en balance entre droits fondamentaux et libertés de circulation affirmant qu' « *il nous semble important que la pondération des intérêts requise dans les affaires de ce genre se déroule en dernière analyse sur le fondement des conditions d'application de la restriction apporté aux droits fondamentaux en cause. La "conciliation" avec les exigences de la protection des droits fondamentaux ne saurait en effet imposer de faire entre libertés fondamentales et droits fondamentaux un choix qui ouvrirait la possibilité de lever la protection accordée à ces derniers. Il faut au contraire déterminer dans quelle mesure les droits fondamentaux concernés tolèrent des restrictions. Les dispositions relatives à la liberté fondamentale en cause, et en particulier les dérogations admises, doivent ensuite être interprétées autant que possible de façon à ne pas admettre de mesures allant au-delà d'une atteinte licite aux droits fondamentaux en cause ni de mesures qui ne seraient pas conformes aux droits fondamentaux* »²²⁹³.

Nous souscrivons pleinement les affirmations de l'Avocate général Stix-Hackl. Elles tiennent dûment compte de la valeur et de l'importance des droits fondamentaux et soulignent la nécessité de procéder à une véritable mise en balance entre libertés de circulation et droits fondamentaux. Dans le cadre de cette mise en balance, il faut préserver la protection des droits fondamentaux et ne pas tolérer des atteintes illicites aux droits fondamentaux dans le seul but de préserver pleinement les libertés de circulation. Une véritable mise en balance implique de vérifier dans quelle mesure les droits conflictuels en présence, c'est-à-dire les droits fondamentaux et les libertés de circulation, tolèrent, chacun, des restrictions. Un tel double test revient à une conciliation des deux intérêts conflictuels.

²²⁹³ Conclusions de l'AG Stix-Hackl du 18 mars 2004 sur l'affaire *Omega*, aff. C-36/02, *Rec.* 2004, p. I-9611, pt. 53.

Dans ce contexte, il est intéressant de traiter d'un arrêt de la Cour suprême fédérale d'Allemagne, rendu en 2005, qui porte sur la question de savoir si le propriétaire d'un appartement disposant d'une connexion à large bande peut exiger de son locataire d'origine polonaise d'enlever l'antenne parabolique fixée sur la balustrade du balcon pour recevoir des programmes de télévision polonaise²²⁹⁴. La Cour suprême fédérale a estimé que le locataire doit être qualifié de destinataire de service, bénéficiant de la libre prestation des services. Elle a ensuite imposé au juge d'instance de procéder à une mise en balance entre la libre prestation des services du locataire et le droit de propriété du propriétaire de l'appartement. Ce faisant, la Cour suprême fédérale a reconnu l'effet direct horizontal de la libre prestation des services. Dans le cadre d'un litige opposant deux particuliers, elle a chargé le juge d'instance d'opérer une conciliation entre une liberté de circulation et un droit fondamental en ayant recours au principe de la concordance pratique²²⁹⁵.

Pour résumer, nous pouvons en conclure qu'en cas de conflit entre la libre circulation et les droits fondamentaux, nous plaidons pour une conciliation des deux sous forme de la concordance pratique. Par conséquent, le contrôle effectué par la Cour de justice doit être un contrôle spécifique visant une mise en balance des libertés de circulation et des droits fondamentaux qui doit remplacer l'application « classique » du principe de proportionnalité²²⁹⁶. Ceci est cohérent car en présence d'un droit fondamental, il ne s'agit plus d'une situation principe-exception, mais de deux principes de même valeur qu'il convient de concilier²²⁹⁷. Contrairement au principe de proportionnalité, la technique de mise en balance permet au juge d'éviter toute hiérarchisation des droits et libertés en cause et de chercher un équilibre entre des principes de même valeur juri-

²²⁹⁴ Cour suprême fédérale d'Allemagne (BGH), 16 novembre 2005, *NJW* 2006, p. 1062 (spéc. p. 1064).

²²⁹⁵ *Ibid.* ; v. aussi ROTH W.-H., « Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags », in BEUTHIEN V., FUCHS M., ROTH H. *et al.*, *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2009, p. 395.

²²⁹⁶ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Commentaire Mégret. Introduction au marché intérieur : libre circulation des marchandises*, vol. 1, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 3^e édition, 2015, p. 395, pt. 622.

²²⁹⁷ *Ibid.*, p. 397, pt. 625.

dique²²⁹⁸. Ce faisant, il faut établir la portée respective des libertés de circulation et des droits fondamentaux²²⁹⁹.

Une analyse attentive de la jurisprudence nous a montré que dans la grande majorité des cas, la Cour de justice n'opère pas une mise en balance des intérêts conflictuels en présence, mais un contrôle de proportionnalité au regard des libertés de circulation²³⁰⁰. Cependant, il est vrai que le langage de la Cour de justice est parfois équivoque et semble révéler l'existence d'une véritable mise en balance opérée par la Cour de justice²³⁰¹. Or souvent les termes employés par la Cour de justice sont trompeurs et donnent une fausse impression²³⁰².

Ainsi, dans l'arrêt *Laval*, la Cour de justice renvoie à la finalité sociale de l'Union pour en déduire que « *les droits résultant des dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux doivent être mise en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale* »²³⁰³. Les termes employés par la Cour de justice laissent penser qu'elle va alors procéder à une véritable mise en balance, en mesurant le poids respectif de la libre prestation des services et de la protection des travailleurs²³⁰⁴. Or, comme il a été observé ci-dessus, tel n'est pas le cas, ni dans l'arrêt *Laval* ni dans l'arrêt *Viking*. Nous pouvons en conclure que les termes employés par la Cour de justice dans les arrêts *Viking* et *Laval* faisant référence à une mise en balance sont de nature purement théorique²³⁰⁵.

La Cour de justice n'effectue pas une véritable pesée des intérêts conflictuels puisqu'elle ne vérifie pas la proportionnalité de l'exercice des libertés de circulation au détriment de la protection sociale. Autrement dit, le poids d'un des intérêts en

²²⁹⁸ *Ibid.*

²²⁹⁹ Comp. au sujet de la conciliation aussi : PICOD F., « La hiérarchisation des sources au sein de l'article 6 TUE », in TINIÈRE R. et VIAL C. (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 62-65.

²³⁰⁰ MARZAL YETANO A., *op.cit.*, p. 89.

²³⁰¹ *Ibid.*, p. 95 s.

²³⁰² *Ibid.*, p. 95.

²³⁰³ CJCE, arrêt *Laval* précité, aff. C-341/05, pt. 105.

²³⁰⁴ MARZAL YETANO A., *op.cit.*, p. 95.

²³⁰⁵ *Ibid.*, p. 97.

cause - la libre circulation - n'est jamais mesuré ni soumis à un quelconque contrôle de proportionnalité ou une exigence de justification²³⁰⁶.

Dans ses conclusions de l'affaire *Commission/Allemagne* de 2010, l'Avocate générale Trstenjak conclut dans le même sens²³⁰⁷. Faisant référence aux arrêts *Viking* et *Laval*, l'Avocate générale constate que la Cour de justice « *a simplement tenu compte du droit social fondamental de conduire une action collective dans le cadre du modèle traditionnel d'appréciation du motif justificatif non écrit "des raisons impérieuses d'intérêt général"* »²³⁰⁸. Critiquant le fait que la Cour de justice semble dans la grande majorité des cas établir un motif justificatif écrit ou non écrit inhérent à un droit fondamental, l'Avocate générale Trstenjak estime qu'un tel mécanisme d'appréciation suggère - de manière erronée - « *qu'il existerait un rapport hiérarchique entre libertés fondamentales et droits fondamentaux, dans lequel les droits fondamentaux occuperaient un rang inférieur aux libertés fondamentales, et ne pourraient donc restreindre les libertés fondamentales que par le recours à un motif justificatif écrit ou non écrit* »²³⁰⁹.

Nous suivons avec conviction la critique de l'Avocate générale. Nous saluons le fait notamment qu'elle souligne avec fermeté qu'il n'y a pas de rapport hiérarchique entre libertés de circulation et droits fondamentaux, mais un rapport caractérisé par une « *large convergence, tant du point de vue de leur structure que du point de leur contenu* »²³¹⁰.

Si l'exercice d'un droit fondamental restreint une liberté de circulation, il faut « *rechercher une juste conciliation entre les deux positions juridiques* » en s'appuyant sur un double contrôle de proportionnalité²³¹¹ : « *La juste conciliation entre droit fondamental et liberté fondamentale en cas de conflit n'est en effet assurée que si la restriction d'une liberté fondamentale par un droit fondamental ne peut pas aller au-*

²³⁰⁶ *Ibid.*, p. 99.

²³⁰⁷ Conclusions de l'AG Trstenjak du 15 juillet 2010 sur l'affaire *Commission/Allemagne*, aff. C-271/08, *Rec.* p. I-7091, pt. 180-199.

²³⁰⁸ *Ibid.*, pt. 181.

²³⁰⁹ *Ibid.*, pt. 184.

²³¹⁰ Conclusions de l'AG Trstenjak sur l'affaire *Commission/Allemagne* précitée, aff. C-271/08, pt. 187.

²³¹¹ *Ibid.*, pt. 188.

*delà de ce qui est approprié, nécessaire et mesuré aux fins de la réalisation du droit fondamental. Inversement, la restriction d'un droit fondamental par une liberté fondamentale ne peut pas non plus aller au-delà de ce qui est approprié, nécessaire et mesuré aux fins de la réalisation de la liberté fondamentale »*²³¹². L'Avocate générale Trstenjak propose donc d'apprécier la proportionnalité de la mesure qui restreint la liberté de circulation, mais aussi la proportionnalité de la mesure qui restreint le droit fondamental. Cette mise en balance sous forme de la concordance pratique garantit « *un effet utile optimal aux droits fondamentaux et aux libertés fondamentales* »²³¹³.

Appliquant un double test de proportionnalité, l'Avocate générale retient « *que la restriction d'une liberté fondamentale doit être considérée comme justifiée si cette restriction s'est produite dans l'exercice d'un droit fondamental communautaire, et si elle était appropriée, nécessaire et mesurée aux fins de la réalisation des intérêts protégés par ce droit fondamental. Inversement, la restriction d'un droit fondamental doit, elle aussi, être considérée comme justifiée si cette restriction a été décidée dans l'exercice d'une liberté fondamentale, et si elle était appropriée, nécessaire et mesurée aux fins de la réalisation des intérêts protégés par cette liberté fondamentale* »²³¹⁴.

Cette solution garantit l'égalité de rang entre libertés de circulation et droits fondamentaux et permet de résoudre les conflits entre les deux sur la base du principe de proportionnalité²³¹⁵. Se référant à l'arrêt *Schmidberger*, l'Avocate générale fait remarquer que cette solution proposée n'est pas complètement nouvelle, mais constitue « *un retour aux valeurs déjà retenues* » dans *Schmidberger*²³¹⁶.

En effet, la solution retenue dans l'arrêt *Schmidberger* qui consiste en une véritable mise en balance sous forme d'un double contrôle de proportionnalité examinant les restrictions réciproques en cause, ne doit pas rester un cas isolé, mais doit être généralisée. De manière exemplaire, la Cour de justice a vérifié dans l'arrêt *Schmidberger*

²³¹² *Ibid.*, pt. 190.

²³¹³ *Ibid.*, pt. 191.

²³¹⁴ *Ibid.*, pt. 192.

²³¹⁵ *Ibid.*, pt. 193.

²³¹⁶ *Ibid.*

si les restrictions à la libre circulation des marchandises par l'exercice des droits fondamentaux en cause étaient proportionnées au regard de la protection de ces droits fondamentaux et inversement, elle a également vérifié si une stricte application de la libre circulation des marchandises aurait entraîné une atteinte démesurée à l'exercice des droits fondamentaux en cause²³¹⁷.

Si nous généralisons cette approche, une véritable mise en balance entre droits fondamentaux et libertés de circulation exige d'exercer l'examen suivant : il faut vérifier si la restriction à une liberté de circulation s'est produite dans l'exercice d'un droit fondamental et si elle était appropriée, nécessaire et mesurée aux fins de la réalisation des intérêts protégés par le droit fondamental en cause²³¹⁸.

Inversement, il faut vérifier si la restriction à un droit fondamental s'est produite dans l'exercice d'une liberté de circulation et si la restriction était appropriée, nécessaire et mesurée aux fins de la réalisation des intérêts protégés par la liberté de circulation en cause²³¹⁹.

Ainsi, nous estimons que la mise en balance telle qu'opérée par la Cour de justice dans l'arrêt *Schmidberger* et précisée par l'Avocate générale Trstenjak doit devenir la règle d'or pour résoudre les conflits entre libertés de circulation et droits fondamentaux. Si la Cour de justice avait appliqué cette mise en balance dans les arrêts *Viking* et *Laval*, la solution aurait été très probablement différente - et plus favorable aux intérêts des syndicats et travailleurs²³²⁰.

Or, une telle mise en balance sous forme de la concordance pratique nécessite, comme nous l'avons vu, l'opération d'un double test de proportionnalité. Dès lors, le contrôle de proportionnalité n'est pas obsolète, mais est indispensable dans le cadre de la conciliation entre droits fondamentaux et autonomie privée, d'une part, et libre circulation, d'autre part.

²³¹⁷ Conclusions de l'AG Trstenjak sur l'affaire *Commission/Allemagne* précitée, aff. C-271/08, pt. 194.

²³¹⁸ *Ibid.*, pt. 199.

²³¹⁹ *Ibid.*

²³²⁰ Du même avis : MARZAL YETANO A., *op.cit.*, p. 130.

En effet, comme la professeure Kaddous le souligne, c'est le contrôle de proportionnalité qui permet de « *décider, au cas par cas, sur la base des circonstances de fait de chaque affaire, du respect ou non des règles de droit communautaire et, au final, de la prééminence d'une catégorie de droits sur l'autre* »²³²¹. Par conséquent, nous allons désormais étudier comment le contrôle de proportionnalité est à effectuer.

Section 2 : Le respect du principe de bonne foi

Le respect du principe de bonne foi occupe une place importante dans la jurisprudence de la Cour de justice en matière d'entraves d'origine privée. Ce principe comprend deux volets que nous examinerons successivement : l'appréciation de la proportionnalité (Paragraphe 1) et l'interdiction de restriction déguisée et de discrimination arbitraire (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'appréciation de la proportionnalité

Le principe de proportionnalité n'est pas une invention de la Cour de justice ou de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, mais remonte à l'antiquité grecque.

Aristote fut le premier à se servir du principe de proportionnalité dans le domaine juridique, jusqu'alors restreint aux mathématiques, à l'art et à l'architecture, en plaidant pour l'établissement d'une juste proportionnalité des sanctions pénales²³²². Toutefois, Aristote n'a pas limité le recours au principe de proportionnalité au droit pénal, mais proposait déjà de l'étendre à d'autres domaines du droit, dont notamment le droit public²³²³. Le droit romain connaissait également le principe de proportionnalité. Ainsi, à travers le droit romain qui constitue la base des traditions juridiques d'une grande partie des États membres, le principe de proportionnalité fait partie du *ius pu-*

²³²¹ KADDOUS C., « Droits de l'homme et libertés de circulation : Complémentarité ou contradiction ? », *op.cit.*, p. 589.

²³²² KOCH O., *op.cit.*, p. 40.

blicum commune europaeum et est inhérent à tous les ordres juridiques des États membres²³²⁴.

En effet, l'exigence de proportionnalité entre un moyen et un objectif poursuivi repose sur l'idée de garantir la justice dans le cas d'espèce et de concilier les intérêts conflictuels en présence²³²⁵.

Depuis le dix-huitième siècle, le principe de proportionnalité a constamment gagné en importance²³²⁶. Il a également été influencé par les idées de l'époque des Lumières²³²⁷. Il est commun à tous les ordres juridiques, même s'il est vrai que l'ordre juridique allemand a le mérite de l'avoir systématisé et considérablement développé, au point d'en faire un principe général fondamental régissant tout l'ordre juridique et toute action étatique²³²⁸.

En Allemagne, il y a un fort consensus sur la compétence du juge pour effectuer un contrôle de proportionnalité relativement strict et poussé des mesures étatiques²³²⁹. Dans aucun autre État membre de l'Union, autant de lois sont déclarées disproportionnées et dans aucun autre État membre, le principe de proportionnalité joue un rôle aussi important pour les actes émanant de l'administration²³³⁰.

En effet, le principe de proportionnalité a été développé par la Cour constitutionnelle fédérale pour contrôler le législateur ainsi que l'administration²³³¹. Afin de satisfaire au principe de proportionnalité du droit allemand, une mesure doit, d'abord, poursuivre un objectif légitime, c'est-à-dire un objectif admis en droit allemand²³³². Ensuite, la mesure en cause doit être apte à atteindre l'objectif poursuivi et nécessaire,

²³²³ *Ibid.*, p. 41.

²³²⁴ *Ibid.*, p. 43.

²³²⁵ HAUKE K., *Verhältnismäßigkeit im europäischen Wirtschaftsverwaltungsrecht: eine Untersuchung zur Kontrolldichte des Europäischen Gerichtshofs*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2005, p. 18.

²³²⁶ Pour plus d'information historique, comp. notamment : KOCH O., *op.cit.*, p. 43 s.

²³²⁷ *Ibid.*, p. 47.

²³²⁸ *Ibid.*

²³²⁹ *Ibid.*, p. 60.

²³³⁰ *Ibid.*

²³³¹ MARSCH N. et TÜNSMEYER V., « The principle of proportionality in German administrative law », in RANCHORDAS S. et DE WAARD B., *The judge and the proportionate use of discretion. A comparative study*, London, Routledge, 2016, p. 13 s.

²³³² *Ibid.*, p. 14.

ce qui implique qu'il n'y a pas d'autre moyen moins restrictif²³³³. Enfin, pour satisfaire au test de proportionnalité *stricto sensu*, la mesure doit être adéquate à réaliser l'objectif poursuivi²³³⁴.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande considère dans une jurisprudence constante que le principe de proportionnalité est inhérent à l'État de droit et à la nature même des droits fondamentaux, tels qu'énoncés dans la Loi fondamentale²³³⁵. Dès lors, il constitue un principe constitutionnel non écrit, liant tous les pouvoirs publics²³³⁶. La doctrine allemande estime que le principe de proportionnalité est une des innovations les plus importantes du droit public allemand, qui est garant de son efficacité et de sa pertinence²³³⁷. Il est considéré comme un élément de justice indispensable qui permet la mise en balance d'intérêts conflictuels²³³⁸.

En France, en revanche, le principe de proportionnalité n'est pas mentionné dans la loi et ne se trouve souvent que de manière implicite dans les jugements du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel²³³⁹. Le juge français fait preuve d'une certaine réserve à l'idée d'opérer un contrôle trop strict de proportionnalité des mesures étatiques, qu'elles émanent du législateur ou de l'administration²³⁴⁰. Cette réserve s'explique par une appréciation stricte du principe de la séparation des pouvoirs, qui impose au juge de ne pas se substituer au législateur ou à l'administration²³⁴¹.

Cependant, par l'influence de la philosophie du siècle des Lumières ainsi que par le développement des droits de l'homme et de la protection des individus contre un État tout puissant, le droit français a considérablement contribué au développement d'un principe général de proportionnalité²³⁴². Ainsi, l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dispose que « *La Loi ne doit établir que des*

²³³³ *Ibid.*

²³³⁴ *Ibid.*

²³³⁵ *Ibid.*

²³³⁶ *Ibid.*

²³³⁷ MARSCH N. et TÜNSMEYER V., « The principle of proportionality in German administrative law », *op.cit.*, p. 36.

²³³⁸ *Ibid.*

²³³⁹ KOCH O., *op.cit.*, p. 63.

²³⁴⁰ *Ibid.*, p. 64.

²³⁴¹ *Ibid.*

peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Cette disposition constitue une des premières mises par écrit du principe de proportionnalité²³⁴³. Les juges français s'y réfèrent encore aujourd'hui pour apprécier la proportionnalité des sanctions administratives²³⁴⁴.

Désormais, le juge français ne limite plus son contrôle de proportionnalité aux sanctions administratives, mais l'étend à d'autres domaines du droit public²³⁴⁵. Cependant, le degré du contrôle effectué est moindre en comparaison avec le contrôle effectué par le juge allemand²³⁴⁶. Le juge français accorde, en effet, une marge d'appréciation plus large aux autorités étatiques, examinant souvent seulement si une mesure est « manifestement disproportionnée »²³⁴⁷. Or, tout comme le juge européen, le juge français opère un degré de contrôle variable, étant plus strict en présence d'une mesure affectant les droits fondamentaux d'une personne ainsi que des mesures policières²³⁴⁸.

Le statut relativement limité du contrôle de proportionnalité en droit administratif français s'explique par le pouvoir discrétionnaire accordé à l'administration française²³⁴⁹. Ce pouvoir discrétionnaire est cependant limité par l'interdiction du détournement de pouvoir ainsi que par le contrôle d'une erreur manifeste ou d'une violation de la loi²³⁵⁰. De plus, le Conseil d'État a développé une « théorie du bilan » selon laquelle il convient d'évaluer l'avantage d'une mesure avec l'atteinte causée²³⁵¹. Si

²³⁴² *Ibid.*, p. 65.

²³⁴³ *Ibid.*

²³⁴⁴ *Ibid.*

²³⁴⁵ KOCH O., *op.cit.*, p. 65 s.

²³⁴⁶ *Ibid.*, p. 76.

²³⁴⁷ *Ibid.*

²³⁴⁸ KOCH O., *op.cit.*, p. 76.

²³⁴⁹ HAUKE K., *op.cit.*, p. 28.

²³⁵⁰ *Ibid.*, p. 28 s.

²³⁵¹ Conseil d'État, Assemblée, 28 mai 1971, *Ville Nouvelle-Est*, n° 78825 ; v. aussi pour plus d'information sur le principe de proportionnalité en droit administratif et constitutionnel français, en général, et la théorie du bilan en particulier : PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris Aix-en Provence, Economica Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990.

l'avantage est manifestement disproportionné par rapport à l'atteinte causée, la mesure est déclarée non valide²³⁵².

Néanmoins, la jurisprudence plus récente démontre que le Conseil d'État adopte désormais une approche plus explicite et un contrôle plus poussé du principe de proportionnalité²³⁵³. Le Conseil constitutionnel, quant à lui, opère depuis un arrêt de 2008 un contrôle explicite de proportionnalité²³⁵⁴. Même si le juge français opère donc un contrôle de proportionnalité moins étendu que le juge allemand, le principe de proportionnalité est toutefois appliqué en France.

En Autriche, le principe de proportionnalité ne jouait qu'un rôle mineur jusqu'aux années 80, limité, principalement, au droit pénal et droit de la police²³⁵⁵. Ceci a changé sous l'influence de la Convention EDH et grâce à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle autrichienne qui a développé un principe général constitutionnel de proportionnalité, régissant désormais tout l'ordre juridique autrichien²³⁵⁶. Désormais, le principe de proportionnalité régit tout le droit constitutionnel et administratif autrichien et vise à protéger les droits et libertés des individus²³⁵⁷. Le juge autrichien n'hésite pas à déclarer disproportionnées les mesures émanant du législateur ou de l'administration.

Le contrôle effectué par le juge constitutionnel est particulièrement strict si une mesure affecte un droit de la Convention EDH²³⁵⁸. En Autriche, le principe de proportionnalité est fortement lié au principe d'égalité de traitement qui est considéré comme la « source » du principe de proportionnalité²³⁵⁹.

En ce qui concerne les droits issus de la Convention EDH, la Cour EDH a créé son propre test de proportionnalité, tout en ayant été inspiré par le contrôle de proportion-

²³⁵² HAUKE K., *op.cit.*, p. 29.

²³⁵³ SANCHEZ Y, « Proportionality in French administrative law », in RANCHORDAS S. et DE WAARD B., *The judge and the proportionate use of discretion. A comparative study*, London, Routledge, 2016, p. 43 et 47.

²³⁵⁴ *Ibid.*, p. 43.

²³⁵⁵ KOCH O., *op.cit.* p. 97.

²³⁵⁶ *Ibid.*

²³⁵⁷ *Ibid.*, p. 98.

²³⁵⁸ *Ibid.*

nalité effectué par la Cour constitutionnelle fédérale allemande²³⁶⁰. Alors que la Convention EDH n'utilise pas des termes comme « proportionné », « disproportionné » ou « mise en balance », le principe de proportionnalité y est toutefois inhérent²³⁶¹. L'idée de proportionnalité ressort notamment des dispositions énonçant, d'abord, des droits et libertés et ensuite, dans un second paragraphe, des restrictions admissibles à l'exercice de ces droits²³⁶². L'article 8 de la Convention EDH en constitue un bon exemple. Cet article qui consacre le droit au respect de la vie privée et familiale dispose, dans son premier paragraphe, que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance, pour énoncer dans son second paragraphe que toute ingérence audit droit doit être prévue par la loi et constituer une mesure « *qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

Suivant le concept de contrôle énoncé à la Convention, la Cour EDH examine, d'abord, si la mesure nationale est prévue par la loi et si elle poursuit un objectif légitime. Dans un second temps, elle examine si la mesure est « *nécessaire dans une société démocratique* »²³⁶³.

Le test de nécessité tel qu'effectué par la Cour EDH se distingue de celui opéré par la Cour constitutionnelle fédérale ou encore la Cour de justice²³⁶⁴. Dans la jurisprudence de la Cour EDH, une mesure est nécessaire s'il y a un rapport raisonnable entre la mesure en cause et l'objectif poursuivi. Dans le cadre de l'examen de la nécessité, la Cour EDH tend à trouver un équilibre entre l'objectif poursuivi et le droit fondamen-

²³⁵⁹ KOCH O., *op.cit.*, p. 98.

²³⁶⁰ SUDRE F., « Droit à la liberté d'expression - Proportionnalité d'une sanction infligée à un journaliste », *La Semaine Juridique Édition Générale*, n° 22, mai 2018, p. 618 ; HAGUENAU-MOIZARD C. et SANCHEZ Y., « The principle of proportionality in European law » in RANCHORDAS S. et DE WAARD B., *The judge and the proportionate use of discretion. A comparative study*, London, Routledge, 2016, p. 143.

²³⁶¹ HAGUENAU-MOIZARD C. et SANCHEZ Y., « The principle of proportionality in European law », *op.cit.*, p. 143.

²³⁶² *Ibid.*

²³⁶³ *Ibid.*, p. 145.

²³⁶⁴ KOCH O., *op.cit.*, p. 145.

tal entravé²³⁶⁵. Dans tous les cas, une mesure est présumée disproportionnée si elle affecte l'essence même d'un droit²³⁶⁶.

Or, dans le cadre de son contrôle de proportionnalité, la Cour EDH accorde une marge d'appréciation relativement large aux États parties à la Convention estimant qu'il n'incombe pas à la Cour EDH de remplacer l'appréciation des États parties²³⁶⁷. Sa mission est de corriger les erreurs et les excès²³⁶⁸. La marge d'appréciation accordée aux États varie selon les circonstances du cas d'espèce, les droits en cause et le fond du litige²³⁶⁹. Ainsi, la Cour EDH accorde, par exemple, une marge d'appréciation relativement large aux États dans des domaines marqués par une disparité entre les États, c'est-à-dire des domaines dans lesquels ils n'existent pas beaucoup de points communs entre les États, mais une multitude de solutions disparates²³⁷⁰. La complexité d'une question est également prise en considération par la Cour EDH. Si une affaire porte sur des politiques socio-économiques complexes, la Cour EDH estime souvent que les États sont mieux placés pour mettre en balance les exigences d'une politique socio-économique et le respect des droits fondamentaux²³⁷¹.

Cependant, il est important de souligner que la Cour EDH opère un contrôle de proportionnalité et ne laisse pas main libre aux États, même si elle leur accorde dans certains circonstances une marge d'appréciation plus large. Ceci implique seulement que le contrôle effectué sera moins poussé que dans d'autres circonstances, mais jamais complètement absent²³⁷².

Le principe de proportionnalité, tel que développé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande, était également à l'origine du contrôle de proportionnalité effectué

²³⁶⁵ *Ibid.*, p. 146.

²³⁶⁶ *Ibid.*, p. 147.

²³⁶⁷ V. p. ex. : ROLLAND P., « L'interprétation de la CEDH », *RUDH*, 1991, vol. 3, n° 7-9, p. 280 s.

²³⁶⁸ HAGUENAU-MOIZARD C. et SANCHEZ Y., « The principle of proportionality in European law », *op.cit.*, p. 149 s.

²³⁶⁹ *Ibid.*, p. 150.

²³⁷⁰ *Ibid.*

²³⁷¹ *Ibid.*, p. 151.

²³⁷² HAGUENAU-MOIZARD C. et SANCHEZ Y., « The principle of proportionality in European law », *op.cit.*, p. 151.

par la Cour de justice²³⁷³. Mais, au fil du temps, la Cour de justice a modifié ce principe et a développé un principe de proportionnalité propre au droit de l'Union²³⁷⁴.

En effet, la Cour de justice a très tôt effectué un contrôle de proportionnalité des mesures adoptées par les institutions communautaires à la lumière des objectifs des traités, le premier arrêt datant de 1956²³⁷⁵. Depuis les années 1970, le contrôle de proportionnalité constitue un principe général du droit, régissant toutes les mesures émanant du droit de l'Union²³⁷⁶.

Depuis le traité de Lisbonne, le terme « proportionnalité » apparaît dans les textes. L'article 5, paragraphe 4, TUE dispose qu'en vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. De plus, l'article 52, paragraphe 1, seconde phrase, de la Charte énonce que dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées (aux dispositions de la Charte) que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

Malgré ces dispositions, le principe de proportionnalité reste principalement déterminé par la Cour de justice qui a développé un principe de proportionnalité propre à l'ordre juridique de l'Union²³⁷⁷.

La majorité des affaires où la Cour de justice a procédé à un contrôle de proportionnalité porte sur des restrictions à la libre circulation²³⁷⁸. Depuis l'arrêt *Cassis de Di-*

²³⁷³ *Ibid.*, p. 152.

²³⁷⁴ *Ibid.*

²³⁷⁵ CJCE, 29 novembre 1956, *Fédération charbonnière de Belgique/Haute Autorité*, aff. 8/55, *Rec.* 1955, p. 291.

²³⁷⁶ CJCE, 20 février 1979, *Buitoni*, aff. 122/78, *Rec.* 1979, p. 677, pt. 16 s; CJCE, 27 novembre 1991, *Ital-trade*, aff. C-199/90, *Rec.* 1991, p. I-5545, pt. 14 s; HAGUENAU-MOIZARD C. et SANCHEZ Y., « The principle of proportionality in European law », *op.cit.*, p. 152.

²³⁷⁷ HAGUENAU-MOIZARD C. et SANCHEZ Y., « The principle of proportionality in European law », *op.cit.*, p. 153.

²³⁷⁸ KOCH O., *op.cit.*, p. 415.

jon, la Cour de justice opère un contrôle de proportionnalité systématique et structuré en matière des libertés de circulation²³⁷⁹.

Le principe de proportionnalité est étroitement lié au fait que la libre circulation constitue non seulement un principe général du droit mais aussi un droit fondamental du citoyen européen²³⁸⁰. Il s'ensuit que toute atteinte à la libre circulation doit être d'interprétation stricte, motivée par un objectif légitime, et proportionnée à ce but recherché²³⁸¹.

Comme le professeur Picod l'a relevé, le contrôle de nécessité impose aux États membres « *de tenir compte, dans la mise en œuvre des justifications qui leur sont ouvertes, des sacrifices imposées* » à la libre circulation²³⁸². Les États membres sont tenus de mettre en œuvre les mesures restrictives qui portent le moins atteinte aux libertés de circulation.

En consacrant un principe général du droit de l'Union de proportionnalité, la Cour de justice a généralisé ce contrôle²³⁸³. Le contrôle du respect du principe de proportionnalité est au centre de l'examen de la justification des entraves aux libertés de circulation²³⁸⁴, dont dépend désormais la validité d'une mesure restrictive²³⁸⁵.

En analysant la jurisprudence, il est possible de constater que le contrôle de proportionnalité occupe une place importante dans les arrêts de la Cour de justice puisque cette dernière y consacre plusieurs paragraphes²³⁸⁶. Nous pouvons même aller jusqu'à constater que les arrêts dans lesquels l'appréciation de l'existence ou non d'une entrave constitue la question principale, deviennent de plus en plus rares²³⁸⁷.

²³⁷⁹ *Ibid.*, p. 416.

²³⁸⁰ BLUMANN C. et DUBUIS L., *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 8e édition, 2019, p. 416, pt. 541.

²³⁸¹ *Ibid.*

²³⁸² PICOD F., *Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises*, thèse, Strasbourg, 1994, p. 298.

²³⁸³ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. et al., *Introduction au marché intérieur : libre circulation des marchandises*, *op.cit.*, p. 381, pt. 602.

²³⁸⁴ *Ibid.*, p. 382, pt. 603.

²³⁸⁵ MARZAL YETANO A., *op.cit.*, p. 324.

²³⁸⁶ *Ibid.*, p. 324.

²³⁸⁷ *Ibid.*, p. 325.

Le test de proportionnalité doit être opéré et en présence d'une justification textuelle, fondée sur un motif justificatif évoqué par les traités, et en présence d'une justification jurisprudentielle, c'est-à-dire une exigence impérieuse d'intérêt général²³⁸⁸. La Cour de justice affirme dans une jurisprudence constante « *qu'une entrave à la libre circulation des marchandises peut être justifiée par des raisons d'intérêt général énumérées à l'article 36 TFUE ou par des exigences impératives. Dans l'un et l'autre cas, la mesure nationale doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint* »²³⁸⁹.

Nous constatons donc un alignement des deux modes de justification qui mène à un rapprochement conceptuel de plus en plus étroit, de sorte que la pertinence de distinguer les modes de justifications peut raisonnablement être mise en cause²³⁹⁰.

Or, alors que la Cour de justice a, au fil du temps, effectué un contrôle de proportionnalité dans des centaines d'arrêts, elle n'a toutefois pas établi une définition uniforme de la proportionnalité, mais utilise une multitude de formulations différentes²³⁹¹. Cependant, même si les formulations lors du contrôle varient parfois au fil de la jurisprudence, la Cour de justice vérifie toujours si la mesure en cause est « *propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi* » et ne va pas au-delà « *de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint* »²³⁹².

Dès lors, si un État membre a le choix parmi différents moyens pour atteindre l'objectif poursuivi, il doit, en principe, choisir celui qui entrave le moins le libre-échange intraeuropéen²³⁹³. Une mesure restrictive doit donc non seulement être ap-

²³⁸⁸ Comp. : SJODEN E., *Les raisons impérieuses d'intérêt général en droit de l'Union européenne*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2016, p. 424 s ; BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. et al., *Introduction au marché intérieur : libre circulation des marchandises*, op.cit., p. 388 s, pt. 612.

²³⁸⁹ CJUE, 18 décembre 2012, *Elenca*, aff. C-385/10, ECLI:EU:C:2012:634, pt. 26 ; v. aussi CJUE, 2 décembre 2010, *Ker-Optika*, aff. C-108/09, *Rec.* 2010, p. I-12213, pt 57 ; CJUE, 1^{er} mars 2012, *Ascafor et Asidac*, aff. C-484/10, ECLI:EU:C:2012:113, pt. 58.

²³⁹⁰ SJODEN E., op.cit., p. 427.

²³⁹¹ HATZOPOULOS V., « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses - une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *RTDE*, 1998, p. 200 s ; KOCH O., op.cit., p. 199.

²³⁹² V. p.ex. CJUE, arrêt *Elenca* précité, aff. C-385/10, pt. 26.

²³⁹³ PICOD F., « L'évolution des libertés fondamentales de circulation », in VEIL J. et VEIL P.-F., *Simone Veil, un héritage humaniste : trente-six personnalités témoignent de sa pensée*, Paris, Lexis Nexis, 2018, p. 339-341 ; LENAERTS K. et VAN NUFFEL P. (dir.), *European Union Law*, London, Sweet & Maxwell, 3^e édition, 2011, p. 224, pt. 9-044.

propriée à atteindre l'objectif poursuivi, mais elle doit aussi être indispensable dans le sens où il n'y a pas de mesure moins restrictive pour atteindre le but poursuivi²³⁹⁴.

Le contrôle de proportionnalité effectué par la Cour de justice est généralement divisé en trois parties : le test d'aptitude, le test de nécessité et le test de proportionnalité *stricto sensu* dit aussi « examen de l'entrave minimale »²³⁹⁵. Une systématisation des arrêts permet de constater que la Cour de justice opère généralement un contrôle de proportionnalité en deux volets, qui peuvent être différemment composés²³⁹⁶. Le premier volet comprend généralement le test d'aptitude, d'adéquation et de nécessité de la mesure²³⁹⁷. Le second volet repose sur l'examen de l'entrave minimale²³⁹⁸.

Le contrôle de la nécessité implique un examen de l'efficacité intrinsèque de la mesure en cause²³⁹⁹, c'est-à-dire l'existence d'une relation étroite de cause à effet entre la mesure restrictive et l'objectif légitimement poursuivi²⁴⁰⁰. La Cour de justice vérifie que la mesure ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi et qu'il n'y ait pas de « *mesures moins restrictives (...) qui permettraient de l'atteindre de manière aussi efficace* »²⁴⁰¹.

Dès lors, la nécessité est liée à l'aptitude à atteindre l'objectif poursuivi. Ainsi, la Cour de justice affirme souvent que l'admission d'une mesure restrictive dépend de la « *double condition que cette interdiction soit propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet*

²³⁹⁴ LENAERTS K. et VAN NUFFEL P. (dir.), *op.cit.*, p. 224, pt. 9-044.

²³⁹⁵ HAGUENAU-MOIZARD C. et SANCHEZ Y., « The principle of proportionality in European law », *op.cit.*, p. 153; BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Introduction au marché intérieur : libre circulation des marchandises*, *op.cit.*, p. 385, pt. 607.

²³⁹⁶ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Introduction au marché intérieur : libre circulation des marchandises*, *op.cit.*, p. 385, pt. 608.

²³⁹⁷ *Ibid.*, p. 386, pt. 608 s.

²³⁹⁸ *Ibid.*, p. 385, pt. 610.

²³⁹⁹ *Ibid.*, p. 387, pt. 609 ; PICOD F., *Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises*, *op.cit.*, p. 297.

²⁴⁰⁰ BLUMANN C. et DUBUIS L., *op.cit.*, p. 415, pt. 539 ; BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Introduction au marché intérieur : libre circulation des marchandises*, *op.cit.*, p. 385, pt. 607 ; VIAL C., *op.cit.*, p. 38.

²⁴⁰¹ CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes*, aff. jts. C-171/07 et C-172/07, *Rec.* 2009, p. I-4171, pt. 52 ; CJCE, 25 juillet 1991, *Gouda*, C-288/89, *Rec.* 1991, p. I-4007, pt. 15 ; v. aussi : PICOD F., *Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises*, *op.cit.*, p. 295.

objectif »²⁴⁰². L'appréciation de l'excessivité ou non d'une mesure dépend nécessairement des données factuelles du cas d'espèce et demande des appréciations complexes²⁴⁰³.

Il s'ensuit que la mesure doit être le moyen le plus approprié en l'espèce ce qui implique que lorsqu'il existe « *un choix entre différentes mesures aptes à atteindre le même but* », la mesure choisie doit constituer « *le moyen qui apporte le moins d'obstacles à la liberté des échanges* »²⁴⁰⁴.

Pour satisfaire à cette exigence, la mesure en cause doit être « *de nature à répondre à l'intérêt protégé* »²⁴⁰⁵. Une justification invoquée pour une mesure restrictive qui est étrangère à l'objectif légitime invoqué ou qui n'est pas apte à y répondre ne va pas être retenue par la Cour de justice²⁴⁰⁶. Dès lors, l'examen implique également un contrôle d'efficacité au regard de l'objectif poursuivi dans le but de savoir si la mesure en cause ne crée pas des restrictions inutiles²⁴⁰⁷.

Conformément à la jurisprudence constante de la Cour de justice, une mesure n'est propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi que « *si elle répond véritablement au souci de l'atteindre d'une manière cohérente et systématique* »²⁴⁰⁸.

Or, la Cour de justice a souligné que s'il est vrai « *qu'il incombe à l'État membre invoquant une exigence impérative pour justifier une restriction au sens du traité de démontrer que sa réglementation est appropriée et nécessaire en vue d'atteindre l'objectif légitime poursuivi, cette charge de la preuve ne saurait aller jusqu'à exiger que cet État membre démontre, de manière positive, qu'aucune autre mesure imaginable ne permet de réaliser ledit objectif dans les mêmes conditions* »²⁴⁰⁹.

²⁴⁰² CJCE, 23 février 2006, *A-Punkt Schmuckhandel*, aff. 441/04, *Rec.* 2006, p. I-2093, pt. 27.

²⁴⁰³ BLUMANN C. et DUBUIS L., *op.cit.*, p. 418, pt. 544.

²⁴⁰⁴ CJCE, 10 novembre 1982, *Rau*, aff. 261/81, *Rec.* 1982, p. 3961, pt. 12.

²⁴⁰⁵ CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, aff. 72/83, *Rec.* 1984, p. 2727, pt. 37.

²⁴⁰⁶ PICOD F., *Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises*, *op.cit.*, p. 297.

²⁴⁰⁷ *Ibid.*

²⁴⁰⁸ CJUE, 10 mars 2009, *Hartlauer*, aff. C-169/07, *Rec.* 2009, p. I-1721, pt. 55.

²⁴⁰⁹ CJUE, 28 avril 2009, *Commission/Italie*, aff. C-518/06, *Rec.* 2009, p. I-3491, pt. 84.

L'appréciation de la proportionnalité comprend donc un élément qualitatif - la nécessité de la mesure restrictive - et un élément quantitatif - l'adéquation de la mesure au but poursuivi²⁴¹⁰.

Enfin, la mesure doit être proportionnée au sens strict, ce qui nécessite de vérifier que « *les effets restrictifs de la réglementation en cause sur les échanges intercommunautaires ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé* »²⁴¹¹. Ce faisant, il convient « *d'examiner si ces effets sont directs, indirects ou simplement hypothétiques et s'ils ne gênent pas la commercialisation des produits importés plus que celles des produits nationaux* »²⁴¹².

Ce test de proportionnalité au sens strict, aussi nommé test de substitution ou test de l'entrave minimale, apprécie si la mesure restrictive est la moins nocive possible pour atteindre l'objectif poursuivi²⁴¹³. Même si une mesure restrictive est nécessaire et apte à atteindre l'objectif légitime poursuivi, encore faut-il que le préjudice qu'elle entraîne pour la libre circulation soit proportionné par rapport à l'objectif qu'elle poursuit²⁴¹⁴.

Ainsi, la Cour de justice juge souvent que des mesures d'interdiction générale d'importations de produits étrangers susceptibles de tromper le consommateur sont inadéquates car la protection du consommateur peut aussi se réaliser par des moyens moins entravants, notamment un étiquetage sur le produit²⁴¹⁵.

Les tests de nécessité et de proportionnalité ne peuvent pas toujours être clairement distingués l'un de l'autre et sont, parfois, difficiles à opérer²⁴¹⁶. Ils demandent, selon

²⁴¹⁰ HATZOPOULOS V., « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses - une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *op.cit.*, p. 200 s.

²⁴¹¹ CJCE, 16 décembre 1992, *Stoke-on-Trent et Norwich City Council*, aff. C-169/91, *Rec.* 1992, p. I-6635, pt. 15.

²⁴¹² *Ibid.*, pt. 15.

²⁴¹³ BLUMANN C. et DUBUIS L., *op.cit.*, p. 420, pt. 546.

²⁴¹⁴ VAN GERVEN W., « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *Journal des tribunaux*, 1992, n° 5629, p. 305.

²⁴¹⁵ PICOD F., « Libre circulation des marchandises. Champ d'application. Principaux mécanismes », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 530, 2019, pt. 127 ; BLUMANN C. et DUBUIS L., *op.cit.*, p. 420, pt. 546.

²⁴¹⁶ VAN GERVEN W., « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *op.cit.*, p. 305.

le professeur Van Gerven, une « double comparaison »²⁴¹⁷ : « Dans un premier temps, deux mesures nationales possibles sont comparées entre elles à la lumière de l'objectif poursuivi (permettent-elles d'atteindre ce but avec la même efficacité ?) et ensuite, lorsqu'il est apparu qu'elles ont un effet égal dans la poursuite du but recherché, elles sont comparées par rapport au préjudice que chacune d'elles cause à la circulation des marchandises intracommunautaire (laquelle des deux mesures est la moins préjudiciable à cet égard ?) »²⁴¹⁸. Cette comparaison, effectuée dans le cadre du test de la nécessité, permet de retenir celle des deux mesures comparées qui atteint l'objectif poursuivi avec la même efficacité, mais en étant moins restrictive pour la libre circulation au sein du marché intérieur²⁴¹⁹.

Dans un second temps, il faut mettre « en balance les avantages et les désavantages »²⁴²⁰ dans le cadre du test de proportionnalité : « la mesure nécessaire (c'est-à-dire utile et indispensable et donc jugée licite à première vue) fait maintenant l'objet d'un nouvel examen au cours duquel elle n'est plus comparée à une autre mesure possible, mais analysée en elle-même, afin de savoir si l'avantage qu'elle présente pour le but poursuivi fait bonne mesure par rapport au préjudice qu'elle entraîne pour le commerce intracommunautaire (c'est-à-dire, en termes familiers, pour savoir si le jeu en vaut la chandelle) »²⁴²¹.

Comme le professeur Bertrand le relève, le test d'aptitude étant rarement problématique, le test de proportionnalité au sens strict est souvent au cœur du raisonnement de la Cour de justice²⁴²². Généralement exercé par la Cour de justice elle-même, la jurisprudence récente laisse désormais une marge d'appréciation plus importante au juge national qui varie selon les intérêts de l'affaire, étant plus large dans des domaines

²⁴¹⁷ *Ibid.*

²⁴¹⁸ *Ibid.*

²⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 306.

²⁴²⁰ VAN GERVEN W., « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *op.cit.*, p. 306.

²⁴²¹ *Ibid.*

²⁴²² BERTRAND B., « Que reste-t-il des exigences impérieuses d'intérêt général ? », *Europe*, n° 1, 2012, étude 1, pt. 24.

sensibles pour les États membres tel que les jeux de hasard et d'argent, et plus réduite dans des affaires de fiscalité et de propriété intellectuelle²⁴²³.

Pour résumer, le contrôle de proportionnalité permet d'analyser si la mesure en cause qui poursuit un objectif légitime eu égard aux justifications textuelles ou jurisprudentielles (i) est pertinente pour atteindre cet objectif, (ii) si elle est indispensable, c'est-à-dire si elle ne peut pas être remplacée par une mesure aussi efficace mais moins restrictive, et (iii) enfin si elle est proportionnée, c'est-à-dire si elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi²⁴²⁴.

Il s'ensuit que le contrôle de proportionnalité va encore plus loin que la doctrine du contenu essentiel d'un droit dans la mesure où il ne suffit pas qu'une mesure ne porte pas atteinte à la substance essentielle d'un droit, mais encore faut-il qu'elle soit adéquate, nécessaire et adaptée à l'objectif poursuivi²⁴²⁵.

Nous partageons l'avis du professeur Van Gerven qui estime que le principe de proportionnalité « *n'offre pas des solutions toutes prêtes* », mais « *présente le mérite (...) que des problèmes délicats, sujets à controverse dans la société, peuvent être abordés d'une manière sereine dans un cadre de référence communément admis, permettant ainsi de motiver la solution retenue et de la fonder sur des arguments contrôlables. Dans une société démocratique pluraliste, on ne peut pas exiger davantage* »²⁴²⁶.

Cependant, le professeur Hatzopoulos révèle les risques d'un tel contrôle de proportionnalité et en particulier du test de proportionnalité *stricto sensu*²⁴²⁷. Un tel test comprendrait le risque que de manière régulière, les objectifs poursuivis par un État membre seraient mesurés contre ceux des autres États membres et de l'Union²⁴²⁸. Ce-

²⁴²³ *Ibid.*

²⁴²⁴ VAN GERVEN W., « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *op.cit.*, p. 306.

²⁴²⁵ GEORGITSI E., « La proportionnalité comme instrument de "conciliation" des normes antagonistes », *op.cit.*, p. 575.

²⁴²⁶ VAN GERVEN W., « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *op.cit.*, p. 309.

²⁴²⁷ HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », in DUBOUT E. et MAITROT DE LA MOTTE A. (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 221.

²⁴²⁸ *Ibid.*

ci mettrait en péril la répartition des pouvoirs au sein de l'Union au détriment du législateur dans la mesure où le rôle du juge sera « *dramatiquement* » augmenté²⁴²⁹.

De plus, la répartition verticale des compétences entre l'Union et les États membres serait également affectée²⁴³⁰. Le professeur Hatzopoulos estime que la Cour de justice semble désormais consciente de ce risque et paraît prendre ses distances vis-à-vis du test de proportionnalité *stricto sensu*²⁴³¹.

Le professeur Hatzopoulos plaide pour l'abandon complet du test de proportionnalité et pour son remplacement par le contrôle de la cohérence et de la systématique de la mesure en cause²⁴³². Le test de la cohérence, introduit par la Cour de justice dans l'arrêt *Gambelli*²⁴³³, examine si la restriction fait partie d'un ensemble des mesures poursuivant le même objectif ou si elle constitue une mesure isolée et/ou arbitraire²⁴³⁴. Le test de la systématique examine comment la mesure en cause s'intègre dans le cadre réglementaire affectant l'activité en question dans l'État membre concerné²⁴³⁵. Il faut un ensemble suffisamment systématique pour « convaincre » la Cour de justice.

D'après le professeur Hatzopoulos, ce test de la cohérence et de la systématique présente de nombreux avantages par rapport au test « classique » de proportionnalité²⁴³⁶. Le professeur Hatzopoulos met notamment en avant que le test de la cohérence et de la systématique s'opère « *à l'intérieur de chaque ordre juridique national* »²⁴³⁷. Il s'agirait, en plus, d'un test moins abstrait et en même temps plus objectif, tout en examinant l'efficacité de la mesure en cause²⁴³⁸.

²⁴²⁹ *Ibid.*

²⁴³⁰ *Ibid.*

²⁴³¹ HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op.cit.*, p. 221.

²⁴³² *Ibid.*, p. 221 s.

²⁴³³ CJCE, 6 novembre 2003, *Gambelli*, aff. C-243/01, *Rec.* 2003, p. I-13031.

²⁴³⁴ HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op.cit.*, p. 222.

²⁴³⁵ *Ibid.*

²⁴³⁶ HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op.cit.*, p. 222.

²⁴³⁷ *Ibid.*

²⁴³⁸ *Ibid.*

Cependant, nous estimons que le contrôle de proportionnalité effectué par la Cour de justice est, en règle générale, suffisamment flexible pour être adapté aux nécessités du cas d'espèce. S'il est vrai que la Cour de justice opère un contrôle relativement strict et poussé - même en comparaison avec le contrôle effectué par la Cour constitutionnelle fédérale allemande²⁴³⁹ - le degré du contrôle varie en fonction des circonstances et des données dont elle dispose²⁴⁴⁰. Ainsi, elle accorde, en principe, une marge d'appréciation plus large aux institutions de l'Union qu'aux États membres. Cela signifie que l'intensité de son contrôle est réduite en présence d'une mesure émanant d'une institution de l'Union²⁴⁴¹. En ce qui concerne les mesures émanant des États membres, la Cour de justice a tendance à leur accorder une marge de manœuvre plus large dans le cas des affaires plus complexes, touchant à des sujets sensibles, tels qu'un danger à l'ordre public ou la moralité publique²⁴⁴².

Dans ce contexte, il est également important de souligner qu'il n'appartient pas à la Cour de justice de choisir les objectifs poursuivis ni de remettre en cause le choix d'objectif effectué²⁴⁴³. En principe, elle se limite à prendre acte des objectifs poursuivis afin d'apprécier ensuite l'efficacité des mesures prises²⁴⁴⁴.

De plus, le principe de proportionnalité est indispensable pour la mise en balance d'intérêts conflictuels. Il permet de mettre en rapport l'entrave à la libre circulation avec l'avantage acquis par la mesure en cause pour d'autres droits et intérêts²⁴⁴⁵, dont notamment les droits fondamentaux.

Ainsi, dans l'arrêt *Schmidberger*, la Cour de justice a décidé que les autorités autrichiennes « ont raisonnablement pu considérer que l'objectif légitimement poursuivi par

²⁴³⁹ KOCH O., *op.cit.*, p. 530.

²⁴⁴⁰ PICOD F., « Libre circulation des capitaux et des moyens de paiement », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 890, mise à jour en février 2020, pt. 117.

²⁴⁴¹ HAGUENAU-MOIZARD C. et SANCHEZ Y., « The principle of proportionality in European law », *op.cit.*, p. 157.

²⁴⁴² *Ibid.*

²⁴⁴³ MARZAL YETANO A., *op.cit.*, p. 70.

²⁴⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁴⁵ BECKER U., « Art 36 AEUV », in SCHWARZE J., BECKER U., HATJE A. *et al.*, *EU-Kommentar*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 3^e édition, 2012, p. 625, pt. 64.

ledit rassemblement ne pouvait pas en l'occurrence être atteint par des mesures moins restrictives des échanges intracommunautaires »²⁴⁴⁶.

Or, comparant les affaires *Schmidberger*, *Omega*, *Viking* et *Laval*, le professeur Hatzopoulos constate que dans l'arrêt *Schmidberger*, la Cour de justice tranche en faveur des droits fondamentaux en cause, privilégiant la Convention EDH après un contrôle étendu de la proportionnalité²⁴⁴⁷. Dans l'arrêt *Omega* en revanche, la Cour de justice évite tout contrôle de proportionnalité et statue en faveur de la mesure allemande qui vise à protéger la dignité humaine²⁴⁴⁸. Enfin, dans les arrêts *Viking* et *Laval*, la Cour de justice effectue un contrôle strict de proportionnalité, privilégiant, cette fois-ci, la libre circulation²⁴⁴⁹.

Nous suivons entièrement le constat du professeur Hatzopoulos qui en déduit que le rôle occupé par les droits fondamentaux dans le droit du marché intérieur reste obscur²⁴⁵⁰. Jusqu'à présent, il n'est pas clair si les droits fondamentaux constituent des raisons impérieuses d'intérêt général, des exceptions expresses ou une source autonome de justifications. On ne sait encore moins quel type de contrôle de proportionnalité leur est applicable²⁴⁵¹.

Comme il a été démontré au titre précédent de la présente thèse, nous estimons que les droits fondamentaux doivent pouvoir être invoqués en tant que tels. Ensuite, il faut procéder à une mise en balance entre droits fondamentaux et libre circulation sous forme de la concordance pratique. Ce faisant, il convient d'opérer un double test de proportionnalité, tel que proposé par l'Avocate générale Trstenjak.

Or, il reste à savoir si le contrôle de proportionnalité s'applique dans le cadre des entraves d'origine privée.

²⁴⁴⁶ CJCE, arrêt *Schmidberger* précité, aff. C-112/00, pt. 93.

²⁴⁴⁷ HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op.cit.*, p. 225.

²⁴⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁴⁹ *Ibid.*

²⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 226.

²⁴⁵¹ *Ibid.*

D'après le professeur Picod et la professeure Lengauer, une mesure d'origine privée doit également répondre aux exigences de nécessité et de proportionnalité²⁴⁵². Le juge devra examiner si la mesure émanant d'une personne privée ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire et si elle ne provoque pas une restriction déguisée ou une discrimination arbitraire²⁴⁵³. Le professeur Picod déduit notamment de l'arrêt *Laval* que « *les personnes privées qui agissent en vue de protéger un intérêt doivent également tenir compte des moyens dont disposent les États membres même si ceux-ci leur paraissent peu efficaces* »²⁴⁵⁴.

Même si nous suivons le professeur Picod et la professeure Lengauer dans les grandes lignes de leurs considérations, nous estimons que dans le cadre des entraves d'origine privée, des adaptations sont nécessaires. De telles adaptations s'imposent notamment en cas de conflit entre libertés de circulation et droits fondamentaux ainsi que l'autonomie privée, c'est-à-dire dans une situation où un litige entre particuliers oppose la libre circulation d'une personne privée aux droits fondamentaux et à l'autonomie privée d'une autre personne privée. Dans un tel scénario, il ne faut pas opérer un contrôle classique de proportionnalité, mais une mise en balance sous forme de la concordance pratique entre libre circulation et droits fondamentaux.

Si la personne privée auteure de l'entrave n'invoque pas un droit fondamental mais une justification textuelle ou jurisprudentielle, la mesure restrictive doit être soumise à un contrôle classique de proportionnalité, qui doit néanmoins tenir compte du fait que l'auteur de l'entrave n'est pas un État membre mais une personne privée.

Ainsi, le caractère discriminatoire de la mesure doit être pris en compte dans le cadre de l'examen de la proportionnalité²⁴⁵⁵. Une mesure discriminatoire doit être soumise à un examen plus strict qu'une mesure indistinctement applicable. Il est ensuite pos-

²⁴⁵² PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », in *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 649 ; LENGAUER A.-M., *Drittwirkung von Grundfreiheiten*, Wien, Springer Verlag, 2011, p. 428.

²⁴⁵³ PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 649.

²⁴⁵⁴ *Ibid.*

²⁴⁵⁵ FORSTHOFF U., « Drittwirkung der Grundfreiheiten: Das EuGH-Urteil Angonese », *EWS*, 2000, n° 9, p. 396 ; Du même avis: LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 428.

sible de distinguer parmi les mesures discriminatoires, celles qui sont directement discriminatoires et qui seront appréciées de manière plus stricte, et celles qui sont indirectement discriminatoires et qui bénéficieront de souplesse²⁴⁵⁶.

En ce qui concerne les mesures restrictives d'origine privée indistinctement applicables, nous plaidons pour un test de proportionnalité souple, laissant une large marge d'appréciation au juge national qui devrait limiter son examen de la mesure d'origine privée au strict minimum, afin de tenir dûment compte de l'autonomie privée des personnes privées.

D'une manière générale, le juge doit à tout moment prendre en compte le fait que la personne privée dispose de l'autonomie privée²⁴⁵⁷. Dès lors, le juge devra, à notre avis, se priver de se substituer à l'auteur d'entrave en soumettant ses décisions commerciales à un examen détaillé de proportionnalité.

Il en est différent seulement si la personne privée auteure de l'entrave dispose d'un tel pouvoir exorbitant qu'elle est assimilée au pouvoir étatique²⁴⁵⁸. Dans un tel cas, la mesure d'origine privée doit être soumise au même examen qu'une mesure d'origine étatique, tout en n'oubliant jamais que la personne privée reste titulaire des droits fondamentaux et dispose de l'autonomie privée. Un tel examen plus étendu de proportionnalité en présence d'un pouvoir exorbitant est également dû au besoin de protection de la personne lésée²⁴⁵⁹. Un tel besoin de protection sera, en règle générale, plus élevé si la personne lésée est confrontée à une personne privée qui dispose d'un pouvoir exorbitant comparable au pouvoir étatique²⁴⁶⁰.

Dans un sens similaire, les particularités inhérentes à la relation de travail entre l'employeur et le travailleur, que nous avons examiné en détail au titre 2 de la première partie de la présente thèse²⁴⁶¹, doivent également être pris en compte dans le

²⁴⁵⁶ FORSTHOFF U., « Drittwirkung der Grundfreiheiten: Das EuGH-Urteil Angonese », *op.cit.*, p. 396.

²⁴⁵⁷ *Ibid.*

²⁴⁵⁸ Du même avis : FORSTHOFF U., « Drittwirkung der Grundfreiheiten: Das EuGH-Urteil Angonese », *op.cit.*, p. 396.

²⁴⁵⁹ LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 428.

²⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 429.

²⁴⁶¹ Partie I, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1 de la présente thèse.

cadre de l'examen de la proportionnalité d'une mesure restrictive émanant de l'employeur²⁴⁶².

Pour conclure, nous estimons que le principe de proportionnalité s'applique aux mesures restrictives d'origine privée, mais avec les adaptations nécessaires. Dès lors, il reste à savoir si le deuxième volet du principe de bonne foi, à savoir l'interdiction de restriction déguisée et de discrimination arbitraire, est également censé s'appliquer aux mesures d'origine privée.

Paragraphe 2 : L'interdiction de restriction déguisée et de discrimination arbitraire

Conformément à l'article 36 TFUE, les interdictions ou restrictions justifiées par un motif énoncé par le traité ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres. Les articles 65, paragraphe 3, et 114 TFUE énoncent des interdictions similaires.

Ce principe, posé déjà à l'époque à l'article XX du GATT, vise à éviter que des justifications en principe admissibles sont utilisées à des fins détournées²⁴⁶³. Ceci est l'expression du principe de bonne foi qui interdit de faire usage des règles de droit à des fins détournées de leur objectif²⁴⁶⁴.

L'article 36, seconde phrase, TFUE a « *pour but d'empêcher que les restrictions aux échanges fondées sur les motifs indiqués à la première phrase de l'article 36 ne soient détournées de leur fin et utilisées de manière à établir des discriminations à l'égard de marchandises originaires d'autres États membres, ou à protéger indirectement* ».

²⁴⁶² Du même avis : FORSTHOFF U., « Drittwirkung der Grundfreiheiten: Das EuGH-Urteil Angonese », *op.cit.*, p. 396.

²⁴⁶³ PICOD F., *Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises*, *op.cit.*, p. 292.

²⁴⁶⁴ *Ibid.*

tement certaines productions nationales »²⁴⁶⁵. La Cour de justice procède, dès lors, à une appréciation de la loyauté de l'objectif poursuivi²⁴⁶⁶.

La prohibition des justifications utilisées à des fins détournées constitue une limite à la dérogation prévue dans la première phrase de l'article 36²⁴⁶⁷. En vue de l'importance de ce principe pour l'Union, la Cour de justice l'a étendu à d'autres domaines, tel que la libre circulation des personnes, libre prestation des services et le droit de la concurrence. Il s'applique également aux justifications jurisprudentielles par analogie²⁴⁶⁸.

L'appréciation de la loyauté s'attache au caractère arbitraire de la discrimination en ce sens qu'une mesure restrictive ne constitue pas une discrimination arbitraire si elle est motivée par une préoccupation objectivement fondée²⁴⁶⁹. Une telle appréciation nécessite des investigations étendues de la mesure en cause, vérifiant qu'elle ne vise pas de manière plus défavorable les produits, services, personnes et capitaux provenant d'un autre État membre²⁴⁷⁰. Or, une discrimination arbitraire peut non seulement résulter d'une législation, mais également d'une pratique des autorités administratives ou judiciaires, appréciant une réglementation avec plus de rigueur lorsqu'elle concerne des personnes, services, biens ou capitaux provenant d'un autre État membre²⁴⁷¹.

Une mesure qui constitue une discrimination arbitraire est une mesure qui est ouvertement discriminatoire²⁴⁷². Son objectif est de discriminer les personnes, services, biens ou capitaux provenant d'un autre État membre et d'entraver ainsi la libre circulation et l'accès au marché. Dès lors, une mesure constitue une discrimination arbi-

²⁴⁶⁵ CJCE, 14 décembre 1979, *Henn et Darby*, aff. 34/79, *Rec.* 1979, p. 3795, pt. 21 ; CJCE, 25 juillet 1991, *Aragonese et Publivia*, aff. jts. C-1/90 et C-176/90, *Rec.* 1991, p. I-4151, pt. 20 ; CJCE, 30 novembre 1993, *Deutsche Renault*, aff. C-317/91, *Rec.* 1993, p. I-6227, pt. 19.

²⁴⁶⁶ PICOD F., *Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises*, *op.cit.*, p. 412.

²⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 293.

²⁴⁶⁸ *Ibid.*

²⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 413.

²⁴⁷⁰ *Ibid.*

²⁴⁷¹ PICOD F., *Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises*, *op.cit.*, p. 413.

traire si elle pénalise directement ou indirectement les produits, personnes, services ou capitaux provenant d'un autre État membre²⁴⁷³. Tel est par exemple le cas si une réglementation nationale prohibe l'importation de certains articles pornographiques pour des raisons de moralité publique alors que la fabrication de tels articles n'est pas interdite sur le territoire national²⁴⁷⁴.

Normalement, le caractère arbitraire est relativement facile à établir, la détection d'une restriction déguisée, en revanche, peut s'avérer plus difficile²⁴⁷⁵. Une mesure constitue une restriction déguisée si elle apparaît *a priori* légitime et justifiée, mais poursuit, en réalité, un autre but caché derrière les apparences²⁴⁷⁶. Il s'agit donc d'une mesure qui prétend poursuivre des objectifs légitimes mais qui vise, en réalité, des objectifs protectionnistes ayant pour but de restreindre les échanges intraeuropéens et d'empêcher l'accès au marché²⁴⁷⁷. Une telle mesure comporte l'intention (cachée) de son auteur d'entraver la libre circulation au sein du marché intérieur²⁴⁷⁸.

Alors que la discrimination arbitraire s'évalue à partir de critères objectifs, la restriction déguisée s'interroge sur la finalité protectionniste d'une mesure et l'intention de l'auteur de la restriction²⁴⁷⁹. La notion de restriction déguisée est proche du détournement de pouvoir et relève de l'idée d'abus de droit ou de « mauvaise foi »²⁴⁸⁰. Ainsi, la Cour de justice a condamné une législation britannique²⁴⁸¹ ayant prohibé l'entrée sur son territoire de volailles en provenance d'autres États membres pour des raisons de santé publique au motif que les volailles étaient potentiellement atteintes de la maladie de Newcastle²⁴⁸². Or, il s'est révélé que cette mesure était dépourvue de

²⁴⁷² FRENZ W., *Handbuch Europarecht. Band 1: Europäische Grundfreiheiten*, Heidelberg, Springer Verlag, 2^e édition, 2012, p. 209.

²⁴⁷³ BLUMANN C. et DUBUIS L., *op.cit.*, p. 413, pt. 535.

²⁴⁷⁴ *Ibid.*

²⁴⁷⁵ PICOD F., *Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises*, *op.cit.*, p. 414.

²⁴⁷⁶ *Ibid.*

²⁴⁷⁷ FRENZ W., *op.cit.*, p. 209.

²⁴⁷⁸ *Ibid.*

²⁴⁷⁹ BLUMANN C. et DUBUIS L., *op.cit.*, p. 414, pt. 536.

²⁴⁸⁰ *Ibid.*

²⁴⁸¹ CJCE, 15 juillet 1982, *Commission/RU*, aff. 40/82, *Rec.* 1982, p. 2793.

²⁴⁸² BLUMANN C. et DUBUIS L., *op.cit.*, p. 414, pt. 536.

fondement réel et a été dictée au gouvernement britannique par des syndicats professionnels qui craignaient la concurrence étrangère²⁴⁸³.

Dès lors, l'interdiction de discrimination arbitraire et de restriction déguisée vise à assurer que les justifications textuelles et jurisprudentielles « *ne soient détournées de leur fin et utilisées de manière à établir des discriminations à égard de marchandises originaires d'autres États membres, ou à protéger indirectement certaines productions nationales* »²⁴⁸⁴.

Cependant, dans la jurisprudence récente de la Cour de justice, les deux conditions de discrimination arbitraire et restriction déguisée reviennent beaucoup moins souvent, la Cour de justice ayant tendance à les réécrire dans un langage plus moderne²⁴⁸⁵. Ainsi, dans un arrêt de 2007, elle a statué « *qu'aucun élément à la disposition de la Cour ne permet de penser que les motifs de santé publique invoqués par les autorités suédoises (...) auraient été détournés de leur fin et utilisés de manière à établir des discriminations à l'égard de marchandises originaires d'autres États membres ou à protéger indirectement certaines productions nationales* »²⁴⁸⁶.

Il semble donc que désormais, le principe de proportionnalité ait pris le relais²⁴⁸⁷. La Cour de justice a elle-même établi le lien entre le principe de proportionnalité et l'article 36, seconde phrase, TFUE estimant que « *le principe de proportionnalité qui est la base de la dernière phrase de l'article 36 du traité exige que la faculté des États membres d'interdire les importations des produits en cause en provenance d'autres États membres soit limitée à ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de protection de la santé légitimement poursuivis* »²⁴⁸⁸.

D'une manière générale, la Cour de justice n'a que rarement recours à l'interdiction de discrimination arbitraire et de restriction déguisée, principalement si les circons-

²⁴⁸³ BLUMANN C. et DUBUIS L., *op.cit.*, p. 414, pt. 536.

²⁴⁸⁴ CJCE, arrêt *Henn et Derby* précité, aff. 34/79, pt. 21.

²⁴⁸⁵ BLUMANN C. et DUBUIS L., *op.cit.*, p. 414, pt. 537.

²⁴⁸⁶ CJCE, 5 juin 2007, *Rosengren e.a.*, aff. C-170/04, *Rec.* 2007, p. I-4071, pt. 42.

²⁴⁸⁷ BLUMANN C. et DUBUIS L., *op.cit.*, p. 414, pt. 537.

²⁴⁸⁸ CJCE, 14 juillet 1983, *Sandoz*, aff. 174/82, *Rec.* 1983, p. 2445, pt. 18.

tances du cas d'espèce l'indiquent²⁴⁸⁹. Le principe de proportionnalité joue un rôle beaucoup plus important dans l'appréciation de la Cour de justice, ce qui s'explique par le fait que dans la plupart des cas, une mesure qui constitue une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée sera également une mesure disproportionnée²⁴⁹⁰.

Cependant, nous suivons le professeur Simon qui remarque que les termes « arbitraires » et « déguisée » révèlent que le juge est appelé à effectuer « *un ultime contrôle du comportement subjectif de l'État membre* » dans la mesure où, après le contrôle « *objectif* » de proportionnalité de la mesure restrictive, le juge doit encore vérifier que « *les apparences objectives ne sont pas trompeuses et ne viseraient pas à masquer une intention discriminatoire ou protectrice* »²⁴⁹¹. Ainsi, l'interdiction de discrimination arbitraire et de restriction déguisée a sa place dans le cadre de l'examen d'une mesure restrictive, même si elle ne constitue pas l'étape la plus importante, mais est seulement opérée si les circonstances du cas d'espèce donnent des indications dans ce sens.

À notre avis, cette solution peut légitimement être transposée dans le cadre des entraves d'origine privée. Nous estimons que les personnes privées sont également tenues de respecter le principe de bonne foi. Le juge doit alors examiner si le comportement de la personne privée ne vise pas à cacher une intention discriminatoire et si la mesure en cause, tout en ayant l'apparence de poursuivre un objectif légitime, ne poursuit pas en réalité des objectifs non légitimes, visant à restreindre ou affecter le libre-échange.

En effet, l'interdiction de restriction déguisée et de discrimination arbitraire vise à détecter et empêcher les abus de droit et la mauvaise foi de l'auteur d'une entrave. Nous considérons que tel doit être le cas indépendamment de l'origine de l'entrave. Ni un État membre ni une personne privée ne doivent prendre une mesure qui consti-

²⁴⁸⁹ BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. *et al.*, *Introduction au marché intérieur : libre circulation des marchandises*, *op.cit.*, p. 402, pt. 633.; BECKER U., « Art 36 AEUV », in SCHWARZE J., BECKER U., HATJE A. *et al.*, *op.cit.*, p. 630, pt. 79.

²⁴⁹⁰ BECKER U., « Art 36 AEUV », in SCHWARZE J., BECKER U., HATJE A. *et al.*, *op.cit.*, p. 630, pt. 79.

²⁴⁹¹ SIMON D., « Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent », *Répertoire de droit européen*, 2004 (mise à jour janvier 2013), pt. 122.

tue une restriction déguisée ou une discrimination arbitraire, d'autant plus que les abus de droit et la mauvaise foi sont prohibés non seulement dans les relations verticales, mais aussi dans les relations horizontales de droit privé.

S'il s'avère qu'un objectif invoqué pour justifier une restriction à l'une des libertés de circulation n'est qu'un alibi ou un prétexte pour une mesure qui, en réalité, constitue une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée par laquelle l'auteur de l'entrave cherche à cacher un abus de droit ou une mauvaise foi, le juge doit déclarer la mesure invalide. En effet, une mesure qui a, en réalité, pour objectif de restreindre ou de nier l'exercice de la libre circulation affecte le contenu essentiel des libertés de circulation et met en péril le marché intérieur.

Nous pouvons en conclure que les justifications invoquées par les personnes privées sont soumises au contrôle de proportionnalité, tel qu'élaboré ci-dessus, ainsi qu'à l'interdiction de restriction déguisée et de discrimination arbitraire. Les personnes privées doivent donc également respecter le principe de bonne foi.

Dès lors, s'il s'avère dans le cadre de l'examen qu'une mesure d'origine privée ne peut pas être justifiée parce qu'elle ne respecte pas le principe de bonne foi, il reste à étudier quelles sont les conséquences qui en découlent pour les litiges entre particuliers. Cette question sera traitée dans le dernier chapitre de la présente thèse, consacré à la recherche d'une mise en œuvre appropriée pour les litiges entre personnes privées.

Chapitre 2 – La recherche d’une mise en œuvre appropriée pour les litiges entre personnes privées

Après avoir procédé à la mise en balance des intérêts en présence, il convient dorénavant de s’interroger sur les conséquences juridiques d’une entrave d’origine privée.

Ce chapitre démontra que la responsabilité des États membres pour violation d’une norme de droit de l’Union est désormais bien établie²⁴⁹². La responsabilité des opérateurs privés pour une violation du droit européen de la concurrence est également établie, même si certaines précisions sont encore à apporter²⁴⁹³.

Or, les conséquences juridiques d’une violation, par une personne privée, des obligations découlant des libertés de circulation restent à déterminer. Contrairement à l’article 101, paragraphe 2, TFUE, qui dispose que les accords ou décisions interdits en vertu dudit article sont nuls de plein droit, les dispositions relatives aux libertés de circulation n’indiquent pas les conséquences juridiques d’une violation. La Cour de justice, quant à elle, ne s’est pas encore prononcée en ce qui concerne les conditions et modalités d’une mise en œuvre de la responsabilité « horizontale » des personnes privées pour les entraves d’origine privée qui ont causées un préjudice²⁴⁹⁴.

Dans le but d’élaborer une mise en œuvre appropriée pour les litiges entre personnes privées, nous examinerons d’abord la transposition du régime applicable aux litiges entre un particulier et un État aux litiges entre personnes privées (Section 1), pour, ensuite, étudier les conséquences potentielles des entraves d’origine privée (Section 2).

²⁴⁹² REICH N., « Horizontal liability in EC law: Hybridization of remedies for compensation in case of breaches of EC rights », *Common Market Law Review*, 2007, n° 44, p. 705.

²⁴⁹³ *Ibid.*

²⁴⁹⁴ *Ibid.*

Section 1 : L'examen de la transposition du régime applicable aux litiges entre un particulier et un État aux litiges entre personnes privées

L'ordre juridique de l'Union européenne prévoit un système de protection juridictionnelle en deux volets : Le droit de l'Union confère des droits aux justiciables (premier volet) dont la protection doit être assurée par les juridictions nationales (second volet)²⁴⁹⁵. Or ce faisant, les juridictions nationales doivent suivre les critères élaborés par la Cour de justice. Il reste à savoir si ces critères à respecter par les juridictions nationales sont limités aux litiges verticaux ou s'ils peuvent - ou doivent - également être appliqués dans le cadre des litiges horizontaux.

Comme les conséquences juridiques d'une violation par une personne privée des obligations découlant des libertés de circulation ne sont pas détaillées dans les traités ni dans la jurisprudence, il convient d'élaborer un régime adéquat pour les litiges entre personnes privées.

Ce faisant, il faut procéder à un examen comparatif en analysant les critères établis par la Cour de justice pour les litiges verticaux et les infractions en matière du droit européen de la concurrence. Aussi, nous allons d'abord étudier les conséquences juridiques d'une entrave d'origine étatique. Ensuite, nous allons examiner les conséquences juridiques en matière du droit européen de la concurrence. Cette étude comparative nous permettra d'élaborer les critères applicables aux litiges horizontaux en matière des libertés de circulation.

Ainsi, nous allons, dans un premier temps, apprécier le régime applicable dans les litiges verticaux (Paragraphe 1), pour, dans un second temps, procéder à l'adaptation de ce régime aux litiges horizontaux (Paragraphe 2).

²⁴⁹⁵ EBERS M., *Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, p. 992.

Paragraphe 1 : L'appréciation du régime applicable dans les litiges verticaux

Les dispositions relatives aux libertés de circulation ne désignent pas les conséquences juridiques d'une restriction au libre-échange, indépendamment de l'origine de la restriction - ni pour les entraves d'origine étatique ni pour les entraves émanant des institutions de l'Union européenne ou les entraves d'origine privée.

Dans le but d'élaborer un régime adéquat applicable aux litiges horizontaux à la suite d'une entrave d'origine privée, nous allons examiner les différents instruments prévus par les traités constitutifs ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice en cas de violation du droit de l'Union. Une telle étude comparative, qui examine les conséquences juridiques en cas de violation du droit de l'Union commise par une institution de l'Union ou un État membre, nous habilitera à définir des critères pour les litiges horizontaux en matière des libertés de circulation.

Tout d'abord, il convient de constater que les traités constitutifs prévoient différents instruments à disposition des personnes privées en cas de violation du droit de l'Union commise par une de ses institutions.

Ainsi, l'article 263 TFUE selon lequel la Cour de justice est compétente pour assurer le respect de la légalité des actes adoptés par les institutions, organes et organismes de l'Union, prévoit le recours en annulation²⁴⁹⁶. Si le recours en annulation est fondé, la Cour de justice déclare nul et non avenu l'acte contesté²⁴⁹⁷.

La Cour de justice peut annuler l'intégralité de l'acte ou seulement certaines dispositions lorsque les éléments dont l'annulation est demandée sont détachables du reste de l'acte²⁴⁹⁸. Par la suite, l'institution, l'organe ou l'organisme en cause qui avait adopté l'acte annulé est tenu de combler le vide juridique conformément à l'arrêt rendu par la Cour de justice²⁴⁹⁹.

²⁴⁹⁶ NOURISSAT C. et DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR B., *Droit de la concurrence, libertés de circulation : droit de l'Union, droit interne*, Paris, Dalloz, 5^{ème} édition, 2016, p. 632, pt. 626.

²⁴⁹⁷ Article 264, paragraphe 1, TFUE.

²⁴⁹⁸ NOURISSAT C. et DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR B., *op.cit.*, p. 634, pt. 634.

²⁴⁹⁹ *Ibid.*

Selon une jurisprudence constante, l'acte attaqué doit produire « *des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celui-ci* »²⁵⁰⁰.

De plus, conformément à l'article 277 TFUE, toute partie peut, nonobstant l'expiration du délai prévu à l'article 263 TFUE, à l'occasion d'un litige mettant en cause un acte de portée générale adopté par une institution, un organe ou un organisme de l'Union, se prévaloir des moyens prévus à l'article 263, deuxième alinéa, TFUE pour invoquer devant la Cour de justice l'inapplicabilité de cet acte. L'article 277 TFUE permet donc de contester de manière incidente la légalité d'un acte de portée générale et d'en écarter l'application lors d'un litige relatif à une mesure d'application de cet acte²⁵⁰¹.

Il se pose alors la question de savoir si une violation des libertés de circulation par une institution peut donner lieu à un recours en annulation. Les libertés de circulation comptent parmi les fondements du marché intérieur²⁵⁰², qui fait partie des compétences partagées entre l'Union et les États membres²⁵⁰³. Comme il l'a été vu dans l'introduction de la présente thèse, les mesures émanant du législateur de l'Union sont susceptibles de constituer des entraves aux libertés de circulation.

Conformément à l'article 263, paragraphe 4, TFUE, toute personne physique ou morale peut agir en annulation contre les actes dont elle est destinataire ou les actes qui la concernent directement et individuellement ainsi que contre les actes réglementaires qui le concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution. Ces conditions sont donc strictes et limitent la possibilité des personnes privées de contester un acte de l'Union.

²⁵⁰⁰ CJCE, 21 juin 2007, *Commission/Finlande*, aff. C-163/06 P, *Rec.* 2007, p. I-5127, pt. 40 ; v. aussi : CJCE, 12 septembre 2006, *Reynolds Tobacco e.a.*, aff. C-131/03 P, *Rec.* 2006, p. I-7795, pt. 54 à 56 ; CJUE, 13 octobre 2011, *Deutsche Post et Allemagne/Commission*, aff. jts. C-463/10 P et C-475/10 P, *Rec.* 2011, p. I-9639, pt. 36 ;

²⁵⁰¹ NOURISSAT C. et DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR B., *op.cit.*, p. 635, pt. 639.

²⁵⁰² Article 26, paragraphe 2, TFUE.

²⁵⁰³ Article 4, paragraphe 2, lit. a, TFUE.

En cas d'une directive entravant la libre circulation, le justiciable peut agir en justice devant le juge national, c'est-à-dire de manière décentralisée, pour invoquer une violation d'un de ses droits conférés par les libertés de circulation commise par un organe ou une institution de l'Union qui entraîne l'invalidité de l'acte, conformément à l'article 267, paragraphe 1, lit b, TFUE²⁵⁰⁴.

Pour autant, il est peu probable qu'une telle action en justice réussisse. Jusqu'à présent, la Cour de justice n'a jamais constaté une violation des libertés de circulation par un organe ou une institution de l'Union²⁵⁰⁵. Ceci s'explique par le fait que le droit dérivé en matière de marché intérieur vise justement la diminution voire l'abolition des disparités entre les législations nationales et la promotion de la libre circulation²⁵⁰⁶. De plus, la Cour de justice accorde une large marge de manœuvre aux institutions et organes de l'Union quant à la justification d'une mesure restrictive²⁵⁰⁷.

À côté du recours en annulation, les traités prévoient un recours en responsabilité de l'Union. Ainsi, conformément à l'article 340, paragraphe 2, TFUE, l'Union doit réparer les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions²⁵⁰⁸.

Conformément à l'article 268 en combinaison avec l'article 340 TFUE, toute personne physique ou morale et tout État membre qui a subi un dommage causé par une activité de l'Union peut obtenir réparation de ce dommage de la part de l'institution qui est à l'origine du préjudice²⁵⁰⁹. Le plaideur doit saisir la Cour de justice d'un recours en responsabilité dans un délai de cinq ans à compter de la survenance du fait qui a donné lieu au préjudice²⁵¹⁰.

Le recours en indemnité est une voie de recours autonome. Une personne privée peut demander réparation d'un préjudice subi par un acte émanant de l'Union sans qu'il

²⁵⁰⁴ EBERS M., *op.cit.*, p. 497.

²⁵⁰⁵ *Ibid.*

²⁵⁰⁶ *Ibid.*

²⁵⁰⁷ Comp. à cet effet notamment l'introduction de la présente thèse.

²⁵⁰⁸ La responsabilité de la Banque centrale européenne ressort de l'article 340, paragraphe 3, TFUE.

²⁵⁰⁹ NOURISSAT C. et DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR B., *op.cit.*, p. 635, pt. 638

²⁵¹⁰ *Ibid.*

soit nécessaire que l'acte ait préalablement été annulé²⁵¹¹. Si le manquement au droit de l'Union qui a causé le préjudice est imputable à une institution ou un organe ou organisme de l'Union, le requérant doit saisir exclusivement la Cour de justice²⁵¹². Si, en revanche, le manquement est imputable à une autorité nationale qui a causé le dommage dans l'exercice de ses compétences d'exécution du droit de l'Union, le requérant doit saisir le juge national qui appréciera si la responsabilité de l'État en cause est engagée conformément aux principes dégagés par la Cour de justice²⁵¹³.

Toute personne physique et morale qui se prétend victime d'un préjudice causé par l'Union ou un ou plusieurs États membres a qualité pour agir²⁵¹⁴. La partie requérante doit prouver un intérêt à agir, ce qui suppose qu'elle soit elle-même lésée²⁵¹⁵. Pour engager la responsabilité de l'Union, la règle de droit violée doit protéger les intérêts des particuliers et la violation doit être suffisamment caractérisée²⁵¹⁶. Toutefois, la Cour de justice n'est pas très sévère quant au critère de la violation d'une règle protégeant les intérêts des particuliers. Il suffit que la règle en question protège indirectement ou de manière secondaire les intérêts des particuliers, même si elle poursuit principalement la protection d'intérêts généraux²⁵¹⁷.

La charge de la preuve du préjudice subi appartient à la partie requérante²⁵¹⁸. Le préjudice doit être certain et, en principe, né et actuel²⁵¹⁹. Le dommage peut consister en

²⁵¹¹ VAN RAEPENBUSCH S., *Le contrôle juridictionnel dans l'Union européenne*, Collection : Commentaire J. Mégret Ordre juridique de l'Union et contentieux européen, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 3^e édition, 2018, p. 283.

²⁵¹² *Ibid.*

²⁵¹³ *Ibid.*

²⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 286.

²⁵¹⁵ *Ibid.*

²⁵¹⁶ VAN RAEPENBUSCH S., *op.cit.*, p. 291.

²⁵¹⁷ Augsberg I., « §12. Die Schadenersatzklage », in LEIBL St. et TERHECHTE J. Ph. (éd.), *Enzyklopädie Europarecht [EnzEuR]: Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht*, tome 3, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2014, p. 388, pt. 24.

²⁵¹⁸ VAN RAEPENBUSCH S., *op.cit.*, p. 301.

²⁵¹⁹ Dans certaines hypothèses, il est suffisant que le dommage soit imminent et prévisible avec une certitude suffisante pour engager la responsabilité, même si le préjudice ne peut pas encore être chiffré. V. aussi : VAN RAEPENBUSCH S., *op.cit.*, p. 301.

une perte éprouvée, un gain manqué ou un dommage moral²⁵²⁰. La réparation doit être adéquate afin d'assurer une protection effective des droits des personnes lésées²⁵²¹.

Les personnes privées disposent donc de deux recours pour contester un acte de l'Union : le recours en annulation ainsi que l'action en réparation du dommage subi.

Cependant, les critères pour une condamnation de l'Union pour violation des libertés de circulation sont interprétés de manière restrictive par la Cour de justice, ce qui rend une condamnation peu probable. De plus, dans la grande majorité des cas en dehors des situations horizontales, l'auteur d'une entrave aux libertés de circulation ne sera pas une institution ou un organe de l'Union, mais un État membre.

Comme une étude des conséquences juridiques d'une violation du droit de l'Union par une institution de l'Union européenne ne nous a pas permis d'en tirer des conséquences pour les violations du droit de l'Union commises par une personne privée, nous allons désormais examiner les instruments prévus par les traités constitutifs en cas de violation du droit de l'Union par un État membre.

Étudiant les traités constitutifs, nous constatons que ceux-ci ne prévoient que le recours en manquement en cas de non-respect d'une obligation incombant à un État membre.

Le recours en manquement constituait, au moment de son introduction, une innovation sur le plan international à plusieurs niveaux²⁵²². Premièrement, il met en évidence l'obligation des États membres de l'Union européenne d'accepter la juridiction obligatoire de la Cour de justice²⁵²³. Deuxièmement, le recours en manquement habilite la Commission européenne, c'est-à-dire une institution indépendante des États membres, à saisir la Cour de justice, ce qui est sans précédent dans l'histoire des organisations internationales²⁵²⁴. Troisièmement, le recours en manquement renforce la compétence exclusive de la Cour de justice. L'article 344 TFUE interdit aux États

²⁵²⁰ VAN RAEPENBUSCH S., *op.cit.*, p. 301.

²⁵²¹ *Ibid.*, p. 302.

²⁵²² VAN RAEPENBUSCH S., *op.cit.*, p. 179.

²⁵²³ *Ibid.*

membres de soumettre leurs différends à un mode de règlement autre que ceux prévus par les traités²⁵²⁵.

L'objectif principal du recours en manquement consiste à sanctionner les violations des obligations imposées aux États membres²⁵²⁶. Le Traité CEE prévoyait déjà un tel recours²⁵²⁷. Aujourd'hui, le recours en manquement est visé aux articles 258 et 259 TFUE.

Le recours en manquement revêt un caractère objectif visant à contrôler la conformité de l'action - ou l'inaction - des États membres au droit de l'Union. Il s'apparente à un contentieux de la légalité²⁵²⁸. Il suit du caractère objectif du recours en manquement qu'il ne nécessite pas l'existence d'un préjudice subi pour être engagé²⁵²⁹. Le contrôle de la Cour de justice se limite à constater si le manquement existe ou non, sans s'interroger sur un éventuel dommage ou les objectifs poursuivis par l'État membre concerné²⁵³⁰.

Il s'ensuit que le manquement est apprécié de manière objective, indépendamment d'un élément intentionnel de l'État membre en cause²⁵³¹. Ainsi, la Cour de justice souligne que le recours en manquement « repose sur la constatation objective du non-respect par un État membre des obligations que lui imposent le traité ou un acte de droit dérivé »²⁵³². Il est donc « sans pertinence que le manquement résulte de la volonté de l'État membre auquel il est imputable, de sa négligence ou bien encore des difficultés techniques auxquelles celui-ci aurait été confronté »²⁵³³.

La notion clé de ce recours est celle de « manquement ». Un manquement peut être décrit comme une violation commise par un État membre d'une obligation qui lui

²⁵²⁴ *Ibid.*

²⁵²⁵ *Ibid.*

²⁵²⁶ NOURISSAT C. et DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR B., *op.cit.*, p. 627, pt. 617.

²⁵²⁷ *Ibid.*

²⁵²⁸ VAN RAEPENBUSCH S., *op.cit.*, p. 179.

²⁵²⁹ *Ibid.*, p. 180.

²⁵³⁰ VAN RAEPENBUSCH S., *op.cit.*, p. 180.

²⁵³¹ NOURISSAT C. et DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR B., *op.cit.*, p. 629, pt. 622.

²⁵³² CJCE, 1^{er} octobre 1998, *Commission/Espagne*, aff. C-71/97, *Rec.* 1998, p. I-5991, pt. 14.

²⁵³³ *Ibid.*, pt. 15.

incombe en vertu du droit de l'Union, en raison d'un certain comportement²⁵³⁴. Ainsi, la notion de manquement comprend trois éléments : (i) la violation d'une obligation qui incombe à un État membre en vertu du droit de l'Union ; (ii) la violation doit être imputable à l'État membre concerné ; (iii) la violation doit résulter d'un comportement déterminé de l'État membre, soit par une action soit par inaction²⁵³⁵.

L'ensemble du droit de l'Union peut faire l'objet d'un recours, le droit primaire, les principes généraux de droit, le droit conventionnel, le droit dérivé et la jurisprudence de la Cour de justice²⁵³⁶. La seule condition réside dans la valeur obligatoire du droit de l'Union²⁵³⁷.

Une inaction peut également constituer un manquement²⁵³⁸. La notion d'inaction doit être comprise au sens large du terme, couvrant « *toute absence d'un comportement requis d'un État membre pour satisfaire aux obligations qui lui incombent en vertu du droit de l'Union* »²⁵³⁹. L'arrêt *Commission/France*²⁵⁴⁰ de 1997 en témoigne.

En ce qui concerne les moyens de défense invocables par les États membres, il convient de constater que la Cour de justice a développé une conception restrictive des moyens invocables²⁵⁴¹.

L'arrêt en manquement ne revêt qu'un caractère déclaratoire par lequel la Cour de justice constate ou rejette un manquement²⁵⁴². La Cour de justice ne peut pas condamner l'État membre défendeur à des dommages-intérêts ni annuler ou déclarer invalide la mesure nationale contestée²⁵⁴³. Toutefois, l'arrêt en manquement oblige les États membres « *à prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt* »²⁵⁴⁴. Le

²⁵³⁴ MATERNE T., *La procédure en manquement d'État : guide à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 177.

²⁵³⁵ *Ibid.*

²⁵³⁶ *Ibid.* ; v. aussi VAN RAEPENBUSCH S., *op.cit.*, p. 183 s.

²⁵³⁷ MATERNE T., *op.cit.*, p. 177.

²⁵³⁸ VAN RAEPENBUSCH S., *op.cit.*, p. 184.

²⁵³⁹ MATERNE T., *op.cit.*, p. 202.

²⁵⁴⁰ CJCE, 9 décembre 1997, *Commission/France*, aff. C-265/95, *Rec.* 1997, p. I-6959.

²⁵⁴¹ MATERNE T., *op.cit.*, p. 239.

²⁵⁴² NOURISSAT C. et DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR B., *op.cit.*, p. 631, pt. 624 ; MATERNE T., *op.cit.*, p. 331 ; VAN RAEPENBUSCH S., *op.cit.*, p. 195.

²⁵⁴³ VAN RAEPENBUSCH S., *op.cit.*, p. 195.

²⁵⁴⁴ CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet/État belge*, aff. 6/60, *Rec.* 1960, p. 1125 (spéc. p. 1145).

recours en manquement a donc « *pour fonction de constater qu'un État membre n'a pas rempli, en droit ou en fait, une obligation que lui impose le droit communautaire* »²⁵⁴⁵. Conformément à la répartition des compétences entre le juge de l'Union et les États membres, la Cour de justice n'annule pas la mesure nationale litigieuse²⁵⁴⁶. Il appartient à l'État membre concerné de mettre son droit national en conformité avec l'arrêt de la Cour de justice²⁵⁴⁷.

Or, l'arrêt de constatation de manquement peut servir d'élément d'appréciation déterminant pour le juge national dans le cadre d'une procédure en responsabilité de l'État membre défaillant, sans être toutefois une condition nécessaire pour la mise en œuvre d'une telle procédure²⁵⁴⁸.

De plus, l'arrêt de constatation de manquement a une autorité absolue quant à l'interprétation qu'il donne du droit de l'Union²⁵⁴⁹. Les personnes privées peuvent l'invoquer devant le juge national pour faire déclarer inapplicables les normes nationales contraire au droit de l'Union²⁵⁵⁰.

Si la Commission estime que l'État membre concerné n'a pas pris les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt en manquement, elle peut introduire une procédure de « manquement sur manquement » conformément à l'article 260, paragraphe 2, TFUE. Si la Cour de justice constate que l'État membre ne s'est effectivement pas conformé à l'arrêt en manquement, elle peut infliger le paiement d'une somme forfaitaire, d'une astreinte ou la combinaison des deux²⁵⁵¹. L'article 260, paragraphe 3, TFUE prévoit depuis le traité de Lisbonne une fusion de la procédure de manquement et du « manquement sur manquement » lorsque l'État membre a manqué à son obligation de communiquer les mesures de transposition d'une directive adoptée conformément à une procédure législative²⁵⁵².

²⁵⁴⁵ CJCE, 9 avril 1987, *Commission/Italie*, aff. 363/85, *Rec.* 1987, p. 1733, pt. 5.

²⁵⁴⁶ NOURISSAT C. et DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR B., *op.cit.*, p. 631, pt. 624.

²⁵⁴⁷ *Ibid.*

²⁵⁴⁸ VAN RAEPENBUSCH S., *op.cit.*, p. 196.

²⁵⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁵⁰ *Ibid.*

²⁵⁵¹ Article 260, paragraphe 2, TFUE.

²⁵⁵² NOURISSAT C. et DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR B., *op.cit.*, p. 631, pt. 625.

Le recours en manquement ne constitue donc pas un instrument à disposition des personnes privées pour contester la violation du droit de l'Union par un État membre. Un particulier peut seulement signaler le manquement d'un État à la Commission, mais il ne peut pas lui-même introduire un recours en manquement. Seule la Commission ou un État membre peuvent le faire. De plus, ce recours ne fait que constater le manquement sans accorder des dommages-intérêts aux personnes lésées par le manquement étatique.

Dès lors, alors que le non-respect des libertés de circulation constitue indéniablement un manquement, tant en cas d'action qu'en cas d'inaction étatique, qui est régulièrement contesté par la Commission européenne et constaté par la Cour de justice, le recours en manquement ne permet pas, à un particulier, de saisir la Cour de justice pour demander réparation du préjudice subi du fait d'une entrave d'origine étatique aux libertés de circulation.

Nous pouvons déduire de cette étude que les traités constitutifs ne contiennent pas de disposition régissant la responsabilité des États membres pour violation du droit de l'Union. L'analyse systémique des traités constitutifs ne nous a donc pas permis d'en tirer des conséquences pour les litiges horizontaux en matière des libertés de circulation.

C'est pourquoi nous allons désormais étudier la jurisprudence de la Cour de justice relative à la responsabilité des États membres pour violation du droit de l'Union. L'étude des critères établis par la Cour de justice en matière de responsabilité des États membres pour violation du droit de l'Union en général, et des libertés de circulation en particulier, nous permettra de comprendre le régime régissant les litiges entre un particulier et un État pour élaborer ensuite un régime applicable aux litiges entre personnes privées.

Commençant en 1991 avec l'arrêt *Francovich*, la Cour de justice a développé une jurisprudence établissant une responsabilité des États membres pour non-respect des obligations qui leur incombent en vertu du droit de l'Union²⁵⁵³. Ainsi, la Cour de justice a consacré une jurisprudence qui permet aux particuliers de demander réparation du dommage subi du fait d'une violation du droit de l'Union commise par un État membre²⁵⁵⁴. Désormais, le principe d'une responsabilité étatique pour violation du droit de l'Union est généralement accepté et établi²⁵⁵⁵.

La jurisprudence relative à la responsabilité des États membres vise à assurer la protection des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, l'effet utile, ainsi que la pleine application du droit de l'Union dans les ordres juridiques internes des États membres²⁵⁵⁶. La responsabilité des États membres repose, dès lors, sur le principe de la pleine efficacité du droit de l'Union, sur la protection des droits individuels conférés aux justiciables, la loyauté et la solidarité ainsi que la responsabilité extra-contractuelle de l'Union en vertu de l'article 288 TFUE²⁵⁵⁷. Enfin, dans une démarche comparative, la Cour de justice fonde la responsabilité des États membres également sur le fait que tous les ordres juridiques des États membres ont en commun de prévoir une obligation de réparation pour tout préjudice subi du fait d'un acte contraire à la loi²⁵⁵⁸.

La Cour de justice retient une interprétation large de la notion d'État, qui comprend tout organe étatique - central, régional ou communal - et toutes les autorités étatiques, aussi bien le législateur²⁵⁵⁹ que l'administration et les juridictions nationales, y inclut les juridictions statuant en dernier ressort²⁵⁶⁰. Dans un arrêt de 2006, la Cour de justice a affirmé que le droit de l'Union « s'oppose à une législation nationale qui ex-

²⁵⁵³ *Ibid.*, p. 602, pt. 2015.

²⁵⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 604, pt. 2021.

²⁵⁵⁶ NACIMIENTO P., *Gemeinschaftsrechtliche und nationale Staatshaftung in Deutschland, Italien und Frankreich*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2006, p. 25; FRENZ W., *op.cit.*, p. 604, pt. 2022.

²⁵⁵⁷ NACIMIENTO P., *op.cit.*, p. 28; FRENZ W., *op.cit.*, p. 607, pt. 2035 s.

²⁵⁵⁸ FRENZ W., *op.cit.*, p. 608, pt. 2037.

²⁵⁵⁹ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur*, aff. jts. C-46/93 et C-48/93, *Rec.* 1996, p. I-1029, pt. 36.

²⁵⁶⁰ V. p. ex. : CJCE, 5 mai 1970, *Commission/Belgique*, aff. 77/69, *Rec.* 1970, p. 237 ; CJCE, arrêt *Brasserie du Pêcheur* précité, aff. jts. C-46/93 et C-48/93, pt. 32 ; CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01,

clut, de manière générale, la responsabilité de l'État membre pour les dommages causés aux particuliers du fait d'une violation du droit communautaire imputable à une juridiction statuant en dernier ressort au motif que la violation en cause résulte d'une interprétation des règles de droit ou d'une appréciation des faits et des preuves effectuées par cette juridiction »²⁵⁶¹. La Cour de justice poursuit que le droit de l'Union « *s'oppose également à une législation nationale qui limite l'engagement de cette responsabilité aux seuls cas du dol ou de la faute grave du juge, si une telle limitation conduisait à exclure l'engagement de la responsabilité de l'État membre concerné dans d'autres cas où une méconnaissance manifeste du droit applicable (...) a été commise* »²⁵⁶². De plus, la responsabilité des États membres s'étend aussi aux actes des personnes privées rattachables à l'État²⁵⁶³.

Dans l'arrêt *Francovich*, la Cour de justice a établi trois critères nécessaires pour engager la responsabilité d'un État membre, affirmant qu'un « *droit à réparation est reconnu par le droit communautaire dès lors que trois conditions sont réunies, à savoir que la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation soit suffisamment caractérisée, enfin, qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées* »²⁵⁶⁴.

Pour établir la responsabilité d'un État membre, il faut donc que²⁵⁶⁵ : (i) la violation porte sur des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, un effet direct n'est néanmoins pas nécessaire. Les droits conférés doivent toutefois être suffisamment précis ; (ii) la violation doit être suffisamment caractérisée, ce qui sera à décider par

Rec. 2003, p. I-10239, pt. 50; CJCE, 12 novembre 2009, *Commission/Espagne*, aff. C-54/08, *Rec.* 2009, p. I-187 ; CJUE, 26 mars 2011, *Commission/Espagne*, aff. C-06/08, *Rec.* 2011, p. I-5451.

²⁵⁶¹ CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-173/03, *Rec.* 2006, p. I-5177, pt. 46.

²⁵⁶² *Ibid.*

²⁵⁶³ SCHWARZENEGGER P., *Staatshaftung: gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und ihre Auswirkungen auf nationales Recht*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2001, p. 79.

²⁵⁶⁴ CJCE, arrêt *Brasserie du Pêcheur* précité, aff. jts. C-46/93 et C-48/93, pt. 51 ; v. aussi SCHOISSWOHL B., *Staatshaftung wegen Gemeinschaftsrechtsverletzung: Anspruchsgrundlage und materielle Voraussetzungen. Zugleich ein Beitrag zur Gemeinschaftshaftung*, Wien, Springer Verlag, 2002, p. 63.

²⁵⁶⁵ REICH N., « *Francovich enforcement analysed and illustrated by German (and English) law* », in JAKAB A. et KOCHENOV D., *The enforcement of EU Law and values: ensuring member states' compliance*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 112.

le juge national suivant les indications données par la Cour de justice ; (iii) il faut un lien de causalité direct entre la violation et le préjudice subi²⁵⁶⁶.

Par la suite, nous allons successivement étudier les trois critères afin d'en tirer des conclusions pour les litiges horizontaux. Il est particulièrement intéressant de savoir si ces critères établis en matière de la responsabilité des États membres peuvent ou doivent être transposés aux litiges entre personnes privées.

En ce qui concerne le premier critère, il est suffisant que la norme violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers²⁵⁶⁷. Il ne doit pas s'agir d'un droit subjectif au sens de la doctrine germanophone, mais d'un droit qui protège des intérêts individuels²⁵⁶⁸. La plupart du temps, le droit conféré au justiciable et l'obligation imposée à l'État membre sont « *two sides of the same coin* », autrement dit il y a, dans la grande majorité des cas, « *a perfect concurrence of identity between the right relied upon the claimant and the obligation breached by the Member State* »²⁵⁶⁹.

Or, dans certaines situations, le droit dont jouit la personne privée et qui l'habilite à demander réparation diffère de l'obligation violée par l'État membre²⁵⁷⁰. L'arrêt *Francovich* en est un bon exemple. Dans cette affaire, le droit conféré par la directive 80/987/CEE portait sur la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur²⁵⁷¹. Mais l'obligation violée par l'Italie était l'article 288 TFUE, à savoir l'obligation de transposer la directive en droit national²⁵⁷². Cette obligation de transposition des directives s'adresse exclusivement aux États membres et ne confère pas, en tant que telle, des droits aux particuliers²⁵⁷³. Pour autant, la directive visait clairement de conférer des droits aux particuliers, ce qui suffisait pour établir la responsabilité de l'État membre²⁵⁷⁴.

²⁵⁶⁶ *Ibid.*

²⁵⁶⁷ FRENZ W., *op.cit.*, p. 615, pt. 2060.

²⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 615, pt. 2060.

²⁵⁶⁹ DOUGAN M., « Addressing issues of Protective Scope within the Francovich Right to Reparation », *European Constitutional Law Review*, 2017, n° 13, p. 127.

²⁵⁷⁰ *Ibid.*

²⁵⁷¹ *Ibid.*

²⁵⁷² *Ibid.*

²⁵⁷³ *Ibid.*

²⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 127 s.

En revanche, la Cour de justice a précisé qu'on « *ne saurait subordonner la réparation du dommage à l'exigence (...) d'une faute intentionnelle ou de négligences dans le chef de l'organe étatique auquel le manquement est imputable* »²⁵⁷⁵. La Cour de justice a notamment remarqué que la notion de faute n'a pas le même contenu dans les différents systèmes juridiques des États membres²⁵⁷⁶.

La responsabilité des États membres pour violation du droit de l'Union est donc une responsabilité sans faute²⁵⁷⁷. Toutefois, la Cour de justice exige une violation suffisamment caractérisée du droit de l'Union. Il appartient au juge national d'apprécier si la violation en cause constitue une violation suffisamment caractérisée.

Pour aider le juge national dans cette appréciation, la Cour de justice a établi certains critères non exhaustifs dans l'arrêt *Dillenkofer*. Elle a notamment précisé qu'une « *violation est suffisamment caractérisée lorsqu'une institution ou un État membre, dans l'exercice de son pouvoir normatif, a méconnu, de manière manifeste et grave, les limites qui s'imposent à l'exercice de ses pouvoirs (...) et, d'autre part, dans l'hypothèse où l'État membre en cause, au moment où il a commis l'infraction, n'était pas confronté à des choix normatifs et disposait d'une marge d'appréciation considérablement réduite, voire inexistante, la simple infraction au droit communautaire peut suffire à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée* »²⁵⁷⁸.

Il s'ensuit que le juge national doit apprécier une multitude de critères, étroitement liés aux circonstances spécifiques de chaque cas d'espèce²⁵⁷⁹. Ainsi, le juge devra prendre en considération « *le degré de clarté et de précision de la règle violée, l'étendue de la marge d'appréciation que la règle enfreinte laisse aux autorités nationales ou communautaires, le caractère intentionnel ou involontaire du manquement commis ou du préjudice causé, le caractère excusable ou inexcusable d'une éventuelle erreur de droit, la circonstance que les attitudes prises par une institution communautaire*

²⁵⁷⁵ CJCE, 8 octobre 1996, *Dillenkofer*, aff. jts. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 et C-190/94, *Rec.* 1996, p. I-4845, pt. 28.

²⁵⁷⁶ CJCE, arrêt *Brasserie du Pêcheur* précité, aff. jts. C-46/93 et C-48/93, pt. 76.

²⁵⁷⁷ DÖRR O., *op.cit.*, p. 47.

²⁵⁷⁸ CJCE, arrêt *Dillenkofer* précité, aff. jts. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 et C-190/94, pt. 25.

²⁵⁷⁹ FRENZ W., *op.cit.*, p. 617, pt. 2066.

ont pu contribuer à l'omission, à l'adoption ou au maintien de mesures ou de pratiques nationales contraires au droit communautaire »²⁵⁸⁰.

Comme le professeur Vandersanden l'indique, les critères à prendre en considération pour qualifier une violation de « suffisamment caractérisée » se rattachent à la fois à la norme violée elle-même, à l'attitude de l'État membre concerné, ainsi qu'au comportement des institutions de l'Union²⁵⁸¹.

La Cour de justice admet que « *certaines éléments objectifs et subjectifs qui, dans le cadre d'un système juridique national, peuvent être rattachés à la notion de faute, sont ainsi pertinents pour apprécier si une violation du droit communautaire est ou non caractérisée* »²⁵⁸². Cependant, un droit à la réparation ne saurait être subordonné « *à une condition tirée de la notion de faute allant au-delà de la violation suffisamment caractérisée du droit communautaire* »²⁵⁸³.

Il s'ensuit que la qualification de la violation varie selon l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États membres²⁵⁸⁴. Si cette marge d'appréciation est très réduite ou si l'État membre ne dispose pas d'une marge d'appréciation, la « simple » infraction doit déjà être qualifiée de violation suffisamment caractérisée puisque l'État membre n'avait pas de marge d'appréciation dans la réalisation de l'obligation qui lui incombait en vertu du droit de l'Union²⁵⁸⁵.

De surcroît, la Cour de justice a affirmé que sa propre jurisprudence joue également un rôle important dans la qualification d'une infraction comme violation suffisamment caractérisée. Une violation qui perdure malgré un arrêt constatant le manquement reproché ou malgré une jurisprudence bien établie en la matière, constitue toujours une violation suffisamment caractérisée²⁵⁸⁶.

²⁵⁸⁰ CJCE, arrêt *Brasserie du Pêcheur* précité, aff. jts. C-46/93 et C-48/93, pt. 56.

²⁵⁸¹ VANDERSANDEN G., DONY M. et WAELBROECK M., *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire : études de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 38.

²⁵⁸² CJCE, arrêt *Brasserie du Pêcheur* précité, aff. jts. C-46/93 et C-48/93, pt. 78.

²⁵⁸³ *Ibid.* précité, pt. 79.

²⁵⁸⁴ FRENZ W., *op.cit.*, p. 618, pt. 2068.

²⁵⁸⁵ *Ibid.*

²⁵⁸⁶ CJCE, arrêt *Brasserie du Pêcheur* précité, aff. jts. C-46/93 et C-48/93, pt. 57.

L'Avocat général Tesauro résume les critères qui permettent de qualifier une violation de violation suffisamment caractérisée de manière très claire estimant qu' « *on peut parler de violation manifeste et grave lorsque a) des obligations dont la teneur est claire et sans ambiguïté dans tous leurs éléments sont méconnus ; b) la jurisprudence de la Cour a suffisamment clarifié (...) des situations juridiques peu claires qui sont identiques ou en tout cas analogues à celles en cause ; c) l'interprétation des dispositions communautaires dont il s'agit, telle qu'elle a été opérée par les autorités nationales dans leur action (ou carence) normative, est manifestement erronée* »²⁵⁸⁷.

Si l'infraction a été commise par une juridiction (suprême) nationale, nous estimons, suivant le professeur Frenz, que la qualification de l'infraction comme violation suffisamment caractérisée nécessite un examen particulier qui tient compte des spécificités de la fonction du juge, de son indépendance et de la sécurité juridique²⁵⁸⁸. C'est en conformité avec la jurisprudence de la Cour de justice qui a souligné que « *la responsabilité de l'État du fait d'une violation du droit communautaire par une telle décision ne saurait être engagée que dans le cas exceptionnel où le juge a méconnu de manière manifeste le droit applicable* »²⁵⁸⁹. Aussi, si la violation a été commise par une juridiction nationale statuant en dernier ressort, la Cour de justice exige une méconnaissance manifeste du droit applicable pour établir une violation suffisamment caractérisée et affirme que ce scénario constitue un cas exceptionnel.

Tout droit conféré par l'Union peut engager la responsabilité de l'État membre, indépendamment de la source, que ce soit un droit conféré par les traités constitutifs, une norme de droit dérivé ou même un principe général dégagé par la jurisprudence de la Cour de justice, dès lors qu'il a pour objectif de conférer un droit aux justiciables que les juridictions nationales sont tenues de sauvegarder²⁵⁹⁰. De ce fait, le recours en

²⁵⁸⁷ Conclusions de l'AG Tesauro du 28 novembre 1995 sur l'affaire précitée *Brasserie du Pêcheur*, aff. jts. C-46/93 et C-48/93, Rec. 1996, p. I-1066, pt. 84.

²⁵⁸⁸ FRENZ W., *op.cit.*, p. 624, pt. 2088.

²⁵⁸⁹ CJCE, arrêt *Köbler* précité, aff. C-224/01, pt. 53.

²⁵⁹⁰ LECZYKIEWICZ D., « Private Party Liability in EU Law: In Search of the General Regime », *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, volume 12, 2009-2010, p. 263.

responsabilité permet aussi d'engager la responsabilité de l'État en cas de non-transposition d'une directive²⁵⁹¹.

Une question qui reste ouverte est celle de savoir si la responsabilité des États membres nécessite la violation d'une norme de droit de l'Union qui produit un effet direct dans le chef du particulier qui l'invoque²⁵⁹². Une partie de la doctrine plaide en faveur d'une telle condition, mais la question reste controversée²⁵⁹³. Même si nous estimons que la doctrine et notamment le professeur Vandersanden avancent de bons arguments en faveur de l'exigence d'un effet direct, nous considérons que cette question peut rester ouverte dans le cadre de la présente thèse puisque nous ne traitons que des violations des libertés de circulation qui déploient de toute façon - de manière incontestée - un effet direct.

En ce qui concerne l'étendue de la réparation, la Cour de justice a affirmé dans l'arrêt *Brasserie du pêcheur* que « la réparation des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire doit être adéquate au préjudice subi, de nature à assurer une protection effective de leurs droits »²⁵⁹⁴. En l'absence de dispositions du droit de l'Union, il appartient à l'ordre juridique interne des États membres de fixer les critères permettant de déterminer l'étendue de la réparation²⁵⁹⁵.

La Cour de justice a précisé que le juge national peut, par exemple, « vérifier si la personne lésée a fait preuve d'une diligence raisonnable pour éviter le préjudice ou en limiter la portée et si, notamment, elle a utilisé en temps utile toutes les voies de droit qui étaient à sa disposition »²⁵⁹⁶. De plus, la Cour de justice a jugé que n'est pas conforme au droit de l'Union une réglementation nationale « qui limiterait, de manière générale, le dommage réparable aux seuls dommages causés à certains biens

²⁵⁹¹ NOURISSAT C. et DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR B., *op.cit.*, p. 635, pt. 638.

²⁵⁹² VANDERSANDEN G., DONY M. et WAELBROECK M., *op.cit.*, p. 32.

²⁵⁹³ *Ibid.*, p. 33.

²⁵⁹⁴ CJCE, arrêt *Brasserie du Pêcheur* précité, aff. C-46/93, pt. 82.

²⁵⁹⁵ *Ibid.*, pt. 83.

²⁵⁹⁶ *Ibid.*, pt. 84.

individuels spécialement protégés, à l'exclusion du manque à gagner subi par les particuliers »²⁵⁹⁷.

Ainsi, la réparation du préjudice subi s'effectue dans le cadre du droit national, sachant que selon une jurisprudence constante, les conditions fixées par le droit national en matière de réparation des dommages ne doivent pas être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne²⁵⁹⁸. De plus, les conditions de droit interne ne doivent pas être aménagées de manière à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'obtention de la réparation²⁵⁹⁹.

Par conséquent, l'autonomie procédurale des États membres est tempérée par les principes d'efficacité et d'équivalence ainsi que d'autres principes fondamentaux du droit de l'Union, dont notamment le droit à un recours effectif énoncé par l'article 47 de la Charte²⁶⁰⁰. L'autonomie procédurale inclut un grand nombre d'éléments, tel que l'étendue de la réparation, la nature de la réparation, l'obligation de minoration du dommage, les délais de prescription et l'aide juridictionnelle²⁶⁰¹.

Dans l'exercice de leur autonomie procédurale, les juridictions nationales doivent également tenir compte des objectifs de la responsabilité des États membres. La Cour de justice a souligné que la responsabilité des États membres pour violation du droit de l'Union « *visé non à une dissuasion ou une sanction, mais à la réparation des dommages subis par les particuliers du fait des violations du droit communautaire par les États membres* »²⁶⁰².

²⁵⁹⁷ *Ibid.*, pt. 90.

²⁵⁹⁸ CJCE, 14 novembre 1991, *Francovich*, aff. jts. C-6/90 et C-9/90, *Rec.* 1991, p. I-5357, pt. 43 ; CJCE, arrêt *Brasserie du Pêcheur* précité, aff. jts. C-46/93 et C-48/93, pt. 67.

²⁵⁹⁹ CJCE, arrêt *Francovich* précité, aff. jts. C-6/90 et C-9/90, pt. 43 ; CJCE, arrêt *Brasserie du Pêcheur* précité, aff. jts. C-46/93 et C-48/93, pt. 67.

²⁶⁰⁰ DOUGAN M., « Addressing issues of protective scope within the *Francovich* right to reparation », *op.cit.*, p. 132.

²⁶⁰¹ *Ibid.*

²⁶⁰² CJCE, 17 avril 2007, *AGM-COS.MET*, aff. C-470/03, *Rec.* 2007, p. I-2749, pt. 88.

De plus, la responsabilité des États membres poursuit des objectifs préventifs dans la mesure où des éventuelles réparations dissuaderaient les États membres de violer les obligations découlant du droit de l'Union²⁶⁰³.

La responsabilité des États membres et de l'Union pour violation des dispositions qui ont pour objectif de conférer des droits aux particuliers est le corollaire de la reconnaissance directe de droits dans le chef des particuliers²⁶⁰⁴. La protection effective de ces droits nécessite un régime de sanction si les institutions de l'Union ou les États membres manquent aux obligations qui leur incombent en vertu du droit de l'Union²⁶⁰⁵. Aussi, la Cour de justice a souligné que « *le principe de responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables est inhérent au système du traité* »²⁶⁰⁶.

Comme le professeur Vandersanden l'a remarqué, c'est grâce à la jurisprudence désormais constante et bien établie de la Cour de justice que « *les États ont pu prendre conscience de ce que la méconnaissance du droit communautaire, dont ils se rendaient coupables, dans la mesure à tout le moins où elle affecte les droits et intérêts des particuliers, ne restera pas, en fin de compte, sans conséquence* »²⁶⁰⁷.

L'État membre qui a manqué à ses obligations et a, de ce fait, causé un dommage à un particulier, se verra soumis à des obligations de réparation par ses propres juridictions nationales²⁶⁰⁸. Aussi, les juridictions nationales jouent un rôle clé dans le cadre de la responsabilité des États membres dans la mesure où elles veillent à la juste application du droit de l'Union²⁶⁰⁹.

Comme la mise en œuvre de la responsabilité des États membres dépend de la coopération des juridictions nationales, il se pose la question de savoir comment les ordres juridiques des États membres incorporent la jurisprudence de la Cour de justice rela-

²⁶⁰³ SÄUBERLICH U., *Die außervertragliche Haftung im Gemeinschaftsrecht: eine Untersuchung der Mehrpersonenverhältnisse*, Berlin, Springer 2005, p. 50.

²⁶⁰⁴ VANDERSANDEN G., DONY M. et WAELBROECK M., *op.cit.*, p. 6.

²⁶⁰⁵ *Ibid.*

²⁶⁰⁶ CJCE, arrêt *Franovich* précité, aff. jts. C-6/90 et C-9/90, pt. 35.

²⁶⁰⁷ VANDERSANDEN G., DONY M. et WAELBROECK M., *op.cit.*, p. 7.

²⁶⁰⁸ *Ibid.*

tive à la responsabilité des États membres. Une étude comparative de tous les ordres juridiques des États membres dépasserait largement le cadre de la présente thèse. Nous nous limiterons à titre illustratif à une brève étude des ordres juridiques français, autrichien, allemand et italien.

En Autriche, la responsabilité de l'État repose sur l'article 23 de la Constitution fédérale qui énonce un principe de responsabilité pour tout type d'infraction qui survient lors de l'exécution des lois²⁶¹⁰. Les modalités concrètes de la mise en œuvre de ce principe général de responsabilité sont réglées dans la loi autrichienne sur la responsabilité publique²⁶¹¹.

De plus, la loi autrichienne connaît différentes bases légales spécifiques pour certains types de responsabilité, notamment dans le cadre de l'expropriation, de la loi sur la police et de l'armée²⁶¹². Si les autorités publiques agissent sous les formes du droit privé, c'est-à-dire en tant qu'opérateurs privés, elles sont soumises au régime général de responsabilité du droit civil autrichien, tel qu'énoncé au Code civil autrichien²⁶¹³.

La loi autrichienne sur la responsabilité publique permet également d'appréhender la responsabilité de l'État pour violation du droit de l'Union²⁶¹⁴. Cependant, elle doit être adaptée dans trois domaines : la responsabilité du législateur, la responsabilité des juridictions suprêmes et le critère de faute²⁶¹⁵.

En ce qui concerne la responsabilité du législateur et des juridictions suprêmes pour violation du droit de l'Union, la Cour constitutionnelle autrichienne a établi une compétence spécifique pour ce type d'infraction afin de conformer le droit autrichien aux exigences du droit de l'Union²⁶¹⁶. Dans une jurisprudence désormais constante, la Cour constitutionnelle autrichienne fonde des demandes de réparation pour violation du droit de l'Union par le législateur ou une juridiction suprême sur l'article 137 de la

²⁶⁰⁹ *Ibid.*

²⁶¹⁰ DÖRR O., *op.cit.*, p. 430.

²⁶¹¹ *Ibid.*, p. 432.

²⁶¹² *Ibid.*, p. 434.

²⁶¹³ SCHWARZENEGGER P., *op.cit.*, p. 249.

²⁶¹⁴ DÖRR O., *op.cit.*, p. 436.

²⁶¹⁵ *Ibid.*

Constitution²⁶¹⁷. Ainsi, conformément à l'article 137 de la Constitution autrichienne, la Cour constitutionnelle est compétente pour statuer des demandes de réparation d'un préjudice subi du fait d'une violation du droit de l'Union imputable au législateur ou à une juridiction suprême²⁶¹⁸.

À la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice, la Cour constitutionnelle autrichienne limite son examen à l'existence d'une violation caractérisée du droit de l'Union par le législateur ou une juridiction suprême²⁶¹⁹.

En droit allemand, la responsabilité de l'État repose principalement sur l'article 34, paragraphe 1, de la Loi fondamentale en combinaison avec l'article 839 du Code civil allemand²⁶²⁰. De plus, la loi allemande connaît également certains cas de responsabilité spécifique, telle que des droits de compensation en cas d'expropriation et des droits de réparation dans le cadre de la loi fédérale de la protection des données personnelles ainsi que la loi sur la police pour des préjudices imputables à la police²⁶²¹.

En cas de responsabilité de l'État fédéral allemand pour violation du droit de l'Union, les juridictions allemandes déduisent le droit à la réparation d'une base légale non écrite ayant son fondement directement dans le droit de l'Union, tout en ayant recours au régime général de responsabilité étatique tel qu'énoncé aux articles 34, paragraphe 1, de la Loi fondamentale et l'article 839 du Code civil allemand pour les modalités concrètes de la mise en œuvre²⁶²².

Toutefois, ce régime général de responsabilité étatique doit être adapté pour correspondre aux exigences du droit de l'Union, telles qu'établies par la Cour de justice²⁶²³. Ces adaptations concernent principalement la responsabilité du législateur et des juridictions suprêmes ainsi que l'appréhension de la faute. En droit allemand, la respon-

²⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 437.

²⁶¹⁷ Artikel 137 B-VG; v. aussi ÖHLINGER T. et POTACS M., *EU-Recht und staatliches Recht. Die Anwendung des Europarechts im innerstaatlichen Bereich*, Wien, LexisNexis, 5^e édition, 2014, p. 187.

²⁶¹⁸ DÖRR O., *op.cit.*, p. 437.

²⁶¹⁹ ÖHLINGER T. et POTACS M., *op.cit.*, p. 187.

²⁶²⁰ DÖRR O., *op.cit.*, p. 124.

²⁶²¹ *Ibid.*, p. 125 s.

²⁶²² *Ibid.*, p. 129.

²⁶²³ *Ibid.*

sabilité du législateur et des juridictions suprêmes est appréhendée de manière extrêmement restrictive²⁶²⁴. Cette appréhension restrictive doit être modifiée pour être conforme à la jurisprudence de la Cour de justice puisque cette dernière repose sur le principe d'une responsabilité de tous les pouvoirs étatiques, législateur, administration et juridiction²⁶²⁵.

Il en est de même en ce qui concerne le critère de la faute. En principe, le régime de responsabilité étatique en Allemagne est une responsabilité pour faute. Or, en cas de violation du droit de l'Union, le critère de violation suffisamment caractérisée tel qu'établi par la Cour de justice remplace le critère de la faute.

En Italie, la responsabilité de l'État repose essentiellement sur les articles 2043 et suivant du Code civil et l'article 28 de la Constitution²⁶²⁶. La jurisprudence joue un rôle clé dans l'élaboration de la responsabilité de l'État, c'est pourquoi le régime de responsabilité de l'État est très casuistique en Italie²⁶²⁷. Tout comme en Allemagne et en Autriche, la responsabilité du législateur et des juridictions suprêmes est appréhendée de manière très restrictive en Italie, ce qui a nécessité une adaptation du régime italien de responsabilité étatique aux exigences du droit de l'Union et notamment de la jurisprudence de la Cour de justice²⁶²⁸. En conformité avec la jurisprudence de la Cour de justice, les juridictions italiennes reconnaissent désormais une responsabilité du législateur et des juridictions suprêmes pour violation du droit de l'Union²⁶²⁹.

En France, la responsabilité de l'État ne repose que marginalement sur la loi et principalement sur la jurisprudence du Conseil d'État²⁶³⁰. De ce fait, le droit français de la responsabilité de l'État est plus flexible que le droit allemand, ce qui permet

²⁶²⁴ DÖRR O., *op.cit.*, p. 134 s.

²⁶²⁵ *Ibid.*, p. 134.

²⁶²⁶ DÖRR O., *op.cit.*, p. 315.

²⁶²⁷ *Ibid.*, p. 315.

²⁶²⁸ *Ibid.*, p. 319.

²⁶²⁹ *Ibid.*, p. 319 s.

²⁶³⁰ *Ibid.*, p. 199.

d'incorporer de manière relativement facile la jurisprudence de la Cour de justice afin de conformer le droit français aux exigences découlant du droit de l'Union²⁶³¹.

Le système français distingue une responsabilité pour faute et une responsabilité sans faute de la puissance publique²⁶³². Malgré certaines différences, les régimes de responsabilité de la puissance publique et de droit commun ont un certain nombre de règles communes, notamment en ce qui concerne le dommage, le lien de causalité et le mode de réparation du préjudice²⁶³³.

Tout comme en Allemagne, en Autriche, en Italie et en Angleterre, le juge français ne se reconnaît pas le pouvoir de traiter le législateur comme étant l'auteur d'une faute, ce qui a nécessité une adaptation du régime français et de la jurisprudence afin de se conformer au droit de l'Union²⁶³⁴. Il en est de même pour la responsabilité des juridictions (suprêmes) qui est également appréhendée de manière restrictive²⁶³⁵, ce qui nécessitait des modifications pour rendre le régime français de responsabilité de la puissance publique conforme aux exigences posées par la Cour de justice en matière de responsabilité des États membres pour violation du droit de l'Union.

Ces exemples illustrent que les États membres que nous avons étudiés essaient de maintenir leurs régimes nationaux de responsabilité de l'autorité publique, les adaptant, si nécessaire, aux exigences imposées par le droit de l'Union²⁶³⁶.

Il est intéressant de noter que l'Estonie a adopté une loi de responsabilité de l'autorité publique qui inclut explicitement les violations du droit de l'Union et cherche à se conformer au maximum aux arrêts rendus par la Cour de justice, et ceci même avant l'adhésion de l'Estonie à l'Union européenne²⁶³⁷.

²⁶³¹ *Ibid.*, p. 202.

²⁶³² VANDERSANDEN G., DONY M. et WAELBROECK M., *op.cit.*, p. 236.

²⁶³³ *Ibid.*

²⁶³⁴ *Ibid.*, p. 238.

²⁶³⁵ *Ibid.*, p. 246 s.

²⁶³⁶ HARTMANN B.J., « Alignment of national government liability law in Europe after *Francovich* », *ERA Forum*, 2012, p. 618.

²⁶³⁷ *Ibid.*

Dès lors, la responsabilité des États membres pour violation du droit de l'Union est désormais établie. Il se pose alors la question de savoir ce qu'on peut en déduire pour les entraves aux libertés de circulation qui causent un préjudice à un particulier.

Comme il a été vu dans la première partie de la présente thèse, il est désormais incontesté que les libertés de circulation confèrent des droits subjectifs aux personnes privées²⁶³⁸. Il suit de l'effet direct et de la primauté du droit de l'Union que le juge national doit laisser inappliquée toute norme nationale contraire aux libertés de circulation²⁶³⁹.

Par conséquent, la loi qui a été jugée contraire aux libertés de circulation doit être abolie ou modifiée par le législateur pour se conformer aux obligations découlant des libertés de circulation²⁶⁴⁰.

Dans l'arrêt *Airbnb Ireland* de 2019, la Cour de justice a réaffirmé que « *la méconnaissance par un État membre de son obligation de notification d'une mesure restreignant la libre circulation d'un service de la société de l'information fourni par un opérateur établi sur le territoire d'un autre État membre, prévue à l'article 3, paragraphe 4, sous b), second tiret, de la directive 2000/31 entraîne l'inopposabilité de ladite mesure aux particuliers* »²⁶⁴¹. La Cour de justice a souligné que l'inopposabilité d'une mesure étatique non notifiée qui restreint la libre circulation des services de la société de l'information « *peut être invoquée à l'occasion non seulement d'une procédure pénale (...), mais également dans un litige entre des particuliers* »²⁶⁴².

La Cour de justice en a déduit que lorsque « *un particulier demande réparation à un autre particulier d'un dommage trouvant son origine dans l'infraction poursuivie, la*

²⁶³⁸ V. pour plus de détail : Partie I, Titre 2, Chapitre 1 de la présente thèse.

²⁶³⁹ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV » in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *Europäisches Unionsrecht*, tome 1, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 7^e édition, 2015, p. 1419, pt. 316; EBERS M., *op.cit.*, p. 492; SIEKEMEIER A.-K. et WENDLAND H. M., « § 3. Die binnenmarktrechtliche Niederlassungsfreiheit der Selbstständigen », in MÜLLER-GRAFF P.-C. (éd.), *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht (EnzEuR)*, tome 4, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2015, p. 190, pt. 100.

²⁶⁴⁰ SIEKEMEIER A.-K. et WENDLAND H. M., « § 3. Die binnenmarktrechtliche Niederlassungsfreiheit der Selbstständigen », *op.cit.*, p. 191, pt. 101.

²⁶⁴¹ CJUE, 19 décembre 2019, *Airbnb Ireland*, aff. C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112, pt. 96.

méconnaissance par l'État membre de son obligation de notification de cette infraction » au titre de la directive 2000/31 « *rend la mesure nationale prévoyant ladite infraction inopposable au particulier poursuivi et permet à celui-ci de se prévaloir de cette méconnaissance dans le cadre non seulement des poursuites pénales dirigées contre lui, mais également de la demande indemnitaire formée par le particulier s'étant constitué partie civile* »²⁶⁴³.

Cet arrêt est en conformité avec la jurisprudence de la Cour de justice en matière de notification des règles techniques²⁶⁴⁴. Dans une jurisprudence constante, la Cour de justice a constaté que « *la méconnaissance* », par un État membre, « *de l'obligation de notification entraîne l'inapplicabilité des règles techniques concernées, de sorte qu'elles ne peuvent être opposées aux particuliers* »²⁶⁴⁵.

Outre l'inopposabilité des normes nationales contraires au droit de l'Union, la violation des obligations découlant des libertés de circulation engage la responsabilité de l'État membre en question et donne lieu à réparation²⁶⁴⁶.

Si nous suivons les trois critères établis par la Cour de justice, nous constatons que le non-respect des libertés de circulation qui cause un préjudice à un particulier va, en règle générale, engager la responsabilité des États membres :

Premièrement, en vue des dispositions univoques des traités ainsi que de la jurisprudence établie, constante et claire de la Cour de justice, nous considérons qu'une vio-

²⁶⁴² *Ibid.*, pt. 97.

²⁶⁴³ CJUE, arrêt *Airbnb Ireland* précité, aff. C-390/18, pt. 98.

²⁶⁴⁴ Cette obligation de notification des règles techniques découle de la directive 2015/1535 du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, et des directives qui l'ont précédée.

²⁶⁴⁵ CJCE, 30 avril 1996, *CIA Security International*, aff. C-194/94, *Rec.* 1996, p. I-2201, pt 54 ; confirmé par l'arrêt *Unilever* de 2000 dans lequel la Cour de justice a affirmé « *qu'il incombe au juge national, dans le cadre d'une procédure civile opposant des particuliers au sujet de droits et d'obligations d'ordre contractuel, de refuser d'appliquer une règle technique nationale qui a été adoptée pendant une période de report d'adoption prévue à l'article 9 de la directive 83/189* » : CJCE, 26 septembre 2000, *Unilever*, aff. C-443/98, *Rec.* 2000, p. I-7535, pt. 52.

²⁶⁴⁶ CJCE, arrêt *Brasserie du Pêcheur* précité, aff. jts. C-46 et C-48/93, pt. 54 ; CJUE, 24 mars 2009, *Danske Slagterier*, aff. C-445/06, *Rec.* 2009, p. I-2119, pt. 22 (les deux pour la libre circulation des travailleurs respectivement la liberté d'établissement) ; CJCE, arrêt *Köbler* précité, aff. C-224/01, pt. 30 s (pour la libre circulation des travailleurs) ; CJCE, 12 décembre 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, aff. C-446/04, *Rec.* 2006, p. I-11753, pt. 211 (pour la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux).

lation par un État membre des obligations qui lui incombent en vertu des libertés de circulation doit, en règle générale, être qualifiée de violation suffisamment caractérisée. Deuxièmement, les libertés de circulation confèrent des droits (subjectifs) aux particuliers. S'il y a, en troisième lieu, un lien de causalité entre la violation et le dommage, la responsabilité de l'État membre est engagée.

Il est important de souligner que non seulement une violation « active » d'une liberté de circulation déclenche la responsabilité des États membres, mais aussi une inaction étatique, c'est-à-dire une violation de l'obligation de protection des libertés de circulation.

Ceci est cohérent au vu des objectifs de l'obligation de protection qui vise, entre autres, la protection des particuliers²⁶⁴⁷. La Cour de justice l'a confirmé dans l'arrêt *Schmidberger* où elle a jugé que « *il ne saurait être reproché aux autorités nationales compétentes d'avoir commis une violation du droit communautaire de nature à engager la responsabilité de l'État membre concerné* »²⁶⁴⁸.

Même si dans l'affaire *Schmidberger*, l'Autriche n'a donc pas violé ses obligations, il ressort de cet arrêt que la violation de l'obligation de protection, une fois constatée, engage la responsabilité de l'État membre en cause. Dit autrement, les libertés de circulation entraînent « *une invocabilité de réparation dans un litige vertical du fait d'une situation horizontale* »²⁶⁴⁹.

Alors que la portée de la responsabilité de l'Union pour violation des libertés de circulation reste limitée, la responsabilité des États membres est un instrument important et efficace. De création jurisprudentielle, elle est désormais établie et incontestée.

Si un particulier subit un préjudice du fait d'une violation d'une liberté de circulation par un État membre, il peut demander la réparation du préjudice devant le juge natio-

²⁶⁴⁷ PERNER St., *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*, Wien, Mohr Siebeck, 2013, p. 184.

²⁶⁴⁸ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, *Rec.* 2003, p. I-5659, pt. 95.

²⁶⁴⁹ DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », in DUBOUT E. et MAITROT DE LA MOTTE A. (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 132.

nal qui mettra en œuvre le régime de responsabilité de l'État. Ainsi, la responsabilité des États membres pour violation des libertés de circulation joue un rôle important tant pour la sauvegarde et le bon fonctionnement du marché intérieur que pour la protection des droits subjectifs qui découlent des libertés de circulation. Le particulier ne doit pas subir le dommage, mais il peut en demander réparation à l'encontre de l'État auteur de l'entrave.

Il reste à savoir ce qui se passe si l'auteur de l'entrave n'était pas un État (ou une institution de l'Union), mais une personne privée. Dans ce contexte, il est notamment intéressant de savoir si le régime applicable aux litiges verticaux peut être transposé aux litiges horizontaux.

Paragraphe 2 : L'adaptation du régime applicable dans les litiges verticaux aux litiges horizontaux

Il a été vu dans le paragraphe précédent que les traités constitutifs n'énoncent pas les conséquences juridiques d'une entrave aux libertés de circulation, ce qui inclut les entraves d'origine privée. Un recours en manquement contre des personnes privées n'est pas prévu, ni un régime comme celui en cas d'une violation des articles 101 et 102 TFUE²⁶⁵⁰.

Dans un arrêt de 1981, la Cour de justice a jugé que « *si le traité a créé un certain nombre d'actions directes qui peuvent être exercées le cas échéant par des personnes privées devant la Cour de justice, il n'a pas entendu créer devant les juridictions nationales, en vue du maintien du droit communautaire, des voies de droit autres que celles établies par le droit national* »²⁶⁵¹. La Cour de justice a toutefois précisé que « *le système de protection juridique mis en œuvre par le traité (...) implique que tout type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé pour assurer le res-*

²⁶⁵⁰ MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *EuR*, 2014, p. 24.

²⁶⁵¹ CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe/Hauptzollamt Kiel*, aff. 158/80, *Rec.* 1981, p. 1805, pt. 44.

pect des règles communautaires d'effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national »²⁶⁵².

Ainsi, la Cour de justice a initialement affirmé que le droit de l'Union ne crée pas de nouvelles voies de recours autres que celles déjà établies par le droit national, mais que les voies de recours existantes dans le droit national doivent pleinement être utilisées pour assurer le respect des droits conférés par le droit communautaire²⁶⁵³. Aucune distinction n'est admissible quant aux règles de recevabilité ou de procédure lorsqu'une personne invoque un droit conféré par le droit de l'Union devant le juge national.

Mais depuis lors, cette position initiale a été sensiblement modifiée. La Cour de justice a précisé que si le droit de l'Union n'a pas entendu créer des voies de droit autres que celles établies par le droit national, « *il n'en irait autrement que s'il ressortait de l'économie de l'ordre juridique national en cause qu'il n'existe aucune voie de recours permettant, même de manière incidente, d'assurer le respect des droits que les justiciables tirent du droit communautaire* »²⁶⁵⁴. Le droit de l'Union peut donc exiger de créer une nouvelle voie de recours, si le droit national ne prévoit pas de recours qui permet de faire respecter les droits conférés aux justiciables par le droit de l'Union.

Ainsi, la Cour de justice a constaté dans un arrêt récent de décembre 2019 qu'une législation nationale « *qui aboutit à une situation dans laquelle le jugement d'une juridiction demeure inopérant, à défaut pour celle-ci de disposer d'un moyen quelconque pour le faire respecter, méconnaît le contenu essentiel du droit à un recours effectif consacré par l'article 47 de la Charte* »²⁶⁵⁵. La Cour de justice considère que le droit à un recours effectif serait « *illusoire* » si le droit national d'un État membre

²⁶⁵² *Ibid.*

²⁶⁵³ Comp. CANIVET G., « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et société*, n° 20-21, 1992, p. 135.

²⁶⁵⁴ CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec.* 2007, p. I-2271, pt. 41.

²⁶⁵⁵ CJUE, 19 décembre 2019, *Deutsche Umwelthilfe*, aff. C-752/18, ECLI:EU:C:2019:1114, pt. 35.

permettrait qu'une décision judiciaire définitive reste inopérante au détriment d'une partie²⁶⁵⁶.

La Cour de justice rappelle dans cet arrêt qu'il appartient au juge national d'assurer une protection juridictionnelle effective en donnant de son droit national une interprétation qui, « *dans toute la mesure du possible* », soit conforme aux exigences découlant du droit de l'Union²⁶⁵⁷. Cependant, la Cour de justice souligne que le principe d'effectivité et le respect du droit à une protection juridictionnelle effective n'obligent pas le juge à laisser inappliquée une disposition nationale si, ce faisant, le juge méconnaissait un droit fondamental garanti par le droit de l'Union²⁶⁵⁸. Dans le cas d'espèce, le droit à une protection juridictionnelle effective est en conflit avec le droit à la liberté, garanti par l'article 6 de la Charte²⁶⁵⁹.

Le juge national doit donc effectuer une mise en balance délicate entre le droit à une protection juridictionnelle effective et le droit à la liberté²⁶⁶⁰. C'est seulement dans l'hypothèse où le juge national conclut que la limitation qui serait apportée au droit à la liberté respecte les conditions de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte « *que le droit de l'Union non seulement autoriserait, mais exigerait le recours* » à la contrainte par corps²⁶⁶¹.

Nous pouvons en déduire que l'interprétation conforme et l'introduction de nouvelles voies de recours connaissent des limites importantes lorsqu'elles entrent en conflit avec d'autres droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union, tels que le droit à la liberté qui constitue un droit particulièrement important et qui doit être protégé contre toute restriction disproportionnée.

Il est également intéressant de noter que la Cour de justice rappelle aux juridictions nationales que si leur droit interne ne prévoit pas de voies de recours efficaces pour assurer la protection juridictionnelle effective, la Cour de justice peut toujours cons-

²⁶⁵⁶ *Ibid.*, pt. 36.

²⁶⁵⁷ *Ibid.*, pt. 39.

²⁶⁵⁸ *Ibid.*, pt. 43.

²⁶⁵⁹ CJUE, arrêt *Deutsche Umwelthilfe* précité, aff. C-752/18, pt. 44.

²⁶⁶⁰ *Ibid.*, pt. 45 s.

²⁶⁶¹ *Ibid.*, pt. 52.

tater un manquement étatique dans le cadre d'un recours en manquement²⁶⁶². De plus, elle rappelle aussi que « *la pleine efficacité du droit de l'Union et la protection effective des droits que les particuliers en tirent peuvent, le cas échéant, être assurées par le principe de la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit de l'Union qui lui sont imputables, ce principe étant inhérent au système des traités sur lesquels cette dernière est fondée* », quelle que soit l'autorité publique auteure de la violation du droit de l'Union²⁶⁶³.

Si, en revanche, la création d'une nouvelle voie de recours s'impose pour assurer le respect des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union, il n'en reste pas moins que les conditions requises, les conséquences juridiques et les modalités procédurales sont, en principe, déterminées par le droit interne. La marge de manœuvre des États membres est toutefois réduite puisque le droit de l'Union leur impose une obligation de protection juridique²⁶⁶⁴.

Cette obligation résulte du principe d'équivalence et du principe d'effectivité du droit de l'Union qui prévoient que « *les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe de l'équivalence) et ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité)* »²⁶⁶⁵.

Désormais, ces principes sont codifiés dans le droit primaire. L'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, TUE dispose que les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union. L'article 47 de la Charte consacre le droit à

²⁶⁶² *Ibid.*, pt. 53.

²⁶⁶³ CJUE, arrêt *Deutsche Umwelthilfe* précité, aff. C-752/18, pt. 54 et 55.

²⁶⁶⁴ EBERS M., *op.cit.*, p. 44; REICH N., « Horizontal liability in EC law: Hybridization of remedies for compensation in case of breaches of EC rights », *op.cit.*, p. 708.

²⁶⁶⁵ CJCE, arrêt *Unibet* précité, aff. C-432/05, pt. 43.

un recours effectif. Dès lors, le droit national doit prévoir une protection juridictionnelle adéquate et effective, une protection minimale n'étant pas suffisante²⁶⁶⁶.

La Cour de justice veille au respect de ces principes par les États membres, faisant preuve d'une jurisprudence relativement rigoureuse qui vise à assurer la sauvegarde des droits conférés aux justiciables par le droit de l'Union²⁶⁶⁷.

Il se pose alors la question de savoir si l'exigence d'une protection juridictionnelle adéquate et effective englobe également un droit à la réparation des préjudices subis du fait d'une violation du droit de l'Union par une personne privée.

Dans ce contexte, il s'avère utile d'étudier les articles 101 et 102 TFUE et notamment la jurisprudence y relative. Les arrêts *Courage*²⁶⁶⁸ et *Manfredi*²⁶⁶⁹, intervenus en matière du droit européen de la concurrence, sont particulièrement intéressants dans ce contexte.

Dans ces arrêts, la Cour de justice a souligné que « *la pleine efficacité de l'article 85 du traité et, en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de concurrence* »²⁶⁷⁰. Ainsi, la Cour de justice fonde l'action en réparation pour un préjudice subi du fait d'une infraction de ce qui est désormais l'article 101 TFUE sur l'efficacité et l'effet utile de cette disposition.

Les arrêts *Courage* et *Manfredi* ont suscité un débat doctrinal autour de la question de savoir si la Cour de justice y a établi un nouveau principe, celui d'une responsabilité des personnes privées pour violation du droit de l'Union²⁶⁷¹.

²⁶⁶⁶ REICH N., « Horizontal liability in EC law: Hybridization of remedies for compensation in case of breaches of EC rights », *op.cit.*, p. 708.

²⁶⁶⁷ EBERS M., *op.cit.*, p. 45.

²⁶⁶⁸ CJCE, 20 septembre 2001, *Courage et Crehan*, aff. C-453/99, *Rec.* 2001, p. I-6297.

²⁶⁶⁹ CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. jts. C-295/04 à C-298/04, *Rec.* 2006, p. I-6619.

²⁶⁷⁰ CJCE, arrêt *Courage et Crehan* précité, aff. C-453/99, pt. 26.

²⁶⁷¹ LECZYKIEWICZ D., « Private Party Liability in EU Law: In Search of the General Regime », *op.cit.*, p. 258.

Certains auteurs estiment qu'il ne serait pas opportun de généraliser les considérations de la Cour de justice faites dans le cadre d'affaires portant sur une violation du droit européen de la concurrence aux autres violations du droit de l'Union, dont notamment une violation des libertés de circulation²⁶⁷². Il est certainement vrai que le droit européen de la concurrence est un domaine de droit européen particulièrement élaboré. Les articles 101 et 102 TFUE contiennent des règles claires et univoques qui s'adressent directement aux personnes privées. Ils sont complétés par le droit dérivé ainsi qu'une jurisprudence abondante de la Cour de justice.

Cependant, nous constatons que la jurisprudence *Francovich* établissant un régime de responsabilité étatique et la jurisprudence *Courage* et *Manfredi* ont certains points en commun, dont notamment l'objectif d'assurer l'effet utile du droit de l'Union ainsi que la protection juridictionnelle effective des droits conférés aux justiciables²⁶⁷³.

Pour l'instant, la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'élaboration d'un régime de responsabilité des personnes privées semble se limiter au droit européen de la concurrence²⁶⁷⁴.

Or, même en droit européen de la concurrence, les contours, les critères et les conditions ainsi que l'étendue d'un régime de responsabilité des personnes privées restent vagues et incomplets²⁶⁷⁵. Nous sommes encore relativement loin de l'élaboration d'un régime général de responsabilité des personnes privées en droit de l'Union, comparable à celui développé pour la responsabilité des États membres²⁶⁷⁶.

Toutefois, nous estimons que la jurisprudence *Courage* et *Manfredi* peut être fructueuse en matière des entraves d'origine privée. Ceci pour plusieurs raisons.

D'une part, il a été vu dans le premier titre de la présente thèse que le droit européen de la concurrence et le droit des libertés de circulation présentent de nombreux points

²⁶⁷² *Ibid.*, p. 260.

²⁶⁷³ *Ibid.*, p. 265.

²⁶⁷⁴ LECZYKIEWICZ D., « Private Party Liability in EU Law: In Search of the General Regime », *op.cit.*, p. 266.

²⁶⁷⁵ *Ibid.*

²⁶⁷⁶ *Ibid.*

communs et sont susceptibles de s'appliquer simultanément. En effet, comme l'affaire *Wouters*²⁶⁷⁷ en témoigne, une mesure d'origine privée est susceptible de constituer à la fois une entrave à l'une des libertés de circulation et une infraction aux règles de concurrence. Ce parallélisme doit, à notre avis, être pris en compte au niveau des conséquences juridiques d'une mesure.

D'autre part, les libertés de circulation constituent tout comme le droit de la concurrence un élément clé du marché intérieur et jouent un rôle crucial dans l'ordre juridique de l'Union. Les arguments de l'effet utile et de la pleine efficacité, avancés par la Cour de justice dans les arrêts *Courage* et *Manfredi* pour fonder le droit à la réparation, sont au moins aussi pertinents en matière des libertés de circulation qu'en matière du droit de la concurrence. Ceci d'autant plus qu'il est de jurisprudence constante qu'une entrave d'origine étatique donne droit à la réparation si elle cause un dommage.

Ainsi, nous estimons indispensable qu'une mesure d'origine privée non justifiée qui cause un dommage engage la responsabilité de la personne privée auteure de l'entrave. Or, pour l'instant, ce n'est pas ce qui ressort de la lettre des traités ou de l'interprétation de la jurisprudence.

Les conséquences juridiques d'une entrave d'origine privée restent donc incertaines²⁶⁷⁸. Dans l'arrêt *Raccanelli*, la Cour de justice souligne que « *ni l'article 39 CE ni les dispositions du règlement n° 1612/68 n'imposent aux États membres ou aux associations telles que la MPG une mesure déterminée en cas de violation de l'interdiction de discrimination, mais ils leur laissent la liberté de choisir parmi les différentes solutions propres à réaliser l'objectif de ces dispositions respectives, en fonction des différentes situations qui peuvent se présenter* »²⁶⁷⁹.

Pour autant, cet arrêt ne laisse pas les mains libres aux États membres de prévoir ou de ne pas prévoir des conséquences juridiques pour une violation des obligations dé-

²⁶⁷⁷ CJCE, 19 février 2002, *Wouters*, aff. C-309/99, *Rec.* 2002, p. I-1577.

²⁶⁷⁸ EBERS M., *op.cit.*, p. 515.

²⁶⁷⁹ CJUE, 17 juillet 2008, *Raccanelli*, aff. C-94/07, *Rec.* 2008, p. I-5939, pt. 50.

coulant des libertés de circulation²⁶⁸⁰. La Cour de justice ne fait que préciser que le droit de l'Union ne prévoit pas de mesure spécifique pour un tel cas. Il incombe donc aux États membres de mettre à disposition des voies de recours en cas d'une entrave d'origine privée, en respectant les principes d'équivalence et d'efficacité²⁶⁸¹.

Dès lors, les modalités procédurales de ces recours ne doivent pas être moins favorables que des recours similaires de nature interne et ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés aux particuliers par les libertés de circulation.

L'Avocat général Poiares Maduro a considéré dans ses conclusions de l'affaire *Viking* que, conformément au principe d'autonomie procédurale, les États membres peuvent exiger « *que les procédures engagées contre une partie privée en raison d'une violation du droit à la libre circulation soient portées dans le cadre juridique national, en vertu d'un motif d'action de droit interne - par exemple un délit ou une inexécution contractuelle* »²⁶⁸².

Il en déduit que la juridiction nationale doit appliquer son droit interne en cohérence avec les dispositions relatives aux libertés de circulation, lorsqu'elle statue sur un litige entre particuliers²⁶⁸³. Si aucune solution n'existe parce que le droit interne ne prévoit pas de motif d'action en justice pour contester une violation à un droit à la libre circulation, l'Avocat général Poiares Maduro propose de fonder la prétention directement sur la disposition pertinente des traités²⁶⁸⁴.

Cette solution élaborée par l'Avocat général Poiares Maduro nous paraît pertinente. Elle respecte la jurisprudence de la Cour de justice, l'effet utile et l'efficacité des libertés de circulation, tout en assurant l'autonomie procédurale des États membres. De plus, la solution proposée par l'Avocat général est en harmonie avec les arrêts *Cou-*

²⁶⁸⁰ EBERS M., *op.cit.*, p. 515.

²⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 515.

²⁶⁸² Conclusions de l'AG Poiares Maduro du 23 mai 2007 sur l'affaire *Viking*, aff. C-438/05, *Rec.* p. I-10784, pt. 52.

²⁶⁸³ *Ibid.*, pt. 53.

²⁶⁸⁴ *Ibid.*

rage et Manfredi ainsi que la jurisprudence en matière de la responsabilité des États membres, ce qui crée un régime cohérent et équilibré.

Cette approche découle également de l'obligation de protection. Comme il a été constaté dans le titre 2 de la première partie de la présente thèse, l'obligation de protection pèse sur toutes les autorités étatiques, le juge inclus.

Il s'ensuit que le juge national doit assurer le respect des libertés de circulation dans un litige horizontal. Dès lors, le juge peut être obligé d'exclure, dans un litige entre particuliers, une norme de droit national qui a rendu possible une violation d'une liberté de circulation²⁶⁸⁵. De même, il peut être obligé d'admettre des actions internes par lesquelles la personne lésée vise à obtenir compensation d'un préjudice subi du fait d'une entrave à l'une des libertés de circulation.

Ainsi, les conséquences juridiques d'une entrave d'origine privée aux libertés de circulation sont déterminées par le droit national, mais dans le respect des exigences découlant du droit de l'Union, dont notamment les principes d'efficacité et d'équivalence²⁶⁸⁶.

Par conséquent, le juge national doit procéder en trois temps en cas d'un litige entre personnes privées portant sur la violation d'une obligation découlant des libertés de circulation²⁶⁸⁷.

D'abord, il doit trouver les normes nationales procédurales applicables. Ensuite, il doit évaluer ces normes nationales à la lumière des principes fondamentaux du droit de l'Union pour s'assurer qu'elles respectent les principes d'efficacité et d'équivalence. Enfin, dans le respect du principe de la primauté et de l'effet direct du droit de l'Union, le juge national doit éventuellement adapter ou corriger les normes

²⁶⁸⁵ DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 133.

²⁶⁸⁶ LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 429.

²⁶⁸⁷ REICH N., « Horizontal liability in EC law: Hybridization of remedies for compensation in case of breaches of EC rights », *op.cit.*, p. 708.

nationales afin de les rendre conformes aux exigences découlant du droit de l'Union²⁶⁸⁸.

Il s'ensuit que des voies de recours nationales doivent éventuellement être adaptées aux exigences européennes ou même que des nouvelles voies de recours doivent être créés pour assurer la sauvegarde des droits subjectifs conférés aux justiciables par le droit de l'Union²⁶⁸⁹.

Le professeur Reich parle dans ce contexte de « *l'hybridation* » des voies de recours qui sont, d'une part, basées sur le droit national qui détermine les modalités de leurs mises en œuvre et constitue la base de toute action devant le juge national, mais qui sont, d'autre part, fortement influencées et éventuellement modifiées par le droit de l'Union²⁶⁹⁰.

Dès lors, les États membres ne sont pas complètement libres, mais doivent respecter différents principes du droit de l'Union, dont notamment les principes d'efficacité et d'équivalence. Les victimes d'une violation d'une liberté de circulation doivent être en mesure de demander la pleine compensation du préjudice subi, mais aussi de demander aux tribunaux d'interdire une violation imminente ou de faire cesser une violation existante²⁶⁹¹.

Il découle du régime de responsabilité des États membres, de la jurisprudence *Courage* et *Manfredi* en matière du droit européen de la concurrence et notamment de l'effet utile et de l'efficacité des libertés de circulation qu'une entrave d'origine privée doit entraîner des conséquences juridiques au profit de la personne privée atteinte par l'entrave. Il incombe au juge national d'assurer la protection juridictionnelle effective des droits subjectifs découlant des libertés de circulation.

²⁶⁸⁸ *Ibid.*

²⁶⁸⁹ *Ibid.*

²⁶⁹⁰ REICH N., « Horizontal liability in EC law: Hybridization of remedies for compensation in case of breaches of EC rights », *op.cit.*, p. 709.

²⁶⁹¹ REICH N., « „Horizontalhaftung“ - gibt es einen Beitrag des Gemeinschaftsrechts? », *ZfRV*, 2009, n° 22, p. 151.

Dans la section suivante, nous allons examiner plus en détails les conséquences juridiques des entraves d'origine privée pour savoir ce que les personnes privées peuvent effectivement demander devant le juge national.

Section 2 : Les conséquences juridiques potentielles des entraves d'origine privée

La question des conséquences juridiques potentielles des entraves d'origine privée est rarement posée, encore moins en détail, malgré son importance. En effet, la réponse à cette question est importante tant pour la personne privée qui subit une entrave que pour la personne privée auteure de l'entrave, qui a un intérêt à connaître les conséquences juridiques de sa mesure restrictive.

Aussi, nous allons étudier les deux instruments les plus importants dans le cadre des litiges horizontaux, l'exclusion des normes contraires aux traités (Paragraphe 1) et la réparation adéquate (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'exclusion des normes contraires aux traités

La Cour de justice ne s'est pas encore prononcée quant à la question de savoir si des contrats, statuts, décisions ou des déclarations unilatérales qui entravent les libertés de circulation doivent être déclarés nuls et non avenues²⁶⁹². Dans l'arrêt *Walrave*, la Cour de justice a uniquement considéré que les libertés de circulation « *peuvent être prises en considération, par le juge national, en vue d'apprécier la validité ou les effets d'une disposition insérée dans le règlement d'une organisation sportive* »²⁶⁹³. La Cour de justice considère ensuite qu'il appartient au juge national de tirer « *les conséquences d'une éventuelle violation de la règle de non-discrimination* »²⁶⁹⁴.

²⁶⁹² EBERS M., *op.cit.*, p. 515.

²⁶⁹³ CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave*, aff. 36/74, *Rec.* 1974, p. 1405, pt. 25.

²⁶⁹⁴ *Ibid.*, pt. 29.

Le droit dérivé concrétise, en partie, les conséquences juridiques d'une violation d'un droit à la libre circulation. À titre d'exemple, nous pouvons citer l'article 7, paragraphe 4, du règlement n° 492/2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union qui dispose, comme l'article 7, paragraphe 4, du règlement n° 1612/68 qu'il a remplacé, que toute « *clause de convention collective ou individuelle ou d'autre réglementation collective portant sur l'accès à l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail et de licenciement est nulle de plein droit dans la mesure où elle prévoit ou autorise des conditions discriminatoires à l'égard de travailleurs ressortissants des autres États membres* ».

Les dispositions relatives au droit européen de la concurrence sont plus claires et explicites. Conformément à l'article 101, paragraphe 2, TFUE, les accords ou décisions interdits en vertu de l'article 101 TFUE sont nuls de plein droit. Ainsi, le TFUE prévoit explicitement la nullité de plein droit d'accords et de décisions émanant de personnes privées.

Une comparaison avec l'article 157 TFUE peut également s'avérer utile pour notre cause. L'article 157, paragraphe 1, TFUE confère le droit aux travailleurs masculins et féminins à l'égalité de la rémunération pour un même travail ou un travail de même valeur. En cas de violation de l'article 157 TFUE, toute disposition contraire - légale, conventionnelle ou contractuelle - doit rester inappliquée²⁶⁹⁵. À la place de la disposition écartée vient une disposition qui garantit l'égalité de rémunération par un relèvement des salaires les moins élevés²⁶⁹⁶.

Nous estimons qu'il doit en être de même si un employeur discrimine un travailleur provenant d'un autre État membre le rémunérant moins. Dans un tel scénario, l'employeur doit, à notre avis, être obligé de garantir l'égalité de rémunération entre

²⁶⁹⁵ V. p. ex. CJCE, 7 février 1991, *Nimz*, aff. C-184/89, *Rec.* 1991, p. I-297, pt. 17.

²⁶⁹⁶ V. p. ex. CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne II*, aff. 43/75, *Rec.* 1976, p. 455, pt. 15 ; FORSTHOFF U., « *Drittwirkung der Grundfreiheiten: Das EuGH-Urteil Angonese* », *EWS*, 2000, n° 9, p. 397.

les travailleurs nationaux et les travailleurs provenant d'un autre État membre par un relèvement des salaires²⁶⁹⁷.

Nous sommes d'avis que la nullité d'une mesure contraire aux libertés de circulation peut être déduite des indices donnés dans l'arrêt *Walrave*, du droit dérivé, de la jurisprudence relative à l'article 157, de l'article 101, paragraphe 2, TFUE et de l'effet utile des libertés de circulation. Par conséquent, nous considérons que toute mesure (d'origine privée) constitutive d'une discrimination ou d'une entrave non justifiée aux libertés de circulation²⁶⁹⁸, doit être déclarée nulle de plein droit²⁶⁹⁹. La nullité absolue de plein droit est le seul moyen pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur²⁷⁰⁰.

Si la mesure restrictive ne concerne qu'une partie d'un contrat, elle n'entraîne qu'une nullité partielle du contrat²⁷⁰¹. Ceci est en cohérence avec le régime applicable en matière de droit de la concurrence qui prévoit également la nullité partielle si l'infraction au droit des ententes ne concerne qu'une partie de l'accord²⁷⁰².

Si, en revanche, la mesure d'origine privée en cause constitutive d'une entrave n'est pas une restriction juridique, c'est-à-dire n'émane pas d'un contrat, d'un statut, d'une convention collective ou ainsi de suite, mais d'un simple acte ou comportement d'origine privée, un recours en nullité est inopérant²⁷⁰³. Dans le cas d'un blocage, appel au boycott ou action collective, seules des mesures de cessation et d'élimination peuvent assurer la fin de l'entrave²⁷⁰⁴.

²⁶⁹⁷ Du même avis : FORSTHOFF U., « Drittwirkung der Grundfreiheiten: Das EuGH-Urteil *Angonese* », *op.cit.*, p. 397.

²⁶⁹⁸ C'est-à-dire toute mesure restrictive d'origine privée qui entre dans le champ d'application matériel et personnel des libertés de circulation, tel que défini dans le titre 2 de la première partie de la présente thèse, et qui ne peut pas être justifiée.

²⁶⁹⁹ EBERS M., *op.cit.*, p. 516; du même avis : MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV » in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *op.cit.*, p. 1421, pt. 324.

²⁷⁰⁰ EBERS M., *op.cit.*, p. 516.

²⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 517.

²⁷⁰² *Ibid.*

²⁷⁰³ EBERS M., *op.cit.*, p. 520.

²⁷⁰⁴ *Ibid.* ; du même avis : MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *EuR*, 2014, p. 25.

Dans certaines hypothèses, les libertés de circulation peuvent empêcher l'exécution d'une mesure de cessation, notamment si la mesure de cessation repose sur un accord qui entrave les libertés de circulation²⁷⁰⁵. Tel était le cas dans l'arrêt *Dansk Supermarked* où la Cour de justice a souligné qu'une convention entre particuliers visant l'interdiction de l'importation d'une marchandise « *ne saurait être invoquée ou prise en considération pour qualifier l'écoulement de cette marchandise comme une pratique commerciale irrégulière ou déloyale* »²⁷⁰⁶.

Dès lors, une convention ou un accord entre particuliers qui constitue une entrave à la libre circulation ne saurait être prise en compte par le juge national pour la qualification d'une pratique commerciale irrégulière ou déloyale, ni comme fondement pour une mesure de cessation ou d'élimination.

Enfin, il reste encore à savoir si une obligation de contracter découle des libertés de circulation²⁷⁰⁷. À notre avis, il doit y être répondu par la négative pour deux raisons.

Premièrement, la Cour de justice considère que la directive 2006/54/CE²⁷⁰⁸ relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail « *n'impose pas qu'une discrimination fondée sur le sexe lors de l'accès à l'emploi doive être sanctionnée par l'obligation imposée à l'employeur, auteur de la discrimination, de conclure un contrat de travail avec le candidat discriminé* »²⁷⁰⁹. Ainsi, au moins dans le cadre de la dite directive et des relations de travail, la Cour de justice s'est explicitement exprimée contre une obligation de contracter.

Ensuite, nous suivons les avis des professeurs Ebers, Müller-Graff, Ganten, Forsthoff et Preedy qui estiment qu'une telle obligation n'est pas nécessaire pour assurer l'effet utile des libertés de circulation, sauf dans des cas exceptionnels²⁷¹⁰. La réparation

²⁷⁰⁵ EBERS M., *op.cit.*, p. 520.

²⁷⁰⁶ CJCE, 22 janvier 1981, *Dansk Supermarked*, aff. 58/80, *Rec.* 1981, p. 181, pt. 17.

²⁷⁰⁷ EBERS M., *op.cit.*, p. 521.

²⁷⁰⁸ Avant la directive 76/207/CEE.

²⁷⁰⁹ CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson & Kamann*, aff. 14/83, *Rec.* 1984, p. 1891, pt. 19.

²⁷¹⁰ EBERS M., *op.cit.*, p. 521; FRENZ W., *op.cit.*, p. 210 s ; FORSTHOFF U., « *Drittwirkung der Grundfreiheiten: Das EuGH-Urteil Angonese* », *op.cit.*, p. 397 ; GANTEN T.O., *Die Drittwirkung der Grundfrei-*

adéquate est, en principe, suffisante pour compenser des dommages subis à la suite d'une violation d'un droit à la libre circulation²⁷¹¹.

De plus, une obligation de contracter risque d'entraver de manière disproportionnée les droits fondamentaux de l'autre partie, notamment son autonomie privée et sa liberté de contracter. Normalement, la partie lésée dispose d'une alternative pour conclure un contrat avec une autre personne privée²⁷¹². Seulement si tel n'est pas le cas, c'est-à-dire en absence d'alternative, en particulier en cas d'un monopole, d'une entente ou d'un abus de position dominante²⁷¹³, une obligation de contracter nous paraît nécessaire pour assurer l'effet utile des libertés de circulation.

Il s'agit d'une illustration de plus du parallélisme entre les libertés de circulation et le droit de la concurrence. Une entente ou un abus de position dominante peut conduire à une situation marquée par une absence d'alternative dans laquelle une obligation de contracter peut s'avérer nécessaire pour préserver le respect des libertés de circulation et sauvegarder les droits qui en découlent pour les particuliers. Si une mesure constitue à la fois une entrave non justifiée à l'une des libertés de circulation et une infraction de l'article 101 ou 102 TFUE, l'obligation de contracter peut s'imposer en vertu des articles 101 et 102 TFUE²⁷¹⁴.

Pour résumer, nous estimons qu'il suit de ce qui précède qu'un accord entre personnes privées qui est constitutif d'une entrave non justifiée à l'une des libertés de circulation entraîne la nullité (partielle ou totale) du contrat. Dans un litige entre particuliers devant le juge national, un particulier pourra donc invoquer la nullité d'un contrat qui entrave les libertés de circulation. Les modalités concrètes de la mise en œuvre de la nullité seront régies par le droit national.

heiten. Die EG-Grundfreiheiten als Grenze der Handlungs- Vertragsfreiheit im Verhältnis zwischen Privaten, Berlin, Duncker&Humblot, 2000. p. 210; PREEDY K., *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten*, Berlin, Duncker&Humblot, 2005, p. 196.

²⁷¹¹ EBERS M., *op.cit.*, p. 521.

²⁷¹² *Ibid.*

²⁷¹³ FRENZ W., *op.cit.*, p. 211.

²⁷¹⁴ EBERS M., *op.cit.*, p. 521.

En droit autrichien, une violation d'une obligation découlant des libertés de circulation peut être qualifiée de violation d'un interdit légal au sens de l'article 879 du Code civil autrichien, ce qui entraîne la nullité (totale ou partielle) de l'acte constitutif d'entrave²⁷¹⁵. De plus, la notion de bonnes mœurs au sens de l'article 879 du Code civil autrichien doit être interprétée de manière à assurer le respect des libertés de circulation²⁷¹⁶. Une violation des obligations découlant des libertés de circulation doit être considérée comme étant contraire aux bonnes mœurs au sens de l'article 879 du Code civil autrichien, ce qui entraîne également la nullité du contrat²⁷¹⁷.

En droit allemand, les interdictions découlant des libertés de circulation peuvent être qualifiées de lois d'interdiction au sens de l'article 134 du Code civil allemand, entraînant la nullité totale ou partielle de tout accord ou contrat qui viole les obligations imposées aux personnes privées²⁷¹⁸.

Ceci est en concordance avec l'appréhension d'une violation d'origine privée des articles 18 et 157 TFUE qui constituent des lois d'interdiction au sens de l'article 134 du Code civil allemand et entraînent, dès lors, la nullité du contrat en cause²⁷¹⁹.

Parfois, la nullité du contrat n'est toutefois pas souhaitable pour le justiciable, notamment dans le cas des clauses discriminatoires. En effet, il est souvent plus avantageux pour le justiciable de ne pas déclarer le contrat nul, mais de remplacer la clause discriminatoire par une clause conforme à la loi.

Le droit allemand permet un tel remplacement. Au lieu de seulement prononcer la nullité des clauses discriminatoires, le juge allemand peut les remplacer par des clauses conformes aux libertés de circulation²⁷²⁰.

²⁷¹⁵ WAGNER E., « Die unmittelbare Drittwirkung der EG-Grundfreiheiten im Privatrecht. Das Ende der Privatautonomie? », *ÖJZ*, 2007, n° 54, p. 642 ; KERSCHNER F., « Zur unmittelbaren privatrechtlichen Wirkung der EG-Grundfreiheiten (II) », *ecolex*, 2007, p. 985.

²⁷¹⁶ WAGNER E., « Die unmittelbare Drittwirkung der EG-Grundfreiheiten im Privatrecht. Das Ende der Privatautonomie? », *op.cit.*, p. 642.

²⁷¹⁷ *Ibid.*

²⁷¹⁸ FRENZ W., *op.cit.*, p. 210.

²⁷¹⁹ *Ibid.*

²⁷²⁰ *Ibid.*

En ce qui concerne les mesures de cessation et d'élimination, celles-ci peuvent être accordées par le juge allemand sur le fondement de l'article 1004 du Code civil allemand²⁷²¹.

En droit français, la nullité d'un contrat repose sur l'article 1178 du Code civil français qui dispose qu'un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul²⁷²². De ce fait, nous estimons qu'un particulier devrait pouvoir invoquer l'article 1178 du Code civil français dans le cadre d'un litige portant sur un contrat constitutif d'une entrave non justifiée à l'une des libertés de circulation pour le déclarer nul et non avenu.

La nullité du contrat peut causer un dommage à celui qui avait compté sur son exécution²⁷²³. Elle peut, dès lors, entraîner des demandes de réparation à l'encontre du co-contractant auquel la nullité est imputable²⁷²⁴.

De plus, la violation des obligations découlant des libertés de circulation peut, indépendamment de toute nullité d'un contrat, causer un préjudice à une personne privée.

Comme il a été expliqué²⁷²⁵, nous considérons que le non-respect des obligations qui incombent aux personnes privées en vertu des libertés de circulation, telles que définies dans le titre 2 de la première partie de la présente thèse, engage la responsabilité de la personne privée auteure de l'entrave.

Il se pose alors la question de savoir comment une personne privée lésée peut demander une réparation adéquate de son préjudice.

²⁷²¹ *Ibid.*, p. 211.

²⁷²² MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Droit des obligations*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 10^e édition, 2018, p. 375.

²⁷²³ *Ibid.*, p. 397, pt. 728.

²⁷²⁴ *Ibid.*

²⁷²⁵ Partie II, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2 de la présente thèse.

Paragraphe 2 : La réparation adéquate

Le régime de responsabilité pour les violations du droit de l'Union causées par une personne privée reste incertain²⁷²⁶. Un particulier, peut-il demander réparation d'un préjudice subi par une autre personne privée du fait d'une violation des libertés de circulation²⁷²⁷ ? Le droit primaire et dérivé restent muets à ce sujet. La Cour de justice ne s'est pas encore prononcée à ce sujet.

Un domaine où la Cour de justice s'est déjà prononcée est le droit européen de la concurrence. Il se pose alors la question de savoir si l'approche adoptée par la Cour de justice dans le cadre du droit européen de la concurrence peut être transférée aux litiges entre particuliers portant sur des entraves d'origine privée aux libertés de circulation qui ont causé un dommage.

Comme nous l'avons vu²⁷²⁸, la Cour de justice a affirmé dans les arrêts *Courage* et *Manfredi* que « *la pleine efficacité de l'article 85 du traité et, en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de concurrence* »²⁷²⁹.

Dans un arrêt récent de décembre 2019, la Cour de justice a confirmé cette jurisprudence, soulignant que la pleine efficacité de l'article 101 TFUE et l'effet utile de l'interdiction qui en découle « *seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence* »²⁷³⁰.

La Cour de justice rappelle que suivant une jurisprudence désormais constante, « *toute personne est en droit de demander réparation du préjudice subi lorsqu'il*

²⁷²⁶ HAVU K., « Horizontal liability for damages in EU law - The changing relationship of EU and national law », *European Law Journal*, vol. 18, n° 3, 2012, p. 408.

²⁷²⁷ *Ibid.*

²⁷²⁸ Partie II, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2 de la présente thèse.

²⁷²⁹ CJCE, arrêt *Courage et Crehan* précité, aff. C-453/99, pt. 26.

²⁷³⁰ CJUE, 12 décembre 2019, *Otis e.a.*, aff. C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069, pt. 22.

existe un lien de causalité entre ledit préjudice et une entente ou une pratique interdite par l'article 101 TFUE »²⁷³¹.

Dans ce contexte, il est intéressant de noter que la Cour de justice considère que « [L]e droit de toute personne de demander réparation d'un tel dommage renforce, en effet, le caractère opérationnel des règles de concurrence de l'Union et il est de nature à décourager les accords ou pratiques, souvent dissimulés, susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, en contribuant ainsi au maintien d'une concurrence effective dans l'Union européenne »²⁷³². Ainsi, la Cour de justice souligne le rôle important que joue le droit de demander réparation du préjudice subi pour le maintien d'une concurrence effective au sein de l'Union.

Nous estimons que ces considérations doivent être étendues aux demandes de réparation du fait des dommages subis par une entrave d'origine privée aux libertés de circulation.

Analysant le droit dérivé, nous constatons que le droit européen de la concurrence prévoit des conséquences légales relativement précises en cas d'infraction. Depuis 2005, la Commission a élaboré de nombreux textes relatifs aux actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de l'Union en matière d'ententes et d'abus de position dominante²⁷³³.

La directive (UE) 2014/104 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne vise à faciliter l'indemnisation des consommateurs et entreprises victimes d'une infraction aux règles du droit européen de la concurrence²⁷³⁴.

De ce fait, la directive prévoit, par exemple, des règles facilitant l'accès aux éléments de preuve, l'interaction entre le *private enforcement* et le *public enforcement* ainsi

²⁷³¹ *Ibid.*, pt. 23.

²⁷³² *Ibid.*

²⁷³³ NOURISSAT C. et DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR B., *op.cit.*, p. 473.

²⁷³⁴ *Ibid.*, p. 474.

qu'une facilitation de la résolution amiable²⁷³⁵. De plus, la directive 2014/104 prévoit qu'une décision définitive de l'autorité nationale de la concurrence constatant une infraction constitue la preuve de l'existence d'une faute civile devant les juridictions de l'État membre concerné²⁷³⁶.

La Cour de justice a largement contribué à mettre en place un régime adéquat pour les actions en dommages et intérêts engagées à la suite d'une infraction des règles de concurrence²⁷³⁷. Dans ce contexte, il est intéressant de noter que les formulations employées par la Cour de justice dans les arrêts *Courage* et *Manfredi* ressemblent à celles employées dans sa jurisprudence relative à la responsabilité des États membres, notamment en ce qui concerne l'étendue de la réparation et le renvoi aux normes nationales pour l'appréciation du dommage et du lien de causalité²⁷³⁸. Nous sommes d'avis que ceci peut servir d'indice pour les demandes de réparation dans le cadre des litiges horizontaux en matière de la libre circulation.

Il ressort notamment de l'arrêt *Courage*²⁷³⁹ que tout particulier peut se prévaloir d'une violation du droit européen de la concurrence pour demander la réparation du préjudice subi, même lorsqu'il est lui-même partie à un contrat susceptible de fausser le jeu de la concurrence²⁷⁴⁰. Ceci est conforme à la logique de l'ordre juridique de l'Union et à la jurisprudence de la Cour de justice qui vise la protection effective des droits conférés aux justiciables.

En effet, si une personne privée ne peut pas demander réparation du dommage subi du fait de la violation des libertés de circulation par une autre personne privée, l'appréhension des entraves d'origine privée aux libertés de circulation reste incomplète. Seule une protection juridictionnelle efficace permet d'assurer le respect des

²⁷³⁵ *Ibid.*

²⁷³⁶ *Ibid.*

²⁷³⁷ *Ibid.*

²⁷³⁸ HAVU K., « Horizontal liability for Damages in EU Law - The changing relationship of EU and National Law », *op.cit.*, p. 417 s.

²⁷³⁹ CJCE, arrêt *Courage et Crehan* précité, aff. C-453/99.

²⁷⁴⁰ NOURISSAT C. et DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR B., *op.cit.*, p. 474.

droits conférés aux justiciables. Dès lors, une entrave d'origine privée non justifiée qui a causé un préjudice à une autre personne privée doit donner lieu à une réparation.

Il nous semble important de souligner que seules les mesures d'origine privée qui tombent dans le champ d'application des libertés de circulation, tel que dégagé au titre 2 de la première partie de la présente thèse, engagent la responsabilité des personnes privées. Ceci est logique puisque seule la violation d'une obligation existante peut engager la responsabilité de quelqu'un. Si un particulier n'a pas d'obligation à respecter, sa responsabilité ne peut pas être engagée.

En revanche, si une personne privée ne respecte pas une obligation qui lui incombe en vertu des libertés de circulation et si ce non-respect cause un dommage, il nous paraît indispensable que la personne lésée puisse demander réparation de ce préjudice envers la personne auteure de l'entrave. Une telle action en réparation assure l'effet utile et l'efficacité des libertés de circulation et contribue à la protection juridictionnelle effective des droits conférés par le droit de l'Union.

Dès lors, nous considérons qu'un principe général de responsabilité des personnes privées pour violation des obligations qui leurs incombent en vertu du droit de l'Union doit être établi. L'élaboration d'un tel principe permet d'établir un régime général et harmonisé de responsabilité de l'Union, des États membres et des personnes privées pour toute violation suffisamment caractérisée des obligations qui leurs incombent en vertu du droit de l'Union²⁷⁴¹.

Un régime hybride comparable à celui en matière de responsabilité des États membres ainsi qu'en matière du droit européen de la concurrence nous paraît être la meilleure solution. En effet, il permet de respecter les disparités existantes dans les différentes procédures régissant la responsabilité des personnes tout en assurant un standard commun qui permet de garantir la protection juridictionnelle effective des droits conférés aux personnes privées.

²⁷⁴¹ Du même avis : REICH N., « Laval „Vierter Akt“ », *EuZW*, 2010, n° 12, p. 457 s.

Dans le cadre de la responsabilité des États membres pour violation du droit de l'Union, la Cour de justice a affirmé que cette responsabilité n'a pas pour objectif de sanctionner ou punir l'État en question, mais de permettre au particulier lésé de recevoir une réparation des dommages subis du fait d'une violation du droit de l'Union par l'État membre concerné²⁷⁴².

L'objectif principal est donc la réparation d'un préjudice subi. Rien d'autre ne peut être le cas en matière de responsabilité des personnes privées pour violation des obligations qui leur incombent en vertu des libertés de circulation. Si une entrave d'origine privée non justifiée a causé un préjudice à un particulier, ce dernier a droit à une réparation. Ici encore, il ne s'agit pas d'une punition ou sanction de la personne privée auteure de l'entrave, mais d'une compensation pour les dommages causés.

Comme abordé ci-dessus, la Cour de justice ne s'est pas encore prononcée quant à des demandes de réparation. Dans l'arrêt *Raccanelli*, elle a simplement constaté que « *il appartiendrait à la juridiction de renvoi d'apprécier, au regard de la législation nationale applicable en matière de responsabilité non contractuelle, la nature de la réparation à laquelle le requérant au principal serait en droit de prétendre* »²⁷⁴³.

Même si la formulation de la Cour de justice reste ambiguë, il nous semble qu'on peut toutefois en déduire que la Cour de justice reconnaît, en principe, un droit à la réparation d'un dommage subi à la suite d'une entrave d'origine privée, mais que les modalités de la réparation sont déterminées par le droit national²⁷⁴⁴.

Tout comme en cas de responsabilité des États membres, nous plaignons pour une trilogie de critères pour établir la responsabilité d'une personne privée : (i) la violation suffisamment caractérisée d'une obligation qui incombe à la personne privée en question en vertu du droit de l'Union et qui a, comme corolaire, un droit conféré à une autre personne privée par l'ordre juridique de l'Union, droit qui a été lésé ; (ii) un dommage subi du fait de la violation ; (iii) un lien de causalité entre le dommage et la violation.

²⁷⁴² CJCE, arrêt *AGM-COS.MET* précité, aff. C-470/03, pt. 88.

Ces trois critères doivent, à notre avis, être appliqués par le juge national dans le cadre d'un litige entre particuliers portant sur une entrave d'origine privée qui a causé un préjudice.

Il convient de souligner qu'une telle action en réparation pour les dommages causés par une violation d'une obligation incombant à une personne privée en vertu des libertés de circulation n'est pas de la pure théorie, mais a déjà été effectuée.

En effet, à la suite de l'arrêt *Laval*, le tribunal du travail suédois statuant en dernier ressort a accordé des dommages-intérêts à l'entreprise de construction Laval²⁷⁴⁵. Le syndicat suédois qui a bloqué le chantier a été condamné à réparer le préjudice subi par Laval du fait de la violation de la libre prestation des services par le syndicat²⁷⁴⁶.

Le tribunal du travail suédois a fondé le droit à la réparation directement sur le droit de l'Union, tout en précisant que les modalités de sa mise en œuvre sont régies par le droit national, sous respect des principes d'efficacité et d'équivalence²⁷⁴⁷. D'après le tribunal suédois, un tel droit à la réparation d'un préjudice subi du fait d'une violation d'une liberté de circulation par une personne privée repose sur la jurisprudence de la Cour de justice en matière de responsabilité des États membres pour violation du droit de l'Union, de responsabilité des personnes privées pour violation du droit européen de la concurrence ainsi que de responsabilité des personnes privées pour violation des dispositions européennes en matière de non-discrimination²⁷⁴⁸.

Le tribunal suédois en déduit un principe général de responsabilité des personnes privées pour violation du droit de l'Union qui leur est directement applicable, c'est-à-dire pour violation des dispositions du droit de l'Union qui déploient un effet direct vis-à-vis des personnes privées²⁷⁴⁹. Le tribunal suédois voit son approche confirmée dans l'arrêt *Raccanelli* où la Cour de justice a considéré que « *il appartiendrait à la*

²⁷⁴³ CJUE, arrêt *Raccanelli* précité, aff. C-94/07, pt. 51.

²⁷⁴⁴ Du même avis: EBERS M., *op.cit.*, p. 518 ; PERNER S., *op.cit.*, p. 186.

²⁷⁴⁵ REICH N., « Laval „Vierter Akt“ », *op.cit.*, p. 454.

²⁷⁴⁶ *Ibid.*

²⁷⁴⁷ *Ibid.*

²⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 455.

²⁷⁴⁹ *Ibid.*

juridiction de renvoi d'apprécier, au regard de la législation nationale applicable en matière de responsabilité non contractuelle, la nature de la réparation à laquelle le requérant au principal serait en droit de prétendre »²⁷⁵⁰.

Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, le tribunal du travail suédois a ensuite examiné si le comportement du syndicat doit être qualifié de violation suffisamment caractérisée du droit de l'Union et s'il y a un lien de causalité entre la violation et le dommage²⁷⁵¹. En conformité avec les appréciations de la Cour de justice dans l'arrêt *Laval*, le tribunal suédois a considéré que le comportement du syndicat est disproportionné et constitue une violation suffisamment caractérisée de la libre prestation de service, sans examiner une éventuelle faute du syndicat²⁷⁵².

Quant à l'étendue de la réparation, les juges suédois ont renvoyé au droit suédois interprété à la lumière du droit de l'Union²⁷⁵³. Le droit suédois prévoit la compensation du *damnum emergens*, du *lucrum cessans* et du dommage punitif (*exemplary damages*)²⁷⁵⁴.

Comme il a été expliqué au titre premier de la seconde partie de la présente thèse, nous estimons que la mesure du syndicat suédois aurait dû être jugée de « justifiée » à la lumière des droits fondamentaux dont le syndicat jouissait et ne constituait donc pas, à notre avis, une entrave à la libre circulation.

Dès lors, comme, à notre sens, il n'y avait pas de violation, le syndicat n'aurait pas dû être condamné à payer des dommages-intérêts à Laval. Pour autant, le tribunal n'a fait que suivre la Cour de justice qui avait constaté l'entrave. Dans cette mesure, partant d'une violation d'une obligation incombant au syndicat en vertu des libertés de circulation, le tribunal suédois a mis en œuvre la responsabilité du syndicat en conformité avec la jurisprudence de la Cour de justice et le principe général de responsabilité des personnes privées, tel que nous l'avons élaboré ci-dessus.

²⁷⁵⁰ CJUE, arrêt *Raccanelli* précité, aff. 94/07, pt. 51.

²⁷⁵¹ REICH N., « Laval „Vierter Akt“ », *op.cit.*, p. 455.

²⁷⁵² *Ibid.*

²⁷⁵³ *Ibid.*, p. 456.

²⁷⁵⁴ *Ibid.*

Le tribunal suédois a notamment pris en considération le fait que conformément au principe de l'autonomie procédurale, les modalités concrètes de la mise en œuvre de la responsabilité des personnes privées sont régies par le droit national²⁷⁵⁵. Ainsi, le droit national a une fonction de service dans la mesure où il assure l'exécution des obligations découlant du droit de l'Union²⁷⁵⁶.

Le droit de l'Union impose un objectif, à savoir une protection juridictionnelle adéquate et effective, mais non pas une méthode spécifique pour atteindre cet objectif²⁷⁵⁷. Cet objectif accorde aux États membres une certaine marge de manœuvre quant aux modalités de procédure, tout en les obligeant à prévoir un système adéquat et effectif²⁷⁵⁸.

De plus, la primauté du droit de l'Union doit toujours être respectée. Si le droit national ne dispose pas d'instrument juridique approprié pour faire valoir une violation d'un droit conféré par l'Union, en l'occurrence la violation d'un droit à la libre circulation, le droit national doit créer un tel instrument afin d'assurer le respect et l'effet utile des libertés de circulation²⁷⁵⁹.

Dès lors, en absence de dispositions du droit de l'Union, il incombe à l'ordre juridique national de déterminer la juridiction compétente ainsi que les modalités du recours²⁷⁶⁰. Or, ce faisant, les États membres doivent respecter les principes d'efficacité et d'équivalence en faisant en sorte que les modalités procédurales des recours ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union²⁷⁶¹.

Ainsi, la Cour de justice a rappelé dans un arrêt récent de 2019 que « *les modalités d'exercice du droit de demander réparation du préjudice résultant d'une entente ou d'une pratique interdite par l'article 101 TFUE ne doivent pas porter atteinte à*

²⁷⁵⁵ REICH N., « Horizontalhaftung – gibt es einen Beitrag des Gemeinschaftsrechts? », *op.cit.*, p. 151.

²⁷⁵⁶ PERNER S., *op.cit.*, p. 186.

²⁷⁵⁷ *Ibid.*

²⁷⁵⁸ *Ibid.*

²⁷⁵⁹ *Ibid.*

²⁷⁶⁰ REICH N., « Horizontal liability in EC law: Hybridization of remedies for compensation in case of breaches of EC rights », *op.cit.*, p. 737.

l'application effective de cette disposition »²⁷⁶². De ce fait, la Cour de justice constate que « *tout préjudice ayant un lien de causalité avec une infraction à l'article 101 TFUE doit être susceptible de donner lieu à réparation afin d'assurer l'application effective de l'article 101 TFUE et de préserver l'effet utile de cette disposition* »²⁷⁶³.

Il en reste que les modalités concrètes de la mise en œuvre du droit à la réparation sont régies par le droit national. Ceci englobe des questions diverses telles que la compétence, des questions procédurales, les délais de prescription, la répartition de frais²⁷⁶⁴ ou l'attribution de la charge de la preuve²⁷⁶⁵.

Il doit en être de même pour la question de l'étendue de la réparation qui doit, à notre avis, également être régie par le droit interne²⁷⁶⁶. En droit allemand et autrichien, la réparation comprend le dommage positif (*damnum emergens*) et la perte de gain (*lucrum cessans*)²⁷⁶⁷. Des dommages-intérêts punitifs (*punitive* ou *exemplary damages*) doivent seulement être accordés si cela est prévu par le droit interne²⁷⁶⁸.

Comme le droit suédois prévoit de tels dommages-intérêts punitifs, la juridiction suédoise les a accordés dans le cadre du litige qui suivait l'arrêt *Laval* d'une hauteur d'environ 60.000 Euro²⁷⁶⁹.

Ici encore, le caractère hybride des procédures de responsabilité ressort clairement. Le droit national prévoit les modalités du dommage à réparer, notamment le calcul du dommage et l'étendue de la réparation, mais en respectant les principes directeurs du droit de l'Union, en particulier les principes d'efficacité et d'équivalence qui exigent une compensation adéquate du préjudice subi.

L'absence d'indication en droit de l'Union quant à l'évaluation du préjudice, du lien de causalité, de la faute et ainsi de suite est en partie compensée par le fait que les

²⁷⁶¹ CJCE, arrêt *Unibet* précité, aff. C-432/05, pt. 43.

²⁷⁶² CJUE, arrêt *Otis e.a.* précité, aff. C-435/18, pt. 25.

²⁷⁶³ *Ibid.*, pt. 30.

²⁷⁶⁴ REICH N., « Horizontalhaftung - gibt es einen Beitrag des Gemeinschaftsrechts? », *op.cit.*, p. 151.

²⁷⁶⁵ LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 430.

²⁷⁶⁶ Du même avis : EBERS M., *op.cit.*, p. 519 ; PERNER S., *op.cit.*, p. 186.

²⁷⁶⁷ EBERS M., *op.cit.*, p. 519; PERNER S., *op.cit.*, p. 186.

²⁷⁶⁸ EBERS M., *op.cit.*, p. 519.

juges sont habitués à disposer d'une marge dans l'appréciation des différents éléments du litige porté devant eux dans le cadre des procédures en responsabilité²⁷⁷⁰.

De plus, les juges nationaux ne décident pas de manière arbitraire, mais sur le fondement de leur droit national procédural qui contient les indications et instruments nécessaires²⁷⁷¹. Ainsi, le droit national procédural contient généralement des règles relatives à la faute totale ou partielle de la victime ou d'un tiers. De telles règles procédurales doivent servir de base pour le raisonnement du juge lorsqu'il est confronté à une demande en réparation pour violation des obligations incombant à une personne privée en vertu des libertés de circulation.

Si le défendeur invoque la faute totale ou partielle de la victime ou d'un tiers, notamment de l'État, le juge doit se fonder sur les règles nationales en matière de faute de la victime ou d'un tiers pour trouver une solution appropriée dans le cas d'espèce, en respectant les principes d'efficacité et d'équivalence²⁷⁷².

Dans ce contexte, il est intéressant d'effectuer une brève étude comparative examinant si les droits nationaux en Allemagne, en Autriche et en France permettent, en principe, de demander réparation d'un préjudice causé par la violation d'une liberté de circulation par une personne privée.

En droit allemand, la question du fondement juridique pour les demandes de réparation en cas d'une violation des libertés de circulation par une personne privée reste controversée²⁷⁷³. La Cour fédérale de justice allemande ne s'est pas encore prononcée²⁷⁷⁴. La Cour d'appel de Munich a jugé qu'une demande de réparation ne peut pas

²⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 520.

²⁷⁷⁰ LECZYKIEWICZ D., « Private Party Liability in EU Law: In Search of the General Regime », *op.cit.*, p. 271.

²⁷⁷¹ *Ibid.*

²⁷⁷² Cette approche se trouve confirmée par la Cour de justice dans l'arrêt *Brasserie du Pêcheur* dans lequel la Cour a précisé que le juge national peut « vérifier si la personne lésée a fait preuve d'une diligence raisonnable pour éviter le préjudice ou en limiter la portée et si, notamment, elle a utilisé en temps utile toutes les voies de droit qui étaient à sa disposition » : CJCE, arrêt *Brasserie du Pêcheur* précité, aff. C-46/93, pt. 84.

²⁷⁷³ EBERS M., *op.cit.*, p. 518.

²⁷⁷⁴ *Ibid.*

être fondée sur l'article 823, paragraphe 2, du Code civil allemand²⁷⁷⁵, lu en combinaison avec les libertés de circulation²⁷⁷⁶. La Cour d'appel de Munich a notamment considéré que les libertés de circulation ne constituent pas de « lois protectrices » au sens de l'article 823, paragraphe 2, du Code civil allemand²⁷⁷⁷.

Suivant le professeur Ebers²⁷⁷⁸, nous estimons que cette considération est non conforme à la jurisprudence de la Cour de justice qui a, en effet, jugé à maintes reprises que les libertés de circulation engendrent dans le chef des justiciables des droits que les juridictions nationales sont tenues de sauvegarder²⁷⁷⁹. Dès lors, les libertés de circulation devraient être qualifiées de « lois protectrices » au sens de l'article 823, paragraphe 2, du Code civil allemand²⁷⁸⁰.

En droit autrichien, l'article 1311 du Code civil peut servir de base pour des demandes de dommages-intérêts dans la mesure où, tout comme en Allemagne, les libertés de circulation doivent être considérées comme des lois protectrices²⁷⁸¹. Ainsi, il nous semble que l'article 823, paragraphe 2, du Code civil allemand et l'article 1311 du Code civil autrichien constituent la base juridique adéquate pour demander réparation d'un préjudice subi à la suite d'une violation d'origine privée des libertés de circulation.

²⁷⁷⁵ Cette disposition confère des droits de dommages-intérêts en cas de violation d'une loi protectrice. La question est de savoir si les libertés de circulation peuvent être qualifiées de « loi protectrice ». La Cour d'appel de Munich a répondu par la négative.

²⁷⁷⁶ Cour d'appel de Munich (OLG München), 16 janvier 2008, 3 U 1990/07, *EuZW* 2008, p. 773 (spéc. p. 774).

²⁷⁷⁷ EBERS M., *op.cit.*, p. 519.

²⁷⁷⁸ *Ibid.* ; FORSTHOFF U., « Drittwirkung der Grundfreiheiten: Das EuGH-Urteil Angonese », *op.cit.*, p. 397 ; SIEKEMEIER A.-K. et WENDLAND H. M., « § 3. Die binnenmarktrechtliche Niederlassungsfreiheit der Selbstständigen », *op.cit.*, p. 192, pt. 105; Pour une action de dommages-intérêts fondée sur l'article 823, paragraphe 2, Code civil allemand v. aussi : MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 24 ; REICH N., « Horizontal liability in EC law: Hybridization of remedies for compensation in case of breaches of EC rights », *op.cit.*, p. 709.

²⁷⁷⁹ CJCE, arrêt *Walrave* précité, aff. 36/74, pt. 34; CJCE, arrêt *Bosman* précité, aff. C-415/93, pt. 81; CJCE, arrêt *Viking* précité, aff. C-438/05, pt. 66.

²⁷⁸⁰ FRENZ W., *op.cit.*, p. 212.

²⁷⁸¹ PERNER S., *op.cit.*, p. 186; WAGNER E., « Die unmittelbare Drittwirkung der EG-Grundfreiheiten im Privatrecht. Das Ende der Privautonomie? », *op.cit.*, p. 642.

Une demande de réparation doit suivre les modalités « normales » quant au lien de causalité, le dommage, la prescription et ainsi de suite, telles que prévues par le droit procédural allemand et autrichien²⁷⁸².

Dans le cadre de l'effet indirect, l'article 1295 du Code civil autrichien peut servir de base pour demander réparation d'un préjudice subi engageant la responsabilité contractuelle ou délictuelle de la personne privée concernée²⁷⁸³.

Suivant le professeur Reich, nous estimons que les droits allemand et autrichien sont adéquats et effectifs au sens du droit de l'Union²⁷⁸⁴.

En droit français, il convient de distinguer la responsabilité contractuelle de la responsabilité délictuelle. L'article 1240 du Code civil français pose le principe de la responsabilité du fait personnel disposant que « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

Toute violation d'une obligation imposée par la loi engendre une faute civile²⁷⁸⁵. Dès lors, une violation d'une obligation imposée par le droit de l'Union, telle qu'une obligation découlant des libertés de circulation, doit être qualifiée de faute civile²⁷⁸⁶.

Si la violation a sa source dans un contrat, la responsabilité contractuelle est engagée. La responsabilité contractuelle suppose, comme son nom l'indique, l'existence au préalable d'un contrat valable et permet de sanctionner tout défaut dans l'exécution du contrat, à savoir l'inexécution, la mauvaise exécution ou l'exécution tardive²⁷⁸⁷.

²⁷⁸² REICH N., « Horizontal liability in EC law: Hybridization of remedies for compensation in case of breaches of EC rights », *op.cit.*, p. 710.

²⁷⁸³ WAGNER E., « Die unmittelbare Drittwirkung der EG-Grundfreiheiten im Privatrecht. Das Ende der Privatautonomie? », *op.cit.*, p. 643.

²⁷⁸⁴ REICH N., « Horizontal liability in EC law: Hybridization of remedies for compensation in case of breaches of EC rights », *op.cit.*, p. 710.

²⁷⁸⁵ *Ibid.*

²⁷⁸⁶ *Ibid.*

²⁷⁸⁷ FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 2. Responsabilité civile et quasi-contrats*, Paris, Presses universitaires de France, 4^e édition, 2019, p. 28.

En droit français, et contrairement aux droits allemand et autrichien, la responsabilité précontractuelle est une responsabilité délictuelle puisqu'un contrat n'a pas encore été conclu²⁷⁸⁸. Lorsqu'un dommage a été causé, il convient d'abord de vérifier l'existence d'un contrat. À la suite du principe de non-cumul qui gouverne le droit français, il n'est pas possible de demander la réparation d'un dommage sur le fondement de la responsabilité délictuelle si le dommage se rattache à l'exécution d'un contrat²⁷⁸⁹.

La responsabilité contractuelle, régie dans les articles 1231 à 1231-7 du Code civil français, vise à réparer le préjudice causé par l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat²⁷⁹⁰. L'inexécution du contrat peut être totale ou partielle²⁷⁹¹. Elle peut porter sur une obligation principale ou accessoire du contrat²⁷⁹².

Ainsi, une violation des obligations découlant des libertés de circulation dans le cadre de l'exécution d'un contrat peut, à notre avis, engager la responsabilité contractuelle de l'auteur de l'entrave.

En l'absence d'une relation contractuelle entre l'auteur du dommage et la victime ou lorsque le dommage ne provient pas de l'inexécution d'une obligation contractuelle, la responsabilité extracontractuelle du droit commun devrait s'appliquer²⁷⁹³.

En droit français, la faute est une faute exclusivement objective qui ne nécessite plus un élément subjectif depuis que l'élément moral a été supprimé en 1984²⁷⁹⁴. Conformément à l'article 1240 du Code civil français, tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

L'élément matériel de la faute est, dès lors, large, englobant tout type d'acte ou de fait, des actes positifs que des actes négatifs, c'est-à-dire des abstentions ou omis-

²⁷⁸⁸ *Ibid.*

²⁷⁸⁹ *Ibid.*, p. 29.

²⁷⁹⁰ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op.cit.*, p. 529, pt. 933.

²⁷⁹¹ LE TOURNEAU Ph., *La responsabilité civile*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 55.

²⁷⁹² *Ibid.*

²⁷⁹³ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op.cit.*, p. 584.

²⁷⁹⁴ FABRE-MAGNAN M., *op.cit.*, p. 98.

sions²⁷⁹⁵. En surplus de l'élément matériel, la faute nécessite un élément d'illicéité²⁷⁹⁶. Un acte est illicite lorsqu'il est contraire à la loi ou lorsqu'il n'aurait pas été commis par une personne raisonnable²⁷⁹⁷.

Ainsi, l'atteinte à un intérêt spécialement protégé par la loi, tel que la vie privée ou la dignité de la personne humaine, constitue aussi bien une faute que la violation d'une norme légale et même un acte qui n'est pas formellement illégal, c'est-à-dire contraire à la lettre d'un texte, mais qui est contraire à ce qu'aurait fait une personne raisonnable²⁷⁹⁸.

En revanche, le caractère intentionnel de l'acte n'est pas une condition de mise en œuvre de la responsabilité civile en droit français. Conformément à l'article 1241 du Code civil, chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

La réparation du préjudice doit couvrir l'intégralité du préjudice subi, sans perte ni profit pour la victime²⁷⁹⁹. La victime doit être placée aussi exactement que possible dans la situation dans laquelle elle serait si l'acte dommageable ne s'était pas produit²⁸⁰⁰. La réparation vise donc, dans la mesure du possible, le rétablissement du *status quo ante*²⁸⁰¹. Contrairement au droit anglais et allemand, le droit français n'impose pas d'obligation de la victime de minimiser son dommage²⁸⁰².

Le droit français de la responsabilité civile est fortement lié à la jurisprudence²⁸⁰³. À travers une interprétation évolutive des articles 1240 à 1244 du Code civil, le juge français a développé le régime de la responsabilité civile²⁸⁰⁴. De ce fait, le régime français de responsabilité est particulièrement flexible, ce qui permet, à notre avis,

²⁷⁹⁵ *Ibid.*

²⁷⁹⁶ *Ibid.*, p. 99.

²⁷⁹⁷ *Ibid.*

²⁷⁹⁸ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op.cit.*, p. 43, pt. 52.

²⁷⁹⁹ FABRE-MAGNAN M., *op.cit.*, p. 489 ; MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op.cit.*, p. 143, pt. 238.

²⁸⁰⁰ FABRE-MAGNAN M., *op.cit.*, p. 490.

²⁸⁰¹ *Ibid.*

²⁸⁰² *Ibid.*, p. 491.

²⁸⁰³ FABRE-MAGNAN M., *op.cit.*, p. 505.

²⁸⁰⁴ *Ibid.*

d'incorporer facilement les préjudices subis du fait d'une entrave d'origine privée aux libertés de circulation.

Même si le droit français se prête particulièrement bien à accueillir des demandes de réparation pour les préjudices subis du fait d'une entrave d'origine privée aux libertés de circulation, nous estimons que de telles demandes peuvent également être soulevées en droit allemand, autrichien et anglais.

Reste à savoir si le droit national peut maintenir le critère de faute pour établir la responsabilité des personnes privées du fait d'une violation d'une liberté de circulation. Le professeur Reich estime que la responsabilité des personnes privées doit suivre les grandes lignes de la jurisprudence établies en matière de la responsabilité des États membres, qui ne prévoit pas de critère de faute, mais seulement la condition d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle du droit de l'Union²⁸⁰⁵.

Le professeur Reich considère que cette condition doit également être introduite dans les procédures relatives à la responsabilité des personnes privées du fait d'une violation d'une liberté de circulation, en renonçant au critère de la faute²⁸⁰⁶.

La professeure Wagner, en revanche, plaide pour le maintien du critère de la faute, si la procédure civile interne des États membres le prévoit²⁸⁰⁷. Elle estime que le maintien d'un tel critère suit de l'autonomie procédurale des États membres²⁸⁰⁸. Si le droit national prévoit un critère de faute pour les procédures civiles nationales, un tel critère doit également être appliqué en matière d'entraves d'origine privée aux libertés de circulation, c'est-à-dire dans le cadre des procédures engagées pour demander la

²⁸⁰⁵ REICH N., « Horizontal liability in EC law: Hybridization of remedies for compensation in case of breaches of EC rights », *op.cit.*, p. 716 s.

²⁸⁰⁶ *Ibid.*

²⁸⁰⁷ WAGNER E., « Die unmittelbare Drittwirkung der EG-Grundfreiheiten im Privatrecht. Das Ende der Privautonomie? », *op.cit.*, p. 642.

²⁸⁰⁸ *Ibid.*

réparation d'un préjudice subi du fait de la violation d'une obligation découlant d'une liberté de circulation²⁸⁰⁹.

Même si les arguments avancés par la professeure Wagner sont pertinents, nous suivons plutôt le professeur Reich et considérons que la notion de faute doit être incorporée dans celle de la violation suffisamment caractérisée qui doit devenir la notion clé dans le cadre des procédures portant sur une violation du droit de l'Union. Nous partageons notamment l'avis du professeur Reich selon lequel il faut établir un principe général de responsabilité des personnes privées pour les violations des obligations qui leur incombent en vertu du droit de l'Union.

Ce principe général de responsabilité des personnes privées doit être en harmonie avec celui en matière de la responsabilité des États membres et incorporer la jurisprudence *Courage* et *Manfredi*. Il nécessite un régime cohérent et unifié, c'est pourquoi nous plaidons pour une transposition des trois critères, élaborés ci-dessus, aux violations des obligations incombant aux personnes privées, dont notamment les violations des libertés de circulation.

Le recours à la notion de violation suffisamment caractérisée permet d'assurer un régime cohérent. De plus, c'est une notion souple qui permet de prendre en considération un grand nombre d'éléments, dont des éléments de faute.

À notre avis, il appartient au juge national de déterminer au cas par cas si la violation commise par la personne privée constitue une violation « suffisamment caractérisée » du droit de l'Union²⁸¹⁰.

Nous voulons rappeler que dans l'arrêt *Dillenkofer*, la Cour de justice a précisé qu'une « violation est suffisamment caractérisée lorsqu'une institution ou un État membre, dans l'exercice de son pouvoir normatif, a méconnu, de manière manifeste et grave, les limites qui s'imposent à l'exercice de ses pouvoirs (...) et, d'autre part, dans l'hypothèse où l'État membre en cause, au moment où il a commis l'infraction,

²⁸⁰⁹ WAGNER E., « Die unmittelbare Drittwirkung der EG-Grundfreiheiten im Privatrecht. Das Ende der Privautonomie? », *op.cit.*, p. 642.

²⁸¹⁰ REICH N., « Horizontalhaftung - gibt es einen Beitrag des Gemeinschaftsrechts? », *op.cit.*, p. 151.

n'était pas confronté à des choix normatifs et disposait d'une marge d'appréciation considérablement réduite, voire inexistante, la simple infraction au droit communautaire peut suffire à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée »²⁸¹¹.

La Cour de justice a précisé que le juge devra prendre en considération « *le degré de clarté et de précision de la règle violée, l'étendue de la marge d'appréciation que la règle enfreinte laisse aux autorités nationales ou communautaires, le caractère intentionnel ou involontaire du manquement commis ou du préjudice causé, le caractère excusable ou inexcusable d'une éventuelle erreur de droit, la circonstance que les attitudes prises par une institution communautaire ont pu contribuer à l'omission, à l'adoption ou au maintien de mesures ou de pratiques nationales contraires au droit communautaire »²⁸¹².*

Ainsi, la notion de violation suffisamment caractérisée englobe un grand nombre d'éléments objectifs et subjectifs dont le juge national doit tenir compte. La notion nous paraît suffisamment souple pour l'adapter aux violations émanant d'une personne privée.

Certes, des adaptations peuvent être nécessaires. Nous estimons notamment que le caractère intentionnel ou involontaire ainsi que le caractère excusable ou inexcusable d'une erreur de droit doivent jouer un rôle plus important dans le cadre de l'examen de la responsabilité d'une personne privée.

D'une manière générale, nous sommes d'avis que les éléments subjectifs d'une violation doivent davantage être pris en compte par le juge. De plus, il nous semble nécessaire de tenir compte du fait que la jurisprudence en matière des entraves d'origine privée n'est pas aussi constante et établie qu'en matière des entraves d'origine étatique. Ceci doit, à notre avis, être pris en compte dans le cadre de la qualification d'une violation comme violation suffisamment caractérisée.

²⁸¹¹ CJCE, arrêt *Dillenkofer* précité, aff. jts. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 et C-190/94, pt. 25.

²⁸¹² CJCE, arrêt *Brasserie du Pêcheur* précité, aff. jts. C-46/93 et C-48/93, pt. 56.

S'il n'est pas clair si une obligation incombe ou non à une personne privée, une violation de cette obligation, une fois établie, ne devrait en règle générale pas être considérée comme une violation suffisamment caractérisée. Si, en revanche, une telle obligation de respecter les libertés de circulation peut être déduite de la jurisprudence, la violation constituera régulièrement une violation suffisamment caractérisée.

Comme étudié en détail dans la première partie de la présente thèse, la jurisprudence est désormais établie en ce qui concerne l'effet horizontal direct de la libre circulation des travailleurs ainsi que des mesures émanant d'une puissance intermédiaire qui détient un pouvoir exorbitant. Tout comme le professeur Reich, nous estimons que de telles entraves doivent, en règle générale et en absence d'autres éléments, être qualifiées comme violations suffisamment caractérisées²⁸¹³.

Toutefois, il serait souhaitable que la Cour de justice se prononce quant au régime applicable en matière de la responsabilité des personnes privées pour violation des obligations qui leur incombent en vertu des libertés de circulation et de dresser les grandes lignes d'un principe général de responsabilité des personnes privées. En absence de jurisprudence en la matière, les juridictions nationales sont obligées de faire un renvoi préjudiciel si elles sont confrontées à des questions portant sur la responsabilité des personnes privées pour violation du droit de l'Union.

En ce qui concerne la mise en œuvre concrète des demandes de réparation, il convient de distinguer plusieurs scénarios, notamment l'effet horizontal direct de l'effet horizontal indirect.

Si un État membre a manqué à son obligation de protection et a, de ce fait, causé un préjudice à un particulier, ce dernier peut saisir les juridictions nationales. Une violation de l'obligation de protection engage la responsabilité de l'État membre. Le juge

²⁸¹³ REICH N., « Horizontal liability in EC law: Hybridization of remedies for compensation in case of breaches of EC rights », *op.cit.*, p. 716.

national devra apprécier si les trois critères pour établir la responsabilité de l'État sont remplis.

Le premier critère est « automatiquement » rempli en matière des entraves aux libertés de circulation puisque les libertés de circulation confèrent indéniablement des droits subjectifs aux particuliers. Si, ensuite, la violation de l'obligation de protection constitue une violation suffisamment caractérisée et si le juge national peut établir un lien de causalité entre la violation et le dommage, il devra condamner l'État membre en cause à des dommages-intérêts, selon les modalités de son droit national, sous respect des principes d'efficacité et d'équivalence.

Si la personne lésée veut réclamer des dommages-intérêts auprès d'une personne privée, il faut distinguer les cas de l'effet horizontal direct de ceux de l'effet horizontal indirect. Dans le titre 2 de la première partie de la présente thèse, nous avons élaboré un système selon lequel les libertés de circulation s'appliquent, en règle générale, de manière indirecte aux personnes privées. Seulement dans certains cas, elles s'appliquent directement aux personnes privées. Tel est le cas pour l'employeur qui doit respecter la libre circulation des travailleurs ainsi que pour les mesures émanant d'une puissance intermédiaire qui détient un pouvoir exorbitant susceptible de réglementer l'accès au marché²⁸¹⁴.

En présence d'un scénario où les libertés de circulation déploient un effet horizontal direct, la personne lésée peut directement invoquer les libertés de circulation et demander réparation du préjudice subi selon les modalités du droit national.

En présence d'un scénario où les libertés de circulation déploient un effet horizontal indirect, la personne privée peut invoquer une norme nationale qui aurait été violée par le non-respect des libertés de circulation. Le juge national doit alors interpréter le droit national, dont notamment les clauses générales, à la lumière des libertés de circulation.

²⁸¹⁴ Pour plus d'information, comp. Partie I, Titre 2, Chapitre 2.

Si, ce faisant, le juge national constate qu'un acte ou un contrat est illicite parce qu'il est non-conforme aux libertés de circulation, la personne lésée peut demander réparation du préjudice subi du fait d'une violation des libertés de circulation par l'auteur de l'entrave. Même si dans le cadre de l'effet indirect les libertés de circulation sont médiatisées par le droit national, le droit à la réparation du préjudice subi est assuré.

Nous pouvons en conclure qu'une personne qui a subi un préjudice du fait d'une violation d'une obligation incombant à un État membre ou une personne privée en vertu des libertés de circulation peut demander réparation du dommage subi. En cas de concurrence de responsabilité entre l'État membre et la personne privée auteure de l'entrave, l'État membre peut introduire des actions récursoires à l'encontre de la personne privée (et vice-versa) si le droit national prévoit une telle possibilité²⁸¹⁵.

Appliquant ces réflexions à titre d'exemple aux affaires *Bosman* et *Angonese*, nous pouvons dresser le cadre suivant :

Les clauses de transfert contraires aux libertés de circulation sont nulles²⁸¹⁶. Monsieur Bosman peut demander réparation du préjudice subi du fait de son empêchement à accepter l'offre d'un autre club²⁸¹⁷.

Monsieur Angonese peut éventuellement demander réparation du préjudice subi du fait du refus de la banque de Bolzano d'accepter un autre moyen de preuve de son bilinguisme que le *patentino*²⁸¹⁸. Il pourrait notamment demander la compensation des éventuels frais de candidature qu'il a dépensés en vain.

²⁸¹⁵ SÄUBERLICH U., *op.cit.*, p. 261.

²⁸¹⁶ WAGNER E., « Die unmittelbare Drittwirkung der EG-Grundfreiheiten im Privatrecht. Das Ende der Privatautonomie? », *op.cit.*, p. 643.

²⁸¹⁷ *Ibid.*

²⁸¹⁸ *Ibid.*

Les importateurs espagnols lésés par les actes violents commis par les agriculteurs français pourraient demander réparation des dommages subis à l'encontre des agriculteurs français dans le cadre de la responsabilité délictuelle²⁸¹⁹.

Le juge national doit interpréter les normes concernées, telles que la protection de la propriété, à la lumière des libertés de circulation²⁸²⁰. Il en est de même pour les obligations contractuelles découlant du droit national qui doivent être interprétées par le juge national en conformité avec les libertés de circulation, assurant ainsi leur respect et protection.

Ces exemples démontrent les conséquences juridiques variées des entraves d'origine privée aux libertés de circulation dans le cadre des litiges entre personnes privées. Parmi ces conséquences juridiques potentielles, nous pouvons notamment citer l'exclusion des normes contraires aux traités constitutifs et la réparation adéquate. Ainsi, ce chapitre nous a permis de dresser un régime adéquat applicable à la mise en œuvre des entraves d'origine privée.

Même si le régime que nous avons élaboré ci-dessus vise à incorporer au maximum le droit de l'Union et notamment la jurisprudence de la Cour de justice afin de créer un régime harmonieux et cohérent, nous ne pouvons que regretter l'absence de jurisprudence en la matière. Il serait souhaitable que la Cour de justice comble cette lacune en se prononçant de manière explicite sur les conséquences d'une entrave d'origine privée pour les litiges entre personnes privées et les modalités de leur mise en œuvre, ce qu'elle a malheureusement manqué de faire jusqu'à présent. Nous attendons avec impatience des renvois préjudiciels en la matière pour éclairer les points en suspens. En vue du nombre croissant des entraves d'origine privée, de tels renvois préjudiciels ne devraient pas tarder.

²⁸¹⁹ *Ibid.*

²⁸²⁰ *Ibid.*

Conclusion

Au terme de cette étude, il apparaît qu'il est désormais majoritairement reconnu que les mesures d'origine privée sont susceptibles d'entraver les libertés de circulation. Or le fondement et l'étendue d'un assujettissement des personnes privées au respect des obligations découlant des libertés de circulation restent controversées.

L'objectif principal de cette étude était dès lors d'établir les contours et les limites d'un effet horizontal des libertés de circulation.

L'interprétation des traités constitutifs a montré les insuffisances des interprétations littérales et systémiques, ces insuffisances nécessitant une analyse approfondie de la finalité des traités. L'interprétation téléologique a permis de démontrer que le marché intérieur présente un caractère évolutif qui implique de tenir compte de tous les changements socio-économiques susceptibles de porter atteinte à son bon fonctionnement et de mettre l'accent sur l'*effet* d'une mesure restrictive et non pas sur la qualité de son auteur.

Ceci est reflété par la jurisprudence de la Cour de justice qui semble également mettre un accent sur l'effet d'une mesure. Or la jurisprudence en matière d'entraves d'origine privée n'est pas uniforme.

La Cour de justice a développé une jurisprudence riche en matière de libre circulation des personnes et des services. En mettant l'accent sur l'effet utile, elle en a déduit qu'en cas de mesures collectives d'origine privée, l'interdiction de toute restriction à la libre circulation des personnes et des services s'étend aussi bien aux mesures discriminatoires qu'aux mesures indistinctement applicables.

De plus, en matière de libre circulation des travailleurs, l'interdiction de toute discrimination s'impose non seulement aux mesures collectives, mais également aux contrats entre particuliers. En ce qui concerne la libre circulation des capitaux et des

moyens de paiement, la Cour de justice n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer au sujet des entraves d'origine privée.

Cependant, en matière de libre circulation des marchandises, la Cour de justice a adopté, pendant longtemps, une autre approche, refusant de manière catégorique la reconnaissance d'un effet horizontal. L'arrêt *Fra.Bo*²⁸²¹ de 2011 semble avoir changé cette approche divergente en assujettissant un organisme privé de normalisation au respect des obligations découlant de la libre circulation des marchandises.

Parallèlement, la Cour de justice a développé une jurisprudence imposant aux États membres une obligation de protection de la libre circulation des marchandises.

L'ambiguïté de la jurisprudence et les enjeux multiples de la reconnaissance d'un effet horizontal aux libertés de circulation ont suscité une forte controverse doctrinale²⁸²², couvrant tout le spectre de solutions possibles : de la reconnaissance pleine et entière d'un effet direct horizontal de toutes les libertés de circulation²⁸²³ au refus total²⁸²⁴, avec, entre les deux, des solutions différenciées²⁸²⁵ selon les libertés de circulation et/ou le caractère d'entrave.

²⁸²¹ CJUE, 12 juillet 2012, *Fra.Bo*, aff. C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453.

²⁸²² V. dans le même sens : MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *EuR*, 2014, p. 3.

²⁸²³ Comp. p. ex. : PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 638 ; PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », in MICHEL V. (dir.), *1992- 2012 : 20 ans de marché intérieur. Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Paris, Bruylant, 2014, p. 119 ; MÜLLER-GRAFF P.-C., « Direct Horizontal Effect of the Transnational Market Access Freedoms of the Internal Market », in AMTENBRINK F., DAVIES G., KOCHENOV D. (éds.) *et al.*, *The Internal Market and the Future of European Integration : Essays in Honour of Laurence W. Gormley*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 32 ; MÜLLER-GRAFF P.-C. « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *op.cit.*, p. 3 ; PERNER S., *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*, Wien, Mohr Siebeck, 2013 ; ROTH W.-H., « Die horizontale Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit (Art 34 AEUV) », *EWS*, 2013, n° 1-2, p. 16 ; SCHAEFER D., *Die unmittelbare Wirkung des Verbots der nichttarifären Handelshemmnisse (Art. 30 EWGV) in den Rechtsbeziehungen zwischen Privaten: Probleme der horizontalen unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts*, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 1987 ; FÖRSTER Ph., *Die unmittelbare Drittwirkung der Europäischen Grundfreiheiten, Zur Dogmatik des Adressatenkreises von Pflichten der EG-Grundfreiheiten*, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 2007 ; LÖWISCH St., *Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2009.

²⁸²⁴ Comp. p. ex. : GRABER R., *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, München, Herbert Utz Verlag, 2002 ; STREINZ R. et LEIBLE St., « Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten », *EuZW*, 2000, n° 15, p. 459 ; RIESENHUBER K., *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin, De Gruyter Recht, 2003 ; KÖRBER T., *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.

Quant à la généralisation pleine et entière de l'effet horizontal direct, il a été démontré que celle-ci présenterait l'avantage de la simplicité et de l'unité du régime applicable, mais comporte également de nombreux risques.

D'une part, la généralisation pleine et entière de l'effet horizontal obligerait chaque personne privée à respecter pleinement les obligations découlant des libertés de circulation, ce qui limiterait considérablement son autonomie privée.

D'autre part, une telle généralisation conduirait à une vaste réglementation des mesures d'origine privée par le juge européen. Une telle réglementation par le juge est susceptible de porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs et comporte le risque d'une surréglementation des actes et comportements émanant des personnes privées, ce qui conduirait *de facto* à une harmonisation forcée du droit privé des États membres par le juge.

Par conséquent, il convenait de trouver un juste milieu entre une absence de contrôle, susceptible de compromettre le bon fonctionnement du marché intérieur, et un excès de contrôle. Il fallait élaborer une solution différenciée des effets horizontaux en reconnaissant un effet horizontal direct variable selon les circonstances.

Ce faisant, nous avons identifié deux critères de différenciation : le degré variable de la dimension sociale des libertés de circulation et la présence d'une inégalité manifeste entre les acteurs privés.

Quant au premier critère de différenciation, il s'est avéré que la relation de travail est marquée par un déséquilibre entre l'employeur et le salarié, ce qui réduit considérablement l'autonomie privée du salarié. Ces spécificités inhérentes aux relations de travail se manifestent également dans le cadre de la libre circulation des travailleurs.

²⁸²⁵ Comp. p. ex. : DUBOUT E, « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », in DUBOUT E. et MAITROT DE LA MOTTE A. (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 105 ; BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. et al., *Commentaire Mégret. Introduction au marché intérieur : libre circulation des marchandises*, vol. 1, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 3^e édition, 2015 ; LENGAUER A.-M., *Drittwirkung von Grundfreiheiten : Ein Beitrag zu dem Konzept des Normadressaten im Gemeinschaftsrecht*, Wien, Springer Verlag, 2010 ; PREEDY K., *Bindung Privater an die Grundfreiheiten*, Berlin, Duncker und Humblot, 2005.

La Cour de justice tient compte des spécificités de la libre circulation des travailleurs en obligeant les employeurs à respecter le principe de non-discrimination en raison de la nationalité et du sexe.

Au vu de cette jurisprudence et notamment du déséquilibre existant entre l'employeur et le travailleur, il est cohérent que la libre circulation des travailleurs constitue de nos jours la seule liberté de circulation pour laquelle la Cour de justice a qualifié une mesure individuelle d'origine privée d'entrave à la libre circulation.

Quant à la question de savoir si l'effet direct de la libre circulation des travailleurs doit être limité aux mesures discriminatoires ou étendu aux mesures indistinctement applicables, il s'est avéré qu'un autre critère doit être déterminant, celui de la capacité de l'employeur de réglementer l'accès au marché du travail.

Or, l'étude a démontré que la potentialité d'une inégalité manifeste entre personnes privées n'est pas limitée aux relations de travail. Certaines personnes privées disposent d'un tel pouvoir que la relation entre les acteurs privés devient une relation manifestement inégale.

Le second critère de différenciation identifié constitue donc la présence d'une inégalité manifeste entre les acteurs privés. Pour identifier la présence d'une telle inégalité, il faut se poser la question de savoir si une personne privée détient - par rapport à une autre personne privée - un pouvoir comparable au pouvoir étatique.

Le critère le plus pertinent pour identifier un pouvoir exorbitant dans le cadre des libertés de circulation est celui du « *pouvoir de réglementer l'entrée sur le marché* »²⁸²⁶.

Ce critère, employé par la Cour de justice dans l'arrêt *Fra.Bo.*, présente l'avantage de constituer un critère proprement européen. Ainsi, le recours audit critère permet d'établir un système harmonieux des entraves aux libertés de circulation.

²⁸²⁶ CJUE, arrêt *Fra.Bo.* précité, aff. C-171/11, pt. 31 ; v. aussi DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 115.

En dehors des deux critères de différenciation établis, il n'est pas nécessaire de reconnaître un effet horizontal direct aux libertés de circulation afin d'assurer leur efficacité.

L'étude a dès lors permis d'établir que toutes les libertés de circulation déploient un effet horizontal indirect. De plus, l'obligation de protection impose aux États membres de protéger les libertés de circulation et d'assurer leur respect, y compris dans les relations entre personnes privées. Plus encore, l'effet horizontal direct s'impose en présence des deux critères établis ci-dessus.

Or, la reconnaissance d'un effet horizontal des libertés de circulation pose nécessairement la question de savoir quelles justifications sont de nature à être invoquées par les personnes privées.

Un examen des dérogations consacrées par les traités constitutifs a permis de constater que les justifications textuelles prévues dans le cadre de la libre circulation des personnes, de la libre prestation des services et de la libre circulation des capitaux et des moyens de paiement sont étroitement liées aux prérogatives de l'État et ne se prêtent guère à être invoquées par les personnes privées.

Alors que les motifs dérogatoires prévus dans le cadre de la libre circulation des marchandises sont moins marqués par l'intérêt public, ils ne suffisent pas non plus à tenir compte des intérêts privés.

En ce qui concerne les raisons impérieuses d'intérêt général, il convient de constater que celles-ci sont variées. Certaines se prêtent bien à une revendication par les personnes privées²⁸²⁷. Cependant, développées pour les entraves émanant des États membres, elles ne suffisent pas pour tenir dûment compte des droits et libertés dont disposent les personnes privées.

²⁸²⁷ Du même avis : PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 648. Du même avis : LENGAUER A.-M., *op.cit.*, p. 373.

Jusqu'à présent, la Cour de justice s'est limitée à affirmer que les justifications textuelles et jurisprudentielles peuvent être invoquées par les personnes privées²⁸²⁸, prétendant que la nature privée d'une mesure n'a aucune incidence sur la portée et le contenu des justifications.

Or, l'assujettissement des personnes privées aux obligations découlant des libertés de circulation suppose comme corolaire l'élaboration d'un régime adéquat de justifications invocables par les personnes privées. Il convient notamment de tenir compte du fait que les personnes privées disposent de l'autonomie privée et sont titulaires des droits fondamentaux, protégés tant au niveau national des États membres qu'au niveau européen.

Ayant analysé les droits fondamentaux consacrés par la Charte, nous avons constaté que différentes dispositions de la Charte se prêtent bien à être invoquées par les personnes privées pour justifier une entrave²⁸²⁹.

Suivant les considérations²⁸³⁰ de l'Avocate générale Trstenjak dans l'affaire *Fra.Bo* ainsi que celles de nombreux auteurs de la doctrine²⁸³¹, il a été établi que les personnes privées peuvent se prévaloir des (i) dérogations textuelles, (ii) des justifications jurisprudentielles qu'il conviendrait de qualifier, dans le contexte privé, de

²⁸²⁸ CJCE, arrêt *Bosman* précité, aff. C415/93, pt. 86.

²⁸²⁹ Peuvent être donnés comme exemples la liberté d'association et de réunion (article 12, paragraphe 1 de la Charte), la liberté professionnelle et le droit de travailler (article 15, paragraphe 1 de la Charte), la liberté d'entreprise (article 16 de la Charte), l'interdiction de discrimination (article 21 de la Charte) ainsi que les divers droits économiques et sociaux consacrés dans le chapitre IV de la Charte intitulé « Solidarité ».

²⁸³⁰ Conclusions de l'AG Trstenjak du 28 mars 2012 sur l'affaire *Fra.Bo*, aff. C-171/11, ECLI:EU:C:2012:176.

²⁸³¹ V. p. ex. PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : Une nouvelle denrée communautaire ? », *op.cit.*, p. 651 ; DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 105 ; PREEDY K., *op.cit.*, p. 172 ; NOWAK C., « Unionsrechtliche Rechtfertigungsmöglichkeiten für Grundfreiheitseingriffe durch Private », in STUMPF C., KAINER F. et BALDUS Ch. (éd.), *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht: Privatinitiative und Gemeinwohlorizonte in der europäischen Integration: Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag am 29. September 2015*, Baden-Baden, Nomos, 2015, p. 481 ; KADDOUS Ch., « Droits de l'homme et libertés de circulation : complémentarité ou contradiction ? », in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 579 ; WALKILA S., *Horizontal effect of fundamental rights in EU law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2016, p. 73 ; ALEMANNINO A., « À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts "Schmidberger" et "Omega" », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2004, n° 3, p. 750.

« raisons spécifiques relevant d'un intérêt privé », (iii) de l'autonomie privée et des droits fondamentaux.

En ce qui concerne les dérogations textuelles et les raisons spécifiques relevant d'un intérêt privé, celles-ci devraient être soumises au régime « classique » des dérogations, suivant le schéma établi par les traités et la jurisprudence de la Cour de justice, mais en accordant une marge de manœuvre plus vaste aux personnes privées pour la poursuite de leurs intérêts privés.

Cependant, en cas d'un conflit entre une liberté de circulation et un droit fondamental, il ne faut pas opérer un examen classique de dérogation, mais procéder à une mise en balance entre la libre circulation et le droit fondamental.

Dans le cadre d'une telle mise en balance, le principe de concordance pratique qui vise à concilier les intérêts conflictuels de manière à assurer la meilleure réalisation des deux afin d'arriver à un point de conciliation optimale, s'avère le plus utile pour résoudre le conflit entre libre circulation et droit fondamental.

En effectuant une telle mise en balance, il faut procéder à un double contrôle de proportionnalité, examinant non seulement la proportionnalité de la mesure restrictive, mais aussi l'atteinte (potentielle) aux droits fondamentaux en cause.

Les entraves d'origine privée sont dès lors également soumises à un contrôle - adapté - de proportionnalité. De plus, les mesures d'origine privée sont soumises à l'interdiction de restriction déguisée et de discrimination arbitraire.

Quant aux conséquences juridiques d'une entrave d'origine privée, les dispositions relatives aux libertés de circulation ne les indiquent pas. La Cour de justice, quant à elle, ne s'est pas encore prononcée.

Pour l'instant, la jurisprudence de la Cour de justice se limite à la responsabilité des États membres pour non-respect des obligations qui leur incombent en vertu du droit de l'Union ainsi qu'à la responsabilité des personnes privées pour violation du droit européen de la concurrence.

Cependant, l'analyse de cette jurisprudence ainsi que l'effet utile et l'efficacité des libertés de circulation laissent présumer qu'une entrave d'origine privée doit entraîner des conséquences juridiques au profit de la personne privée atteinte par l'entrave.

Il incombera au juge national d'assurer la protection juridictionnelle effective des droits subjectifs consacrés par les libertés de circulation. Ainsi, le droit national doit prévoir des voies de recours adéquates et efficaces en cas de violation d'une liberté de circulation par une personne privée.

Même si les modalités de mise en œuvre des voies de recours sont régies par le droit national, ce dernier doit respecter les principes d'efficacité et d'équivalence.

Deux issues juridiques peuvent être détectées à la suite d'une entrave d'origine privée : l'exclusion des normes contraires aux traités constitutifs et la réparation adéquate.

Un accord entre personnes privées qui est constitutif d'une entrave non justifiée à l'une des libertés de circulation entraîne donc la nullité (partielle ou totale) du contrat. De plus, une personne lésée peut demander réparation du préjudice subi du fait d'une entrave d'origine privée.

Les modalités de la mise en œuvre du droit à la réparation sont régies par le droit national, sous respect des principes d'équivalence et d'efficacité et en tenant compte de la jurisprudence établie par la Cour de justice en matière de la responsabilité des États membres ainsi qu'en matière de la responsabilité des personnes privées pour violation du droit européen de la concurrence.

En définitive, il nous paraît permis de considérer que la combinaison des effets horizontaux permet de tenir compte des particularités liées à la personne privée tout en assurant l'effectivité du marché intérieur.

L'appréhension des entraves d'origine privée nécessite, en effet, de ne jamais perdre de vue deux facteurs : la personne privée, titulaire des droits fondamentaux et de l'autonomie privée, et le bon fonctionnement du marché intérieur.

Tout au long du contrôle d'une mesure d'origine privée, que ce soit sous forme de l'effet direct ou indirect, il convient de tenir compte des spécificités inhérentes à la personne privée.

Une telle appréhension des entraves d'origine privée, de leur qualification à l'examen des justifications invocables et des conséquences juridiques qu'elles entraînent, place la personne privée au centre de l'analyse tout en assurant le bon fonctionnement du marché intérieur.

Elle permet d'effectuer une conciliation nécessaire mais difficile : celle des libertés de circulation et des droits fondamentaux, entre la finalité économique et la finalité sociale de l'Union.

En effet, l'examen des entraves d'origine privée fait apparaître un conflit existant au cœur de la construction européenne et qui va s'amplifier dans les années à venir, celui des objectifs économiques et des objectifs politiques, sociaux et environnementaux de l'Union.

Ainsi, les entraves d'origine privée suscitent une question fondamentale : où va l'Union européenne ? Trouver une réponse équilibrée et satisfaisante à cette question va être essentiel pour la future acceptation de l'Union européenne par ses citoyens.

L'assujettissement des personnes privées au respect des obligations découlant des libertés de circulation, de manière directe ou indirecte, leur impose de développer une certaine « *conscience réflexive européenne* », comme l'a constaté le professeur Dubout²⁸³².

Même s'il a été établi dans cette étude que ceci est nécessaire pour assurer l'effectivité du marché intérieur, l'Union européenne doit atténuer cette obligation en permettant aux personnes privées de défendre leurs intérêts. Car le développement progressif d'une conscience réflexive européenne a pour conséquence que les personnes privées sont de plus en plus conscientes de certains effets négatifs que la libre

²⁸³² DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », *op.cit.*, p. 107 s.

circulation peut entraîner, dont notamment les effets négatifs d'une délocalisation ou les risques d'un dumping social.

De plus, le développement progressif d'une conscience réflexive européenne a également pour effet que les personnes privées deviennent conscientes de la nécessité de lutter pour la protection de certaines valeurs et objectifs non seulement au niveau national, mais aussi au niveau européen.

Ceci concerne notamment la lutte pour la préservation de l'environnement et de la santé, la préservation et l'amélioration des conditions de vie et de travail ainsi que la préservation des droits sociaux et droits du travail acquis.

Il est donc nécessaire que la Cour de justice établisse un régime cohérent en matière d'entraves d'origine privée, en tenant suffisamment compte des intérêts privés et des droits fondamentaux et en prenant position quant aux conséquences juridiques d'une entrave d'origine privée.

Nous sommes convaincues que ces questions vont être posées dans les années à venir, la question de l'effet horizontal des libertés de circulation jouera certainement un rôle de plus en plus important dans la jurisprudence de la Cour de justice. Elle sera inévitablement amenée à prendre position.

Or, il ne suffit pas que la Cour de justice se prononce au sujet des questions susposées. Il est également nécessaire d'engager un dialogue au niveau européen sur la direction future de l'Union européenne, l'équilibre à trouver entre la finalité économique et la finalité sociale de l'Union et enfin, sur la place des personnes privées et de leurs intérêts au sein de l'Union.

L'issue de ce dialogue déterminera si les personnes privées approfondiront volontairement une conscience réflexive européenne, jouant ainsi un rôle actif dans la création de l'avenir de l'Europe, ou si elles auront l'impression que l'Union ignore leurs intérêts et n'assure pas suffisamment la protection de leurs droits, ce qui aurait pour conséquence que les personnes privées se détournent de l'idée européenne.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux, manuels, traités, dictionnaires, commentaires

A. Commentaires des traités constitutifs de l'Union européenne

CALLIESS Ch. et RUFFERT M., *EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar*, München, C. H. Beck, 5^e édition, 2016, 3140 p

CONSTANTINESCO V., JACQUE J-P, KOVAR R. *et al.*, *Traité instituant la CEE : commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, 1648 p

GRABITZ E., HILF M. et NETTESHEIM E. (éd.), *Das Recht der Europäischen Union: Kommentar: Vertrag von Lissabon*, München, C. H. Beck, 62^e édition, 2017, recueil sous forme collection de feuilles volantes

KADDOUS Ch. et PICOD F., *Traité sur l'Union européenne, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, Charte des droits fondamentaux, Traités MES et SCG*, Paris, LexisNexis, 11^e édition, 2020, 590 p

LÉGER Ph. (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Paris, Dalloz, 2000, 2060 p

LENZ C. O. et BORCHARDT K-D. (éd.), *EU-Verträge Kommentar: EUV, AEUV, GRCh*, Wien, Linde Verlag, 6^e édition, 2013, 3403 p

PINGEL I. et PESCATORE P., *Commentaire article par article des traités UE et CE : de Rome à Lisbonne*, Paris, Dalloz, 2^e édition, 2010, 2236 p

SCHWARZE J., BECKER U., HATJE A. *et al.*, *EU-Kommentar*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 3^e édition, 2012, 3019 p

STREINZ R. (éd.), *EUV, AEUV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union*, München, C.H. Beck, 2^e édition, 2012, 2948 p

VON DER GROEBEN H. et SCHWARZE J., *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft: Art. 1-53 EUV, Art. 1-80 EGV*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 6^e édition, 2003, 1992 p

VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *Europäisches Unionsrecht*, tome 1, Baden-Baden, Nomos Verlag, 7^e édition, 2015, 2128 p

B. Droit matériel et institutionnel de l'Union européenne

BIEBER R., EPNIEY A., HAAG M. *et al.*, *Die Europäische Union: Europarecht und Politik*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 13^e édition, 2019, 722 p

BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 11^e édition, 2018, 1035 p

BLUMANN C. et DUBUIS L., *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 8^e édition, 2019, 974 p

BORCHARDT K.-D., *Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union*, Wien, Facultas.WUV, 7^e édition, 2020, 666 p

BOUTAYEB Ch., *Droit matériel de l'Union européenne : libertés de mouvement, espace de concurrence et secteur public*, Paris, LGDJ, 5^e édition, 2019, 570 p

CLERGERIE J.L., GRUBER A. et RAMBAUD P., *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 12^e édition, 2018, 1088 p

FRENZ W., *Handbuch Europarecht. Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz*, Heidelberg, Springer Verlag, 2010, 1432 p

KAPTEYN P. J. et VERLOREN VAN THEMAAT P. (éd.), *Introduction to the Law of the European Communities*, London, Kluwer Law International, 3^e édition, 1998, 1447 p

LEIBLE St. et TERHECHTE J. Ph. (éd.), *Enzyklopädie Europarecht [EnzEuR]: Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht*, tome 3, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2014, 1495 p

LENAERTS K. et VAN NUFFEL P. (dir.), *European Union Law*, London, Sweet & Maxwell, 3^e édition, 2011, 1083 p

OPPERMANN T., CLASSEN C. D. et NETTESHEIM M., *Europarecht: Ein Studienbuch*, München, C. H. Beck, 8^e édition, 2018, 714 p

SCHULZE R., ZULEEG M. et KADELBACH St., *Europarecht: Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 3^e édition, 2015, 2731 p

STREINZ R., *Europarecht*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 11^e édition, 2019, 602 p

VAN RAEPENBUSCH S., *Le contrôle juridictionnel dans l'Union européenne*, Collection : Commentaire J. Mégret Ordre juridique de l'Union et contentieux européen, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 3^e édition, 2018, 431 p

VON BOGDANDY A. et BAST J., *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2^e édition, 2011, 806 p

C. Marché intérieur et libertés de circulation

BLUMANN C. (dir.), BERTRAND B., GRARD L. et al., *Commentaire Mégret. Introduction au marché intérieur : libre circulation des marchandises*, vol. 1, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 3^e édition, 2015, 542 p

BLUMANN C. (dir.), *Commentaire Mégret. Marché intérieur : Libre circulation des personnes et des capitaux : Rapprochement des législations*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 3^e édition, 2006, 315 p

DE GROVE-VALDEYRON N., *Droit du marché intérieur européen*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 5^e édition, 2017, 246 p

FRENZ W., *Handbuch Europarecht. Band 1: Europäische Grundfreiheiten*, Heidelberg, Springer Verlag, 2^e édition, 2012, 1488 p

GAVALDA Ch., PARLEANI G. et LECOURT B., *Droit des affaires de l'Union européenne*, Paris, Lexis Nexis, 8^e édition, 2019, 656 p

GODIVEAU G. et LECLERC St., *Droit du marché intérieur de l'Union européenne*, Issy-les-Moulineaux, Gualino-Lextenso éditions, 2016, 516 p

GRISEL D.-E., KADDOUS Ch., *La libre circulation des personnes et des services*, Dossier de droit européen n° 26, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2012, 1036 p

MÜLLER-GRAFF P.-C. (éd.), *Enzyklopädie Europrecht [EnzEuR]: Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht*, tome 4, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2015, 1829 p

NOURISSAT C. et DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR B., *Droit de la concurrence, libertés de circulation : droit de l'Union, droit interne*, Paris, Dalloz, 5^e édition, 2016, 682 p

D. Droits fondamentaux (nationaux et européens) et Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

BETTERMANN K. A., NEUMANN F. L., NIPPERDEY H.-C. *et al.*, *Die Grundrechte*, tome II, Berlin, Duncker und Humblot, 2^e édition, 1968, 639 p

CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M-A. et REVET Th., *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 8^e édition, 2002, 881 p

EHLERS D. (éd.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Berlin, De Gruyter, 4^e édition, 2014, 820 p

FIALAIRE J., MONDIELLI E. et GRABOY-GROBESCO A., *Libertés et Droits fondamentaux*, Paris, Ellipses, 2^e édition, 2012, 678 p

GRABENWARTER Ch., HATJE A. et MÜLLER-GRAFF P.-C. (éd.), *Enzyklopädie Europarecht [EnzEUR]: Europäischer Grundrechtsschutz*, tome 2, Wien, Nomos Verlag, 2014, 874 p

MEYER J. (éd.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos Kommentar, 4^e édition, 2014, 859 p

PECHEUL A., *Les dates-clefs de la protection des droits de l'homme en France : de la Déclaration de 1789 à l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Ellipses, 2001, 172 p

PEERS S., HERVEY T., KENNER J. *et.al.*, *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014, 1893 p

PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2019, 1464 p

WACHSMANN P., *Libertés publiques*, Paris, Cours Dalloz, 8^e édition, 2017, 928 p

E. Droits nationaux

FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 2. Responsabilité civile et quasi-contrats*, Paris, Presses universitaires de France, 4^e édition, 2019, 608 p

FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs.1. L'acte juridique*, Paris, Sirey, 16^e édition, 2014, 544 p

HESSE K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 20^e édition, 1995, 335 p

LE TOURNEAU Ph., *La responsabilité civile*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, 127 p

MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Droit des obligations*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 10^e édition, 2018, 899 p

STERN K. et SACHS M., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Band III/1 - Allgemeine Lehren der Grundrechte*, München, Beck, 1988, 1642 p

TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *Droit civil: les obligations*, Paris, Dalloz, 12^e édition, 2019, 2036 p

II. Ouvrages collectifs, mélanges, actes de colloque

Actes du Colloque pour le cinquantième anniversaire des traités de Rome : 1957-2007. L'influence du droit national et de la jurisprudence des juridictions des États membres sur l'interprétation du droit communautaire [en ligne], Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 26 mars 2007, 126 p

Actes du colloque, 50^{ème} anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos : 1963-2013 [en ligne], Luxembourg, 13 mai 2013, 328 p

AKANDJI-KOMBÉ J.-F., PÉCAUT-RIVOLIER L. et STRUILLLOU Y. (dir.), *Égalité et droit social*, Paris, IRJS Éditions, 2014, 521 p

ALSTON Ph., BUSTELO M. et HEENAN J., *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 983 p

AMTENBRINK F., DAVIES G., KOCHENOV D. (éds.) *et al.*, *The Internal Market and the Future of European Integration : Essays in Honour of Laurence W. Gormley*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, 760 p

ANDENAS M. (éd.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 466 p

ANDENAS M., BEKKEDAL T. et PANTALEO L. (éds.), *The Reach of Free Movement*, The Hague, Asser Press, 2017, 419 p

AZOULAI L. (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 362 p

BEUTHIEN V., FUCHS M., ROTH H. *et al.*, *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2009, 657 p

CANDELA SORIANO M. (dir.), *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2006, 283 p

COHEN-JONATHAN G., CONSTANTINESCO V., MICHEL V. (dir.) *et al.*, *Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué : Chemins d'Europe*, Paris, Dalloz, 2010, 822 p

DE GUILLENSCHMIDT J., *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger : le droit à la mesure de l'homme*, Paris, Pédone, 2006, 523 p

DE WALSCHE A. (dir.), *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden : promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 1030 p

DEBARGE O., GEORGOPOULOS T. et RABAEY O. (éd.), *La Constitution économique de l'Union européenne : 2^e Rencontres du GIEPI, 12 et 13 mai 2006*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 371 p

DUBOUT E. et MAITROT DE LA MOTTE A. (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 457 p

DUE O., LUTTER M. et SCHWARZE J. (éds.), *Festschrift für Ulrich Everling*, tome II, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1995, 857 p

HENSSLER M., JOUSSEN J., M.MATIES M. et al., *Festschrift für Rolf Wank zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2014, 727 p

HOCHMANN T. et REINHARDT J., *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Edition Pedone, 2018, 216 p

JAKAB A. et KOCHENOV D., *The enforcement of EU Law and values: ensuring member states' compliance*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 540 p

KOUTRAKOS P. et SNELL J. (éds.), *Research Handbook on the Law of the EU's Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, 549 p

KOUTRAKOS P., SHUIBHNE N. et SYRPIS Ph.(éds.), *Exceptions from EU Free Movement Law : derogation, justification and proportionality*, Oxford, Hart Publishing, 2016, 328 p

KUBE H., MELLINGHOFF R., MORGENTHALER G. et al., *Leitgedanken des Rechts: Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag*, tome 1, Heidelberg, C.F. Müller, 2013, 2176 p

LECZYKIEWICZ D. et WEATHERILL S. (éd.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 433 p

LEIBLE St. (éd.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, München, Sellier, 2006, 210 p

Liber amicorum Antonio Tizzano - De la Cour CECA à la Cour de l'Union : le long parcours de la justice européenne, Torino, G.Giappichelli Editore, 2018, 1110 p

MAUNZ T. (éd.), *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, München, Isar-Verlag, 1956, 446 p

MICHEI V. (dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur. Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Paris, Bruylant, 2014, 199 p

PFISTER Ch. et DUQUESNE J., *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Libr. du Recueil Sirey, 1933, 536 p

POSTIGLIOLA A. et BOTTARO PALUMBO M.G. (éd.), *L'Europe de Montesquieu : actes du colloque de Gênes, 26-29 mai 1993*, Napoli, Liguori Editore, 1995, 459 p

RANCHORDAS S. et DE WAARD B., *The judge and the proportionate use of discretion. A comparative study*, London, Routledge, 2016, 207 p

René Cassin, Amicorum Discipulorumque liber, III, Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, Paris, Éditions Pedone, 1971, 325 p

RIDEAU J., *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne : dans le sillage de la Constitution européenne en hommage à René-Jean Dupuy 1918-1997, fondateur de l'Institut du droit de la paix et du développement*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 489 p

STUMPF C., KAINER F. et BALDUS C., *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht: Privatinitiative und Gemeinwohlorizonte in der europäischen Integration: Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag am 29. September 2015*, Baden-Baden, Nomos, 2015, 1615 p

SUDRE F. et LABAYLE H. (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 534 p

TINIÈRE R. et VIAL C. (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 414 p

VEIL J. et VEIL P.-F., *Simone Veil, un héritage humaniste : trente-six personnalités témoignent de sa pensée*, Paris, Lexis Nexis, 2018, 477 p

III. Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986, 548 p

BAILLEUX A., *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, 733 p

BENGOETXEA J., *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1993, 294 p

BERTHIAU D. et SOURIOUX J.-L., *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Paris, LGDJ, 1999, 475 p

BYDLINSKI F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien, Springer-Verlag, 2^e édition, 1991, 671 p

CAPITANT D., *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, L.G.D.J., 2001, 368 p

DAMM S.M., *Menschenwürde, Freiheit, komplexe Gleichheit: Dimensionen grundrechtlichen Gleichheitsschutzes: der Gleichheitssatz im europäischen Gemeinschaftsrecht sowie im deutschen und US-amerikanischen Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker und Humblot, 2006, 627 p

DE ARANJO Ch., *Justice constitutionnelle et justices européennes des droits de l'homme. Étude comparée : France - Allemagne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 443 p

DÖRR O., *Staatshaftung in Europa: Nationales und Unionsrecht*, Berlin, De Gruyter, 2014, 826 p

DUBOUT E., *L'article 13 du traité CE : la clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 845 p

EBERS M., *Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, 1116 p

ENZENSBERGER H. M., *Sanftes Monster Brüssel oder die Entmündigung Europas*, Berlin, Suhrkamp, 2011, 67 p

FÖRSTER Ph., *Die unmittelbare Drittwirkung der Europäischen Grundfreiheiten, Zur Dogmatik des Adressatenkreises von Pflichten der EG-Grundfreiheiten*, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 2007, 248 p

GANTEN T. O., *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Berlin, Duncker und Humblot, 2000, 244 p

GOETERS H., *Das institutionelle Gleichgewicht - seine Funktion und Ausgestaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Duncker und Humblot, Berlin, 2008, 314 p

GOUTIERRE P.-H., *Le principe d'égalité devant la loi dans les rapports salariés-employeurs*, thèse, Université Panthéon-Assas, 1977, 315 p

GRABER R., *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, München, Herbert Utz Verlag, 2002, 296 p

HAUKE K., *Verhältnismäßigkeit im europäischen Wirtschaftsverwaltungsrecht: eine Untersuchung zur Kontrollrichte des Europäischen Gerichtshofs*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2005, 230 p

HEYMANN J., *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Paris, Économica, 2010, 423 p

HINTERSTEININGER M., *Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot : unter besonderer Berücksichtigung der Situation nicht-staatlicher Handlungseinheiten*, Berlin, Duncker und Humblot, 1999, 392 p

JAENSCH M., *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten : Untersuchung der Verpflichtung von Privatpersonen durch Art. 30, 48, 52, 59, 73b EGV*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1997, 321 p

KAISER J.-H., *Die Repräsentation organisierter Interessen*, Berlin, Duncker und Humblot, 1956, 378 s

KOCH B., *Die Gewährleistungspflicht der Mitgliedstaaten zur Aufrechterhaltung des Binnenmarktes: unter besonderer Berücksichtigung der Hemmnisse durch Private*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2003, 280 p

KOCH O., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Berlin, Duncker&Humblot, 2003, 628 p

- KÖRBER T., *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, 878 p
- LEISNER W., *Grundrechte und Privatrecht*, München, Beck, 1960, 414 p
- LENGAUER A.-M., *Drittwirkung von Grundfreiheiten*, Wien, Springer-Verlag, 2011, 467 p
- LOCKE J., *Two treatises of government: and a letter concerning toleration*, New Haven, Conn.; London, Yale University Press, 2003, 384 p
- LÖWISCH St., *Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2009, 290 p
- LUMARET C., *L'effet horizontal de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2015, 735 p
- MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, thèse, Paris 1, 2013, 546 p
- MARZO C., *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011, 578 p
- MATERNE T., *La procédure en manquement d'État : guide à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2012, 427 p
- MATTERA A., *Le marché unique européen : ses règles, son fonctionnement*, Paris, Jupiter, 1988, 598 p
- MOLLE W., *The Economics of European Integration: theory, practice, policy*, Aldershot, Ashgate, 5^e édition, 2006, 446 p
- DERATHÉ R. et DE CASABIANCA D., *L'esprit des lois*, tome I, Paris, Classiques Garnier, 2011, 705 p
- MUNOZ-DARDÉ V., *La justice sociale : le libéralisme égalitaire de John Rawls*, Paris, Armand Colin, 2005, 127 p
- NACIMIENTO P., *Gemeinschaftsrechtliche und nationale Staatshaftung in Deutschland, Italien und Frankreich*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2006, 304 p

- NEEDHAM M., *De la souveraineté du peuple et de l'excellence d'un État libre*, tome second, Paris, Lavillette, 1790, 304 p
- NIPPERDEY H. C., *Grundrechte und Privatrecht*, Krefeld, Scherpe Verlag, 1961, 27 p
- ÖHLINGER T. et POTACS M., *EU-Recht und staatliches Recht. Die Anwendung des Europarechts im innerstaatlichen Bereich*, Wien, LexisNexis, 5^e édition, 2014, 240 p
- OLIVER P. J., *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 5^e édition, 2010, 534 p
- PARPART H., *Die unmittelbare Bindung Privater an die Personenverkehrsfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht*, München, C. H. Beck, 2003, 449 p
- PERNER St., *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*, Wien, Mohr Siebeck, 2013, 225 p
- PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris Aix-en Provence, Économica Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, 541 p
- PICOD F., *Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises*, thèse, Strasbourg, 1994, 517 p
- PÖSCHL M., *Gleichheit vor dem Gesetz*, Wien, Springer Verlag, 2008, 956 p
- PREEDY K., *Bindung Privater an die Grundfreiheiten*, Berlin, Duncker und Humblot, 2005, 252 p
- REUTTER W., *Verbände und Interessengruppen in den Ländern der Europäischen Union*, Berlin, Springer Verlag, 2^e édition, 2012, 863 p
- RIDORÉ C.-A., *L'effet horizontal de la libre circulation des personnes en droit communautaire : ses fondements, son régime et sa transposition à l'Accord Suisse-CE sur la libre circulation des personnes (ALCP)*, Berne, s.n., 2012, 210 p
- RIESENHUBER K., *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin, De Gruyter Recht, 2003, 660 p

ROJAS-HUTINEL N., *La séparation du pouvoir dans l'Union européenne*, Paris, Éditions Mare&Martin, 2017, 441 p

ROUSSEAU J.-J., *Du contrat sociale, ou Principes du droit politique*, Genève, Collections complète des œuvres, 1780-1789, vol. 1, in-4, édition en ligne, version du 7 octobre 2012, www.rousseauonline.ch

SÄUBERLICH U., *Die außervertragliche Haftung im Gemeinschaftsrecht: eine Untersuchung der Mehrpersonenverhältnisse*, Berlin, Springer 2005, 314 p

SCHAEFER D., *Die unmittelbare Wirkung des Verbots der nichttarifären Handelshemmnisse (Art. 30 EWGV) in den Rechtsbeziehungen zwischen Privaten: Probleme der horizontalen unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts*, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 1987, 292 p

SCHOISSWOHL B., *Staatshaftung wegen Gemeinschaftsrechtsverletzung: Anspruchsgrundlage und materielle Voraussetzungen. Zugleich ein Beitrag zur Gemeinschaftshaftung*, Wien, Springer Verlag, 2002, 512 p

SCHROEDER W., *Sport und Europäische Integration - Die Diskriminierung von Sportlern in der EG*, München, Herbert Utz Verlag, 1989, 227 p

SCHWARZENEGGER P., *Staatshaftung: gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und ihre Auswirkungen auf nationales Recht*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2001, 329 p

Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini, vol. II, Diritto dell'Unione europea, Milano, Giuffrè, 1998, 1126 p

SIMON D., *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Paris, Pedone, 1981, 936 p

SJODEN E., *Les raisons impérieuses d'intérêt général en droit de l'Union européenne*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2016, 472 p

TERRÉ D., *Les questions morales du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 2007, 362 p

VANDERSANDEN G., DONY M. et WAELBROECK M., *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire : études de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 413 p

VAN LEUKEN R., *Private law and the internal market : direct horizontal effect of the treaty provisions on free movement*, Cambridge, Intersentia, 2017, 208 p

VIAL C., *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 620 p

VON JHERING R., *Zweck im Recht*, tome I, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 4^e édition, 1904, 1038 p

WAELEBROECK M. et VANDERSANDEN G., *Droit international, intégration européenne et libres marchés : études de droit communautaire européen, 1965 - 2008*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 649 p

WALKILA S., *Horizontal effect of fundamental rights in EU law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2016, 288 p

IV. Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires

ALBERS M., « L'effet horizontal des droits fondamentaux dans le cadre d'une conception à multi-niveaux », in HOCHMANN T. et REINHARDT J., *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Edition Pedone, 2018, pp. 177-216

ALEMANN A., « À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts "Schmidberger" et "Omega" », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2004, n° 3, pp. 709-752

AUGSBERG I., « §12. Die Schadenersatzklage », in LEIBL St. et TERHECHTE J. Ph. (éd.), *Enzyklopädie Europarecht [EnzEuR]: Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht*, tome 3, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2014, pp. 377-402

AZOULAI L., « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2010, n° 46 (4), pp. 842-860

AZOULAI L., « La formule de l'entrave », in AZOULAI L. (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1-21

BACHMANN G., « Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten », *Archiv für die civilistische Praxis* 210, 2010, n°3/4, pp. 424-488

BAILLEUX A., « Article 52-2 - Portée et interprétation des droits et principes », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2019, pp. 1287-1319

BARAV A., « Le juge et le justiciable », in *Scritti in onore die Guiseppe Federico Mancini*, vol. II, Diritto dell'Unione europea, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 1-74

BARNARD C., « Art 28 - Right of Collective Bargaining and Action », in PEERS S., HERVEY T., KENNER J. *et al.*, *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 773-794

BARQUERO CRUZ J., « Free movement and private autonomy », *European Law Review*, 1999, pp. 603-620

BEAUD O., « Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande », *Jus politicum* [en ligne], n° 10, 2013, pp. 8-25

BECKER U., « Art 36 AEUV », in SCHWARZE J., BECKER U., HATJE A. *et al.*, *EU-Kommentar*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 3^e édition, 2012, pp. 608-632

BELL M. et WADDINGTON L., « Reflecting on inequalities in European equality law », *European Law Review*, 2003, pp. 349-369

BERTRAND B., « Que reste-t-il des exigences impérieuses d'intérêt général ? », *Europe* [en ligne], n° 1, 2012, étude 1

BLIN O., « Capitaux », *Répertoire de droit européen* [en ligne], mise à jour juin 2015

BONICHOT J.-C., « Approches de l'égalité : la Cour de justice de l'Union européenne », in AKANDJI-KOMBÉ J.-F., PÉCAUT-RIVOLIER L. et STRUILLOU Y. (dir.), *Égalité et droit social*, Paris, IRJS Éditions, 2014, pp. 65-85

BOROWSKY M., « Artikel 51 », in MEYER J. (éd.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos Kommentar, 4^e édition, 2014, pp. 743-771

BRIBOSIA E., RORIVE I. et HISLAIRE J., « Article 21 - Non-discrimination », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2019, pp. 575-608

BUNGENBERG. « § 17 Soziale Grundrechte », in GRABENWARTER Ch., HATJE A. et MÜLLER-GRAFF P.-C. (éd.), *Enzyklopädie Europarecht [EnzEUR]: Europäischer Grundrechtesschutz*, tome 2, Wien, Nomos Verlag, 2014, pp. 687-735

BURGI M., « Mitgliedstaatliche Garantienpflicht statt unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten », *EWS*, n° 9, 1999, pp. 327-332

CANDELA SORIANO M. et CHENEVIÈRE C., « Le législateur et les droits de l'homme », in CANDELA SORIANO M. (dir.), *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 25-60

CANIVET G., « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et société*, n° 20-21, 1992, pp. 133-141

CARTOU L., « Article 8 » in CONSTANTINESCO V., JACQUE J-P, KOVAR R. *et al.*, *Traité instituant la CEE : commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, pp. 69-72

CHATZILOU K., « La réponse du CEDS aux arrêts *Viking* et *Laval* », *Revue de droit du travail*, 2014, pp. 160-167

CHEREDNYCHENKO O.O., « Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Many Faces of Freedom of Contract in the EU », in ANDENAS M., BEKKEDAL T. et PANTALEO L. (éds.), *The Reach of Free Movement*, The Hague, Asser Press, 2017, pp. 273-292

CONSTANTINESCO L.-J., « La Constitution économique de la CEE », *RTDE*, 1977, pp. 244-281

CREMER H.-J., « § 1. Funktionen der Grundrechte », in GRABENWARTER Ch., HATJE A. et MÜLLER-GRAFF P.-C. (éd.), *Enzyklopädie Europarecht [EnzEUR]: Europäischer Grundrechtesschutz*, tome 2, Wien, Nomos Verlag, 2014, pp. 42-108

CURTIN D., « The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces », *Common Market Law Review*, n° 30, 1993, pp. 17-69

CURZON S., « Fundamental rights and the internal market. The state of affairs following *Schmidberger & Omega* », in RIDEAU J., *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne : dans le sillage de la Constitution européenne en hommage à René-Jean Dupuy 1918-1997, fondateur de l'Institut du droit de la paix et du développement*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 109-129

DAVIES G., « Between market access and discrimination : free movement as a right to fair conditions of competition », in KOUTRAKOS P. et SNELL J. (éds.), *Research Handbook on the Law of the EU's Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 13-28

DE LA ROSA St., « L'écriture des libertés de circulation », in DUBOUT E. et MAITROT DE LA MOTTE A. (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 9-39

DEFOSSEZ A., « Effet direct horizontal de la libre circulation des marchandises », *RTDE*, 2013, pp. 171-174

DEHOUSSE F., « Les arrêts *Laval* et *Viking* de la Cour de justice : vers une protection sociale plus petite dans une Europe plus grande ? », in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 489-503

DERMINE E., « Article 15 - Liberté professionnelle et droit de travailler », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2019, pp. 369-393

DITTERT D., « Droits fondamentaux européen : vers un effet direct horizontal généralisé ? », *Revue des affaires européennes*, 2014, n° 1, pp. 177-182

DONNETTE A., « À propos d'une rencontre mouvementée entre droit social et droit du marché. Les arrêts *Viking*, *Laval*, *Rüffert* et *Luxembourg* », *Revue des affaires européennes*, 2007-2008, n° 2, pp. 341-358

DOUGAN M., « Addressing issues of protective scope within the *Francovich* right to reparation », *European Constitutional Law Review*, 2017, n° 13, pp. 124-165

DUBOUT E., « Entrave et discriminations », in AZOULAI L. (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 137-168

DUBOUT E., « Libertés de circulation et situations horizontales - La personne privée comme destinataire commun ? », in DUBOUT E. et MAITROT DE LA MOTTE A. (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 105-137

DUCOULOMBIER P., « Article 12 - Liberté de réunion et d'association », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2019, pp. 313-326

DUPRÉ C., « Art 1 - Human Dignity », in PEERS S., HERVEY T., KENNER J. *et al.*, *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 3-24

DÜRIG G., « Grundrechte und Zivilrechtsprechung », in MAUNZ T. (éd.), *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, München, Isar-Verlag, 1956, pp. 157-190

DUTHEILLET DE LAMOTHE O., « Approches de l'égalité : le Conseil constitutionnel », in AKANDJI-KOMBÉ J.-F., PÉCAUT-RIVOLIER L. et STRUILLOU Y. (dir.), *Égalité et droit social*, Paris, IRJS Éditions, 2014, pp. 37-44

EHLERS D., « § 7. Allgemeine Lehren », in EHLERS D. (éd.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Berlin, De Gruyter, 4^e édition, 2014, pp. 239-314

EHLERS D., « § 14. Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte », in EHLERS D. (éd.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Berlin, De Gruyter, 4^e édition, 2014, pp. 513-580

EISENMANN Ch., « L'Esprit des Lois et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges en l'honneur de R. Carré de Malberg*, Paris, Duchemin, 1933, pp. 165-192

ENCHELMAIER St., « Horizontality : the application of the four freedoms to restrictions imposed by private parties », in KOUTRAKOS P. et SNELL J. (éds.), *Research Handbook on the Law of the EU's Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 54-81

EVERSON M. et GONCALVES R.C. « Art 16 - Freedom to Conduct a Business », in PEERS S., HERVEY T., KENNER J. *et.al.*, *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 437-463

FABRE A., « L'égalité en droit privé », in AKANDJI-KOMBÉ J.-F., PÉCAUT-RIVOLIER L. et STRUILLOU Y. (dir.), *Égalité et droit social*, Paris, IRJS Éditions, 2014, pp. 87-98

FORSTHOFF U., « Drittwirkung der Grundfreiheiten: Das EuGH-Urteil Angonese », *EWS*, 2000, n° 9, pp. 389-397

GARDE A. et MAHÉ S., « L'affaire viking : dans quelle mesure une action syndicale collective peut-elle constituer un obstacle à la liberté d'établissement ? », *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, 2009, n° 524, pp. 97-106

GEORGITSI E., « La proportionnalité comme instrument de "conciliation" des normes antagonistes. Regard critique sur l'identification et la résolution des conflits de normes en contentieux constitutionnel comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 2011, vol. 63, n° 3, pp. 559-584

GEORGOPOULOS T., « Sur le concept de "Constitution économique de l'Union européenne" », in DEBARGE O., GEORGOPOULOS T. et RABAEY O. (éd.), *La Constitution économique de l'Union européenne : 2^e Rencontres du GIEPI, 12 et 13 mai 2006*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 3-32

HAGUENAU-MOIZARD C. et SANCHEZ Y., « The principle of proportionality in European law » in RANCHORDAS S. et DE WAARD B., *The judge and the proportionate use of discretion. A comparative study*, London, Routledge, 2016, pp. 142-159

HARTMANN B.J., « Alignment of national government liability law in Europe after *Francovich* », *ERA Forum*, 2012, pp. 613-623

HATJE A., « The Economic Constitution within the Internal Market », in VON BOGDANDY A. et BAST J., *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2^e édition, 2011, pp. 589-622

HATZOPOULOS V., « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses - une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *RTDE*, 1998, pp. 191-236

HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », in DUBOUT E. et MAITROT DE LA MOTTE A. (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 205-229

HAVU K., « Horizontal liability for damages in EU law - The changing relationship of EU and national law », *European Law Journal*, vol. 18, n° 3, 2012, pp. 407-426

HOCHMANN T. et REINHARDT J., « Introduction », in HOCHMANN T. et REINHARDT J., *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Edition Pedone, 2018, pp. 7-19

HOCHMANN T., « Typologie des effets horizontaux », in HOCHMANN T. et REINHARDT J., *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Edition Pedone, 2018, pp. 119-148

HOLOUBEK M., « Art 18 AEUV », in SCHWARZE J., BECKER U., HATJE A. *et al.*, *EU-Kommentar*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 3^e édition, 2012, pp. 467-489

HOLOUBEK M., « Art 56, 57 AEUV », in SCHWARZE J., BECKER U., HATJE A. *et al.*, *EU-Kommentar*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 3^e édition, 2012, pp. 847-915

HOLOUBEK M., « Grundfreiheiten, Grundrechte und Normenkontrollmonopole », in STUMPF C., KAINER F. et BALDUS C. (éd.), *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht: Privatinitiative und Gemeinwohlorizonte in der europäischen Integration: Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag am 29. September 2015*, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp. 1365-1377

ITZCOVICH G., « The interpretation of Community Law by the European Court of Justice », *German Law Journal*, 2009, vol. 10 (5), pp. 537-560

JACQUMAIN J., « Article 23 - Égalité entre femmes et hommes », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2019, pp. 629-644

JANN P. et CEDE F., « Grundrechte und Grundfreiheiten in Europa », Wiener Juristische Gesellschaft 1997, *JBl*, 1998, pp. 32-35

JARASS H. D., « Berufs- und Unternehmensfreiheit im Unionsrecht. Zur Abgrenzung der Berufsfreiheit des Art. 15 GRCh und der Unternehmerischen Freiheit des Art. 16 GRCh », in STUMPF C., KAINER F. et BALDUS Ch. (éd.), *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht: Privatinitiative und Gemeinwohlorizonte in der europäischen Integration: Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag am 29. September 2015*, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp. 1410-1419

JAZOTTES G., « La Cour pose les fondements d'une conciliation entre l'action collective de syndicats contre le risque de *dumping social* et la liberté de circulation », *RTD Com.*, 2008, pp. 445-450

JESUS-GIMENO B., « Article 17 CE », in PINGEL I. et PESCATORE P., *Commentaire article par article des traités UE et CE : de Rome à Lisbonne*, Paris, Dalloz, 2^e édition, 2010, pp. 329-334

KADDOUS Ch., « Droits de l'homme et libertés de circulation : complémentarité ou contradiction ? », in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 563-591

KERSCHNER F., « Zur unmittelbaren privatrechtlichen Wirkung der EG-Grundfreiheiten (I) », *ecolex*, 2007, pp. 901-904

KERSCHNER F., « Zur unmittelbaren privatrechtlichen Wirkung der EG-Grundfreiheiten (II) », *ecolex*, 2007, pp. 982-985

KINGREEN T., « Art. 34-36 AEUV », in CALLIESS Ch. et RUFFERT M., *EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar*, München, C. H. Beck, 5^e édition, 2016, pp. 681-751

KOCHER E., « Europäische Tarifautonomie - Rechtsrahmen für Autonomie und Korporatismus », *juridikum*, 2010, pp. 465-483

KOHL A., « The protection of human rights in relationships between private individuals : the Austrian situation », in René Cassin, *Amicorum Discipulorumque liber, III, Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Éditions Pedone, 1971, pp. 195-213

KREBBER S., « § 2. Das Binnenmarktrecht der Arbeitnehmerfreizügigkeit », in MÜLLER-GRAFF P.-C. (éd.), *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht (EnzEuR)*, tome 4, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2015, pp. 121-158

KREUSCHITZ V., « Vor Art. 45-48 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *Europäisches Unionsrecht*, tome 1, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 7^e éd., 2015, pp. 1625-1658

KREUSCHITZ V., « Art. 45 AEUV », in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *Europäisches Unionsrecht*, tome 1, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 7^e éd., 2015, pp. 1658-1708

LAFaix J.-F., « L'effet horizontal des droits fondamentaux et la théorie républicaine de la liberté », in HOCHMANN T. et REINHARDT J., *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Edition Pedone, 2018, pp. 23-42

LARRÈRE C., « Montesquieu et l'idée de fédération », in POSTIGLIOLA A. et BOTTARO PALUMBO M.G. (éd.), *L'Europe de Montesquieu : actes du colloque de Gênes, 26-29 mai 1993*, Napoli, Liguori Editore, 1995, pp. 137-152

LECZYKIEWICZ D., « Private Party Liability in EU Law: In Search of the General Regime », *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, volume 12, 2009-2010, pp. 257-282

LENAERTS K. et GUTIERREZ-FONS J. A., « To say what the Law of the EU is : Methods of Interpretation and the European Court of Justice », *Academy of European Law* [en ligne], Fiesole, EUI Working, 2013/9, pp. 3-4

LENGAUER A.-M., « Drittwirkung von Grundfreiheiten - Eine Besprechung der Rs C-281/98, Angonese », *ZfRV*, 2001, pp. 57-65

LEONARD T. et SALTEUR J., « Article 16 - Liberté d'entreprise », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2019, pp. 395-415

LÜBKE J., « § 5. Die binnenmarktrechtliche Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit », in MÜLLER-GRAFF P.-C. (éd.), *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht [EnzEuR]*, tome 4, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2015, pp. 269-353

- LUDWIGS M. et WEIDERMANN S., « Drittwirkung der Europäischen Grundfreiheiten - Von der Divergenz zur Konvergenz? », *Juristische Ausbildung*, 2014, n° 2, pp. 152-165
- LUX M., « Art. 34 AEUV », in LENZ C. O. et BORCHARDT K-D. (éd.), *EU-Verträge Kommentar: EUV, AEUV, GRCh*, Wien, Linde Verlag, 6^e édition, 2013, pp. 535-570
- MARSCH N. et TÜNSMEYER V., « The principle of proportionality in German administrative law », in RANCHORDAS S. et DE WAARD B., *The judge and the proportionate use of discretion. A comparative study*, London, Routledge, 2016, pp. 13-42
- MARTIN D., « “Discriminations”, “entraves” et “raisons impérieuses” dans le Traité CE : trois concepts en quête d’identité », *Cahiers de droit européen*, 1998, n° 1-2, pp. 261-318
- MARTUCCI F., « L’entrave imputable à l’Union », in MICHEL V. (dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur. Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Paris, Bruylant, 2014, pp. 137-165
- MARTUCCI F., « Situations purement internes et libertés de circulation », in DUBOUT E. et MAITROT DE LA MOTTE A. (dir.), *L’unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 43-104
- MASING J., « Avant-propos », in HOCHMANN T. et REINHARDT J., *L’effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Edition Pedone, 2018, pp. 5-6
- MELCHIOR M., « Préface. Le juge et le législateur de l’Union et les droits de l’homme », in CANDELA SORIANO M. (dir.), *Les droits de l’homme dans les politiques de l’Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 5-24
- MODERNE F., « La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des États membres de l’Union européenne », in SUDRE F. et LABAYLE H. (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 35-84

MÖLLERS T. M. J., « Doppelte Rechtsfortbildung contra legem? Zur Umgestaltung des Bürgerlichen Gesetzbuches durch den EuGH und nationale Gerichte », *EuR*, 1998, n° 1, pp. 20-46

MUIR WATT H., « Lorsque les libertés d'établissement et de prestation de services favorisent le dumping social », *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 356-379

MÜLLER-GRAFF P.-C., « Direct Horizontal Effect of the Transnational Market Access Freedoms of the Internal Market », in AMTENBRINK F., DAVIES G., KOCHENOV D. (éds.) *et al.*, *The Internal Market and the Future of European Integration : Essays in Honour of Laurence W. Gormley*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 32-48

MÜLLER-GRAFF P.-C., « Vor Art. 34-37 AEUV » in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *Europäisches Unionsrecht*, tome 1, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 7^e édition, 2015, pp. 1291-1313

MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 34 AEUV » in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *Europäisches Unionsrecht*, tome 1, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 7^e édition, 2015, pp. 1313-1429

MÜLLER-GRAFF P.-C., « Art. 36 AEUV » in VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (éd.), *Europäisches Unionsrecht*, tome 1, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 7^e édition, 2015, pp. 1441-1496

MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die Verdichtung des Binnenmarktrechts zwischen Handlungsfreiheit und Sozialgestaltung », *EuR*, Beiheft 1/2002, pp. 7-73

MÜLLER-GRAFF P.-C., « Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts: Integrationswert für Bürger und Gesellschaft, Mitgliedstaaten und Union », *integration*, n° 2, 2012, pp. 100-109

MÜLLER-GRAFF P.-C., « § 101. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union », in KUBE H., MELLINGHOFF R., MORGENTHALER G. *et al.*, *Leitgedanken des Rechts: Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag*, tome 1, Heidelberg, C.F. Müller, 2013, pp. 1073-1084

MÜLLER-GRAFF P.-C., « Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten », *Zeitschrift für Europarecht*, 2014, pp. 3-30

MURRAY J.L., « Methods of Interpretation - Comparative Law Method », in *Actes du Colloque pour le cinquantième anniversaire des traités de Rome : 1957-2007. L'influence du droit national et de la jurisprudence des juridictions des États membres sur l'interprétation du droit communautaire*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007, pp. 39-47

NETTESHEIM M., « Subjektive Rechte im Unionsrecht », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2007, n°123, pp. 333-392

NIC SHUIBHNE N., « Fundamental rights and the framework of internal market adjudication : is the Charter making a difference ? », in KOUTRAKOS P. et SNELL J. (éds.), *Research Handbook on the Law of the EU's Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 215-238

NOWAK C., « Unionsgrundrechtliche Rechtfertigungsmöglichkeiten für Grundfreiheitseingriffe durch Private », in STUMPF C., KAINER F. et BALDUS Ch. (éd.), *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht: Privatinitiative und Gemeinwohlhorizonte in der europäischen Integration: Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag am 29. September 2015*, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp. 475-483

O'LEARY S. et FERNANDEZ-MARTIN J., « Judicially created exceptions to the free provision of services », in ANDENAS M. (éd.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 163-195

OLIVER P.J. et ROTH W.-H., « The Internal market and the Four Freedoms », *Common Market Law Review*, 2004, n° 41, pp. 407-441

PACHE E., « 1. Teil : Allgemeiner Teil § 10 Grundfreiheiten », in SCHULZE R., ZULEEG M. et KADELBACH St., *Europarecht: Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 3^e édition, 2015, pp. 378-448

PARTSCH Ph., « Article 56 » in LÉGER Ph. (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 486-501

- PERNOT J.-M., « L'égalité en matière sociale : réflexions à partir de l'histoire des relations sociales », in AKANDJI-KOMBÉ J.-F., PÉCAUT-RIVOLIER L. et STRUILLOU Y. (dir.), *Égalité et droit social*, Paris, IRJS Éditions, 2014, pp. 3-11
- PERTEK J., « Renvoi préjudiciel : Renvoi préjudiciel en interprétation », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 361, 2019
- PICOD F., « La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges », *RTDE*, 1998, n° 2, pp. 169-189
- PICOD F., « Les sources », in SUDRE F. et LABAYLE H. (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 125-185
- PICOD F., « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 635-651
- PICOD F., « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 527-545
- PICOD F., « La jurisprudence *Keck* et *Mithouard* a-t-elle un avenir ? », in AZOULAI L. (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 47-72
- PICOD F., « Activités d'un organisme de droit privé et liberté de circulation », *La Semaine Juridique Édition générale* [en ligne], n° 35, août 2012, p. 918
- PICOD F., « Le statut des particuliers, désormais titulaires de droits individuels », in Actes du colloque, *50^{ème} anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos : 1963-2013* [en ligne], Luxembourg, 13 mai 2013, pp. 81-92
- PICOD F., « Des entraves publiques aux entraves privées », in MICHEL V. (dir.), *1992- 2012 : 20 ans de marché intérieur. Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Paris, Bruylant, 2014, pp. 119-136
- PICOD F., « Libre circulation des capitaux et des moyens de paiement », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 890, 2020

PICOD F., « La hiérarchisation des sources au sein de l'article 6 TUE », in TINIÈRE R. et VIAL C. (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 43-65

PICOD F., « L'évolution des libertés fondamentales de circulation », in VEIL J. et VEIL P.-F., *Simone Veil, un héritage humaniste : trente-six personnalités témoignent de sa pensée*, Paris, Lexis Nexis, 2018, pp. 323-341

PICOD F., « Article 51 - Champ d'application », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2019, pp. 1223-1248

PICOD F., « Libre circulation des marchandises. Champ d'application. Principaux mécanismes », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 530, 2019

PICOD F., « Interdiction des droits de douane et des taxes d'effet équivalent », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 540, 2018

PICOD F., « Libre circulation des marchandises - Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives - Typologie », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 550, 2020

PICOD F., « Renvoi préjudiciel vers la Cour de justice », *Jurisclasseur Europe Traité*, Synthèse, 2019

PIESSKALLA M., « Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten des EG-Vertrags bei Boykottaufrufen durch Gewerkschaften », *NZA*, 2007, pp. 1144-1148

PINGEL I., « Article 249 CE », in PINGEL I. et PESCATORE P., *Commentaire article par article des traités UE et CE : de Rome à Lisbonne*, Paris, Dalloz, 2^e édition, 2010, pp. 1602-1613

POIARES MADURO M., « L'équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l'Union européenne », in ALSTON Ph., BUSTELO M. et HEENAN J., *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 465-489

REBHAHN R., « § 16. Rechte des Arbeitslebens (Art. 27 bis 33 GRC) », in GRABENWARTER Ch., HATJE A. et MÜLLER-GRAFF P.-C. (éd.), *Enzyklopädie Euro-*

parecht [EnzEUR]: Europäischer Grundrechtesschutz, tome 2, Wien, Nomos Verlag, 2014, pp. 635-682

REBHAHN R., « Zur Methodenlehre des Unionsrechts », in HENSSLER M., JOUSSEN J., M.MATIES M. *et al.*, *Festschrift für Rolf Wank zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2014, pp. 431-454

REICH N., « „Horizontalhaftung“ - gibt es einen Beitrag des Gemeinschaftsrechts? », *ZfRV*, 2009, n° 22, pp. 148-157

REICH N., « Francovich enforcement analysed and illustrated by German (and English) law », in JAKAB A. et KOCHENOV D., *The enforcement of EU Law and values: ensuring member states' compliance*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 112-127

REICH N., « Horizontal liability in EC law: Hybridization of remedies for compensation in case of breaches of EC rights », *Common Market Law Review*, 2007, n° 44, pp. 705-742

REICH N., « Laval „Vierter Akt“ », *EuZW*, 2010, n° 12, pp. 454-458

REINHARDT J., « Les conflits de droit entre personnes privées : de l'effet horizontal indirect à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux », in HOCHMANN T. et REINHARDT J., *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Edition Pedone, 2018, pp. 149-175

RIDEAU J., « Ordre juridique de l'Union européenne - Sources écrites », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 190, 2014

RIDEAU J., « Ordre juridique de l'Union européenne - Sources non écrites », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 191, 2014

RIGAUX A. et SIMON D., « Entraves résultant d'actes de particuliers », *Europe* [en ligne], n° 8-9, 2003, comm. 272

RITLENG D., « L'accès au marché est-il le critère de l'entrave aux libertés de circulation ? », in DUBOUT E. et MAITROT DE LA MOTTE A. (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 159-183

RITLENG D., « Les États membres face aux entraves », in AZOULAI L. (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 303-324

RIVERO J., « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in René Cassin, *Amicorum Discipulorumque liber, III, Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Éditions Pedone, 1971, pp. 311-322

ROBIN-OLIVIER S., « Retour sur l'effet horizontal des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs (CJUE, 25 juin 2012, C-172/11, *Erny*) », *RTDE*, octobre-décembre 2013, pp. 863-866

ROBIN-OLIVIER S., « Article 31 - Conditions de travail justes et équitables », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2019, pp. 789-805

RODIÈRE P., « Article 28 - Droit de négociation et d'actions collectives », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2019, pp. 727-753

ROLLAND P., « L'interprétation de la CEDH », *RUDH*, 1991, vol. 3, n° 7-9, p. 280-289

ROTH W.-H., « Die horizontale Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit (Art 34 AEUV) », *EWS*, 2013, n° 1-2, pp. 16-27

ROTH W.-H., « Drittwirkung der Grundfreiheiten? » in DUE O., LUTTER M. et SCHWARZE J. (éds.), *Festschrift für Ulrich Everling*, tome II, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1995, pp. 1231-1247

ROTH W.-H., « Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags », in BEUTHIEN V., FUCHS M., ROTH H. *et al.*, *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2009, pp. 393-422

SANCHEZ Y, « Proportionality in French administrative law », in RANCHORDAS S. et DE WAARD B., *The judge and the proportionate use of discretion. A comparative study*, London, Routledge, 2016, pp. 43-72

SCHMAHL St., « § 15 Gleichheitsgarantien », in GRABENWARTER Ch., HATJE A. et MÜLLER-GRAFF P.-C. (éd.), *Enzyklopädie Europarecht [EnzEUR]: Europäischer Grundrechtsschutz*, tome 2, Wien, Nomos Verlag, 2014, pp. 551-634

SCHROEDER W., « Art. 34 AEUV », in STREINZ R. (éd.), *EUV, AEUV*, München, C.H. Beck, 2^e édition, 2012, pp. 509-530

SCHWEITZER H., « Standardisierung als Mittel zur Förderung und Beschränkung des Handels und des Wettbewerbs », *EuZW*, 2012, n° 20, pp. 765-770

SEIFERT A., « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé », *RTDE*, 2012, n° 48(4), pp. 801-826

SIEKEMEIER A.-K. et WENDLAND H. M., « § 3. Die binnenmarktrechtliche Niederlassungsfreiheit der Selbstständigen », in MÜLLER-GRAFF P.-C. (éd.), *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht [EnzEuR]*, tome 4, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2015, pp. 159-207

SILBER G. J., « Dogmatik der EG-Grundfreiheiten », *taxlex*, 2008, pp. 319-325

SIMON D., « Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent », *Répertoire de droit européen* [en ligne], août 2004 (mise à jour janvier 2013)

SIMON D., « Libre circulation des entreprises, conventions collectives et actions syndicales », *Europe* [en ligne], n° 2, février 2008, comm. 40

SIMON D., « Effet direct - Directives », *Europe* [en ligne], n°12, 2017, comm. 450

SKOURIS V., « L'interaction entre les libertés fondamentales et des libertés publiques en droit communautaire », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, Paris, Pédone, 2006, pp. 497-506

SNELL J., « Economic Justifications and the Role of the State », in KOUTRAKOS P., SHUIBHNE N. et SYRPIS Ph.(éds.), *Exceptions from EU Free Movement Law : derogation, justification and proportionality*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 12-31

SPITALERI F., « L'effet direct du principe général d'égalité: un élément clé du droit antidiscriminatoire de l'Union européenne », in *Liber amicorum Antonio Tizzano - De la Cour CECA à la Cour de l'Union : le long parcours de la justice européenne*, Torino, G.Giappichelli Editore, 2018, pp. 925-939

SQUIRE C., « Les exigences du droit de l'Union européenne en matière de sanction des inégalités et discriminations », in AKANDJI-KOMBÉ J.-F., PÉCAUT-RIVOLIER L. et STRUILLOU Y. (dir.), *Égalité et droit social*, Paris, IRJS Éditions, 2014, pp. 405-436

STREINZ R. et LEIBLE St., « Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten », *EuZW*, 2000, n° 15, pp. 459-467

STREINZ R., « Art. 18 AEUV », in STREINZ R. (éd.), *EUV, AEUV*, München, C.H. Beck, 2^e édition, 2012, pp. 398-417

STREINZ R., « Die Kompetenzen der EG zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Zivilrecht », in LEIBLE St. (éd.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, München, Sellier, 2006, pp. 11-35

SUDRE F., « Droit à la liberté d'expression - Proportionnalité d'une sanction infligée à un journaliste », *La Semaine Juridique Édition Générale* [en ligne], n° 22, mai 2018, pp. 618-619

VAN DER WALT J., « La révolution de l'effet horizontal et la question de la souveraineté (réflexions sur une histoire allant de *Lochner* à *Laval* en passant par *Lüth*) », in HOCHMANN T. et REINHARDT J., *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Edition Pedone, 2018, pp. 63-92

VAN GERVEN W., « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *Journal des tribunaux*, 1992, n° 5629, pp. 305-309

VAN HARTEN H. et NAUTA T., « Towards Horizontal Direct Effect for the Free Movement of Goods? Comment on *Fra.bo* », *European Law Review*, 2013, pp. 677-694

VÉKÁS L., « Privatautonomie und ihre Grenzen im Gemeinschaftsprivatrecht und in den postsozialistischen Kodifikationen », in STUMPF C., KAINER F. et BALDUS Ch. (éd.), *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht: Privatinitiative und Ge-*

meinwohlorizonte in der europäischen Integration: Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag am 29. September 2015, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp. 98-103

VIAL C., « Article 1 - Dignité humaine », in PICOD F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2019, pp. 41-67

VIAL C., « Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux : à la recherche d'un équilibre », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, n° 58, pp. 435-459

VON BOGDANDYA., « Art 18 AEUV », in GRABITZ E., HILF M. et NETTESHEIM E. (éd.), *Das Recht der Europäischen Union: Kommentar: Vertrag von Lissabon*, München, C. H. Beck, 62^e édition, 2017, pp. 1-21 (collection de feuilles volantes)

WAGNER E., « Die unmittelbare Drittwirkung der EG-Grundfreiheiten im Privatrecht - Das Ende der Privatautonomie? », *ÖJZ*, 2007, n° 54, pp. 634-644,

WEATHERILL S., « The Elusive Character of Private Autonomy in EU Law », in LECZYKIEWICZ D. et WEATHERILL S. (éd.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 9-27

WEDL V., « Glosse zu EuGH 18.12.2007, C-341/05 », *RdA*, 2008, p. 294-300

WEICHSELBAUM B., « Grundrechte, Grundfreiheiten und der Vertrag von Lissabon: Neues zum Thema Kollektivverhandlungen und kollektive Maßnahmen », *RdA*, 2011, pp. 103-111

ZULEEG M., « Art 12 EGV », in VON DER GROEBEN H. et SCHWARZE J., *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft: Art. 1-53 EUV, Art. 1-80 EGV*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 6^e édition, 2003, pp. 687-697

Index de jurisprudence

I. Juridictions de l'Union européenne

A. Cour de justice

CJCE, 29 novembre 1956, <i>Fédération charbonnière de Belgique/Haute Autorité</i> , aff. 8/55, <i>Rec.</i> 1955, p. 291.....	482
CJCE, 13 juin 1958, <i>Meroni</i> , aff. 10/56, <i>Rec.</i> 1958, p. 53.....	226
CJCE, 16 décembre 1960, <i>Humblet/État belge</i> , aff. 6/60, <i>Rec.</i> 1960, p. 1125.....	509
CJCE, 14 déc. 1962, <i>Commission/Luxembourg et Belgique</i> , aff. jts. 2/62 et 3/62, <i>Rec.</i> 1962, p. 813.....	177
CJCE, 5 février 1963, <i>Van Gend & Loos</i> , aff. 26/62, <i>Rec.</i> 1963, p. 3.....	71, 112, 256, 257
CJCE, 13 novembre 1964, <i>Commission/ Luxembourg et Belgique</i> , aff. jts. 90/63 et 91/63, <i>Rec.</i> 1964, p. 1217.....	177
CJCE, 10 décembre 1968, <i>Commission/Italie</i> , aff. 7/68, <i>Rec.</i> 1968, p. 617.....	177, 185, 186
CJCE, 1 ^{er} juillet 1969, <i>Commission/Italie</i> , aff. 24/68, <i>Rec.</i> 1969, p. 193.....	176, 177
CJCE, 1 ^{er} juillet 1969, <i>Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders/ Brachfeld e.a.</i> , aff. jts. 2/69 et 3/69, <i>Rec.</i> 1969, p. 211.....	176
CJCE, 12 novembre 1969, <i>Stauder</i> , aff. 29/69, <i>Rec.</i> 1969, p. 419.....	401
CJCE, 5 mai 1970, <i>Commission/Belgique</i> , aff. 77/69, <i>Rec.</i> 1970, p. 237.....	512
CJCE, 17 décembre 1970, <i>Spa Sace</i> , aff. 33/70, <i>Rec.</i> 1970, p. 1213.....	176
CJCE, 17 décembre 1970, <i>Internationale Handelsgesellschaft</i> , aff. 11/70, <i>Rec.</i> 1970, p. 1125.....	401

CJCE, 22 juin 1972, <i>Frilli</i> , aff. 1/72, <i>Rec.</i> 1972, p. 457.....	243
CJCE, 14 décembre 1972, <i>Marimex</i> , aff. 29/72, <i>Rec.</i> 1972, p. 1309.....	177, 317
CJCE, 12 juillet 1973, <i>Geddo</i> , aff. 2/73, <i>Rec.</i> 1973, p. 865.....	179
CJCE, 12 février 1974, <i>Sotgiu</i> , aff. 172/73, <i>Rec.</i> 1974, p. 153.....	123
CJCE, 4 avril 1974, <i>Commission/France</i> , aff. 167/73, <i>Rec.</i> 1974, p. 359.....	122
CJCE, 14 mai 1974, <i>Nold</i> , aff. 4/73, <i>Rec.</i> 1974, p. 491.....	416
CJCE, 21 juin 1974, <i>Reyners</i> , aff. 2/74, <i>Rec.</i> 1974, p. 631.....	125
CJCE, 11 juillet 1974, <i>Dassonville</i> , aff. 8/74, <i>Rec.</i> 1974, p. 837.....	68, 179
CJCE, 30 octobre 1974, <i>Van Haaster</i> , aff. 190/73, <i>Rec.</i> 1974, p. 1123.....	185
CJCE, 3 décembre 1974, <i>Van Binsbergen</i> , aff. 33/74, <i>Rec.</i> 1974, p. 1299.....	130, 346
CJCE, 4 décembre 1974, <i>Van Duyn</i> , aff. 41/74, <i>Rec.</i> 1974, p. 1337.....	121, 311
CJCE, 10 décembre 1974, <i>Charmasson/Ministre des Économies et des Finances</i> , aff. 48/74, <i>Rec.</i> 1974, p. 1383.....	112
CJCE, 12 décembre 1974, <i>Walrave</i> , aff. 36/74, <i>Rec.</i> 1974, p. 1405.....	26, 68, 70, 71, 76, 79, 87, 94, 95, 116, 132, 134, 282, 327, 538, 555
CJCE, 26 février 1975, <i>Bonsignore/Oberstadtdirektor der Stadt Köln</i> , aff. 67/74, <i>Rec.</i> 1975, p. 297.....	313
CJCE, 28 octobre 1975, <i>Rutili</i> , aff. 36/75, <i>Rec.</i> 1975, p. 1219.....	311
CJCE, 8 avril 1976, <i>Defrenne/Sabena (Defrenne II)</i> , aff. C-43/75, <i>Rec.</i> 1976, p. 455.....	64, 85, 87, 419, 420, 539
CJCE, 20 mai 1976, <i>de Peijper</i> , aff. 104/75, <i>Rec.</i> 1976, p. 613.....	323
CJCE, 22 juin 1976, <i>Terrapin/Terranova</i> , aff. 119/75, <i>Rec.</i> 1976, p. 1039.....	26, 188
CJCE, 14 juillet 1976, <i>Donà</i> , aff. 13/76, <i>Rec.</i> 1976, p. 1333.....	26, 76, 79, 87, 134, 135, 328
CJCE, 25 janvier 1977, <i>W.J.G Bauhuis</i> , aff. 46/76, <i>Rec.</i> 1977, p. 1.....	177

CJCE, 28 avril 1977, <i>Thieffry/Conseil de l'ordre des avocats de la Cour de Paris</i> , aff. 71/76, <i>Rec.</i> 1977, p. 765.....	280
CJCE, 9 juin 1977, <i>Van Ameyde</i> , aff. 90/76, <i>Rec.</i> 1977, p. 1091.....	26, 42, 79, 136
CJCE, 5 octobre 1977, <i>Tedeschi</i> , aff. 5/77, <i>Rec.</i> 1977, p. 1555.....	317
CJCE, 19 octobre 1977, <i>Rückdeschel</i> , aff. jts. 117/76 et 16/77, <i>Rec.</i> 1977, p. 1753.....	243, 246
CJCE, 16 novembre 1977, <i>Inno/Atab</i> , aff. 13/77, <i>Rec.</i> 1977, p. 2115.....	83
CJCE, 20 avril 1978, <i>Société Commissionnaires réunis</i> , aff. jts. 80/77 et 81/77, <i>Rec.</i> 1978, p. 927.....	177
CJCE, 23 novembre 1978, <i>Thompson</i> , aff. 7/78, <i>Rec.</i> 1978, p. 2247.....	171
CJCE, 7 février 1979, <i>Knoors</i> , aff. 115/78, <i>Rec.</i> 1979, p. 399.....	130
CJCE, 20 février 1979, <i>Cassis de Dijon</i> , aff. 120/78, <i>Rec.</i> 1979.....	112, 180, 336
CJCE, 20 février 1979, <i>Buitoni</i> , aff. 122/78, <i>Rec.</i> 1979, p. 677.....	482
CJCE, 5 avril 1979, <i>Ratti</i> , aff. 148/78, <i>Rec.</i> 1979, p. 1629.....	317
CJCE, 12 juillet 1979, <i>Commission/Allemagne</i> , aff. 153/78, <i>Rec.</i> 1979, p. 2555.....	319
CJCE, 8 novembre 1979, <i>Groenveld</i> , aff. 15/79, <i>Rec.</i> 1979, p. 3409.....	183
CJCE, 14 décembre 1979, <i>Henn et Darby</i> , aff. 34/79, <i>Rec.</i> 1979, p. 379.....	179, 317, 319, 496, 498
CJCE, 27 mars 1980, <i>Denkavit italiana</i> , aff. 61/79, <i>Rec.</i> 1980, p. 1205.....	87
CJCE, 17 décembre 1980, <i>Commission/Belgique</i> , aff. 149/79, <i>Rec.</i> 1980, p. 3883.....	125, 313
CJCE, 22 janvier 1981, <i>Dansk Supermarked</i> , aff. 58/80, <i>Rec.</i> 1981, p. 181.....	26, 188, 541
CJCE, 28 janvier 1981, <i>Ministère public</i> , aff. 32/80, <i>Rec.</i> 1981, p. 251.....	177
CJCE, 5 février 1981, <i>Eyssen</i> , aff. 53/80, <i>Rec.</i> 1981, p. 409.....	323
CJCE, 17 juin 1981, <i>Commission/Irlande</i> , aff. 113/80, <i>Rec.</i> 1981, p. 1625.....	318

CJCE, 7 juillet 1981, <i>Rewe/Hauptzollamt Kiel</i> , aff. 158/80, <i>Rec.</i> 1981, p. 1805.....	528
CJCE, 14 juillet 1981, <i>Merck</i> , aff. 187/80, <i>Rec.</i> 1981, p. 2063.....	185
CJCE, 19 janvier 1982, <i>Becker</i> , aff. 8/81, <i>Rec.</i> 1982, p. 53.....	90
CJCE, 9 février 1982, <i>Polydor e.a./Harlequin e.a.</i> , aff. 270/80, <i>Rec.</i> 1982, p. 329.....	26, 190
CJCE, 5 mai 1982, <i>Schul</i> , aff. 15/81, <i>Rec.</i> 1982, p. 1409.....	97
CJCE, 18 mai 1982, <i>Adoui et Cornuaille/Belgique</i> , aff. jts 115 et 116/81, <i>Rec.</i> 1982, p. 1665.....	311
CJCE, 9 juin 1982, <i>Commission/Italie</i> , aff. 95/81, <i>Rec.</i> 1982, p. 2187.....	318, 319
CJCE, 15 juillet 1982, <i>Commission/Royaume-Uni</i> , aff. 40/82, <i>Rec.</i> 1982, p. 2793.....	185, 497
CJCE, 14 septembre 1982, <i>Keurkoop</i> , aff. 144/81, <i>Rec.</i> 1982, p. 2853.....	321
CJCE, 6 octobre 1982, <i>CILFIT</i> , aff. 283/81, <i>Rec.</i> 1982, p. 3415.....	61
CJCE, 10 novembre 1982, <i>Rau</i> , aff. 261/81, <i>Rec.</i> 1982, p. 3961.....	486
CJCE, 24 novembre 1982, <i>Commission/Irlande</i> , aff. C-249/81, <i>Rec.</i> 1982, p. 4005.....	39, 41, 48
CJCE, 10 mars 1983, <i>Inter-Huiles</i> , aff. 172/82, <i>Rec.</i> 1983, p. 555.....	185
CJCE, 16 mars 1983, <i>Ministero delle finanze</i> , aff. 266/81, <i>Rec.</i> 1983, p. 731.....	176
CJCE, 14 juillet 1983, <i>Sandoz</i> , aff. 174/82, <i>Rec.</i> 1983, p. 2445.....	498
CJCE, 13 décembre 1983, <i>Apple and Pear Development Council</i> , aff. 222/82, <i>Rec.</i> 1983, p. 4083.....	39, 41, 42
CJCE, 31 janvier 1984, <i>Luisi et Carbone</i> , aff. jt. 286/82 et 26/83, <i>Rec.</i> 1984, p. 377.....	170
CJCE, 7 février 1984, <i>Duphar</i> , aff. 238/82, <i>Rec.</i> 1984, p. 523.....	318, 319
CJCE, 9 février 1984, <i>GIE "Rhône-Alpes Huiles"</i> , aff. 295/82, <i>Rec.</i> 1984, p. 575.....	185

CJCE, 29 février 1984, <i>Rewe-Zentrale</i> , aff. 37/83, <i>Rec.</i> 1984, p. 1229.....	49
CJCE, 5 avril 1984, <i>Van de Haar</i> , aff. jts. 177/82 et 178/82, <i>Rec.</i> 1984, p. 1797.....	26, 191
CJCE, 10 avril 1984, <i>Von Colson</i> , aff. 14/83, <i>Rec.</i> 1984, p. 1891.....	90, 541
CJCE, 10 avril 1984, <i>Harz/Deutsche Tradax</i> , aff. 79/83, <i>Rec.</i> 1984, p. 1921.....	90
CJCE, 17 mai 1984, <i>Denkavit</i> , aff. 15/83, <i>Rec.</i> 1984, p. 2171.....	49
CJCE, 10 juillet 1984, <i>Campus Oil</i> , aff. 72/83, <i>Rec.</i> 1984, p. 2727.....	317-319, 486
CJCE, 12 juillet 1984, <i>Klopp</i> , aff. 107/83, <i>Rec.</i> 1984, p. 2971.....	126
CJCE, 13 décembre 1984, <i>Haug-Adrion</i> , aff. 251/83, <i>Rec.</i> 1984, p. 4277.....	26, 137
CJCE, 10 janvier 1985, <i>Leclerc</i> , aff. 229/83, <i>Rec.</i> 1985, p. 1.....	185, 187
CJCE, 7 février 1985, <i>Commission/France</i> , aff. 173/83, <i>Rec.</i> 1985, p. 491.....	185
CJCE, 9 mai 1985, <i>Commission/France</i> , aff. C-21/84, <i>Rec.</i> 1985, p. 1355.....	45
CJCE, 11 juin 1985, <i>Commission/Irlande</i> , aff. 288/83, <i>Rec.</i> 1985, p. 1761.....	186, 318
CJCE, 11 juillet 1985, <i>Cinéthèque</i> , aff. jts. 60/84 et 61/84, <i>Rec.</i> 1985, p. 2605.....	185, 412
CJCE 15 janvier 1986, <i>Pinna</i> , aff. 41/84, <i>Rec.</i> 1986, p. 1.....	123
CJCE, 28 janvier 1986, <i>Commission/France</i> , aff. 188/84, <i>Rec.</i> 1986, p. 419.....	185
CJCE, 26 février 1986, <i>Marshall</i> , aff. 152/84, <i>Rec.</i> 1986, p. 723.....	89- 91
CJCE, 3 juin 1986, <i>Kempf</i> , aff. 139/85, <i>Rec.</i> 1985.....	122
CJCE, 3 juillet 1986, <i>Lawrie-Blum</i> , aff. 66/85, <i>Rec.</i> 1986, p. 2121.....	122, 266
CJCE, 9 avril 1987, <i>Commission/Italie</i> , aff. 363/85, <i>Rec.</i> 1987, p. 1733.....	510
CJCE, 11 juin 1987, <i>Gofette et Gilliard</i> , aff. 406/85, <i>Rec.</i> 1987, p. 2525.....	113
CJCE, 1 ^{er} octobre 1987, <i>Vlaamse Reisbureaus</i> , aff. 311/85, <i>Rec.</i> 1987, p. 3801.....	26, 71, 191

CJCE, 2 février 1988, <i>Blaizot</i> , aff. 24/86, <i>Rec.</i> 1988, p. 398.....	87
CJCE, 23 février 1988, <i>Commission/France</i> , aff. 216/84, <i>Rec.</i> 1988, p. 793.....	185
CJCE, 14 juillet 1988, <i>Zoni</i> , aff. 90/86, <i>Rec.</i> 1988, p. 4285.....	185
CJCE, 14 juillet 1988, <i>Commission/Grèce</i> , aff. 38/87, <i>Rec.</i> 1988, p. 4415.....	127
CJCE, 20 septembre 1988, <i>Commission/Danemark</i> , aff. 302/86, <i>Rec.</i> 1988, p. 4607.....	337
CJCE, 27 septembre 1988, <i>Bayer/Süllhöfer</i> , aff. 65/85, <i>Rec.</i> 1988, p. 5249.....	26, 71, 192
CJCE, 2 février 1989, <i>Cowan</i> , aff. 186/87, <i>Rec.</i> 1989, p. 195.....	269
CJCE, 7 mars 1989, <i>Schumacher</i> , aff. 215/87, <i>Rec.</i> 1989, p. 617.....	113
CJCE, 18 mai 1989, <i>Royal Pharmaceutical Society</i> , aff. jts. C-266/87 et 267/87, <i>Rec.</i> 1989, p. 1295.....	40
CJCE, 18 mai 1989, <i>Commission/Allemagne</i> , aff. 249/86, <i>Rec.</i> 1989, p. 1263.....	311
CJCE, 7 mars 1990, <i>GB-INNO-BM</i> , aff. C-362/88, <i>Rec.</i> 1990, p. I-667.....	113
CJCE, 2 mai 1990, <i>Staat der Nederlanden/Bakker Hillegon</i> , aff. C-111/89, <i>Rec.</i> 1990, p. I-1735.....	177
CJCE, 12 juillet 1990, <i>Foster</i> , aff. C-188/89, <i>Rec.</i> 1990, p. I-3313.....	40, 92
CJCE, 8 novembre 1990, <i>Dekker/VJV-Centrum</i> , aff. C-177/88, <i>Rec.</i> 1990, p. I-3941.....	90
CJCE, 6 décembre 1990, <i>Witzemann</i> , aff. C-343/89, <i>Rec.</i> 1990, I-4477.....	186
CJCE, 7 février 1991, <i>Nimz</i> , aff. C-184/89, <i>Rec.</i> 1991, p. I-297.....	539
CJCE, 26 février 1991, <i>Commission/France</i> , aff. C-154/89, <i>Rec.</i> 1991, I-659.....	130
CJCE, 18 juin 1991, <i>ERT</i> , aff. C-260/89, <i>Rec.</i> 1991, p. I-2925.....	412
CJCE, 25 juillet 1991, <i>Factorame II</i> , aff. C-221/89, <i>Rec.</i> 1991, I-03905.....	125
CJCE, 25 juillet 1991, <i>Säger</i> , aff. C-76/90, <i>Rec.</i> 1991, I-4221.....	130, 131, 347

CJCE, 25 juillet 1991, <i>Collectieve Antennevoorziening Gouda e.a.</i> , aff. C-288/89, <i>Rec.</i> 1991, p. I-4007.....	131, 347, 485
CJCE, 25 juillet 1991, <i>Aragonese et Publivia</i> , aff. jts. C-1/90 et C-176/90, <i>Rec.</i> 1991, p. I-4151.....	496
CJCE, 13 septembre 1991, <i>RTT</i> , aff. C-18/88, <i>Rec.</i> 1991, p. I-5941.....	337
CJCE, 19 novembre 1991, <i>Francovich</i> , aff. joint. C-6/90 et C-9/90, <i>Rec.</i> 1991, p. I-5357.....	90, 519, 520
CJCE, 27 novembre 1991, <i>Italtrade</i> , aff. C-199/90, <i>Rec.</i> 1991, p. I-5545.....	482
CJCE, 26 février 1992, <i>Raulin</i> , aff. C-357/89, <i>Rec.</i> 1992, p. I-1027.....	122
CJCE, 8 avril 1992, <i>Commission/Allemagne</i> , aff. C-62/90, <i>Rec.</i> 1992, p. I-2575.....	323
CJCE, 20 mai 1992, <i>Ramrath</i> , aff. C-106/91, <i>Rec.</i> 1992, p. I-3351.....	347
CJCE, 9 juin 1992, <i>Delhaize</i> , aff. C-47/90, <i>Rec.</i> 1992, p. I-3669.....	320
CJCE, 9 juillet 1992, <i>Commission/Belgique</i> , aff. C-2/90, <i>Rec.</i> 1992, I-4431.....	186
CJCE, 10 novembre 1992, <i>Exportur</i> , aff. C-3/91, <i>Rec.</i> 1992, p. I-5529.....	44
CJCE, 16 décembre 1992, <i>Stoke-on-Trent et Norwich City Council</i> , aff. C-169/91, <i>Rec.</i> 1992, p. I-6635.....	487
CJCE, 10 mars 1993, <i>Commission/Luxembourg</i> , aff. C-111/91, <i>Rec.</i> 1993, p. I-817.....	127
CJCE, 31 mars 1993, <i>Kraus</i> , aff. C-19/92, <i>Rec.</i> 1993, p. I-1663.....	123, 124, 127, 128, 345
CJCE, 17 novembre 1993, <i>Meng</i> , aff. C-2/91, <i>Rec.</i> 1993, p. I-5751.....	83
CJCE, 30 novembre 1993, <i>Deutsche Renault</i> , aff. C-317/91, <i>Rec.</i> 1993, p. I-6227.....	496
CJCE, 13 décembre 1993, <i>Commission/Conseil (quotas de rhum)</i> , aff. C-218/92, <i>Rec.</i> 1983, p. 4063.....	52
CJCE, 15 décembre 1993, <i>Hünermund</i> , aff. C-292/92, <i>Rec.</i> 1993, p. I-6787.....	41

CJCE, 2 février 1994, <i>Verband Sozialer Wettbewerb</i> , aff. C-315/92, <i>Rec.</i> 1994, p. I-00317.....	51, 53
CJCE, 23 février 1994, <i>Scholz</i> , C-419/92, <i>Rec.</i> 1994, p. I-505.....	40, 123
CJCE, 24 mars 1994, <i>Schindler</i> , aff. C-275/92, <i>Rec.</i> 1994, p. I-1039.....	347
CJCE, 22 juin 1994, <i>Deutsches Milch-Kontor</i> , aff. C-426/92, <i>Rec.</i> 1994, p. I-2757.....	177
CJCE, 14 juillet 1994, <i>Faccini Dori</i> , aff. C-91/92, <i>Rec.</i> 1994, p. I-3325.....	89
CJCE, 9 août 1994, <i>Lancry</i> , aff. jts. C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-409/93, C-410/93 et C-411/93, <i>Rec.</i> 1994, p. I-03957.....	50, 113
CJCE, 9 août 1994, <i>Meyhui</i> , aff. C-51/93, <i>Rec.</i> 1994, p. I-03879.....	52
CJCE, 5 octobre 1994, <i>TV10</i> , aff. C-23/93, <i>Rec.</i> 1994, p. I-4795.....	350
CJCE, 5 octobre 1994, <i>Allemagne/Conseil</i> , aff. C-280/93, <i>Rec.</i> 1994, p. I-4973.....	443
CJCE, 23 février 1995, <i>Bordessa e.a.</i> , aff. jt. C-358/93 et C-416/93, <i>Rec.</i> 1995, p. I-361.....	171
CJCE, 28 mars 1995, <i>Evans</i> , aff. C-324/93, <i>Rec.</i> 1995, p. I-563.....	318, 319
CJCE, 10 mai 1995, <i>Alpine Investments</i> , aff. C-384/93, <i>Rec.</i> 1995, p. I-1141.....	347
CJCE, 11 août 1995, <i>Garonor</i> , aff. C-16/94, <i>Rec.</i> 1995, p. I-2421.....	178
CJCE, 14 novembre 1995, <i>Svensson</i> , aff. C-484/93, <i>Rec.</i> 1995, p. I-3955.....	172
CJCE, 30 novembre 1995, <i>Gebhard</i> , aff. C-55/94, <i>Rec.</i> 1995, p. I-4165.....	124, 125, 129
CJCE, 14 décembre 1995, <i>Sanz de Lera et autres</i> , aff. jt. C-163/94 et C-205/94, <i>Rec.</i> 1995, p. I-4821.....	169
CJCE, 15 décembre 1995, <i>Bosman</i> , aff. C-415/93, <i>Rec.</i> 1995, p. I-4921.....	26, 73, 87, 88, 124, 139-141, 147, 271, 282, 325, 326, 351, 352, 415, 430, 453, 555, 572
CJCE, 1 ^{er} février 1996, <i>Perfili</i> , C-177/94, <i>Rec.</i> 1996, p. I-161.....	211
CJCE, 5 mars 1996, <i>Brasserie du Pêcheur</i> , aff. jts. C-46/93 et C-48/93, <i>Rec.</i> 1996, p. I-1029.....	512, 513, 515, 516, 518, 519, 554, 561

CJCE, 30 avril 1996, <i>CIA Security International</i> , aff. C-194/94, <i>Rec.</i> 1996, p. I-2201.....	526
CJCE, 8 octobre 1996, <i>Dillenkofer</i> , aff. jts. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 et C-190/94, <i>Rec.</i> 1996, p. I-4845.....	515, 561
CJCE, 12 décembre 1996, <i>Reisebüro Broede</i> , aff. C-3/95, <i>Rec.</i> 1996, p. I-6511.....	347
CJCE, 13 mai 1997, <i>Commission/Allemagne</i> , aff. C-233/94, <i>Rec.</i> 1997, p. I-2405.....	346
CJCE, 15 mai 1997, <i>Futura Participations</i> , aff. C-250/95, <i>Rec.</i> 1997, p. I-2471.....	346
CJCE, 5 juin 1997, <i>SETTG</i> , aff. C-398/95, <i>Rec.</i> 1997, p. I-3091.....	348
CJCE, 26 juin 1997, <i>Familiapress</i> , aff. C-368/95, <i>Rec.</i> 1997, p. I-3689.....	337, 338, 412
CJCE, 9 juillet 1997, <i>De Agostini</i> , aff. C-34/95, <i>Rec.</i> 1997, p. I-3843.....	347
CJCE, 9 décembre 1997, <i>Commission/France</i> , aff. C-265/95, <i>Rec.</i> 1997, p. I-6959.....	26, 45, 46, 197, 198, 275, 318, 355, 356, 509
CJCE, 10 mars 1998, <i>Allemagne/Conseil</i> , aff. C-122/95, <i>Rec.</i> 1998, p. I-973.....	246
CJCE, 28 avril 1998, <i>Decker</i> , aff. C-120/95, <i>Rec.</i> 1998, p. I-11831.....	344
CJCE, 5 mai 1998, <i>RU/Commission dit ESB</i> , aff. C-180/96, <i>Rec.</i> 1998, p. I-02265.....	53
CJCE, 14 juillet 1998, <i>Safety Hi-Tech</i> , aff. 284/95, <i>Rec.</i> 1998, p. 4301.....	49
CJCE, 1 ^{er} octobre 1998, <i>Commission/Espagne</i> , aff. C-71/97, <i>Rec.</i> 1998, p. I-5991.....	508
CJCE, 3 décembre 1998, <i>Bluhme</i> , aff. C-67/97, <i>Rec.</i> 1998, I-8033.....	185
CJCE, 9 mars 1999, <i>Centros</i> , aff. C-212/97, <i>Rec.</i> 1999, p. I-1459.....	442
CJCE, 16 mars 1999, <i>Trummer et Mayer</i> , aff. C-222/97, <i>Rec.</i> 1999, p. I-1661.....	170, 172, 348
CJCE, 11 mai 1999, <i>Pfeiffer</i> , aff. C-255/97, <i>Rec.</i> 1999, p. I-2835.....	128, 345
CJCE, 1 ^{er} juin 1999, <i>Konle</i> , aff. C-302/97, <i>Rec.</i> 1999, p. I-3099.....	348, 350

CJCE, 8 juillet 1999, <i>Montecatini/Commission</i> , aff. C-235/92P, <i>Rec.</i> 1999, p. I-4539.....	430
CJCE, 21 octobre 1999, <i>Jägerskiöld</i> , aff. C-97/98, <i>Rec.</i> 1999, I-7319.....	185
CJCE, 28 octobre 1999, <i>ARD/Pro Sieben</i> , aff. C-6/98, <i>Rec.</i> 1999, p. I-7599.....	347
CJCE, 10 février 2000, <i>Schröder</i> , aff. C-50/96, <i>Rec.</i> 2000, p. I-743.....	246
CJCE, 14 mars 2000, <i>Église de Scientologie</i> , aff. C-54/99, <i>Rec.</i> 2000, p.I-1335.....	314
CJCE, 11 avril 2000, <i>Deliège</i> , aff. C-51/96, <i>Rec.</i> 2000, p. I-2549.....	26, 142, 329, 330, 331
CJCE, 13 avril 2000, <i>Lehtonen</i> , aff. C-176/96, <i>Rec.</i> 2000, p. I-2681.....	26, 76, 87, 143, 329, 331, 352
CJCE, 4 juin 2000, <i>Verkooijen</i> , aff. C-35/98, <i>Rec.</i> 2000, p. I-4071.....	348
CJCE, 6 juin 2000, <i>Angonese</i> , aff. C-281/98, <i>Rec.</i> 2000, p. I-4139.....	26, 73, 86, 87, 143-145, 147, 268, 270, 331, 332, 419, 453
CJCE, 11 juillet 2000, <i>Toolex</i> , aff. C-473/98, <i>Rec.</i> 2000, p. I-5681.....	323
CJCE, 26 septembre 2000, <i>Unilever</i> , aff. C-443/98, <i>Rec.</i> 2000, p. I-7535.....	526
CJCE, 3 octobre 2000, <i>Ferlini</i> , aff. C-411/98, <i>Rec.</i> 2000, p. I-8081.....	26, 147-149, 282
CJCE, 3 octobre 2000, <i>Corsten</i> , aff. C-58/98, <i>Rec.</i> 2000, p. I-7919.....	347
CJCE, 12 octobre 2000, <i>Snellers</i> , aff. C-314/98, <i>Rec.</i> 2000, p. I-8633.....	338
CJCE, 18 janvier 2001, <i>Commission/Italie</i> , aff. C-162/99, <i>Rec.</i> 2001, p. I-541.....	127
CJCE, 1 ^{er} février 2001, <i>Mac Queen e.a.</i> , aff. C-108/96, <i>Rec.</i> 2001, p. I-837.....	346
CJCE, 20 février 2001, <i>Analir e.a.</i> , aff. C-205/99, <i>Rec.</i> 2001, p. I-1271.....	131
CJCE, 20 septembre 2001, <i>Grzelczyk</i> , aff. C-184/99, <i>Rec.</i> 2001, p. I-6193.....	78, 243, 269
CJCE, 20 septembre 2001, <i>Courage et Crehan</i> , aff. C-453/99, <i>Rec.</i> 2001, p. I-6297.....	532, 545, 547
CJCE, 29 novembre 2001, <i>De Coster</i> , aff. C-17/00, <i>Rec.</i> 2001, p. I-9445.....	131

CJCE, 19 février 2002, <i>Wouters e.a.</i> , aff. C-309/99, <i>Rec.</i> 2002, p. I-1577.....	26, 81-83, 149, 282, 347, 353, 534
CJCE, 5 mars 2002, <i>Reisch e.a.</i> , aff. jts. C-515/99, C-519/99 à C-524/99, C-526/99 à C-540/99, <i>Rec.</i> 2002, p. I-2157.....	349
CJCE, 4 juin 2002, <i>Commission/Portugal</i> , aff. C-367/98, <i>Rec.</i> 2002, p. I-4731.....	348, 349
CJCE, 4 juin 2002, <i>Commission/France</i> , aff. C-483/99, <i>Rec.</i> 2002, p. I-4781.....	348
CJCE, 4 juin 2002, <i>Commission/Belgique</i> , aff. C-503/99, <i>Rec.</i> 2002, I-4809.....	349
CJCE, 6 juin 2002, <i>Sapod Audic</i> , aff. C-159/00, <i>Rec.</i> 2002, p. I-5031.....	26, 192, 193
CJCE, 11 juillet 2002, <i>Carpenter</i> , aff. C-60/00, <i>Rec.</i> 2002, p. I-6279.....	412
CJCE, 17 septembre 2002, <i>Payroll e.a.</i> , aff. C-79/01, <i>Rec.</i> 2002, p. I-8923.....	346
CJCE, 2 octobre 2002, <i>Garcia Avello</i> , aff. C-148/02, <i>Rec.</i> 2002, p. I-11613.....	269
CJCE, 3 octobre 2002, <i>Danner</i> , aff. C-136/00, <i>Rec.</i> 2002, p. I-8147.....	348
CJCE, 5 novembre 2002, <i>Überseering</i> , aff. C-208/00, <i>Rec.</i> 2002, p. I-9919.....	346, 442
CJCE, 21 novembre 2002, <i>Riksskatteverket</i> , aff. C-436/00, <i>Rec.</i> 2002, p. I-10829.....	348
CJCE, 26 novembre 2002, <i>Oteiza Olazabal</i> , aff. C-100/01, <i>Rec.</i> 2002, p. I-10981.....	312
CJCE, 11 mars 2003, <i>Dory</i> , aff. C-186/01, <i>Rec.</i> 2003, p. I-2479.....	312
CJCE, 13 mai 2003, <i>Müller-Fauré et van Riet</i> , aff. C-385/99, <i>Rec.</i> 2003, p. I-4509.....	345
CJCE, 15 mai 2003, <i>Salzmann</i> , aff. C-300/01, <i>Rec.</i> 2003, p. I-4899.....	348, 350
CJCE, 20 mai 2003, <i>Ravil</i> , aff. C-469/00, <i>Rec.</i> 2003, p. I-5053.....	44, 52
CJCE, 20 mai 2003, <i>Consorzio del Prosciutto di Parma dit Jambon de Parme</i> , aff. C-108/01, <i>Rec.</i> 2003, p. I-05121.....	53, 320

CJCE, 12 juin 2003, <i>Schmidberger</i> , aff. C-112/00, <i>Rec.</i> 2003, p. I-5659.....	26, 46, 48, 198, 302, 356, 402, 415, 445-448, 452, 492, 527
CJCE, 23 septembre 2003, <i>Commissiom/Royaume-Uni</i> , aff. C-30/01, <i>Rec.</i> 2001, I-9481.....	186
CJCE, 23 septembre 2003, <i>Ospelt</i> , aff. C-452/01, <i>Rec.</i> 2003, p. I-9743.....	348
CJCE, 30 septembre 2003, <i>Inspire Art</i> , aff. C-167/01, <i>Rec.</i> 2003, p. I-10155.....	128
CJCE, 30 septembre 2003, <i>Köbler</i> , aff. C-224/01, <i>Rec.</i> 2003, p. I-10239.....	512, 517, 526
CJCE, 6 novembre 2003, <i>Gambelli</i> , aff. C-243/01, <i>Rec.</i> 2003, p. I-13031.....	346, 490
CJCE, 7 janvier 2004, <i>Delena Wells</i> , aff. C-201/02, <i>Rec.</i> 2004, p. I-723.....	90
CJCE, 4 mars 2004, <i>Commission/France</i> , aff. C-334/02, <i>Rec.</i> 2004, p. I-2229.....	348
CJCE, 11 mars 2004, <i>de Lasteyrie du Saillant</i> , aff. C-9/02, <i>Rec.</i> 2004, p. I-2409.....	348
CJCE, 29 avril 2004, <i>Commission/Autriche</i> , aff. C-150/00, <i>Rec.</i> 2004, p. I-3887.....	45
CJCE, 13 juillet 2004, <i>Commission/France</i> , aff. C-262/02, <i>Rec.</i> 2004, p. I-6569.....	323
CJCE, 15 juillet 2004, <i>Lenz</i> , aff. C-315/02, <i>Rec.</i> 2004, p. I-7063.....	348
CJCE, 9 septembre 2004, <i>Carbonati Apuani</i> , aff. C-72/03, <i>Rec.</i> 2004, p. I-8027.....	113
CJCE, 16 septembre 2004, <i>Merida</i> , aff. C-400/02, <i>Rec.</i> 2004, p. I-8471.....	333
CJCE, 14 octobre 2004, <i>Omega</i> , aff. C-36/02, <i>Rec.</i> 2004, p. I-9609.....	311, 350, 402, 433
CJCE, 14 décembre 2004, <i>Swedisch Match dit Tabacs</i> , aff. C-210/03, <i>Rec.</i> 2004, p. I-11893.....	52, 53
CJCE, 14 décembre 2004, <i>Arnold André</i> , aff. C-434/02, <i>Rec.</i> 2004, p. I-1182.....	53

CJCE, 10 mars 2005, <i>Laboratoires Fournier</i> , aff. C-39/04, <i>Rec.</i> 2005, p. I-2057.....	347
CJCE, 15 mars 2005, <i>Bidar</i> , aff. C- 209/03, <i>Rec.</i> 2005, I-2119.....	78
CJCE, 2 juin 2005, aff. C-174/04, <i>Rec.</i> 2005, p. I-4933.....	349
CJCE, 8 novembre 2005, <i>Leffler</i> , aff. C-443/05, <i>Rec.</i> 2005, p. I-9611.....	62
CJCE, 22 novembre 2005, <i>Mangold</i> , aff. C-144/04, <i>Rec.</i> 2005, p. I-9981.....	245, 408
CJCE, 1 ^{er} décembre 2005, <i>Burtscher</i> , aff. C-213/04, <i>Rec.</i> 2005, p. I-10309.....	350
CJCE, 23 février 2006, <i>A-Punkt Schmuckhandel</i> , aff. 441/04, <i>Rec.</i> 2006, p. I-2093.....	486
CJCE, 13 juin 2006, <i>Traghetti del Mediterraneo</i> , aff. C-173/03, <i>Rec.</i> 2006, p. I-5177.....	513
CJCE, 13 juillet 2006, <i>Manfredi</i> , aff. jts. C-295/04 à C-298/04, <i>Rec.</i> 2006, p. I-6619.....	532
CJCE, 12 septembre 2006, <i>Reynolds Tobacco e.a.</i> , aff. C-131/03 P, <i>Rec.</i> 2006, p. I-7795.....	504
CJCE, 14 septembre 2006, <i>Centro di Musicologia Walter Stauffer</i> , aff. C-386/04, <i>Rec.</i> 2006, p. I-8203.....	350
CJCE, 26 octobre 2006, <i>Commission/Grèce</i> , aff. C-65/05, <i>Rec.</i> 2006, p. I-10341.....	185, 338, 339
CJCE, 12 décembre 2006, <i>Test Claimants in the FII Group Litigation</i> , aff. C-446/04, <i>Rec.</i> 2006, p. I-11753.....	526
CJCE, 11 janvier 2007, <i>Lyyski</i> , aff. C-40/05, <i>Rec.</i> 2007, p. I-99.....	345
CJCE, 11 janvier 2007, <i>ITC</i> , aff. C-208/05, <i>Rec.</i> 2007, p. I-181.....	345
CJCE, 25 janvier 2007, <i>Festersen</i> , aff. C-370/05, <i>Rec.</i> 2007, p. I-1129.....	412
CJCE, 13 mars 2007, <i>Unibet</i> , aff. C-432/05, <i>Rec.</i> 2007, p. I-2271.....	529, 531, 553

CJCE, 29 mars 2007, <i>Rewe Zentralfinanz</i> , aff. C-347/04, <i>Rec.</i> 2007, p. I-2647.....	346
CJCE, 17 avril 2007, <i>AGM-COS.MET</i> , aff. C-470/03, <i>Rec.</i> 2007, p. I-2749.....	44, 519, 549
CJCE, 5 juin 2007, <i>Rosengren e.a.</i> , aff. C-170/04, <i>Rec.</i> 2007, p. I-4071.....	498
CJCE, 21 juin 2007, <i>Commission/Finlande</i> , aff. C-163/06 P, <i>Rec.</i> 2007, p. I-5127.....	504
CJCE, 23 octobre 2007, <i>Commission/Allemagne</i> , aff. C-112/05, <i>Rec.</i> 2007, p. I-8995.....	349
CJCE, 8 novembre 2007, <i>Stadtgemeinde Frohnleiten et Gemeindebetriebe Frohnleiten</i> , aff. C-221/06, <i>Rec.</i> 2007, p. I-9643.....	176
CJCE, 11 décembre 2007, <i>Viking</i> , aff. C-438/05, <i>Rec.</i> 2007, p. I-10806.....	26, 49, 87, 151, 152, 155-157, 275, 352, 353, 400, 422, 456-458, 555
CJCE, 13 décembre 2007, <i>United Pan-Europe</i> , aff. C-250/06, <i>Rec.</i> 2007, p. I-11135.....	433, 468
CJCE, 18 décembre 2007, <i>Laval</i> , aff. 341/05, <i>Rec.</i> 2007, p. I-11767.....	26, 73, 87, 157-160, 275, 350, 352, 353, 400, 422, 462, 464, 465, 565
CJCE, 17 janvier 2008, <i>Jäger</i> , C-256/06, <i>Rec.</i> 2008, p. I-123.....	314
CJCE, 14 février 2008, <i>Dynamic Medien</i> , aff. C-244/06, <i>Rec.</i> 2008, p. I-505.....	343, 468
CJCE, 3 avril 2008, <i>Rüffert</i> , aff. C-346/06, <i>Rec.</i> 2008, p. I-1989.....	161
CJCE, 17 juillet 2008, <i>Raccanelli</i> , aff. C-94/07, <i>Rec.</i> 2008,p. I-5939.....	26, 162, 534, 550, 551
CJCE, 11 septembre 2008, <i>Commission/Allemagne</i> , aff. C-141/07, <i>Rec.</i> 2008, p. I-6935.....	319
CJCE, 4 décembre 2008, <i>Commission/Pays-Bas</i> , aff. C-249/07, <i>Rec.</i> 2008, p. I-174.....	317

CJCE, 16 décembre 2008, <i>Gysbrechts</i> , aff. C-205/07, <i>Rec.</i> 2008, p. I-9947.....	184
CJCE, 10 février 2009, <i>Commission/Italie</i> , aff. C-110/05, <i>Rec.</i> 2009, p. I-519.....	181, 222
CJCE, 5 mars 2009, <i>Commission/Espagne</i> , aff. C-88/07, <i>Rec.</i> 2009, p. I-1353.....	45
CJUE, 10 mars 2009, <i>Hartlauer</i> , aff. C-169/07, <i>Rec.</i> 2009, p. I-1721.....	486
CJUE, 24 mars 2009, <i>Danske Slagterier</i> , aff. C-445/06, <i>Rec.</i> 2009, p. I-2119.....	526
CJUE, 28 avril 2009, <i>Commission/Italie</i> , aff. C-518/06, <i>Rec.</i> 2009, p. I-3491.....	486
CJCE, 30 avril 2009, <i>Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft</i> , aff. C-531/07, <i>Rec.</i> 2009, p. I-3717.....	338
CJCE, 19 mai 2009, <i>Commission/Italie</i> , aff. C-531/06, <i>Rec.</i> 2009, p. I-4103.....	349
CJCE, 19 mai 2009, <i>Apothekerkammer des Saarlandes</i> , aff. jts. C-171/07 et C-172/07, <i>Rec.</i> 2009, p. I-4171.....	485
CJUE, 4 juin 2009, <i>Mickelsson</i> , aff. C-142/05, <i>Rec.</i> 2009, p. I-4273.....	181, 222
CJCE, 1 ^{er} octobre 2009, <i>Woningstichting Sint Servatius</i> , aff. C-567/07, <i>Rec.</i> 2009, p. I-9021.....	349
CJCE, 15 octobre 2009, <i>Audiolux</i> , aff. C-101/08, <i>Rec.</i> 2009, p. I-9823.....	246
CJUE, 19 janvier 2010, <i>Küçükdeveci</i> , aff. C-555/07, <i>Rec.</i> 2010, p. I-365.....	245, 408
CJUE, 16 mars 2010, <i>Olympique Lyonnais</i> , aff. C-325/08, <i>Rec.</i> 2010, p. I-2177.....	26, 73, 162, 163, 352
CJUE, 13 avril 2010, <i>Wall</i> , aff. C-91/08, <i>Rec.</i> 2010, p. I-02815.....	42
CJUE, 8 juillet 2010, <i>Commission/Portugal</i> , aff. C-171/08, <i>Rec.</i> 2010, p. I-6817.....	348
CJUE, 14 septembre 2010, <i>Akzo Nobel Chemicals</i> , aff. C-550/07, <i>Rec.</i> 2010, p. I-8301.....	418
CJCE, 26 octobre 2010, <i>Schmelz</i> , aff. C-97/09, <i>Rec.</i> 2010, p. I-10465.....	50, 53

CJUE, 2 décembre 2010, <i>Ker-Optik</i> , aff. C-108/09, <i>Rec.</i> 2010, p. I-12213.....	323, 484
CJUE, 16 décembre 2010, <i>Josemans</i> , aff. C-137/09, <i>Rec.</i> 2010, I-13019.....	186
CJUE, 3 mars 2011, <i>Kakavetsos-Fragkopoulos</i> , aff. C-161/09, <i>Rec.</i> 2011, p. I-915.....	184, 320
CJUE, 10 mars 2011, <i>Casteels</i> , aff. C-379/09, ECLI:EU:C:2011:131.....	26, 162, 163, 164, 333
CJUE, 24 mars 2011, <i>Commision/Eapagne</i> , aff. C-400/08, <i>Rec.</i> 2011, p. I-1915.....	346
CJUE, 26 mars 2011, <i>Commission/Espagne</i> , aff. C-06/08, <i>Rec.</i> 2011, p. I-5451.....	513
CJUE, 16 juin 2011, <i>Commission/Autriche</i> , aff. C-10/10, <i>Rec.</i> 2011, p. I-5389.....	350
CJUE, 13 octobre 2011, <i>Deutsche Post et Allemagne/Commission</i> , aff. jts. C-463/10 P et C-475/10 P, <i>Rec.</i> 2011, p. I-9639.....	504
CJUE, 21 décembre 2011, <i>Commission/Pologne</i> , aff. C-271/09, <i>Rec.</i> 2011, p. I-13613.....	349
CJUE, 24 janvier 2012, <i>Dominguez</i> , aff. C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33.....	91
CJUE, 1 ^{er} mars 2012, <i>Ascafor et Asidac</i> , aff. C-484/10, ECLI:EU:C:2012:113.....	484
CJUE, 7 juin 2012, <i>VBV-Vorsorgekasse</i> , aff. C-39/11, ECLI:EU:C:2012:327.....	349
CJUE, 28 juin 2012, <i>Erny</i> , aff. C-172/11, ECLI:EU:C:2012:399.....	26, 162, 164, 165, 333
CJUE, 12 juillet 2012, <i>Fra.Bo</i> , aff. C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453.....	26, 27, 116, 117, 187, 193-195, 275, 287, 568, 570
CJUE, 27 novembre 2012, <i>Pringle</i> , aff. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756.....	62
CJUE, 18 décembre 2012, <i>Elenca</i> , aff. C-385/10, ECLI:EU:C:2012:634.....	484
CJUE, 28 février 2013, <i>Ordem dos Tecnicos Oficiais de Contas</i> , aff. C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127.....	81

CJUE, 8 mars 2013, <i>Libert e.a.</i> , aff. jts. C-197/11 et C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288.....	346
CJUE, 16 avril 2013, <i>Las</i> , aff. C-202/11, ECLI:EU:C:2013:239.....	345
CJUE, 3 octobre 2013, <i>Inuit Tapiriit</i> , aff. C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625.....	62
CJCE, 22 octobre 2013, <i>Essent e.a.</i> , aff. jts. C-105/12 à C-107/12, ECLI :EU :C :2013 :677.....	348
CJUE, 7 novembre 2013, <i>K</i> , aff. C-322/11, ECLI:EU:C:2013:716.....	314
CJUE, 15 janvier 2014, <i>Association de médiation sociale</i> , aff. C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2.....	77, 245, 295, 408, 409, 419
CJUE, 6 mars 2014, <i>Siragusa</i> , aff. C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126.....	404
CJUE, 1 ^{er} juillet 2014, <i>Alands Vindkraft</i> , aff. C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037.....	26, 199
CJUE, 6 octobre 2014, <i>Schrems</i> , aff. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650.....	443
CJUE, 18 décembre 2014, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.....	241
CJUE, 19 avril 2016, <i>Dansk Industri</i> , aff. C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278.....	91
CJUE, 21 juin 2016, <i>New Valmar</i> , aff. C-15/15, ECLI:EU:C:2016:464.....	187
CJUE, 10 octobre 2017, <i>Farrell</i> , aff. C-413/15, ECLI:EU:C:2017:745.....	43, 92
CJUE, 14 juin 2018, <i>Aociacion Nacional de Productores de Ganado Porcino</i> , aff. C-169/17, ECLI:EU:C:2018:440.....	187
CJCUE, 6 novembre 2018, <i>Max-Planck</i> , aff. C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874.....	409, 410
CJCE, 6 novembre 2018, <i>Bauer</i> , aff. jts. C-569/16 et C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871.....	411
CUJE, 13 juin 2019, <i>TopFit et Biffi</i> , aff. C-22/18, ECLI:EU:C:2019:497.....	162, 166
CJUE, 10 octobre 2019, <i>Krah</i> , aff. C-703/17, ECLI:EU:C:2019:850.....	40, 123

CJUE, 12 décembre 2019, <i>Otis e.a.</i> , aff. C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069.....	545, 553
CJUE, 19 décembre 2019, <i>Airbnb Ireland</i> , aff. C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112.....	92, 93, 525, 526
CJUE, 19 décembre 2019, <i>Deutsche Umwelthilfe</i> , aff. C-752/18, ECLI:EU:C:2019:1114.....	439, 443, 529-531

B. Conclusions

Conclusions de l'Avocat général H. Mayras du 28 mai 1974 sur l'affaire <i>Reyners</i> , aff. 2/74, <i>Rec.</i> 1974, p. 657.....	61
Conclusions de l'Avocat général J.-P. Warner du 24 octobre 1974 sur l'affaire <i>Walrave</i> , aff. 36/74, <i>Rec.</i> 1974, p. 1405.....	94, 95
Conclusions de l'Avocat général A. Trabucchi du 6 juillet 1976 sur l'affaire <i>Donà</i> , aff. 13/76, <i>Rec.</i> 1976, p. 1343.....	135
Conclusions de l'Avocat général S. Rozès du 20 septembre 1983 sur l'affaire <i>Apple and Pear Development Council</i> , aff. 222/82, <i>Rec.</i> 1983, p. 4130.....	41
Conclusions de l'Avocat général C. O. Lenz du 20 septembre 1995 sur l'affaire <i>Bosman</i> , aff. C-415/93, <i>Rec.</i> 1995, p. I-4930.....	139, 141, 327, 328, 453
Conclusions de l'Avocat général G. Tesauro du 28 novembre 1995 sur l'affaire <i>Brasserie du Pêcheur</i> , aff. jts. C-46/93 et C-48/93, <i>Rec.</i> 1996, p. I-1066.....	517
Conclusions de l'Avocat général S. Alber du 22 juin 1999 sur l'affaire <i>Lehtonen</i> , aff. C-176/96, <i>Rec.</i> 2000, p. I- 2685.....	143
Conclusions de l'Avocat général S. Alber du 14 octobre 1999 sur l'affaire <i>Baars</i> , C-251/98, <i>Rec.</i> 1999, p. I-2789.....	171
Conclusions de l'Avocat général N. Fenelly du 15 juin 2000 sur l'affaire <i>Allemagne/Parlement et Conseil</i> , aff. C-376/98, <i>Rec.</i> 2000, p. I-8423.....	97, 115
Conclusions de l'Avocat général S. Alber du 4 octobre 2001 sur l'affaire C-279/00, <i>Commission/Italie</i> , <i>Rec.</i> 2002, p. I-1425.....	349

Conclusions de l'Avocate générale J. Kokott du 18 mars 2004 sur l'affaire <i>Manninen</i> , aff. C-319/02, <i>Rec.</i> 2004, p. I-7480.....	172
Conclusions de l'Avocate générale Ch. Stix-Hackl du 18 mars 2004 sur l'affaire <i>Omega</i> , aff. C-36/02, <i>Rec.</i> 2004, p. I-9611.....	469
Conclusions de l'Avocat général A. Tizzano du 25 mars 2004 sur l'affaire <i>Caixa Bank</i> , aff. C-442/02, <i>Rec.</i> 2004, p. I-8963.....	251
Conclusions de l'Avocat général M. Poiares Maduro du 23 mai 2007 sur l'affaire <i>Viking</i> , aff. C-438/05, p. I-10784.....	153, 154, 155, 288, 305, 365, 454, 455, 535
Conclusions de l'Avocat général P. Mengozzi du 23 mai 2007 sur l'affaire <i>Laval</i> , aff. C-341/05, <i>Rec.</i> 2007, p. I-11772.....	459, 460, 461
Conclusions de l'Avocat général P. Cruz Villalón du 5 mai 2010 sur l'affaire <i>Dos Santos Palhota</i> , aff. C-515/08, ECLI:EU:C:2010:245.....	420, 422
Conclusions de l'Avocate générale V. Trstenjak du 15 juillet 2010 sur l'affaire <i>Commission/Allemagne</i> , aff. C-271/08, <i>Rec.</i> p. I-7091.....	472, 474
Conclusions de l'Avocate générale J. Kokott du 11 novembre 2010 sur l'affaire <i>Casteels</i> , aff. C-379/09, ECLI:EU:C:2010:675.....	163, 164
Conclusions de l'Avocate générale V. Trstenjak du 28 mars 2012 sur l'affaire <i>Fra.Bo</i> , aff. C-171/11, ECLI:EU:C:2012:176.....	202, 203, 355, 359, 360, 361, 362, 572
Conclusions de l'AG Sharpston du 22 juin 2017 sur l'affaire <i>Farrell</i> , aff. C-413/15, ECLI:EU:C:2017:492.....	42

II. Comité européen des droits sociaux

CEDS, 3 juillet 2013, <i>Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède</i> , n° de réclamation 85/2012.....	424, 425, 426
--	---------------

III. Juridictions nationales

A. Allemagne

Cour constitutionnelle fédérale, 15 janvier 1958, <i>Lüth</i> , 1 BvR 400/51.....	31, 378, 387
Cour constitutionnelle fédérale, 24 février 1971, <i>Mephisto</i> , 1 BvR 435/68.....	31
Cour suprême fédérale (BGH), 16 novembre 2005, <i>NJW</i> 2006, p. 1062.....	470
Cour d’appel de Munich (OLG München), 16 janvier 2008, 3 U 1990/07, <i>EuZW</i> 2008, p. 773.....	555

B. France

Conseil d’État, Assemblée, 28 mai 1971, <i>Ville Nouvelle-Est</i> , n° 78825.....	478
Conseil constitutionnel, 7 janvier 1988, n° 87-232 DC.....	248
Conseil constitutionnel, 29 décembre 2003, n° 2003-489 DC.....	248

Index thématique

A

acte juridique 29, 210, 373, 386, 582
action collective 152, 155, 156, 157, 158, 159,
160, 350, 352, 407, 421, 422, 423, 426, 427,
428, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461,
462, 463, 465, 466, 467, 472, 540, 598
annulation 503, 504
article 101 TFUE 81, 82, 302, 532, 539, 545, 552
article 157 TFUE 84, 85, 87, 244, 245, 256, 268,
539
article 18 TFUE 76, 77, 81, 85, 87, 132, 134, 137,
138, 148, 244, 256, 269, 418
article 20 TFUE 77, 79, 80, 224
article 21 TFUE 121, 166
article 26 TFUE 213
article 3 TUE 101, 102, 105, 109
article 34 TFUE 41, 69, 179, 180, 182, 183, 187,
193, 197
article 35 TFUE 182, 183
article 36 TFUE 73, 177, 187, 188, 191, 316, 317,
318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 326, 334,
340, 341, 342, 351, 359, 484, 495
article 45 TFUE 40, 69, 145, 163, 164, 313, 326,
332, 333
article 49 TFUE 69, 127
article 56 TFUE 69, 128, 133
article 63 TFUE 69, 70, 169, 170, 172, 174, 314
article 65 TFUE 172, 314, 315
autonomie de la volonté 240, 265, 276, 373
autonomie privée 6, 26, 32, 54, 100, 110, 115,
154, 214, 215, 218, 222, 239, 262, 270, 272,
280, 281, 292, 296, 297, 302, 363, 364, 367,
368, 371, 372, 373, 374, 375, 378, 379, 393,

394, 395, 400, 412, 413, 414, 415, 417, 418,
431, 434, 436, 437, 474, 493, 494, 542,
569, 572, 573, 574, 635

C

carence 38, 48, 49, 202, 355, 389, 517
citoyenneté 77, 78, 79, 224, 241, 242, 249, 258,
269, 313, 397, 398, 407, 588
Commission européenne 103, 106, 107, 197, 225,
403, 507, 511
conciliation 6, 7, 52, 152, 158, 298, 321, 364, 422,
426, 429, 439, 440, 441, 446, 450, 454, 465,
467, 469, 470, 471, 472, 474, 489, 573, 575,
596, 598
concordance pratique 440, 441, 444, 445, 452,
470, 473, 474, 492, 493, 573
concurrence déloyale 44, 74, 191
Conseil constitutionnel 248, 381, 383, 384, 385,
391, 477, 479, 595, 630
Conseil d'État 381, 382, 385, 391, 477, 478, 479,
523, 630
conséquences juridiques 302, 501, 502, 503, 507,
528, 531, 534, 536, 537, 538, 539, 565, 573,
574, 575, 576
contentieux 221, 440, 506, 508, 580, 596
contenu essentiel 418, 441, 442, 443, 444, 455,
465, 467, 489, 500, 529
contrôle de proportionnalité 305, 450, 451, 452,
464, 465, 467, 471, 472, 473, 474, 476, 478,
479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 489, 491,
492, 500, 573, 589
Convention EDH 15, 244, 311, 313, 385, 389, 390,
391, 395, 396, 398, 399, 400, 406, 446, 451,
479, 492

Cour constitutionnelle fédérale 31, 47, 378, 382,
383, 384, 385, 387, 392, 475, 476, 477, 480,
481, 491, 630

D

dérogation 137, 176, 184, 314, 316, 342, 420, 421,
433, 435, 496, 573

dignité humaine 29, 234, 236, 311, 350, 378, 383,
386, 399, 400, 433, 492

discrimination arbitraire 187, 188, 191, 315, 317,
342, 475, 493, 495, 496, 497, 498, 499, 500,
573

droits sociaux 15, 399, 405, 421, 422, 423, 424,
425, 426, 576, 604, 629

E

effet horizontal direct 26, 30, 48, 54, 77, 79, 80,
84, 85, 87, 94, 95, 200, 201, 206, 208, 209, 215,
220, 223, 228, 239, 251, 253, 254, 255, 260,
261, 263, 264, 266, 267, 268, 270, 271, 272,
283, 285, 286, 288, 289, 290, 292, 294, 296,
298, 299, 303, 304, 388, 389, 390, 409, 410,
411, 569, 571

effet horizontal indirect 30, 31, 196, 254, 260,
289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297,
298, 299, 301, 303, 304, 387, 389, 390, 441,
571, 605

effet utile 40, 44, 51, 62, 65, 83, 85, 117, 130,
134, 150, 202, 203, 254, 256, 303, 327, 411,
443, 453, 473, 512, 532, 533, 534, 535, 537,
540, 541, 545, 548, 552, 553, 567, 574

égalité de rémunération 64, 213, 238, 244, 246,
256, 539

équilibre 213, 226, 228, 250, 285, 289, 337, 340,
344, 345, 349, 352, 365, 373, 377, 379, 434,
435, 438, 439, 440, 441, 447, 449, 451, 452,
454, 470, 480, 572, 576, 591, 604, 609

État de droit 210, 220, 226, 237, 396, 397, 399,
477

F

finalité économique 246, 430, 456, 459, 463, 466,
575, 576

finalité sociale 456, 457, 459, 463, 466, 471, 575,
576

H

harmonisation 50, 51, 53, 103, 115, 123, 178, 180,
201, 212, 213, 214, 228, 229, 317, 342, 378,
394, 569

hiérarchie des normes 93, 94, 399, 465

I

inégalité manifeste 187, 253, 255, 267, 272, 273,
285, 289, 290, 300, 301, 569, 570

infraction 93, 302, 515, 516, 517, 521, 525, 532,
534, 540, 542, 546, 547, 553, 560

intégration 24, 53, 83, 96, 97, 98, 99, 100, 103,
105, 106, 109, 110, 111, 112, 115, 188, 227,
241, 249, 251, 256, 257, 258, 262, 263, 266,
269, 272, 283, 289, 394, 396, 406, 419, 591

L

liberté contractuelle 220, 232, 239, 374, 375, 376,
377, 379, 394, 417, 430

liberté d'entreprise 361, 417, 572

liberté d'expression 199, 311, 350, 357, 430, 431,
446, 451, 468, 480, 608

liberté de réunion 199, 311, 350, 357, 415, 416,
430, 446

liberté professionnelle 259, 269, 416, 572

Loi fondamentale 29, 273, 378, 382, 383, 386,
387, 388, 477, 522

M

manquement sur manquement 510

marge d'appréciation 53, 155, 297, 311, 392, 451,
457, 462, 478, 481, 488, 491, 494, 515, 516,
561

mise en balance 6, 52, 88, 155, 199, 209, 218,
250, 300, 349, 356, 357, 361, 365, 369, 402,
414, 416, 426, 427, 428, 433, 435, 436, 437,
438, 439, 440, 443, 444, 445, 447, 450, 452,
454, 457, 459, 460, 462, 465, 469, 470, 471,
473, 474, 477, 480, 491, 492, 493, 501, 530,
573, 635

moralité publique 316, 319, 320, 323, 491, 497

N

non-discrimination 63, 76, 77, 81, 85, 86, 94, 95,
103, 116, 136, 137, 138, 139, 145, 147, 148,
162, 166, 180, 234, 237, 238, 242, 243, 244,
245, 246, 251, 261, 262, 263, 268, 269, 282,
327, 332, 334, 394, 397, 398, 408, 418, 419,
420, 454, 538, 550, 570

nullité 29, 386, 539, 540, 542, 543, 544, 574

O

obligation de protection 197, 200, 201, 291, 292,
293, 295, 296, 298, 299, 300, 303, 305, 388,
390, 391, 392, 441, 527, 531, 536, 562, 568,
571

obstacle 7, 23, 154, 189, 219, 290, 301, 316, 323,
365, 407, 447, 596, 635

ordre public 13, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 32, 34, 36,
37, 38, 45, 48, 49, 52, 54, 58, 60, 62, 63, 64, 71,
72, 77, 80, 83, 84, 90, 91, 92, 95, 102, 108, 112,
119, 126, 127, 133, 135, 136, 147, 150, 162,
177, 188, 193, 198, 199, 200, 201, 205, 210,
212, 213, 215, 216, 219, 221, 222, 226, 241,
249, 255, 257, 262, 263, 265, 270, 272, 275,
276, 277, 280, 281, 283, 286, 287, 288, 291,
293, 294, 297, 298, 301, 302, 303, 304, 314,
321, 325, 326, 337, 338, 346, 362, 363, 364,
373, 378, 379, 380, 381, 386, 387, 388, 392,

399, 400, 403, 404, 405, 406, 407, 413, 415,
416, 417, 418, 419, 420, 422, 423, 427, 428,
434, 437, 448, 450, 459, 461, 465, 472, 474,
480, 484, 487, 491, 502, 503, 508, 512, 518,
527, 535, 536, 537, 539, 545, 547, 569, 570,
572, 573, 575, 582, 585, 586, 587, 590, 591,
592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600,
602, 604, 605, 606, 607, 608, 609

P

pouvoir exorbitant 268, 273, 281, 282, 283, 284,
285, 286, 287, 289, 300, 301, 366, 377, 387,
494, 562, 563, 570

préjudice 144, 243, 297, 347, 487, 488, 501, 505,
506, 508, 511, 512, 514, 515, 518, 519, 522,
524, 525, 526, 527, 532, 536, 537, 544, 545,
547, 548, 549, 550, 552, 553, 554, 555, 557,
558, 560, 561, 562, 563, 564, 574

primauté 219, 293, 426, 525, 536, 552

principe de subsidiarité 225, 226, 228, 403

principes d'efficacité et d'équivalence 519, 536,
537, 550, 552, 553, 554, 563, 574

principes généraux de droit 402, 462, 509

propriété intellectuelle 73, 190, 347, 403, 417,
489

protection de l'environnement 52, 74, 153, 206,
278, 302, 317, 337, 346, 349, 365, 399, 406,
431, 438, 445

protection des consommateurs 53, 74, 153, 213,
318, 336, 341, 346, 347, 351, 365, 394, 406,
438

puissance intermédiaire 274, 275, 276, 280, 281,
285, 286, 287, 562, 563

R

ratione loci 169

ratione materiae 169

ratione personae 169

recours en annulation 503, 504, 505, 507

recours en manquement 48, 197, 213, 256, 507,
508, 510, 511, 528, 531

recours en responsabilité 505, 518

responsabilité des États membres 48, 49, 501,
511, 512, 513, 514, 515, 516, 518, 519, 520,
524, 525, 526, 527, 528, 533, 536, 537, 547,
548, 549, 550, 559, 560, 573, 574, 590

restriction déguisée 187, 191, 315, 317, 342, 475,
493, 495, 497, 498, 499, 500, 573

S

sanction 242, 243, 480, 519, 520, 549, 608

santé publique 53, 72, 124, 128, 130, 141, 142,
153, 310, 312, 322, 325, 336, 340, 344, 349,
365, 445, 497, 498

sécurité publique 72, 124, 130, 141, 142, 173,
310, 312, 315, 316, 319, 320, 323, 325, 339,
340

séparation des pouvoirs 216, 218, 219, 220, 221,
226, 228, 252, 253, 296, 299, 304, 477, 569,
595

situations purement internes 113, 600

T

telos 60, 64, 80, 96, 109, 110, 115

traité d'Amsterdam 71, 397

traité de Lisbonne 106, 399, 401, 418, 420, 482,
510

traité de Maastricht 62, 79, 99, 121, 168, 313, 396

traité de Rome 99, 168, 175

travailleur 121, 123, 124, 148, 157, 163, 164, 165,
264, 266, 267, 268, 272, 327, 333, 410, 420,
494, 539, 570

V

végétaux 185, 316, 320, 322, 323

violation 50

Résumé :

Compte tenu du retrait de la puissance publique tant dans les États membres que dans l'Union européenne, de nombreuses activités se trouvent désormais exercées, de facto ou de jure, par des personnes privées. Susceptibles de restreindre les libertés de circulation, des interrogations surgissent quant au régime applicable à de telles mesures d'origine privée. L'appréhension des entraves d'origine privée est rendue plus complexe par le fait que les personnes privées sont titulaires de droits fondamentaux et de l'autonomie privée. L'étude démontre que la combinaison des effets horizontaux direct et indirect ainsi que la mise en place d'un régime adéquat des justifications assurent au mieux le bon fonctionnement du marché intérieur tout en respectant les particularités liées à la personne privée.

Descripteurs : Libertés de circulation, marché intérieur, personnes privées, effet horizontal, restrictions, entraves, égalité, justifications, droits fondamentaux, autonomie privée, mise en balance, proportionnalité

Title and Abstract: *Private barriers to free movement*

As a result of the withdrawal of public authority both in the Member States and the EU, many activities are now exercised, de facto or de jure, by private persons. Questions arise as to the legal regime applicable to such measures of private origin which may impede the functioning of the internal market. The apprehension of restrictions of private origin is made more complex by the fact that private persons hold fundamental rights and private autonomy. The study shows that the combination of direct and indirect horizontal effect, as well as the establishment of an adequate system of justifications, ensures the proper functioning of the internal market while also respecting the specific characteristics and rights of private persons.

Keywords: Freedoms of movement, internal market, non-public entities, private persons, horizontal effect, restrictions, obstacle, equality, justifications, fundamental rights, private autonomy, balancing of interests, proportionality