

Université Panthéon-Assas

Ecole Doctorale de Droit International, Droit Européen, Relations
Internationales et Droit Comparé (ED 9)

Thèse de doctorat en Droit
soutenue le 10 Décembre 2012

Le Principe d'EfficiencE Economique dans la Jurisprudence Européenne



Université Panthéon-Assas

Aurélien Portuese

Sous la direction des Professeurs Bruno Deffains et Louis Vogel

Membres du jury :

Monsieur Louis Vogel, président de Sorbonne Universités, professeur de droit à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Monsieur Bruno Deffains, professeur de sciences économiques à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Monsieur Jean-Sylvestre Bergé, professeur de droit à l'Université Jean Moulin Lyon III (rapporteur)

Madame Anne-Lise Sibony, professeur de droit à l'Université de Liège (rapporteur)

Monsieur Régis Lanneau, maître de conférences de droit à l'Université Paris Nanterre

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.

Remerciements

Une thèse est une entreprise humaine, un voyage académique, une ambition intellectuelle unique en son genre. Alors que l'on entend présenter réponses et autres « trouvailles » scientifiques, on en ressort avec davantage de questionnements, d'interrogations et de doutes nourris par une curiosité académique et une précaution intellectuelle renforcées par l'écriture de la thèse. Je n'ai pas échappé à cette malédiction des doutes et à cette bénédiction d'une curiosité toujours plus grande.

Je ne présenterai ainsi, non pas une thèse - une affirmation scientifique résolument prétentieuse - mais une hypothèse. Si cette hypothèse de droit européen et d'économie (ou d'analyse économique du droit européen) relativement simple, sa démonstration était plus ardue.

J'espère, cher lecteur, que vous aurez autant de plaisir à lire la démonstration économique et jurisprudentielle de cette hypothèse que j'ai eu de passion à la construire et à l'écrire.

Ce travail abouti n'aurait évidemment jamais pu être réalisé sans l'aide, le soutien, et l'intérêt démontrés par mes directeurs de thèse. Ainsi, je remercie chaleureusement le Professeur d'Economie Bruno Deffains pour m'avoir permis d'entreprendre cette thèse et de la mener à bien par-delà les péripéties de ce voyage académique. Egalement, je remercie

vivement le Professeur de Droit Louis Vogel pour sa bienveillance continue à mon égard et son intérêt sans faille dans mon sujet de recherche. Merci ! Enfin, je remercie tous les membres du Laboratoire d'Economie du Droit de l'Université Paris Panthéon-Assas pour les échanges concernant ma thèse.

Je suis également reconnaissant aux professeurs ayant pu, au cours de conférences internationales ou à l'extérieur, se prononcer, me questionner, m'encourager sur une thèse ayant naturellement monopolisé l'essentiel de mon énergie. Je suis reconnaissant au *Columbia Journal of European Law* pour avoir accepté un article inspiré du Chapitre de ma thèse concernant la Subsidiarité ; reconnaissant au *European Law Journal* pour avoir publié un papier inspiré du Chapitre de ma thèse concernant la Proportionnalité ; reconnaissant à l'Université de l'Essex pour envisager de publier un travail similaire au Chapitre concernant la Sécurité Juridique. Je me remercie également les professeurs du *European Institute* de la *London School of Economics* pour avoir discuté mes travaux et m'avoir permis de présenter le second titre de la seconde partie de ma thèse, Damian Chalmers, Jan Komarek, Iain Begg, Or Raviv, Bob Hancké. Merci.

Enfin, je remercie les professeurs du *King's College London* où j'ai effectué un séjour en tant que chercheur invité, notamment Alexander Türk et Richard Whish ; ainsi qu'aux professeurs de la *City University London* où j'ai effectué un séjour en tant qu'académique invité, notamment David Collins. Merci à vous tous pour vos remarques de grande qualité.

Evidemment, je suis infiniment reconnaissant à mes parents, Chantal et Patrick, pour leur soutien continu, sans lequel je n'aurai pu achever avec succès un parcours d'études et entamer avec confiance un parcours universitaire. Cette thèse leur est dédiée.

Résumé

Le Principe d'Effizienz Economique dans la Jurisprudence Européenne

L'analyse de la jurisprudence de l'Union Européenne a trop longtemps fait l'objet de la seule attention des juristes. Mais, si des analyses jurisprudentielles successives ont jusqu'à présent appréhendé les principes structurant de cette jurisprudence et se sont tentés à des conceptualisations, il sera avancé que ces entreprises n'ont été que partielles. En effet, le principe principal, quoiqu'implicite, de l'évolution de la jurisprudence de l'Union Européenne est le principe d'effizienz économique. Cette carence, ne rendant l'effort de conceptualisation de la jurisprudence européenne qu'imparfait, est due à l'absence d'analyse économique méthodique et systémique du droit européen et, plus particulièrement, de la jurisprudence européenne. Cette thèse entend combler cette lacune.

Au-delà d'entreprendre une analyse économique approfondie de la jurisprudence européenne permettant une conceptualisation renouvelée et précisée de la figure du juge européen, notre étude permettra de s'inscrire dans le débat de la supériorité alléguée des systèmes de Common Law en termes d'effizienz économique. De plus, notre thèse, par une grille d'analyse originale renouvelant l'analyse du droit (européen), mettra en exergue les points de convergence et de divergence entre lignes de jurisprudence. La systématisation de notre analyse jurisprudentielle par la perspective du principe d'effizienz économique nous permettra, ainsi, d'élaborer une

véritable hypothèse scientifique falsifiable et falsifiée. Nous formulerons une hypothèse de l'efficacité économique de la jurisprudence européenne.

Descripteurs :

1 Droit Européen

5 Efficacité économique

2 Analyse économique du droit

6 Economie du droit

3 Droit et Economie

7 Common Law

4 Jurisprudence Européenne

8 Constitutionnalisme économique

Title : The Principle of Economic Efficiency in the ECJ Case-law

For too long, lawyers were the only scholars scrutinizing the ECJ case-law. Consequently, numerous jurisprudential analyses have scarcely portrayed the complexity of the underpinning concepts beneath the ECJ case-law. These approaches to the ECJ case-law have only been partial, it will be argued, due to the neglect of the fundamental principle driving the ECJ case-law's evolution – meaning, the principle of economic efficiency. This neglect can be explained from the absence of thoroughly in-depth economic analyses of European law, and especially of the ECJ case-law. This thesis aims at filling up this gap.

Beyond the economic analysis of the ECJ case-law allowing for an original, updated and renewed perspective of the EU judicial reasoning, this thesis shall pave the way for a better grasping of the academic debate pertaining to the alleged economic efficiency of the Common law over civil law traditions. Moreover, this thesis, from this original viewpoint that is an overtly economic perspective of the EU judicial reasoning, shall draw new conclusions on some specific stances of the EU judges. The systemic approach undertaken here from the perspective of the principle of economic efficiency shall lead us to formulate the scientific hypothesis that is falsifiable and falsified. Indeed, the hypothesis of the economic efficiency of the ECJ case-law shall be advanced.

Keywords :

1 EU Law

5 Economic Efficiency

2 Economic Analysis of Law

6 Economics of law

3 Law and Economics

7 Common Law

4 ECJ case-law

8 Constitutional economics

Sommaire

<i>Remerciements</i>	6
<i>Résumé</i>	9
<i>Sommaire</i>	13
<i>Préambule</i>	17
<i>Partie Introductive : Le Principe d'EfficiencE Economique et le Droit</i>	30
Chapitre 1/ L'EfficiencE Economique et le Droit	31
Chapitre 2/ La Cour de Justice et la Cour Suprême : Une Introduction Comparative	40
Chapitre 3/ Approche philosophique de l'efficiencE économiquE dans la jurisprudence européenne	60
Chapitre 4/ Analyse Lexicale Quantitative	101
<i>Partie I/ L'EfficiencE Economique dans la Jurisprudence Européenne : L'Approche par l'Offre de Justice Européenne</i>	109
<i>Titre I/ Fondements du Principe d'EfficiencE Economique dans la Jurisprudence Européenne : Principes Généraux de Droit Européen et Principe d'EfficiencE Economique</i>	111
Chapitre 1/ Le Principe de Subsidiarité comme Principe d'EfficiencE Economique	117
Chapitre 2/ Le Principe de Proportionnalité comme Principe d'EfficiencE Economique	162
Chapitre 3/ Le Principe de Sécurité Juridique comme Principe d'EfficiencE Economique	251

<i>Titre II/ La Mise en Œuvre du Principe d'EfficiencE Economique : Des Règles</i>	
<i>Juridiques Irriguées par le Principe d'EfficiencE Economique</i> _____	306
Chapitre I/ EfficiencE Transactionnelle dans la Jurisprudence Européenne _____	308
Conclusion de la Partie I _____	483
<i>Partie II/ L'EfficiencE Economique Dans La Jurisprudence Européenne : L'Approche</i>	
<i>Par la Demande de Justice Européenne</i> _____	486
<i>Titre I/ EfficiencE Evolutionnaire par la Demande de Justice Européenne</i> _____	488
Chapitre 1/ Une base doctrinale américaine _____	490
Chapitre 2/ EfficiencE évolutionnaire par la demande de justice européenne ? _____	500
<i>Titre II/ La Portée Limitée du Principe d'EfficiencE Economique : Economie</i>	
<i>Constitutionnelle et Jurisprudence Européenne</i> _____	512
Chapitre 1/ Conceptualiser la Contrariété à l'EfficiencE Economique dans la Jurisprudence	
Européenne _____	516
Chapitre 2/ Les Contraintes Externes à l'EfficiencE Economique dans la Jurisprudence	
Européenne _____	547
Chapitre 3/ Les Contraintes Internes à l'EfficiencE Economique dans la Jurisprudence	
Européenne _____	654
Chapitre 4/ Le constitutionnalisme libéral de la jurisprudence européenne _____	705
Conclusion Titre II _____	722
<i>Conclusions Générales</i> _____	725
<i>Bibliographie</i> _____	730
<i>Table des Matières</i> _____	767

Préambule

«Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination.

Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité »

Jean Giraudoux, *La Guerre de Troie n'aura pas lieu*, Acte II, Scène 5, 1982.

La question fondamentale de l'analyse économique du droit est l'étude de l'efficacité économique du droit. La question fondamentale de l'analyse juridique des institutions européennes est l'étude de la jurisprudence européenne. Jusqu'à cette présente thèse, jamais l'efficacité du droit propre à l'analyse économique du droit et la jurisprudence européenne propre aux juristes européens n'avaient été rapprochées. Cette thèse comble ce manque. L'analyse du principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne est, en effet, l'objet de notre travail permettant d'ouvrir un nouveau champ d'analyse par une grille d'analyse renouvelée de la jurisprudence européenne. Cette approche inédite, pourtant si nécessaire, permettra d'éclairer à la fois le praticien et l'académique d'une méthode originale et de résultats novateurs. Parmi les multiples résultats de notre analyse, il en est un qui est d'importance particulière : c'est la formulation que nous exposerons empiriquement d'une hypothèse de l'efficacité économique de la jurisprudence européenne. Cette hypothèse sera avancée par divers arguments puisant leurs racines

dans une analyse jurisprudentielle originale, avant que cette hypothèse soit falsifiée afin d'en faire une véritable hypothèse scientifique.

Il convient de préciser liminairement que le juge européen dispose, dans l'ordre juridique de l'Union Européenne (UE), d'un pouvoir qui pourrait difficilement être surestimé. Le droit de l'UE est façonné par le contrôle juridictionnel du juge européen ayant dessiné le droit de l'UE pour faire de celle-ci une « superpuissance tranquille »¹. Dans l'ordre juridique européen, le droit est interprété en dernier ressort par la Cour de Justice (ci-après « la Cour »). L'article 19 du Traité sur l'Union Européenne (TUE) affirme que la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) – comprenant la Cour, le Tribunal de Première Instance (TPI) et le Tribunal de la Fonction Publique – « assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des Traités ». Nous interprétons cette clause comme étant, dans le langage du droit international, une clause obligatoire de juridiction obligatoire – contrairement à la clause facultative de juridiction obligatoire de la Cour Internationale de Justice. Cette clause a véritablement permis à la Cour de révolutionner le rôle d'une Cour d'une organisation internationale, se rapprochant davantage du poids que peut avoir toute Cour dans un ordre juridique fédéral. Ainsi, à l'opposé du déclin continu de la charge de travail dont témoigne la Cour Internationale de Justice, la CJUE a constamment connu une croissance de l'encombrement de son prétoire. Nous pouvons déjà affirmer, à l'instar de Mehdi (1999 : 4), que le juge de Luxembourg a classiquement été « l'agent principal de la constitutionnalisation de l'ordre juridique européen ».

Les juges sont des législateurs des cas particuliers (Ripert 1955 : 119) qui élaborent nécessairement des principes jurisprudentiels qui s'ajoutent et modifient le corpus juridique. Appliqué au droit européen, ceci est la raison pour laquelle les juges européens peuvent parfois être assimilés à de véritables législateurs notamment dans en cas de vide juridique. Le droit est

¹Moravcsik (2005).

réaffirmé dans chaque affaire étant donné qu'interpréter le droit équivaut à réécrire celui-ci. Comme Cardozo affirma, « we don't find the law, we make the law » (Cardozo 1949 : 115). Ainsi, la *légisprudence* décrit, selon Revet, les situations dans lesquelles le juge devient législateur dans le sens où le juge érige des règles juridiques applicables de façon générale (Revet 2005 : 379).

Si le juge européen interprète souvent le droit et écrit parfois le droit, le juge européen peut également se muer en un acteur politique, où le politique est ici entendu comme un décideur institutionnel exprimant à travers son canal de communication (ici la jurisprudence) ses préférences concernant des choix de la société européenne (Rosenfeld 1998 : 74). La principale différence entre la politique et la jurisprudence concerne la prise de décision (Bell 1983 : 1). Si le juge européen dit le droit européen, ce droit – encore plus que tout autre droit – ruisselle de cavités juridiques que le juge européen essaie de remplir en ayant recours à de nombreux outils juridiques destinés à compléter des manques au travers un raisonnement juridique qui préserve la neutralité apparente des juges. Surtout, ces outils sont, à côté de la rhétorique juridique, le recours à des principes juridiques permettant en réalité aux juges de décider d'affaires dans le sens de leurs convictions. Ces convictions, qu'elles soient politiques ou idéologiques, dessinent le droit du fait de l'importance stratégique de la jurisprudence dans ce droit². Ainsi, à l'instar de son homologue américain qui est dit être entré dans une ère de « juristocratie » (Hirschl 2004), le juge européen constitutionalise la politique européenne en confisquant l'arène politique de débats législatifs au profit des jugements rendus (Rosenfeld 2006 : 46). Dès lors, la neutralité du juge européen (tout autant que celle de son homologue américain) est toute relative et se doit d'être nuancée.

Cette neutralité controversée du raisonnement juridique intrinsèque à la jurisprudence européenne est d'autant plus problématique qu'il va de soi que la Cour est une Cour supranationale et non une véritable Cour fédérale. Les juges européens sont nommés par les Etats Membres avec

² Dworkin (1998) traite en détails du poids de l'idéologie personnelle des juges dans les décisions qu'ils rendent.

chaque Etat Membre ayant « son » juge national³. L'hétérogénéité des sensibilités sociales, économiques et politiques entre les cultures nationales se retrouve dans l'hétérogénéité des traditions juridiques représentées au sein de la Cour par les différents juges. Par opposition au laborieux et compliqué processus de décision dans l'UE où des acteurs politiques identifiés tels que la Commission, le Conseil et le Parlement prennent part, la Cour contrebalance cette lourdeur décisionnelle par une flexibilité avec laquelle elle peut amender, compléter, créer le droit européen impliquant des choix intrinsèquement politiques⁴.

Le raisonnement politique et économique des juges européens n'a, assez curieusement au regard de la pléthore d'études sur la CJUE, été la préoccupation principale des juristes et politistes de l'UE que depuis très récemment⁵. De nombreuses analyses concernent le raisonnement

3 L'article 19 du TUE déclare que « La Cour de justice est composée d'un juge par État membre. Elle est assistée d'avocats généraux. Le Tribunal compte au moins un juge par État membre ».

4 Concernant la complémentarité des institutions pour la production du droit, voir Komesar (2001). Aussi, Posner évoque une division efficiente du travail des institutions entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif, le premier devant se consacrer à accroître la richesse et le second devant se consacrer à la redistribution de cette richesse par l'imposition (Posner 2000 : 360).

5 Notre projet de thèse peut être rapproché de celui du Professeur Lianos concernant l'analyse économique du droit européen de la concurrence depuis sa récente transformation, étudié à la lumière du droit américain (Lianos 2007). Cependant, bien qu'élargissant largement son étude de sa préoccupation initiale qu'était les restrictions verticales, Prof. Lianos (2007) se focalisa seulement, dans sa thèse magistrale de 1600 pages, sur le seul droit de la concurrence. A l'inverse, notre étude ambitionne d'être inter-sectorielle. Aussi, notre projet est proche de celui du Prof. Sibony car celle-ci entreprit « de comprendre comment l'économie peut être utilisée par le juge » (Sibony 2008 : 24). Cependant, notre projet diffère également de ce dernier projet de thèse en cela qu'il ne pose pas la question de savoir comment le raisonnement économique peut être introduit dans le raisonnement judiciaire, mais plutôt de savoir, en adoptant un point de vue strictement positiviste, si les décisions rendues vont dans le sens d'une plus grande efficacité économique. Aussi, alors que Mme Sibony focalisait son étude sur le juge français et le juge européen, notre étude comparative traite du juge européen et américain. Enfin et surtout,

juridique du juge européen. De façon succincte, nous pouvons affirmer que le juge européen fonde son raisonnement sur une approche téléologique⁶, complétée du recours aux principes généraux du droit de l'UE⁷.

Le principe d'égalité et de non-discrimination est inscrit dans les Traités depuis 1957 et a été précisé plus tard par le droit européen secondaire⁸. Le principe de proportionnalité⁹ est, au côté du principe de subsidiarité¹⁰, un principe fondamental limitant le législateur européen dans sa liberté de légiférer. Une norme juridique sera dite être proportionnée si et seulement si les moyens

l'étude de Mme Sibony est sectorielle car elle entreprend une étude approfondie du droit de la concurrence tandis que notre étude se veut générale traitant de différents contentieux.

6 Le juge européen a recours aux méthodes d'interprétations connues telles que les méthodes dites littérale, historique, comparé, contextuelle et téléologique (Albors Llorens 1999 : 375).

7 Par exemple, seulement pour quelques uns de ces principes et pour des travaux récents ayant fait l'objet d'une thèse (ou livre) : pour le principe de proportionnalité (Emiliou 1996) ; pour le principe de subsidiarité (Estella 2005) ; pour le principe d'égalité (Martin 2006) ; pour le principe des droits fondamentaux (Tinière 2008) ; et plus généralement pour les principes généraux du droit européen (Tridimas 2006).

8 L'article 12 TCE interdit les discriminations basées sur la nationalité. L'article 12 est une règle supérieure de droit s'appliquant à toutes situations auxquelles le traité peut s'appliquer (Schockweiler 1991 : 3-15). L'article 13 TCE §1 inséré par le Traité d'Amsterdam prévoit l'interdiction par des dispositions ultérieures de toute discrimination sans que cet article ait un effet direct. La directive 2000/43 de 2000 prescrivant l'égalité de traitement entre personnes sans considérations de race ou ethnique et la directive-cadre 2000/78 de 2000 concernant l'égalité de traitement de façon générale dans les activités professionnelles ont été adoptées sur la base de cet article 13 TCE. Le principe d'égalité de traitement entre travailleurs masculins et féminins est inscrit à l'article 141 TCE. Plus généralement, voir Martin (2006).

9 Aujourd'hui à l'article 5(3). Les articles 34(2), 134, 284 contiennent en substance l'énoncé du principe de proportionnalité selon la CJCE (Tridimas 2006:136). La nouvelle disposition du Traité de Lisbonne fait référence explicitement au principe de proportionnalité mais ne semble inclure que le test de nécessité (Article 5(4) TUE).

10 Les prémisses d'une consécration peuvent être aperçues dès la fin des années 80 avec l'Acte Unique et l'insertion de l'article 130r(4).

utilisés pour l'objectif assigné sont appropriés avec l'importance de cet objectif, et si les moyens sont strictement nécessaires à l'accomplissement de cet objectif¹¹. Ainsi, la conformité d'une règle juridique avec le principe de proportionnalité exige de passer le test du caractère approprié de la mesure et du caractère nécessaire de celle-ci. Le principe de subsidiarité¹² exige que l'UE légifère, en ce qui concerne les domaines de compétences partagées, si et seulement si l'exercice par l'UE d'une compétence donnée permet de meilleurs résultats que les résultats légitimement attendus de l'exercice de cette même compétence au niveau national.

Qu'en est-il du principe d'efficacité économique ?

Le principe d'efficacité économique n'est inscrit dans aucun texte juridique européen et n'a été que très peu invoqué par le juge européen dans ses décisions. Rubin (2007 : 19) affirme cependant qu'une question fondamentale de l'analyse économique du droit est l'efficacité du droit (« *A basic question for law and economics is the efficiency of law* »). Notre recherche entend précisément déchiffrer la jurisprudence européenne en général, et le raisonnement jurisprudentiel européen en particulier, afin de révéler la présence (ou non) du principe d'efficacité économique dans celle-ci. Ce principe doit en tous cas prendre en considération le poids des principes juridiques, et ainsi se voir concilié avec ceux-ci lorsque l'efficacité contredit ces principes juridiques. Surtout, le principe d'efficacité économique est concilié, adapté, ou ignoré lorsque des considérations de justice sont invoquées – particulièrement en ce qui concerne des considérations de justice sociale (ou

11 C-66/82 (1983) *Fromançais c/ Forma*, 395 ; C-15/83 (1984) *Denkavit Nederland c/ Hoofdporduktschap voor Akkerbouwpordukten*, 2171 ; C-47/86 (1987) *Roquette Frères c/ ONIC*, 2889 ; C-56/86 (1987) *Société pour l'exportation des sucres*, 1423 ; C-281/84 (1987) *Zuckerfabrik Bedburg c/ Conseil*, 49 ; C-358/88 (1990) *Oberhausener Kraftkutterwerk Wilhelm Hopermann GmbH c/ Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, I-1687.

12 Aujourd'hui à l'article 5(2) TCE. Le nouvel article 5(3) TUE du Traité de Lisbonne renvoi au Protocole N°2 hérité du Traité d'Amsterdam concernant l'application à la fois du principe de proportionnalité et du principe de subsidiarité.

distributive). La dichotomie entre le principe d'efficacité économique avec la justice distributive (ou équité) est clairement établie (Kaplow et Shavell 2006). Comment le juge européen résout-il ce dilemme apparent ?

Notre étude consiste en ce que Canivet (2005) appellerait « une analyse économique du droit appliqué à la jurisprudence » dans le domaine de « l'analyse économique de la jurisprudence ». Nous étudierons en effet l'importance du principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne de façon méthodique et systématique, *i.e* par l'analyse des lignes de jurisprudence de la CJUE sans exclusive dans les domaines du droit. Droits de l'homme, libertés de circulation, principes généraux, citoyenneté européenne, droit de la concurrence seront ainsi autant de domaines variés qui feront la richesse de notre étude en cela qu'elle sera une théorisation du raisonnement judiciaire européen par-delà les disciplines du droit. Parce que « l'économie du droit fait souffler un vent nouveau sur la théorie et la pratique du droit » (Deffains 2005), notre analyse économique de la jurisprudence rendra possible une conceptualisation actualisée du raisonnement judiciaire européen par une analyse méthodique de la jurisprudence européenne.

Notre méthode sera inductive scientifiquement : ainsi, l'approche juridique sera exclusivement l'étude empirique d'affaires portées devant la Cour afin de conceptualiser les caractéristiques principales du raisonnement des juges européens. La doctrine juridique s'est trop peu intéressée à cet effort de conceptualisation, au-delà de l'étude des motifs figurant explicitement dans les décisions. La doctrine économique s'est trop peu intéressée à la jurisprudence européenne, ignorant que ce système de droit se plaçait à l'intersection de la *summa divisio* trop simpliste entre droit civil et droit de la *Common law*. Notre étude entend combler ces lacunes.

Nous aborderons notre analyse économique de la jurisprudence européenne par l'image d'un marché de la justice. Dans la production du droit, s'il existe une offre de jurisprudence constituée

principalement par les préférences des juges, celle-ci doit rencontrer une demande de jurisprudence constituée principalement par les préférences des parties au litige. Nous structurons notre étude autour de cette approche par le marché de la production de droit : la Partie I traitera de l'efficacité économique de la jurisprudence européenne par l'offre de justice tandis que la Partie II traitera de l'efficacité économique de la jurisprudence européenne par la demande de justice. La Partie I entendra adopter une perspective descendante par laquelle une analyse économique se situant au « méta-niveau » des principes généraux du droit européen (Partie I. Titre I) descendra ensuite au « micro-niveau » afin de démontrer la propension à l'efficacité de règles juridiques spécifiques élaborées par la jurisprudence européenne (Partie I. Titre II). Cette analyse du côté de l'offre de justice dans la jurisprudence européenne nous permettra d'élaborer une **hypothèse de l'efficacité économique de la jurisprudence européenne**.

Cette hypothèse, si elle sera naturellement étayée par l'approche ascendante (Partie II) de la demande de justice européenne (Partie II. Titre I), n'en reste pas moins une hypothèse scientifique. En cela, Popper nous enseigne que la robustesse de toute hypothèse scientifique tient dans sa falsifiabilité, *i.e* faculté à falsifier l'hypothèse afin que celle-ci acquière le statut d'hypothèse scientifique (plutôt que simple croyance). Cette épreuve de la falsifiabilité sera entreprise et conceptualisée par le recours à l'économie politique constitutionnelle (Partie II. Titre II) où il sera démontré que la propension de la jurisprudence européenne à évoluer en faveur de l'efficacité économique est contrainte en tant que justice constitutionnelle par l'inclusion (voulue ou non) d'autres valeurs. Au sortir de cette étude complète ayant recherché à conceptualiser le raisonnement des juges européens par la formulation d'une hypothèse de l'efficacité économique

de la jurisprudence européenne, nous concluons en quittant le registre strictement positiviste et descriptiviste au profit de considérations prédictives et normatives¹³ (Conclusions Générales).

Afin d'étudier l'importance du principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne, il convient de rechercher la valeur du principe d'efficacité économique dans une perspective qui soit successivement philosophique, positive, et normative¹⁴. En effet, il est nécessaire tout d'abord de définir ce qu'est, d'un point de vue de la philosophie du droit, l'efficacité économique. Ce questionnement constituera la majeure partie de notre Introduction. Ensuite, la réflexion se doit de porter plus longuement sur le pouvoir explicatif du principe d'efficacité économique comme principe d'adjudication européenne. Ce temps sera celui qui constituera l'essentiel de notre travail (Partie I et II). Une question subsidiaire porte sur les recommandations juridiques possibles pour rendre les règles juridiques davantage efficaces. Enfin, l'ultime question à laquelle il convient de répondre pour qu'une étude concernant l'efficacité économique dans le droit soit complète est une question normative : dans quelles mesures peut-il être souhaitable que le droit ou la jurisprudence recherchent l'efficacité économique ? Cette interrogation, tout aussi légitime soit-elle, ne sera pas la préoccupation majeure de notre étude qui s'inscrit essentiellement dans une approche positive. Les possibles déductions normatives de notre étude seront ainsi débattues au moment de conclure (Conclusions Générales).

13 Coleman (1980b : 510) affirme justement : « *A fully adequate inquiry into the foundations of the economic approach to law would address at least the following four related questions : (1) What is economic efficiency [...] ? (2) Does the principle of economic efficiency have explanatory merit; that is, can the rules and principles of any or all of the law be rationalized or subsumed under an economic theory of legislation or adjudication ? (3) How should law be formulated to promote efficiency [...] ? (4) Ought the law pursue economic efficiency; to what extent is efficiency a desirable legal value in particular, and a normatively attractive principle in general ?* ».

Il convient à présent d'exposer l'objet d'étude de notre thèse. En cela, la problématique de cette thèse peut être résumée en ces termes : quelle est l'importance du principe d'efficacité économique dans le raisonnement juridique et dans les solutions jurisprudentielles dégagées par les juges européens ? Les juges de la *Common Law* sont réputés pour leur contribution (plus involontairement que délibérément) à l'efficacité économique de la *Common Law*¹⁵. Qu'en est-il de la CJUE se situant à l'intersection de la *Common Law* et de la tradition civiliste ?¹⁶

Cette thèse ne se veut pas être spécifique à un contentieux mais au contraire se veut généraliste par l'étude de l'importance du principe d'efficacité économique dans différents domaines du droit européen portés devant la Cour afin que notre analyse puisse être transversale et ainsi permette d'appréhender le poids réel de ce principe dans la jurisprudence européenne. Notre étude peut être dite comportementale dans le sens où notre attention principale portera sur la compréhension du raisonnement (économique) du juge européen (Kornhauser 2009 : 3). A cette fin, une étude comparée avec le juge américain de la Cour Suprême sera entreprise dans le but d'éclairer notre appréciation de la jurisprudence européenne. Pour résumer, notre thèse est née d'un triple questionnement dans différentes disciplines des sciences sociales :

15 L'idée de l'efficacité intrinsèque du système juridique de la *Common Law* de par le rôle central que détient le juge dans un tel système a été formulée par des auteurs tels que Coase (1960 : 19-22) ; Hayek (1973 : 96) ; Rubin (1977 : 53) ; Priest (1977:65) ; Posner (1998:27). Pour une compilation des articles majeurs alimentant ou contredisant cette hypothèse, voir Rubin (2007).

16 De Burca et Craig (2009) décrivent la Cour de Justice comme étant, aux côtés des cours de tradition civiliste et des cours de *Common Law*, une cour « *hybrid of the two* ». Constantinesco (2000 : 74) affirme : « *Community law can be described as a good mixture of Common Law and Civil Law. It includes aspects of Civil Law, in that it rests upon a written supreme text, i.e., the treaties ; and aspects of Common Law because, in many important decisions, Community law has shown itself to be judge made law* ». Mélange des deux ordres juridiques jusqu'ici connus, l'ordre juridique de l'UE en constitue en réalité un troisième, un véritable ordre juridique en soit : « many scholars agree that Community law is a specific case, arguing that this is a new system of law, as different from Civil law as it is from Common law » (Constantinesco 2000 : 74).

Juridique : la profusion de thèses et autres livres concernant l'étude des principes généraux de droit européen dans la jurisprudence européenne donne l'illusion d'une conceptualisation du raisonnement judiciaire européen fondée sur une approche formaliste du droit européen. La jurisprudence serait prédite et explicable par l'application neutre et objective de principes généraux du droit européen déducto-logique où le juge européen ne serait ni un acteur politique ni un acteur économique de l'intégration européenne. C'est contre cette vision formaliste de la jurisprudence européenne (et donc du droit européen) que cette thèse s'oppose : il sera démontré que la jurisprudence européenne n'est que pragmatisme et conséquentialisme au sens où les effets économiques sont les seules considérations rentrant dans le rendu des décisions judiciaires européennes sans qu'une solution juridique *a priori* ne puisse être trouvée par les seuls principes généraux du droit européen.

Economique : l'hypothèse fameuse de l'efficacité de la *Common Law*, et plus généralement l'efficacité de la jurisprudence américaine (car Posner inclut également des décisions n'appartenant pas au domaine de la *Common Law* pour étoffer son hypothèse) a été vigoureusement critiquée autant que vigoureusement défendue (notamment par Posner). Il existe différentes façons de critiquer cette hypothèse de l'efficacité de la *Common Law* : 1) en démontrant simplement l'inefficacité de la *Common Law* (approche frontale) ; 2) en démontrant l'impossibilité à définir l'efficacité économique, si tout peut être justifié par l'efficacité, alors plus rien n'est efficace (approche conceptuelle) ; 3) en démontrant l'efficacité du droit des pays à tradition civiliste (Deffains 2001), la *Common Law* n'a ni le monopole de l'efficacité, ni même une supériorité sur le registre de l'efficacité de leur droit (approche latérale). Notre thèse vient apporter une nouvelle approche dans ce débat prolifique de l'hypothèse de l'efficacité de la *Common Law* par une approche également latérale mais en formulant une hypothèse de l'efficacité du droit européen. Ni *Common Law*, ni tradition civiliste, le droit européen est principalement un droit jurisprudentiel

d'essence supranationale. Nous démontrerons que la jurisprudence européenne s'explique essentiellement par la promotion de l'efficacité économique, et que les décisions judiciaires européennes tendent évolutionnairement vers cette efficacité. Ainsi, l'hypothèse de l'efficacité de la *Common Law* se verra largement affaiblie par le fait qu'une hypothèse concurrente de l'efficacité de la jurisprudence européenne sera formulée.

Politique : notre thèse s'oppose, dans le débat actuel mené par les politistes entre la nature supranationale ou intergouvernementale de l'UE, à la thèse de l'«inter-gouvernementalisme libéral» dominant de l'UE dont Moravcsik est le premier promoteur. Notre thèse vient appuyer la thèse de la nature supranationale de l'UE (Stone Sweet) car si la CJUE a une influence de premier rang sur le développement de l'intégration européenne, la CJUE est précisément mue par le principe d'efficacité économique qui ne favorise pas certains Etats Membres dans une lutte intergouvernementale. La légitimité de la CJUE se trouve dans le rendu de décision minimisant les coûts sociaux dans l'ensemble de l'UE et non pas dans l'instrumentalisation de cette Cour par certains Etat Membres puissants. Le supranationalisme de la jurisprudence européenne est rendu possible par l'interaction et le rôle conféré par la Cour aux acteurs privés qui défendent non pas l'intérêt de certains Etats Membres mais bien cette minimisation de coûts sociaux. Néanmoins, nous détaillerons notre cadre théorique du supranationalisme de la CJUE en le nuancé par le recours ce que nous appellerons un « constitutionalisme libéral » (Partie II. Titre II) dans lequel un jeu supranational de contraintes internes et externes modifient le comportement de cet acteur institutionnel qu'est la Cour de Justice.

Partie Introductive : Le Principe d'EfficiencE Economique et le Droit

*«The prophecies of what the courts will do in fact,
and nothing more pretentious, are what I mean by the law»*

Holmes (1897)

Cette Partie Introductive entend poser les bases de notre étude en termes de méthode (l'analyse économique du droit), d'objet d'étude (la CJUE étudiée comparativement à la Cour Suprême des Etats-Unis), et d'approche philosophique sous-jacente à notre approche (la perspective par la philosophie du droit).

Cette Partie Introductive permettra ainsi à la fois de décrire ce qu'est le principe d'efficiencE économique appliqué particulièrement au droit et d'expliquer l'intérêt d'analyser ce principe dans la jurisprudence européenne. S'il sera nécessaire de rappeler l'importance de l'analyse économique du droit, nous préciserons que cette analyse suppose, selon nous, un pragmatisme juridique. Par ailleurs, une analyse quantitative lexicale de la mention «principe d'efficiencE économique» sera exposée afin de mieux démontrer *a contrario* l'importance d'une analyse qualitative jurisprudentielle, une analyse qui constituera l'essentiel de notre étude.

Ainsi, après avoir étudié la relation dialectique qu'entretient l'efficacité économique et le droit (Chapitre 1), nous introduirons notre objet d'étude, c'est-à-dire la Cour de Justice étudiée comparativement avec la Cour Suprême (Chapitre 2). Le Chapitre 3 de cette Partie Introductive établira les fondements philosophiques à notre étude en justifiant un pragmatisme juridique dans l'analyse jurisprudentielle. Enfin, le Chapitre 4 évacuera la pertinence de toute analyse quantitative par une analyse lexicale peu illustrante, et ainsi, démontrant la nécessité d'une analyse empirique de la jurisprudence européenne.

Chapitre 1/ L'Efficiency Economique et le Droit

Le principe d'efficacité économique est un principe économique faisant l'objet d'une définition tryptique par les économistes (1), et se traduisant, chez les juristes, par des règles juridiques de décisions différentes selon les acceptions (2).

1. Efficacité(s) économique(s)

L'efficacité économique est communément abordée en mettant en exergue trois types d'efficacité inhérentes à la définition de ce que l'on appelle «le principe d'efficacité économique». C'est trois types sont l'efficacité allocative, l'efficacité productive, et l'efficacité dynamique.

L'efficacité allocative est atteinte lorsque l'équilibre trouvé, en considérant les contraintes, est la meilleure alternative sur le marché, c'est-à-dire que c'est l'alternative minimisant les coûts de transactions entre acteurs et corrélativement maximisant le surplus social. Le surplus total se compose du surplus du consommateur (la différence entre la disposition à acheter et le prix

réellement payé) et du surplus du producteur (la différence entre la disposition à vendre et le prix de vente).

L'efficacité productive signifie que l'équilibre atteint rend impossible de produire la même quantité d'*outputs* si les *inputs* sont réduits, et corrélativement la situation dans laquelle il est impossible de produire davantage avec la même quantité d'*inputs*.

L'efficacité dynamique, enfin, fait référence aux considérations de bien-être social futur envisagées dans l'appréciation de l'efficacité économique¹⁷. L'efficacité dynamique se préoccupe de l'optimalité des incitations de telle façon que, subséquemment, la solution maximisant l'utilisation des ressources disponibles est recherchée sur le long terme (par exemple, l'efficacité des monopoles dans le contentieux de la propriété intellectuelle, ces derniers permettant d'optimiser les investissements et l'innovation).

Le principe d'efficacité économique appliqué au droit signifie plus généralement que le droit devrait s'assurer que les biens et services se retrouvent chez ceux qui les valorisent le plus, devrait minimiser les coûts sociaux supportés du fait des coûts de transactions entendus au sens large, et devrait minimiser les coûts d'incitations (dissuasions inefficaces) afin que les investissements et l'innovation soient portés à un niveau optimal.

Le principe d'efficacité économique implique souvent d'entreprendre une analyse coûts-bénéfices qui peut être appréhendée comme déduite de l'approche philosophique désignée comme la « rationalité des moyens et des fins » (Posner 2000 : 105). L'analyse coûts-bénéfices signifie que,

¹⁷ L'inclusion de la dimension dynamique au principe d'efficacité économique est fondamentale et a été souligné notamment par l'analyse économique dite évolutionnaire. L'évolution de l'économie est envisagée avec la temporalité comme notion-clé plutôt que l'approche statique de l'économie. Schumpeter fut l'un des premiers à prendre en compte cette notion d'efficacité dynamique, ce qui le rend proche de l'analyse économique évolutionniste. Sur cette parenté, voir notamment Fagerberg (2003), et plus généralement Nelson et Winter (1982). Dans le domaine de la concurrence, voir Blaug (2001).

étant donné les conséquences attendues des différentes alternatives envisageables (d'où le conséquentialisme de l'analyse coût-bénéfices¹⁸), les bénéfices cumulés attendus d'un projet sont plus importants que ses coûts estimés ; et que les bénéfices nets cumulés sont comparativement maximisés par rapport aux autres projets envisagés. La perte des perdants est compensée par les gains des gagnants, ainsi, les gagnants doivent gagner plus que ce que les perdants perdent.

A la différence du principe d'efficacité économique, le principe d'effectivité peut être décrit comme étant le premier prérequis pour atteindre l'efficacité économique dans le droit¹⁹. Il peut difficilement être pensé une norme juridique qui serait dite être efficace sans que celle-ci soit effective. L'effectivité de la jurisprudence est rationnelle d'un point de vue économique car l'effectivité minimise les coûts de transactions selon une perspective procédurale tout en maximisant les retours attendus de la norme juridique établie. Une décision judiciaire dite effective réduit les coûts de litiges et les coûts administratifs car les individus ne sont pas contraints à chercher l'application du droit en supportant davantage de coûts de litiges et administratifs. Ainsi, une décision judiciaire effective a l'avantage de multiplier l'applicabilité de la norme juridique à un nombre important de situations et ce, sans que des coûts de transaction additionnels ne soient supportés. Par conséquent, une norme efficace est *a fortiori* effective. Cependant, une norme

18 Sen 2002 : 559

19 Nous distinguerons le principe d'efficacité économique dans le droit de l'effectivité du droit ou « effet utile ». Voir Lecourt (1976 : 236-240). Le principe d'effectivité est un principe général du droit européen (Affaires jointes C-46 et C-48/93 *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, I-1029) et a été déduit de l'article 10 TCE instaurant une nécessaire coopération entre juridictions nationales et européennes. Audacieusement, la CJCE a lié l'exigence d'effectivité au principe d'équivalence entre les mesures décidées par les juges nationaux dans leur application du droit national et celles décidées dans leur application du droit européen (C-33/76 (1976) *Rewe c/ Landwirtschaftskammer für das Saarland*, 1989 ; C-45/76 (1976) *Comet c/ Productschap voor Siergewassen*, 2043). L'effectivité d'une règle de droit est la condition nécessaire mais non suffisante à son efficacité économique.

effective n'est pas systématiquement efficiente²⁰. Dès lors, le principe d'effectivité sera étudié comme la condition nécessaire mais non suffisante à l'efficacité d'une norme juridique.

Après ces définitions des différentes perspectives économiques de l'efficacité économique, il convient de préciser les outils de mesure de l'efficacité économique dans les règles juridiques.

2. Efficacité économique et règles de décisions

A la subjectivité des principes juridiques et autres objectifs politiques²¹ s'oppose l'objectivité (relative) du principe d'efficacité économique. L'efficacité économique recoupe différents critères mais parmi lesquels nous en retiendrons un seul comme pertinent à notre analyse économique du droit comme nous allons voir.

20 Le principe d'effectivité de la règle de droit est un de ces principes dont la CJCE fait usage par références explicites (contrairement au principe d'efficacité économique qui nous intéresse plus particulièrement). Par exemple, la CJCE a pu formuler l'exigence d'effectivité des pénalités imposées lorsqu'une violation du droit européen est constatée par les juges nationaux. Audacieusement, la CJCE a lié l'exigence d'effectivité desdites pénalités au principe d'équivalence, à la fois procédurale et substantielle, avec les pénalités imposées par les juges nationaux lorsque leurs droits nationaux respectifs sont violés (Case C-326/88 [1990] Hansen). Le corrélat entre le principe d'effectivité et le principe d'équivalence des mesures prises lorsque celles-ci concernent à la fois le droit européen et le droit national fait sens car, présumant de la détermination du juge national d'appliquer pleinement le droit national pour lequel il a compétence, le juge européen s'assure, sans augmentation de coûts de supervision quant à l'application effective du droit européen, de l'effectivité de la règle de droit qu'il élabore car l'effectivité du droit européen devient fonction de l'effectivité du droit national, présumée être maximale.

21 Par opposition à l'objectivité juridique supposée du juge. L'objectivité par essence limitée du juge s'entend ici comme l'application d'un raisonnement juridique indépendamment des desiderata des juges (Kramer 2007).

a. L'efficacité économique de Pareto : le critère de l'unanimité

L'efficacité allocative, connue sous le nom de Pareto-optimalité du nom de l'économiste Vilfredo Pareto (1909 : §53)²², fait référence à l'équilibre dans lequel aucun individu ne peut accroître sa satisfaction sans qu'au moins un autre individu ne voit sa satisfaction diminuée. Tout changement de situation d'une situation Pareto-sous-optimale à une situation Pareto-optimale est souhaitable car le changement est dit être une amélioration de l'efficacité économique au sens de Pareto. Le critère de l'efficacité au sens de Pareto utilise les préférences ordinales des individus : dès lors que la satisfaction d'au moins un individu est maximisée sans que celle des autres individus soit réduite, l'allocation des ressources est dite être Pareto-optimale.

Bien qu'étant simple dans son énoncé, l'efficacité économique au sens de Pareto est presque inapplicable comme outil de l'analyse économique du droit car l'unanimité est requise pour que tout changement juridique soit possible. En effet, *«if, then, efficiency is acknowledged to be the desired criterion [...] normative improvement in process is measured by movement toward the unanimity requirement»* (Buchanan 1987 : 247). Un changement ne peut en effet se produire que si tous les participants y gagnent, autrement dit, si aucun n'y oppose un « droit de veto ».

La recherche d'une efficacité au sens de Pareto dans les décisions de justice se trouve condamnée du fait de la nature même du processus juridictionnel. En effet, par définition, lorsque les affaires sont tranchées, une des deux parties au procès perd tandis que l'autre partie gagne, et le jugement s'impose à la partie perdante contre son gré. Ainsi, l'unanimité du changement juridique au sortir du procès est impossible à obtenir. Le jugement est une décision juridique contraignante qui s'impose à la partie perdante indépendamment des coûts que cette décision fait incombler à la

²² Koopmans (1957 : 49) préfère le terme d'efficacité d'allocation à celui d'optimalité, trop générique et vague.

partie perdante. Ainsi, l'échange volontaire et unanime de droits entre les parties est clairement impossible et donc rend le critère de l'efficacité économique au sens de Pareto inopérant.

Ainsi, l'efficacité économique au sens de Pareto souffre de deux inconvénients majeurs – (i) le biais en faveur du *statu quo*, (ii) le recours dans le calcul de ce critère aux préférences ordinales des individus. L'analyse économique du droit – et en particulier l'analyse économique de la jurisprudence – peut cependant facilement être émancipée de cette contrainte de l'efficacité au sens de Pareto²³ grâce au recours au critère de l'efficacité économique au sens de Kaldor-Hicks comme outil d'analyse.

b. L'efficacité économique au sens de Kaldor-Hicks : le critère utilitariste

Le critère de Kaldor-Hicks a été élaboré par deux économistes britanniques, Nicolas Kaldor and John Hicks. Ce critère affirme que tout changement de situation peut être considéré comme une amélioration dès lors que les individus voyant leurs satisfactions accrues par ce changement sont en mesure de compenser ceux qui y perdent par ce même changement (*Kaldor criterion*) ; et si ceux qui sont moins bien lotis n'ont pas été en mesure de convaincre les individus gagnants au changement de ne pas entreprendre celui-ci (*Hick criterion*). Il n'est pas nécessaire que la compensation, et la tentative manquée de convaincre les gagnants, soient matériellement réalisées mais peuvent être seulement hypothétiques, d'où l'autre nom du critère de Kaldor-Hicks

23 Voir Calabresi (1991).

qui est le critère hypothétique au sens de Pareto²⁴. Il est suffisant d'avoir, en ce qui concerne les individus concernés par le changement, que les bénéfices cumulés des individus bénéficiant au changement soient plus importants que les pertes cumulées des individus perdant au changement, pour que ce dernier se réalise. Le critère de Kaldor-Hicks est déduit de la philosophie utilitariste (ayant pour illustre représentant Bentham²⁵). Bien qu'il soit apparemment plus réaliste que le critère d'efficacité économique au sens de Pareto du fait de l'absence d'unanimité requise, le critère au sens de Kaldor-Hicks soulève des interrogations quant à son application particulièrement concernant la nécessité d'entreprendre une comparaison interpersonnelle des utilités, composée de paramètres subjectifs tels que la souffrance et le plaisir. Hicks (1939 : 699) ainsi précise que les comparaisons interpersonnelles d'utilités impliquent « *a hopeless arbitrariness into the testing of efficiency* »²⁶. Quoiqu'il en soit, ce critère utilitariste reste prédominant dans l'analyse économique du droit.

24 « *Technically, there is a difference between Kaldor efficiency, Hicks efficiency, and Kaldor-Hicks efficiency. A project is (1) Kaldor efficient relative to the status quo if there is a hypothetical lump-sum redistribution in the project world, from project winners to project losers, such that this amended project world is Pareto efficient relative to the status quo; (2) Hicks efficient relative to the status quo if there is no hypothetical lump-sum redistribution in the status quo world, from project losers to project winners, such that this amended status quo world is Pareto efficient relative to the project; and (3) Kaldor-Hicks efficient if the project is Kaldor efficient and Hicks efficient. (The last criterion is also called the Scitovsky criterion.) For purposes of exposition, we adopt a simpler definition of Kaldor-Hicks efficiency in the text and focus upon what is, technically, Kaldor efficiency. Our arguments readily carry over to Hicks efficiency and to Kaldor-Hicks efficiency in the technical sense; none of the three criteria has genuine normative import* ».

25 Bentham (1789).

26 Voir également, Robbins (1945) et Kaldor (1939).

c. L'efficacité économique au sens de Posner : le critère de la maximisation de la richesse

Le critère de la maximisation de la richesse²⁷ principalement développée par Richard Posner ambitionne d'objectiver l'utilisation du principe d'efficacité économique. L'outil méthodologique reste le critère de Kaldor-Hicks mais est révisé, au lieu d'avoir la notion d'utilité comme pierre angulaire à la mesure de l'efficacité, la richesse est substituée. La richesse est au critère de la maximisation de la richesse ce que l'utilité est au critère de Kaldor-Hicks classiquement utilisé.

La richesse inclut tous les biens et services, tangibles et intangibles. Alors que le principe d'efficacité économique est équivalent à la maximisation de la richesse agrégée présente dans une société donnée (plutôt que la maximisation de l'utilité agrégée), la richesse est mesurée comme étant « *what people are willing to pay for something or, if they already won it, what they demand in money to give it up* » (Posner 1979). Le critère de la maximisation de la richesse se matérialise avec les transactions volontaires qui augmentent la somme de la valeur des biens et services grâce au mécanisme des prix déterminés par l'offre et la demande. Les valeurs idiosyncrasiques des biens et services sont révélées par le système de prix qui est supposé être la mesure adéquate pour le calcul de la richesse sociale.

Bien que Posner ait défendu ce critère d'un point de vue éthique (l'éthique conséquentialiste dans un monde caractérisé par la rareté des ressources), le critère de la maximisation de la richesse peut être moralement justifié selon une conception pratique de la

²⁷ Ce critère sous-tend l'analyse du fameux article de Coase (1960) et est explicité par Posner dès les années 70 (Posner 1979 ; 1981 ; 1984 ; 1998 ; 2000).

justice²⁸. Aussi, le critère de la maximisation de la richesse pourrait ne pas nécessairement être justifié car il n'est pas amené à être le seul critère utilisé pour une analyse économique normative du droit. Quoiqu'il en soit, nous reviendrons plus tard sur le critère de la maximisation de la richesse lorsque l'ancrage philosophique de notre étude sera précisé. Déjà, nous pouvons affirmer que nous entendons le principe d'efficacité économique comme synonyme à la maximisation de la richesse (et conjointement synonyme à la minimisation des coûts sociaux).

28 Voir en ce sens, la justification pratique (*practical justification*) fondée sur des bases morales faite par Ben-Amitai dans sa thèse du critère de la maximisation de la richesse comme axiome de justice : Ben-Amitai (2007) Thèse de Doctorat.

Chapitre 2/ La Cour de Justice et la Cour Suprême : Une Introduction Comparative

Les jurisprudences seront étudiées d'un point de vue économique. Les Cours s'enrichissent par l'apport d'une analyse économique dans la compréhension de leurs jurisprudences (Breyer 2004 : 18). Avec l'influence grandissante de l'économie dans des domaines du droit tels que la gouvernance publique ou la régulation publique, les juges disposent cependant de connaissances économiques plutôt limitées et subissent la contrainte de temps inhérente au temps du procès. Ces limitations au recours de l'analyse économique dans le procès, que ce soit par les compétences économiques limitées des juges ou bien par la non-utilisation d'experts auprès du prétoire, réduisent l'utilisation de l'analyse économique dans le raisonnement judiciaire, même dans le domaine du droit de la concurrence qui est pourtant le plus imprégné de cette influence²⁹ (Sibony 2006).

Nous introduirons de manière comparative les deux Cours qui constitueront notre objet d'étude, à savoir la CJUE et la Cour Suprême américaine, et nous démontrerons que des différences institutionnelles apparentes n'emportent pas nécessairement une réalité juridique suffisamment notable pour contester l'intérêt académique de l'approche comparative entreprise dans notre étude.

²⁹ Voir notamment Sibony (2006). La CJCE rend plus de jugements que n'importe quelle autre Cour suprême des Etats Membres. Le multilinguisme européen implique, par ailleurs, de faire face à des impératifs de traductions dans une contrainte de temps (Chalmers et al. 2006 : 303).

La Cour a le monopole pour censurer et interpréter toute règle juridique de l'UE³⁰, une compétence qui amène la Cour à se considérer elle-même comme la Cour Suprême de l'UE (*European Court of Justice* 1999 : 17). Une « analyse eurosceptique de la Cour » (Arnull 2006 : 3) critique la liberté avec laquelle le juge européen a jusqu'ici été caractérisé lorsqu'il a à trancher les affaires qui lui sont présentées. Selon cette critique, le juge européen a eu suffisamment de libertés pour mener à bien l'agenda politique grâce à l'activisme judiciaire favorisant davantage d'intégration et de supranationalisme. L'activisme judiciaire serait si important selon ces critiques, et le mépris pour une interprétation littérale de la part du juge européen serait tel, que c'est la légitimité tout entière de la Cour et son crédit qui seraient questionnés (Rasmussen 1986). D'autre part, cet activisme judiciaire décrié par certains est bien accueilli par la majorité de la doctrine comme étant la condition à l'interprétation et l'application uniforme du droit européen, conformément à l'esprit des Traités (Weiler 1987 ; Tridimas 1996). Tandis que l'approche téléologique est la méthode d'interprétation la plus utilisée par la Cour, d'autres méthodes sont communément utilisées (Llorens 1999 ; Arnull 2006 : Chap.16).

1. L'influence de la Common Law et de la tradition civiliste dans la CJUE

La jurisprudence européenne est teintée de traits caractéristiques de la *Common Law* tout en incluant des éléments de la tradition civiliste³¹. La doctrine de la *stare decisis* n'est pas un principe

30 C-314/85, 1987, *Fotofrost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 4199

31 Rosenfeld (2006 : 16-17) distingue très justement la composition de la Cour tendant à renforcer la tradition de droit écrit de la Cour (seuls les juges britanniques et irlandais proviennent de la tradition de la Common Law) de la jurisprudence

présent dans la jurisprudence européenne (Koopmans 1982). Ainsi, la Cour ne citait pas (mais seulement à ses débuts³²) ses décisions précédentes même si les termes choisis étaient les mêmes.

La Cour s'est de plus en plus rapprochée de caractéristiques propres à la *Common Law*, au premier rang desquels la force des précédents avec la doctrine *stare decisis*. Le style épuré de décisions judiciaires ainsi que la présence des Avocats Généraux rappelle grandement la tradition juridictionnelle française (Arnull 2006 : 622). Cependant, l'influence française, aussi importante qu'elle put être, ne saurait être la seule influence de la Cour car il y a une nécessité de prendre en compte les différentes traditions juridiques représentées par les juges européens. De la sorte, en 1973, les adhésions du Royaume-Uni et de l'Irlande apportèrent au sein de la Cour des juges de la *Common Law* et ainsi ceux-ci eurent une influence importante dans la façon de juger de la Cour, notamment dans l'explicitation de ses raisonnements judiciaires. Les traités ont véritablement mis en place un dialogue entre juges, européens et nationaux, dans l'interprétation du droit européen, ce qui contribua à cristalliser les précédents et amena la Cour à formuler une jurisprudence constante dans certains contentieux importants à partir de laquelle la Cour pouvait se référer régulièrement.

Bien que les juridictions nationales aient un impact considérable dans l'élaboration et le développement du droit européen (principalement du fait des questions préjudicielles), la CJUE reste tout de même la juridiction statuant en dernier ressort dans l'ordre juridique européen, et de

constitutionnelle de la CJCE rappelant celle de la Common Law de la Cour Suprême du fait de la généralité des normes constitutionnelles à interpréter.

32 La Cour déclarera plus tard, dans le cas où elle invaliderait une norme européenne, que son jugement s'impose à toutes les juridictions de tous les Etats Membres (C-66/80, 1981, *International Chemical Corporation c/ Amministrazione Finanze*, 1191). Un jugement similaire sera rendu concernant les interprétations données par la Cour (C-453/00, 2004, *Kühne & Heitz c/ Productschap voor Pluimvee en Eieren*, I-837).

ce fait, place la CJUE comme juridiction de première importance dans l'architecture judiciaire européenne. Ainsi, nous nous concentrerons exclusivement sur la Cour et sa jurisprudence (avec la Cour et le TPI³³ étant les deux plus importantes Cours au sein de cette juridiction).

2. L'accès au prétoire européen

Dans cette section, nous allons appréhender les trois différentes voies d'accès au prétoire européen qui sont d'une importance capitale pour l'architecture judiciaire européenne, le recours en manquement au droit européen à l'encontre des Etats Membres, l'action en annulation et la question préjudicielle.

Le recours en manquement (Articles 258, 259 et 260 du TFUE) permet à la Cour de condamner, sur l'initiative de la Commission Européenne (Article 258 du TFUE) ou sur l'initiative de tout Etat Membre (Article 259 du TFUE), un Etat Membre qui aurait manqué à son obligation de respecter le droit européen. L'Etat Membre défaillant doit remédier à ce manquement en se conformant au jugement rendu par la Cour. La Commission Européenne n'a pas besoin de démontrer son intérêt à agir³⁴. De plus, aucune règle *de minimis* n'est établie pour que la procédure en manquement soit déclenchée³⁵. Cette procédure est entendue de façon large et souffre de peu de limites juridiques. En effet, l'exception d'illégalité de la règle par laquelle un Etat Membre a été

33 Décision 88/591 JO (1989) C-215/1, Décision 88/591. Le TPI est de facto la Cour de dernière instance dans les affaires dont il a compétence du fait du nombre peu élevé d'appels exercés à l'encontre des décisions que le TPI rend (Sonelli 1998 ; Brown 1995).

34 C-167/73, 1974, *Commission c/ France*.

35 C-166/82, 1984, *Commission c/ Italie* ; C-359/93, 1995, *Commission c/ Pays-Bas* ; C-209/89, 1991, *Commission c/ Italie*.

accusé de violer le droit européen n'est d'aucun effet sur la procédure³⁶. Aussi, l'exception de réciprocité de la violation de règles juridiques par un autre Etat Membre n'empêche pas non plus le déclenchement du recours en manquement³⁷, en ce que l'absence de préjudices ne saurait être une excuse prouvant une absence de recours³⁸. Enfin, et primordial pour apprécier la nature non-internationale de l'ordre juridique dans lequel la CJUE opère, les contre-mesures sont inacceptables pour un Etat Membre qui estime être la victime d'une violation du droit européen de la part d'une autre Etat Membre³⁹. Par ailleurs, le non-respect d'une décision de la Cour par laquelle celle-ci condamne un Etat Membre déjà pour non-respect du droit européen, parce que cette décision fait partie intégrante du droit européen (secondaire), est de nature à déclencher un recours en manquement du droit européen (Article 260.2 du TFUE) avec la délivrance d'une amende assortie ou non de peine d'astreinte⁴⁰.

La question préjudicielle (Article 267 du TFUE) est la procédure par laquelle la Cour répond à une question de droit soulevé par le juge national concernant l'interprétation du droit européen lors d'un procès devant toute juridiction nationale d'un Etat Membre⁴¹. Là encore, le

36 C-6/69 et 11/69, 1969, *Commission c/ France* ; C-226/87, 1988, *Commission c/ Grèce*.

37 C-325/82, 1984, *Commission c/ RFA*

38 C-7/71, 1971, *Commission c/ France*.

39 C-14/96, 1997, *Paul Denuit*.

40 C-387/97, 2000, *Commission soutenue par le Royaume-Uni c/ Grèce* ; C-278/01, 2003, *Commission c/ Espagne*.

41 Le renvoi préjudiciel compte pour 45% des affaires présentées à la CJCE (*European Court of Justice* 2005 : 168) et est la procédure juridictionnelle européenne de première importance car, comme le constate justement Favret, « si tous les arrêts préjudiciels ne sont pas des grands arrêts, tous les grands arrêts (ou presque) de la Cour sont des arrêts préjudiciels » (2005 : 522). Ainsi, les juridictions nationales participent à l'élaboration du droit européen au travers des questions posées au juge européen. Les juridictions nationales ont un rôle de premier plan dans l'interprétation et l'application du droit européen ; cependant, seule la jurisprudence de la CJCE sera ici étudiée afin d'analyser le raisonnement du juge européen stricto sensu, qui seul s'exprime sur le droit européen en dernier ressort. Bien que les jugements de la CJCE au sortir d'une procédure de

juge européen entend sa compétence de façon extensive. En effet, les questions préjudicielles sont possibles pour pléthore de «juridictions» nationales comprises indépendamment de la définition nationale⁴². La Cour accepte qu'une juridiction nationale, ayant seulement la possibilité mais non l'obligation de se référer à la Cour, puisse confirmer la légalité d'une norme européenne mais sans pour autant pouvoir affirmer l'illégalité d'une norme européenne⁴³. Dans le cas d'une juridiction nationale statuant en dernier ressort dans l'ordre juridique national, étant dans l'obligation de surseoir à statuer lorsqu'une question d'interprétation du droit européen est soulevée, le juge européen a élaboré la *théorie de l'acte clair*⁴⁴ (et la *théorie de l'acte éclairé* pour les précédents jurisprudentiels). Cette théorie permet au juge national de ne pas être obligé de surseoir à statuer au bénéfice de la Cour si l'application de la norme européenne en l'espèce n'emporte pas de doute raisonnable quant à son interprétation et/ou si l'application de ladite norme à la nature du litige a déjà fait l'objet d'une précision par la Cour. Mais, les conditions sont si strictes (notamment la condition tenant au devoir pour le juge national de comparer toutes les versions linguistiques officielles de la norme en question) que d'aucuns peut légitimement affirmer que cette théorie est irréaliste (Favret 2005 : 529), n'ayant pas de conséquences pratiques possibles pour les juges nationaux (Rasmussen 1984). Néanmoins, la procédure de la question préjudicielle constitue la voie de droit européen principale⁴⁵ qui a permis à la Cour de rendre ses plus importantes décisions. Cette procédure indubitablement participe à l'évolution du droit européen, encouragea l'uniformité

renvoi préjudiciel ne soient pas accompagnés de sanctions en cas de non-application par les juridictions nationales de ces jugements, l'effectivité de la mise en conformité du droit national avec l'interprétation donnée par le juge européen est très élevée, 96,3% des décisions de la CJCE formulées dans le cadre du renvoi préjudiciel sont appliqués (Nyikos 2003).

42 C-61/65 (1966) *Vaassens-Göbbels c/ Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf* ; C-246/80, 1981, *Broekmeulen* ; C-109/88 (1989) *HKF i Danmark*.

43 C-314/85, 1987, *Foto-Frost*.

44 C-282/81, 1982, *Sil CILFIT*.

45 *European Court of Justice* (1999 : 21).

du droit européen dans les ordres juridiques nationaux et apporta au droit européen l'expertise de la Cour en ce domaine (Chalmers *et al.* 2006 : 281).

Le recours en annulation prévu aux Articles 263, 264 et 266 du TFUE donne compétence à la Cour de contrôler la légalité du droit européen secondaire contraignant (règlement, directives, décisions) à l'aune des Traités. Cette procédure est destinée à assurer le respect de la règle de droit au niveau européen, avec des limitations de l'action publique européenne sur le fondement de critères juridiques de constitutionnalité (ou plutôt de conventionnalité *stricto sensu*). Les actes susceptibles d'être invalidés sont les actes juridiques contraignants émanant des institutions européennes, indépendamment de la forme et de la nature de l'acte en question⁴⁶. Alors que les institutions européennes et les Etats Membres sont des requérants privilégiés en ce qui concerne leur intérêt à agir dans le recours en annulation (ils n'ont pas à démontrer leur intérêt à agir et ont ainsi une compétence *per se* à agir)⁴⁷, l'ouverture du prétoire aux plaignants individuels s'est révélée être plus complexe et a été l'objet de subtiles distinctions de la part de la Cour à l'égard de ses requérants non-privilégiés jusqu'au Traité de Lisbonne de 2009⁴⁸. La notion de requérant individuel recouvre à la fois les individus et les entreprises⁴⁹, les entités infra-étatiques⁵⁰. L'Article 263(3) du TFUE affirme que les requérants privés peuvent contester la légalité de décisions qui leur sont adressées⁵¹, peuvent contester la légalité des actes juridiques contraignants les affectant

46 C-325/91 (1993) *France c/Commission* ; C-22/70 (1971) AETR

47 Article 263(2) du TFUE.

48 Article 263(3) du TFUE.

49 T-161/94 (1996) *Sinochem Heilongjiang v. Council*, II-695.

50 T-288/97 (1999) *Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia v. Commission*, II-1871.

51 Affaires jointes C-16/62 et 17/62 (1962) *Confédération des producteurs de fruits et légumes*.

directement et individuellement⁵², et peuvent contester les actes réglementaires qui les concernent directement sans que ces actes ne soient subordonnés à des mesures subséquentes d'application. Cette nouvelle disposition du Traité pourrait permettre une plus grande acceptabilité de la possibilité pour les requérants non-privilegiés de contester les actes européens par le biais de la procédure en manquement car les actes réglementaires sont expressément nommés et du fait de l'abandon de la condition jusqu'alors exigée de l'individualité de la mesure pour que celle-ci soit contestable. Nous devons cependant attendre que la Cour élabore sa jurisprudence sur la base de ce nouvel article avant de pouvoir affirmer si un changement jurisprudentiel s'est produit, ce scepticisme est largement justifié du fait du flou subsistant concernant les actes réglementaires

52 Ces deux conditions sont cumulatives (C-69/69, 1970, *Alcan Aluminium*; C-25/62, 1963, *Plaumann*; C-6/68, 1968, *Zuckerfabrik*; C-11/82, 1985, *Piraki Patraiki*). L'interprétation restrictive et littérale de la CJCE a été contredite un temps par le TPICE en 2002 (T-177/01, 2002, *Jégo-Quéré et Cie SA c/ Commission*, II-2365). Cet arrêt affirme que les requérants ordinaires sont considérés comme directement et individuellement concernés dès lors qu'un acte juridique européen de portée générale touchait ces derniers à la fois de façon certaine et actuelle et que les droits et/ou obligations des requérants étaient modifiés afin de fournir une protection juridictionnelle effective. Cette évolution jurisprudentielle s'oppose à la formule Plaumann de la CJCE qui exige que les requérants ordinaires soient dans une situation « qui les caractérise par rapport à toute autre et de ce fait les individualise de manière analogue à celle du destinataire ». L'Avocat Général Jacobs proposa qu'un particulier soit dit individuellement concerné « par une mesure européenne lorsque la mesure nuit, ou est susceptible de nuire à ses intérêts, de manière substantielle ». Cependant, la CJCE rejeta cette interprétation (C-50/00 P, 2002, *UPA c/ Conseil*, I-6677) et ainsi, la possibilité d'une protection juridictionnelle effective car tout recours par les particuliers pour annuler la norme européenne est rendu impossible en cas d'absence de recours effectif devant le juge interne (aussi du fait de l'exclusion des particuliers d'avoir accès à la CJCE par la procédure du renvoi préjudiciel comme l'a affirmé la CJCE elle-même : C-364/92, 1994, *Fluggesellschaft c/ Eurocontrol*, I-43 ; C-181/95, 1996, *Biogen c/ Smithkline Beecham*, I-717). L'ineffectivité d'une protection juridictionnelle effective comme le regretta l'Avocat Général Jacobs pour des particuliers à l'encontre d'actes juridiques européens nous permet dès lors de qualifier cette solution jurisprudentielle restrictive d'inefficience car l'effectivité est la condition première à toute possibilité d'efficience économique.

désignés dans la nouvelle disposition car ils ne correspondent plus à un type d'acte juridique européen dans la nomenclature juridique européenne depuis que la Constitution Européenne de 2003 a été rejetée. De manière générale, nous pouvons affirmer que la jurisprudence européenne concernant l'accès par les requérants non-privilegiés au recours en manquement a été jusqu'ici alambiquée et s'est vue complexifiée.

L'approche restrictive de la Cour concernant l'ouverture du prétoire européen aux requérants non-privilegiés pour le recours en annulation ne saurait être légitimement justifiée pour des raisons d'efficience de la procédure décisionnelle de l'UE, comme l'Avocat Général Jacobs dans l'affaire UPA l'a affirmé, « *to insulate potentially unlawful measures from judicial scrutiny can rarely, if ever, be justified on grounds of administrative or legislative efficiency* ». De plus, cet isolement du droit européen secondaire d'une possible contestation de la part des requérants non-privilegiés du fait de l'interprétation restrictive qui est faite du recours en annulation est non seulement injustifié concernant l'efficience procédurale aussi minime qu'elle puisse être, mais également cet isolement est de nature à créer davantage d'inefficiences selon nous. En effet, le juge européen ignore, par sa position, les arguments soulignant les bénéfices attendus d'une dynamique évolutionnaire de la jurisprudence. Selon l'efficience évolutionnaire de la jurisprudence, un large accès aux juges rend non seulement impossible la persistance de règles juridiques illégales mais surtout encourage l'émergence de normes efficaces dégagées par les juges du fait de la propension accrue des requérants privés à contester les normes inefficaces (Priest 1977 ; Rubin 1977). Le juge européen ne permet pas jusqu'à présent qu'un grand nombre de requérants privés soient en mesure de contester une règle juridique européenne, alors même que ce sont les requérants privés qui seraient les initiateurs du plus grand nombre de recours en annulation si ces recours leur étaient véritablement ouverts, et qui pourraient ainsi accroître la probabilité et la rapidité avec laquelle les règles inefficaces seraient contestées. Par conséquent, la jurisprudence actuelle concernant l'Article 263(3) est inefficace en elle-même car l'efficience procédurale recherchée est si minime

qu'elle ne saurait compenser les gains d'efficacité empêchés du fait de la non-généralisation de l'ouverture du recours en annulation aux requérants non-privilegiés.

3. Brèves observations quant à l'accès à la Cour

Le juge européen a une volonté de maximiser le nombre de recours en manquement, et de maximiser le nombre de questions préjudicielles. A l'opposé, le juge européen a élaboré une jurisprudence restrictive en ce qui concerne l'intérêt à agir des requérants non-privilegiés dans le recours en annulation d'une norme européenne. Cette position générale du juge européen peut être expliquée comme étant la volonté du juge européen de protéger, sécuriser et renforcer sa position à la fois dans l'ordre juridique européen et vis-à-vis des ordres juridiques nationaux. En adoptant une interprétation large du recours en manquement, le juge européen s'assure que le droit européen prime concrètement sur les droits nationaux.

Ainsi, l'ordre juridique européen voit son champ d'intervention étendu, avec le juge européen bénéficiant massivement de cette évolution grâce à sa place monopolistique dans l'interprétation du droit européen. La jurisprudence concernant la procédure de la question préjudicielle suit cette tendance d'imprégner les droits nationaux avec le droit européen. Dans les deux cas, le juge européen devient l'acteur principal voyant son pouvoir accru en concomitance avec le nombre d'affaires portées devant la Cour et le nombre de domaines dans lesquels la Cour peut désormais s'exprimer.

A l'opposé, la jurisprudence restrictive de la Cour concernant l'accès au prétoire des requérants non-privilegiés dans la procédure de recours en annulation révèle la volonté du juge européen d'empêcher toute contestation par les requérants non-privilegiés de règle juridique

européenne à caractère impersonnel. Cette procédure est cependant la seule dans laquelle le droit européen est critiqué en tant que tel car la nullité de la norme européenne contestée peut être déclarée à l'issue d'un recours en annulation. Dans toutes les autres procédures, la quantité de règles juridiques européennes n'est pas questionnée, seulement l'interprétation de celles-ci est recherchée. Le juge européen est réfractaire à autoriser la contestation de la validité du droit européen secondaire.

Une nuance à cette position concerne la seule véritable ouverture du recours en annulation pour les requérants privilégiés comme les Etats Membres ou les institutions européennes. Cependant, ceux-ci ne sont pas enclins à user de cette procédure massivement du fait qu'ils participent au processus décisionnel européen et ont ainsi très certainement pu soutenir la législation en vigueur étant donné l'exigence de majorité absolue nécessaire au Conseil de l'UE. De plus, cette possibilité faite aux requérants privilégiés n'est pas de nature à véritablement remettre en cause le droit européen secondaire en cela que les institutions européennes, pour leur part, si elles sont amenées à contester la validité d'une norme européenne, désirent le plus souvent modifier dans leur intérêt la norme en question plutôt que d'annuler celle-ci sans substitut. Ainsi, la démarche des requérants non-privilégiés, qui laisserait le choix entre la présence d'une norme valide ou l'absence de toute norme, est diamétralement opposée à celle des requérants privilégiés qui consiste à critiquer le bien-fondé d'une norme particulière au bénéfice de la norme qu'ils entendent promouvoir dans leur intérêt.

La réticence du juge européen quant à l'intérêt à agir des requérants non-privilégiés s'explique par le fait que le juge européen est, lui, enclin à intégrer davantage de règles juridiques européennes dans son corpus juridique auquel il peut se référer, et ainsi accroître son pouvoir judiciaire étant donné que l'accroissement du corpus juridique européen conduit à l'accroissement des pouvoirs du juge européen.

Par conséquent, et de manière générale, la jurisprudence européenne touchant au recours en manquement, à la question préjudicielle et au recours en annulation révèle cette volonté bien présente du juge européen d'élargir son corpus juridique auquel il peut se référer sans avoir à supporter les risques d'une réduction pour cause d'illégalité des normes composant ce corpus pour lequel il a un monopole d'interprétation en dernier ressort. Ainsi, il y a dans cette jurisprudence européenne une recherche intrinsèque et implicite par le juge européen de maximisation de son pouvoir institutionnel.

4. La Cour Suprême américaine : étude comparée

La Cour Suprême américaine, instituée par l'Article III de la Constitution américaine, a été placée à la tête du troisième pouvoir fédéral dans la séparation des pouvoirs caractéristique du système institutionnel américain, une séparation des pouvoirs inexistante de façon claire dans le cadre de l'UE. La Cour Suprême a le monopole pour l'interprétation en dernier ressort de la Constitution américaine⁵³. La Cour Suprême a été créée par le *Judiciary Act* de 1789. En 1803, la Cour Suprême a accepté de contrôler la constitutionnalité de la législation fédérale⁵⁴.

53 L'autorité *erga omnes* des interprétations de la Constitution données par la Cour suprême fait l'objet de débats de la doctrine du fait de l'absence de mandat sans équivoque de la Constitution désignant la Cour Suprême comme l'interprète constitutionnel ayant autorité *erga omnes*. Dans l'affaire *Marbury v. Madison*, la Cour Suprême a seulement déclaré que le contentieux constitutionnel était la compétence des cours fédérales et que les décisions rendues ont un effet inter partes, laissant le doute quant à l'effet *erga omnes* de ces jugements rendus. Pour une argumentation déniait à la Cour Suprême le monopole d'une interprétation constitutionnelle *erga omnes* – au profit d'une concurrence avec le Congrès et le Président – Meese (1987) fournit une illustration de ce courant.

La similitude entre les deux Cours est le point de départ de notre démarche qui consiste à adopter une analyse économique comparée des jurisprudences américaine et européenne⁵⁵. Cette similitude s'explique en partie par la présence de différents facteurs que nous détaillons maintenant.

Les juges de la Cour Suprême (appelés *Justices*) peuvent entendre des affaires soulevant un litige sur un point de droit (« *cases* » ou « *controversies* »⁵⁶) : ainsi, la Cour Suprême ne peut pas être sollicitée pour des conseils juridiques sur des affaires hypothétiques⁵⁷. La compétence juridictionnelle de la Cour Suprême dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité correspond à un contrôle *in concreto* et *a posteriori*. Cette caractéristique de la *Common Law* se retrouve dans la pratique de la Cour qui exerce aussi un contrôle de «constitutionnalité» *a posteriori* dans le cadre du recours en annulation. Le raisonnement judiciaire inductif caractérise le juge de la Cour Suprême alors que le raisonnement du juge européen est davantage déductif. Du fait de la place de la Cour Suprême dans le système institutionnel américain en tant que contre-pouvoir (*checks and balances*), la Cour Suprême endosse plus volontairement un rôle politique, encore que les juges de la Cour Suprême refusent naturellement de jouer ce rôle de manière ouverte.

A l'opposé, la Cour se considère comme la gardienne des Traités, sans que des considérations politiques ne viennent en théorie interférer dans le raisonnement juridique de la Cour (Rosenfeld 2004 : 2). Il est cependant évident que les deux Cours délivrent des décisions judiciaires dans lesquelles le raisonnement juridique est entremêlé avec des considérations

54 *Marbury v. Madison* (1803) U.S.

55 L'ouvrage de référence est celui de Mattei, *Comparative Law and Economics* (1997).

56 Article III §2 U.S. Constitution.

57 *Raines v. Byrd* (1997), 521 U.S. 811 où les membres du Congrès s'opposant une loi octroyant un pouvoir de veto au Président n'avaient pas un intérêt à agir.

politiques et sociales. La Cour Suprême et la doctrine américaine reconnaissent plus volontairement ce rôle politique certainement du fait de l'influence que le réalisme juridique peut avoir aux Etats-Unis, un courant juridique soulignant la prégnance des convictions politiques personnelles des juges dans la formation du jugement. Aussi, la volonté du juge européen de minimiser le rôle politique que celui-ci détient s'explique par la volonté de ne pas susciter des velléités concernant la légitimité du jugement de la part des Etats Membres.

Le juge américain de la Cour Suprême et le juge européen de la Cour sont – *stricto sensu* pour le premier et *lato sensu* pour le second – des juges constitutionnels, ou « législateurs négatifs » selon la formule de Kelsen (Kelsen 1961 : 268). Le juge de la *Common Law* est placé dans le cadre d'une procédure ordinaire dans le système juridictionnel tandis que le juge constitutionnel tel que façonné par la tradition civiliste est placé dans une procédure extraordinaire dans laquelle seulement les questions constitutionnelles sont soulevées. Mais, du fait même de sa compétence juridictionnelle de contrôle de « constitutionnalité » des normes européennes et sa compétence à trancher des litiges concernant des questions d'interprétations, la Cour est une cour de compétence générale dans le sens où le contentieux constitutionnel et le contentieux de droit commun ne suivent pas des procédures distinctes. Ainsi, la Cour se rapproche par cette caractéristique de la Cour Suprême et ainsi se détache d'une tradition trop civiliste.

Les décisions de la Cour étaient, au début de la construction européenne, typiques de la tradition française (et donc civiliste) de juger avec des jugements lacunaires influencés par le Conseil d'Etat français. Ensuite, les jugements de la Cour ont évolué pour adopter un style plus explicatif et argumenté, tout en se référant de façon croissante à ses propres précédents, et donc se rapprochant des décisions rendues par les Cours de la *Common Law*, notamment celles rendues par la Cour Suprême (Rosenfeld 2006 : 31). Concernant les conclusions des Avocat Généraux, si certains peuvent y trouver quelques similitudes avec la tradition administrative française des

commissaires de gouvernements, celles-ci sont mieux comprises lorsqu'elles sont comparées aux opinions dissidentes au sein de la Cour Suprême américaine (Lasser 2004 : 103).

La Cour Suprême, pour sa part, est une cour issue de la tradition de la *Common Law* étant de plus en plus influencée par la tradition civiliste : la Cour Suprême doit garantir l'application concrète de toutes les lois fédérales et des Etats fédérés avec un document juridique écrit – la Constitution américaine – et doit contrôler la conformité des lois des Etats fédérés avec le droit fédéral qui se codifie de plus en plus. Le juge de la Cour Suprême se veut être un pouvoir contre-majoritaire dans la séparation des pouvoirs, mais comme l'affirme Rosenfeld (2004), ce contre-pouvoir fonctionnant comme un pouvoir (« *check* ») est non contrôlé (« *unchecked* »). Néanmoins, la Cour Suprême jouit d'une grande autorité en tant qu'institution fédérale auprès de l'opinion publique américaine⁵⁸.

En tant que juges constitutionnels, la comparaison est opportune car le juge américain est certainement le juge de la *Common Law* le plus proche de la tradition civiliste et le juge européen est certainement le juge civiliste le plus proche des juges de la *Common Law*. Si la dichotomie entre la *Common Law* et la tradition civiliste est souvent exagérée, cela est d'autant plus vrai pour le cas de la dichotomie de nature entre la jurisprudence européenne et la jurisprudence américaine⁵⁹. La Cour

58 Les arrêts *Dred Scott v. John F. A. Sandford* (1857) et *Bush v. Gore* (2000) sont certainement les deux arrêts de la Cour Suprême les plus subversifs et ayant le plus entamé l'autorité de cette dernière. Dans l'arrêt *Dred Scott*, la Cour Suprême nia, bien qu'étant libre, qu'un homme de peau noire devienne citoyen des Etats-Unis et l'arrêt confirma le Compromis du Missouri dans lequel était déclaré impossible qu'un esclave qui entrait dans un Etat non esclavagiste puisse devenir libre en application du droit de propriété inscrit dans la Constitution fédérale. Cet arrêt eût un impact dans le déclenchement de la Guerre Civile de 1861 à 1865. L'arrêt *Bush v. Gore* interdit un recomptage des bulletins de vote dans les circonscriptions où des dysfonctionnements étaient avérés.

59 Après une période initiale du droit comparé moderne se focalisant sur les différences entre systèmes juridiques, la période actuelle reconsidère les similarités entre les systèmes juridiques (Schlesinger 1995). Nous adoptons cette approche qui consiste

et la Cour Suprême partagent cette particularité qui est d'exercer sur leurs ordres juridiques respectifs un contrôle de constitutionnalité sans pour autant être des Cours constitutionnelles à part entière. En effet, à l'opposé, par exemple, de la Cour constitutionnelle allemande ou de la Chambre constitutionnelle espagnole, la Cour et la Cour Suprême sont des Cours de droit commun (*trial courts*). Ces Cours ont à la fois une compétence générale par le biais d'appels⁶⁰ pour la Cour Suprême et par la question préjudicielle pour la Cour, mais également ont une compétence constitutionnelle par le contrôle de la constitutionnalité de la législation fédérale et des Etats fédérés pour la Cour Suprême, et du droit européen pour le cas de la Cour. Enfin, ces Cours connaissent toutes deux des succès incontestables avec un encombrement des prétoires qui est comparable, et ce, sans que les révisions de l'architecture judiciaire européenne aient réellement résolu cette question⁶¹.

Concernant la CJUE, le statut de la Cour prévoit qu'au moins un juge par Etat Membre siège à la Cour⁶². Les Etats Membre nomment les juges par consensus pour une période de 6 ans, selon l'Article 253 du TFUE. Cette courte période d'exercice de la fonction de juge contraste avec leurs homologues américains qui sont nommés à vie à la Cour Suprême. Etant acquis que la

à dépasser les oppositions épistémologiques entre systèmes juridiques pour voir à quel point des juridictions structurellement différentes telles que la Cour Suprême et la CJCE sont en réalité fonctionnellement très proches.

60 La Cour Suprême connaît deux types de compétences d'appel : une compétence obligatoire dans laquelle la Cour Suprême doit considérer une affaire particulière, et une compétence discrétionnaire dite «petition for certiorari» dans laquelle la Cour Suprême décide de revoir ou non une décision de justice (fonction «*docket control*»).

61 Voir pour la Cour Suprême, Segal *et al.* (2005 : 282) et pour la CJCE, les statistiques de l'activité judiciaire de la CJCE sur http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-03/ra08_en_cj_stat.pdf

62 Article 251 du TFUE.

fréquence de nominations est fonction de l'indépendance des juges⁶³, l'on pourrait légitimement émettre l'hypothèse que les juges de la Cour Suprême sont plus indépendants du pouvoir politique que les juges européens. Néanmoins, ceci reviendrait à ignorer le fait que, indépendamment des avantages que la possibilité d'opinions dissidentes pourrait avoir si celles-ci étaient possibles au sein de la CJUE (Weiler 2008 : 225), l'impossibilité même d'émettre des opinions dissidentes par les juges européens renforcent leur indépendance à l'égard de leurs gouvernements. En effet, l'anonymat des jugements de la Cour (en dépit de l'inscription du nom des juges ayant pris part à la délibération⁶⁴) est une donnée capitale dans l'évaluation comparée de l'indépendance des juges européens et américains. Cet anonymat permet aux juges de la Cour de contrebalancer la courte période de leur nomination avec la possibilité de nomination par les Etats Membres⁶⁵. L'anonymat ne permet pas une bonne supervision dans une relation Etat Membres/juges s'apparentant au modèle de l'agence entre le principal (qui serait l'ensemble des Etats Membres avec une place particulière pour l'Etat Membre dont le juge est originaire) et l'agent (en l'espèce, le juge).

D'autre part, l'indépendance des juges américains, bien que développée par la nomination à vie, se voit clairement réduite en amont avec la présence d'auditions publiques devant le Congrès dans lesquelles les juges-candidats sont questionnés de manière précise sur leur façon dont ils jugeraient des affaires qui pourraient leur être présentées. De plus, la nomination des juges par le

63 De toute évidence, plus le mandat des juges est court, moins l'indépendance est garantie, comme reconnu par la CJCE elle-même (Cour de Justice 1995 : §17).

64 Article 36 Protocole 3 du TFUE.

65 D'où l'existence de « *confirmation hearings* » dans lesquels le Congrès américain questionne les futurs juges ; une procédure impensable au niveau européen comme l'a démontré l'opposition de la CJCE (Arnall 2006 : 21) à propos d'une proposition du Parlement Européen (OJ 1995 C-151/56 § 23ii). Selon nous, cette proposition modifie l'équilibre décrit et ne peut être valablement accepté que s'il s'accompagne d'une modification d'autres paramètres, c'est-à-dire la nomination des juges européens à vie.

seul Président accroît la part discrétionnaire de ces nominations. La réticence des juges ensuite de revenir sur leurs déclarations préalables en jugeant les affaires, est forte du fait des coûts élevés de réputations supportés. Ainsi, les juges américains sont généralement très fidèles à leurs positions (démocrate ou républicain) comme exprimées lors des auditions publiques, ce qui diminue de façon non négligeable leur indépendance politique.

L'équilibre présent au sein de la Cour Suprême, nous le pensons, renforce le pouvoir des juges en activité. Cette caractéristique correspond à la tradition de la *Common Law* qui octroie aux juges un poids important dans l'élaboration du droit. L'équilibre présent au sein de la Cour, à l'opposé, renforce le pouvoir de la juridiction en tant qu'institution. Ceci répond davantage à la tradition civiliste dans laquelle l'institution judiciaire fait autorité et qui est destinée à appliquer le droit édicté par le pouvoir politique. Ce pouvoir judiciaire accroît ainsi non seulement son autorité mais également celle des autres organes de l'Etat (c'est la figure du juge dépeinte par Montesquieu) en se complétant plutôt qu'en se séparant des autres pouvoirs. Ceci est particulièrement évident dans le cadre de l'UE où la Cour a, de façon récurrente, agi pour améliorer l'action des institutions européennes et ainsi pousser pour davantage d'intégration européenne plutôt que d'agir comme un contre-pouvoir.

Les juges européens ont davantage de contraintes internes qui sont dues à la perspective (ou absence) de nomination qui est le fait de la volonté de leur Etat Membre d'origine, avec les autres Etats Membres impliqués de façon secondaire dans ce choix. Lorsque la question de la nomination viendra à être posée, l'Etat Membre va évaluer, de façon générale, les décisions que le juge en question a eu à connaître lors de sa mandature (mais sans savoir exactement son opinion personnelle dans ces décisions). A l'opposé, le juge américain a davantage de contraintes extérieures parce que ses opinions personnelles lors d'affaires jugées n'auront aucune incidence sur l'évolution de sa carrière grâce à la nomination à vie auquel le juge américain est assigné.

Quoiqu'il en soit, ces contraintes ne sont pas imposées concurremment dans les deux systèmes judiciaires. La présence d'un seul type de contrainte garantit qu'une qualité de travail optimale est assurée par les juges (les agents) au bénéfice des Etats Membres pour le cas de l'UE et du Congrès américain pour le cas des Etats-Unis. En effet, les coûts d'agence sont minimisés car des incitations optimales sont données aux juges pour que ceux-ci accomplissent de façon optimale leurs tâches. Ces incitations résident principalement dans la perspective d'accroître le prestige personnel des juges par le biais des opinions personnelles dans le cas de la Cour Suprême, et dans le cas de la Cour à travers la perspective de nominations futures. Ces caractéristiques constituent les récompenses adéquates pour l'accomplissement d'un travail judiciaire optimal tout en préservant une indépendance judiciaire relative.

Il en résulte que la conciliation entre les nominations de courte durée et l'anonymat des décisions collectives au sein de la Cour permettent d'atteindre un équilibre stable qui compose avec un tout autre équilibre stable qui est celui rencontré au sein de la Cour Suprême, dans lequel la nomination à vie est conciliée avec à la fois la publicité des opinions individuelles et des auditions publiques préalables par le pouvoir politique. Toute déviation de ces équilibres nécessite la recherche d'un nouvel équilibre afin d'atteindre une solution efficiente, c'est-à-dire une solution dans laquelle l'indépendance judiciaire est préservée tandis qu'un niveau optimal d'incitations est garanti. En conclusion, il nous semble probant que l'indépendance respective des juges américains et européens est de différentes natures mais atteignant des équilibres très proches dans lesquels l'indépendance, si elle n'est pas totale, est relativement élevée. Avec des Cours si différentes en apparence mais substantiellement proches dans leurs caractéristiques institutionnelles et juridiques, une analyse économique de la jurisprudence européenne appelle à une mise en perspective comparée avec la jurisprudence américaine.

Chapitre 3/ Approche philosophique de l'efficacité économique dans la jurisprudence européenne

Notre étude entend analyser l'opportunité de l'analyse économique dans les décisions jurisprudentielles et dans le raisonnement judiciaire européen. Cette entreprise suppose non seulement qu'un raisonnement économique appliqué au droit est possible mais également qu'un tel raisonnement trouve une légitimité en tant que démarche académique. La seconde partie de cette supposition est à lever maintenant, avant que nous explorions la réalité de cette analyse économique dans le corps de notre étude.

Après tout, quelles raisons pourraient justifier que le droit – et particulièrement la jurisprudence – se préoccupe de considérations économiques ? En quoi une analyse économique peut-elle être souhaitable dans la jurisprudence ? Les éléments de réponse se trouvent nécessairement dans la philosophie du droit avec une attention particulière de la jurisprudence européenne. Notre propos ne sera pas organisé selon une perspective chronologique mais plutôt selon l'importance des différentes évolutions philosophiques pertinentes pour l'étude du principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne.

Concrètement, l'ancrage nécessaire est celui du positivisme juridique, par opposition à la tradition du droit naturel. Du point de vue de l'analyse économique du droit, le critère de la maximisation de la richesse proposé par Posner sera adopté comme synonyme de la minimisation des coûts sociaux comme la formulation juridique de l'efficacité économique. Enfin, l'analyse

économique du droit peut être située dans le paradigme juridique du néo-pragmatisme juridique qui est, nous le démontrons, particulièrement adapté à l'étude de la jurisprudence européenne.

1. Du droit naturel au positivisme juridique

a. Le jus-naturalisme

L'ordre juridique est la condition nécessaire à l'instauration d'un ordre politique (*politeia*). Platon et Aristote pensent la Nature (*phusis*) comme un cadre de référence auquel les lois (*nomoi*) doivent s'accorder. Les lois sont justes seulement si elles sont conformes avec les lois de la Nature, le droit naturel. Cette conformité n'est pas seulement une fin en soi mais surtout un moyen pour l'accomplissement de la justice dans la Cité. La vision aristotélicienne du *dikaion* peut être traduite à la fois par la *justice* et par le *droit*. L'art de légiférer et l'art de juger permettent, tout autant que ceux-ci sont réalisés en accord avec le droit naturel, aux Hommes d'être vertueux.

La morale et l'éthique sont les pierres angulaires de la doctrine du droit naturel formulée par les Anciens, mais aussi développés par les juristes subséquents. Alors que Platon limite le rôle du juge du fait de l'imperfection naturelle des lois, Aristote affirme que, précisément du fait de cette imperfection, les juges doivent pouvoir combler la vacuité et l'imperfection de ces lois. Autrement dit, la notion de droit élaborée par le juge (*judge-made law*) remonte donc à la vision aristotélicienne de l'activité juridictionnelle.

Aristote a développé la vision la plus élaborée de la figure du juge chez les Anciens. En effet, selon Aristote, les juges se doivent de rendre la justice qui comprend à la fois une justice distributive – la distribution de récompenses ou de richesses selon les mérites de chacun, et une justice correctrice, la restitution de l'égalité parmi les individus par la mise en jeu de la responsabilité juridique des individus. Alors que la justice correctrice émane du pouvoir judiciaire,

la justice distributive est l'objet du gouvernement (Friedrich 1963 : 22). Nous reviendrons plus loin au sujet de cette dichotomie établie depuis Aristote.

En conclusion, la législation était appréhendée par les deux auteurs comme étant de plus haute qualité que la jurisprudence, et plus généralement le droit est assimilé à de l'art. La tradition du droit naturel des juristes chrétiens est une adaptation, plusieurs siècles plus tard, de la tradition du droit naturel développée par les Anciens. En effet, Saint Augustin et Saint Thomas d'Aquin affirmeront que la loi injuste n'est pas loi (où la notion de juste est définie selon la morale chrétienne)⁶⁶. Le droit naturel est compris comme étant plus englobant que le simple droit positif et répond en termes juridiques à des impératifs moraux. L'émancipation du droit des prescriptions qui seraient données par une morale (souvent originaire d'un ordre divin) sera l'apport principal du positivisme juridique qui s'imposera comme le courant dominant, et dans lequel notre étude est naturellement rattachée.

b. Positivisme juridique

Le positivisme juridique correspond à un changement paradigmatique en philosophie du droit de la conception du *Droit* défini selon la doctrine du droit naturel à une conception du *Droit* selon la conception positiviste⁶⁷. Le *Droit* selon la vision du droit naturel fait référence au latin *Ius* (de *Iurare* qui signifie « jurer ») connotant « un lien », « une connexion », sans cependant avoir de

⁶⁶ En ce sens, la loi accorde des droits qui sont juridiques parce que moraux. Cette confusion se retrouve au niveau étymologique : en effet, le mot Dharma en Sanskrit signifiant le droit est connoté à la fois juridiquement et moralement (Ratnapala 2009 : 125), dont sont dérivés (et tout autant connotés) le latin *Ius*, l'anglais *Right*, l'allemand *Recht*, l'italien *Diritto*, l'espagnol *Derecho*, le Slavonic *Pravo* (Vinogradoff 1927 : 1).

⁶⁷ Cet argument est formulé à partir de discussions passionnantes avec le Professeur Frank van Dun.

connotation de lien physique. La proclamation est pour ainsi dire réciproque, avec un haut degré de symbolisme, d'où sa connotation morale. Le *Ius* crée ainsi une relation juridique horizontale entre semblables, engagés par des liens contractuels, rassemblés au sein d'une société.

Pour les Romains, le *Ius* est le « lien social » ce qui conduit à l'expression « *Ubi societas, Ibi Ius* » (« Là où il y a une société, il y a du droit »). Par opposition, le *Droit* compris comme une traduction du latin *Lex* (du nom *Dilectus* qui signifie « la levée d'une armée », et rattaché au verbe *Legere* signifiant « collecter », « choisir », « voler ») correspond davantage à la vision positiviste de la notion de *Droit*. Ici, le *Droit* connote le droit comme pouvoir (*right-as-might*), le pouvoir exercé sur les êtres humains dans une relation juridique de nature verticale. Ainsi, le décideur (*Rex*) doit être au-dessus des individus présents dans la société pour les régir, d'où le nécessaire rapport de force et d'autorité (du latin *auctoritas* venant du verbe *augere* qui signifie précisément « élever », « augmenter », et qui est le fait d'un *auctor* dépositaire de cette faculté d'élever le droit pour que celui-ci s'impose aux individus). Ce rapport d'autorité et de contrainte du droit positif (*Lex*) s'oppose radicalement au rapport d'égalité et de consensualisme du droit d'inspiration naturelle (*Ius*).

Ainsi, le positivisme juridique dès lors affirme que la loi est une construction sociale comprenant un corps de normes décidées par les autorités compétentes (que celles-ci soient la législature, le gouvernement ou le pouvoir judiciaire). Si le *Ius* fait référence à la licéité (*lawfulness*) et le *Lex* fait référence à la légalité (*legality*), nous pouvons suggérer qu'une loi est légale d'un point de vue positiviste dès lors qu'une autorité compétente s'est prononcée ainsi et que cette loi est compatible avec d'autres lois positives de rangs juridiques plus élevés. Néanmoins, cette loi peut ne pas être licite en cela qu'elle violerait les prescriptions du droit naturel. Selon le positivisme juridique, le souverain n'est plus seulement un énonciateur du droit (*law-teller*) dans lequel le droit serait fixe, exogène, incontrôlable et gouvernant les relations entre êtres humains et devant seulement être découvert. Au lieu de cela, le souverain devient dans la doctrine du positivisme juridique un législateur (*law-maker*) où le droit est compris pouvant être façonnable, et gouvernant

les relations entre l'Etat et ses citoyens. Ainsi, le positivisme juridique comprend le *Droit* principalement dans le sens de *Lex*.

Le positivisme juridique cherche à distinguer la nécessaire étude scientifique du droit – ce que le droit est – d'une approche non-scientifique et morale, ce que le droit devrait être (la dichotomie *Is/ought* présent dans la philosophie du droit fait écho à la même dichotomie que l'on trouve en philosophie en général depuis les travaux de Hume). L'approche positiviste du droit (le domaine du *is*) ne doit pas présupposer des conclusions normatives (le domaine du *ought*).

La séparation du droit et de la morale remonte au juriste Bodin. Bodin est au droit ce que Machiavel est à la politique : la volonté de séparer le droit de la morale souligné par le premier correspond à la volonté pour le second de distinguer la morale de la politique (Friedrich 1963 : 61). Les considérations morales peuvent être comprises dans le droit si et seulement si l'autorité officielle en décide ainsi. Alors, est fortuite mais non conceptuelle la corrélation entre le droit et la morale dans le positivisme juridique. Dans la même veine, Hart affirme que « *the simple contention that it is in no sense a necessary truth that laws reproduce or satisfy certain demands of morality, though in fact they have often done so* » (1997 : 185).

Par ailleurs, dans la conception hobbesienne de la figure du juge, le juge est dénué de pouvoir véritable et tient son autorité seulement grâce à la volonté du souverain, le juge est le simple exécutant du droit du souverain. Dans le positivisme juridique plus souple incarné par Hart, les juges sont parfois autorisés à décider avec des considérations morales bien que cette faculté doit être strictement accessoire (Hart 1997 : 254). Par ailleurs, le positivisme de Raz (1979 : 49) se distingue de celui de Hart en cela que Raz oppose d'un côté, l'activité judiciaire qui se doit d'être l'application du droit dans lequel aucun jugement moral ne doit être impliqué, et d'autre part, l'activité législative dans laquelle l'élaboration du droit implique nécessairement des considérations morales. Ces considérations-là sont souhaitables seulement en ce qui concerne la normativité du

droit ; une fois la loi établie, aucune tergiversation morale ne saurait empêcher la pleine application du droit car le droit doit être affirmé sans ambiguïté et l'autorité prononçant le droit doit jouir de la reconnaissance de son autorité et de sa légitimité (Raz 1979 : 51). Pour sa part, Kelsen (1967) élabore une théorie pure du droit dans laquelle la loi se voit émancipée non seulement de la morale, mais également des faits, d'où sa prétention à une théorie « pure » du droit.

La morale diffère le plus souvent du principe d'efficacité économique. Cette affirmation, qui aurait pu être de Posner, est formulée par Hart. Lorsque celui-ci critique la théorie morale du droit de Fuller, Hart affirme que les principes moraux énumérés par ce dernier (Fuller 1964) ne sont pas des principes moraux mais plutôt des caractéristiques du principe d'efficacité. En effet, Fuller proposa huit vertus formant « *the internal morality of law* », qui sont : (1) *generality*, (2) *publicity*, (3) *prospectivity*, (4) *clarity*, (5) *consistency*, (6) *possibility of compliance*, (7) *constancy*, and (8) *faithful administration of law*. Hart affirme que ces attributs sont éthiquement neutres étant donné que le pouvoir législatif peut se conformer à tous ces attributs tout en pouvant produire cependant des lois injustes. Dès lors, ces attributs se rattachent à l'efficacité, sans constituer cette « *internal morality of law* » :

« to call the principles of the poisoner's art « the morality of poisoning » would simply blur the distinction between the notion of efficiency for a purpose and those final judgments about activities and purposes with which morality in its various forms is concerned » (Hart 1965 : 1286).

Par ailleurs, Dworkin (1977 ; 1998) développa également une théorie morale du droit aux confins entre positivisme juridique et tradition du droit naturel dans laquelle le formalisme juridique est plaidé au moyen de notions juridiques telles que les « *Rights* » et « *Principles of law* ». Le raisonnement juridique, pour Dworkin, se doit d'être neutre, sans connotation politique, et cet objectif peut être atteint seulement si le droit nous dit qu'elle est la « bonne » réponse dans une

affaire particulière, une réponse précise qui peut nous être donnée précisément par le recours aux notions de droits et de principes généraux du droit. Mais, derrière cette naïveté de principes juridiques censés être neutres et de droits juridiques évidents s'imposant sans connotation politique qui permettraient de rendre les décisions judiciaires sans que le juge ne crée le droit, la théorie (morale) du droit proposée par Dworkin n'écarte pas la politique du droit mais est cachée subrepticement derrière la formalisation d'une théorie du droit. Nous reviendrons plus loin à la critique de cette vision du droit lorsque nous aborderons la philosophie du droit telle que pensée par l'opposant principal à la théorie dworkinienne du droit, le juge Richard Posner.

Quoiqu'il en soit, les différentes perspectives inhérentes au positivisme juridique ne devraient pas conduire à une conclusion hâtive consistant à dénier le fait que le positivisme juridique est le paradigme juridique actuellement dominant à partir duquel ont émergé différents courants de la philosophie du droit et qui nous intéressent particulièrement pour notre étude, principalement, le réalisme juridique et l'analyse économique du droit.

2. Du réalisme juridique à l'analyse économique du droit

a. Le réalisme juridique

Né d'une critique de la méthode interprétative du droit considérée comme trop dogmatique, appelée dans la littérature anglo-saxonne la « *Classical Legal Thought* », François Gény a développé en France l'école de la *Libre Recherche Scientifique*. Ce mouvement entend importer une méthode scientifique dans le raisonnement juridique et dans l'étude du droit. Cette école se dit « libre » parce que libérée du poids d'une référence aux sources du droit, « scientifique » parce

qu'étudiant le droit non pas avec une interprétation littérale et syllogistique mais plutôt par une analyse factuelle, empirique et casuistique. Dans sa *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* de 1899, à l'instar de l'exemple de la philosophie positiviste d'Auguste Comte, Gény aspire à étudier les lois positives dans leur contexte sociologique. La méthode scientifique permet une amélioration de la compréhension du droit comme phénomène social. Gény recommande une estimation des différents intérêts en présence, ce que nous appellerions aujourd'hui une analyse coûts-bénéfices.

Contrairement à ce que d'aucuns pourraient *a priori* penser, la méthode scientifique de Gény n'équivaut pas nécessairement à l'utilitarisme de Bentham que Gény considère comme une théorie trop simpliste. La recherche scientifique de Gény est intrinsèquement dynamique (avec l'idée sous-jacente de progrès social), une perspective de recherche partagée avec l'analyse économique du droit qui comporte également une considération dynamique (avec l'idée sous-jacente de croissance économique par l'efficacité dynamique). Appliquée à la jurisprudence, l'approche de Gény ambitionne que le juge considère davantage les différentes conséquences sociales d'une décision judiciaire. Gény recommande que le juge, après avoir examiné les sources obligatoires du droit (que sont les lois et le droit coutumier) et si ces sources ne sont pas éclairantes pour trancher une affaire donnée, ait recours à la méthode scientifique recherchant des éléments objectifs de la réalité et mettant en balance les intérêts en présence. Le travail de Gény (et plus généralement l'approche sociologique du droit) a eu des influences importantes jusqu'à aujourd'hui car cette approche «*witnesses a patent success in the case-laws of the Supreme Courts, hence in the constitutional litigation involving fundamental rights which is a fast-growing litigation* » (Frydman 2000 : 231) La recherche scientifique de Gény déconstruit le raisonnement juridique logique construit *a priori*, une caractéristique qui a des similarités avec le mouvement du *Legal Realism* ayant également cette aversion envers les arguments d'autorité.

En effet, Roscoe Pound, figure du pragmatisme juridique, critiqua le raisonnement juridique tiré d'arguments d'autorité comme étant une simple «*spurious interpretation*», au sein d'une «*mechanical jurisprudence*». De plus, non seulement la recherche scientifique de Gény influença le réalisme juridique aux Etats-Unis, mais a aussi notablement contribué à l'arrivée des mouvements du *Freirecht* ou encore de la *Interessen Jurisprudenz* en Allemagne. L'apport de Gény laissait présager de la venue du mouvement du réalisme juridique et de son expansion au-delà des Etats-Unis au début du XXème siècle, qui lui-même contribua à la venue du mouvement de l'analyse économique du droit.

Le réalisme juridique remonte à la fin du XIXème siècle/début du XXème siècle de la propension des juristes américains à étudier le droit d'un point de vue sceptique à la lumière des autres sciences sociales. Les figures illustres de ce mouvement sont évidemment Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound, ou encore Benjamin Cardozo. Le droit, le célèbre juriste réaliste Holmes l'affirme, doit accompagner le progrès et l'évolution sociale plutôt que d'empêcher cette évolution. Ainsi, «*the final cause of law is the welfare of society* » dit Cardozo (1921).

La philosophie juridique de Holmes (1897) constitue les fondements de la doctrine du réalisme juridique, et pourrait être résumée par les points principaux suivants : i) une conception évolutionnaire du droit, produit de l'expérience plutôt que de la logique ; ii) le système juridictionnel est pertinent pour l'adaptation du droit à cette évolution ininterrompue ; iii) l'application du droit par le biais de ce système juridictionnel est la condition nécessaire à la réalisation concrète de la législation ; iv) le droit est en fin de compte ce qui est décidé par les Cours supérieures.

Le réalisme juridique cherche à appliquer le droit aussi proche que possible de ce qu'est la réalité, une réalité révélée à travers l'étude sceptique des faits plutôt que de principes juridiques considérés comme mystifiés (Cook 1929). Ainsi, une règle juridique est analysée en considération

des conséquences induites connues grâce à l'expérience. L'approche conséquentialiste propre au réalisme juridique sera reprise par l'analyse économique du droit, comme nous le verrons plus loin.

Le réalisme juridique, par définition, est anti-formaliste et rejette la nécessité d'une théorie générale du droit aux fins d'expliquer et d'élaborer le droit. Le droit est révélé, non pas par l'analyse seule des règles juridiques, mais principalement par une compréhension de phénomènes extra-juridiques. Le réalisme juridique va au-delà des textes juridiques afin d'apprécier le contexte du droit. Construit autour de concepts juridiques, le formalisme juridique représente le droit en tant que domaine autonome des sciences sociales. Par opposition, le réalisme juridique (tout autant que le courant de l'analyse économique du droit) perçoit le système juridique comme contingent et imprégné des diverses influences des sciences sociales (telles que l'économie, la sociologie, la psychologie...). Par exemple, Cardozo proposa une méthode de sociologie pour approcher le droit, comme substitut à la méthode d'interprétation littérale ou historique.

Le réalisme juridique est essentiellement intéressé par le pendant positiviste de l'analyse du droit – expliquer ce qu'est le droit – mais comporte néanmoins un pouvoir prédictif sur le devenir du droit qui ne doit pas être sous-estimé. En effet, Holmes considérait que le savoir prédictif du droit, grâce à son analyse empirique, est l'objet essentiel de l'étude du droit : « *[t]he prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law* » (Holmes 1897). Connaître et prédire le droit comme il sera tranché dans les juridictions, car le droit se résume aux règles juridiques édictées par les cours, voilà l'objet de l'étude du droit selon le réalisme juridique.

Les explications des décisions judiciaires par le recours aux seuls concepts juridiques sont largement insuffisantes étant donné que de vagues concepts juridiques ne décident pas d'affaires concrètes. Du coup, la compréhension des forces politiques en jeu, la reconnaissance que le juge élabore le droit tout autant qu'il le dit, que les juges ont des opinions politiques, sont les fondements sur lesquels le juriste réaliste évolue afin de prédire le droit.

En conclusion, le réalisme juridique a inauguré une approche anti-formalisée du droit ambitionnant de déchiffrer d'un point de vue sceptique le droit. Ce sera la base méthodologique à partir de laquelle l'analyse économique du droit émergera au milieu du XX^{ème} siècle. En fait, Holmes rejeta précisément une théorie morale du droit afin de plaider pour un droit façonné pour les bénéfices de la société toute entière, un objectif qui peut être atteint de meilleure façon en ayant des considérations économiques à l'esprit.

b. L'analyse économique du droit

L'analyse économique du droit dans son acception contemporaine a émergé en 1958 avec le premier numéro du *Journal of Law and Economics*, et avec la publication dans les années 60 des articles fondateurs qu'ont été l'article de Coase (1960) et de Calabresi et Melamed (1961)⁶⁸. L'approche « moderne » de l'analyse économique du droit (l'approche comparable précédente s'étend des Physiocrates, d'Adam Smith jusqu'à l'école Autrichienne avec notamment Von Mises et Hayek)⁶⁹ appartient au positivisme juridique (encore, par opposition à la doctrine du droit naturel). L'analyse économique du droit a pu émerger grâce à l'évolution au sein de la philosophie

68 Notre propos n'est pas ici de faire un historique de ce courant qu'est l'analyse économique du droit. Toutefois, pour une explication étoffée de la naissance et le développement de l'analyse économique du droit, nous renvoyons seulement à l'étude historique de Mackaay écrite pour l'« *Encyclopedia of Law and Economics* », disponible à : <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>

69 Par exemple, la théorie du juste prix développé par l'école de Salamanque avec notamment Molina (1596) *De iustitia et iure*. Cette théorie du juste prix enfanta à la fois des juristes tels que Grotius et Pufendorf, et des économistes tels que Adam Smith. Sur ce point, voir Mattei (1997 : 41).

du droit opéré par les courants juridiques précités tels que *Libre Recherche Scientifique* et le *Legal Realism*.

La logique commune à cette évolution est l'intention d'objectiver le droit par une compréhension démystifiée et améliorée du droit (Ostas 1998 : 196). De tous temps, les juristes ont essayé de rendre leur jugement concernant le droit le plus neutre possible, précédemment au moyen de la philosophie du droit, aujourd'hui principalement au moyen des sciences économiques⁷⁰. Dans cette perspective, l'analyse économique du droit est l'étape supplémentaire dans une plus grande rationalisation du droit en tant que discipline non-autonome des sciences sociales.

L'analyse économique du droit est devenue le nouveau et (quasi) dominant paradigme du droit, un paradigme qui renforce la volonté d'étudier le droit à partir de la rationalité scientifique plutôt que par l'exégèse (c'est-à-dire l'étude des sources du droit). L'analyse économique du droit (*law and economics*) est originaire des Etats-Unis, sans pour autant que l'Europe n'ait été insensible à cette approche, encore que les Européens n'ont malheureusement pas (encore) développé une école européenne pouvant se différencier de l'approche américaine de l'analyse économique du droit⁷¹.

L'analyse économique du droit utilise les outils développés par les sciences économiques pour approcher le droit. Cette approche explique et critique le droit en termes économiques, c'est-

70 Pour un argument similaire, voir Mattei (1997 : 25).

71 La réception en Europe de l'analyse économique du droit n'a pas pour autant débouché sur l'émergence d'un style européen dans l'analyse économique du droit. En effet, Mattei affirme que « *European scholars have not yet been able so far to develop a European style of law and economics that can compete in quality with the American one. As previously mentioned, the reason for this shortcoming can be detected in the lack of comparative skills* » (Mattei 1997 : 90). En cela, notre étude entend prendre en considération la valeur d'une étude comparée pour aborder l'analyse économique de la jurisprudence européenne.

à-dire principalement en étudiant les coûts sociaux induits par les différentes règles juridiques. La forme actuelle de l'analyse économique du droit a cette particularité d'appréhender tout domaine du droit non seulement le droit des affaires ou le droit économique) à travers le prisme des sciences économiques, précisément, le droit des contrats, le droit de propriété, le droit de la responsabilité, le droit de l'environnement, le droit de la famille, le droit international, etc. De façon générale, les économistes du droit cherchent à minimiser dans leurs recherches les coûts sociaux (et donc maximiser la richesse sociale) en imitant le marché qui aurait pu prendre place si les coûts de transactions n'avaient pas été prohibitifs (approche normative). L'analyse économique du droit permet également d'avoir une meilleure compréhension des règles juridiques édictées et les enjeux que celles-ci impliquent d'un point de vue économique (approche positive). La distinction entre l'approche positive et l'approche normative au sein même de l'analyse économique du droit constitue la base pour une appréhension par l'efficacité économique du droit, comme Mattei affirma :

« Efficiency would still be a good, prestigious technique of argument until the challenges to the distinction between the *is* and the *ought* succeeded in making economics lose its leadership among the social sciences, which seems unlikely to happen in near future » (Mattei 1997 : 11).

Dans le cadre de ce mouvement académique qu'est l'analyse économique du droit, le principe d'efficacité économique constitue l'idée centrale (Coleman 1980 : 222). L'utilisation de l'analyse économique fournit à ceux participant à l'élaboration du droit un éclairage sur les différents coûts sociaux impliqués par les différentes alternatives juridiques. Chaque fois que le droit concerne des sujets touchant à l'allocation efficace des ressources, alors l'analyse économique du droit a une expertise pertinente à apporter à la question soulevée.

L'analyse économique du droit dans son acception principale (*mainstream law and economics*) – dans laquelle nous nous situons – considère les individus comme étant rationnels. Ceci signifie que les individus maximisent leurs utilités, le bonheur et tout autre élément qu'ils valorisent, par chacun des choix qu'ils opèrent⁷². Nous comprenons la rationalité humaine comme les choix appropriés faits par les individus concernant les moyens considérant les fins désirées et établies par ces mêmes individus, les intérêts sont ainsi maximisés⁷³. La rationalité ne signifie pas, selon nous, l'égoïsme. En effet, l'altruisme peut parfaitement être justifié d'un point de vue rationnel : l'accroissement de l'utilité d'un individu est souvent fonction de l'accroissement de l'utilité d'autres individus.

Par conséquent, nous affirmons à l'instar de Schäfer et Ott (2004 : 53) que « *rationality is simply the axiomatization of maximizing behaviour* ». Ainsi, la rationalité humaine est ici comprise de manière générale, avec des traits subtils qu'un observateur extérieur peut difficilement, la rationalité humaine suppose que les individus soient si complexes qu'ils sont vus par l'aphorisme de la « *black box* ». Le concept de rationalité biaisée (« *bounded rationality* »)⁷⁴ est une notion ignorant les coûts de transactions extrêmement importants, et plus particulièrement les coûts informationnels. Ces coûts limitent le nombre de choix disponibles pour les individus qui, du fait de contraintes cognitives et

72 Bentham considère que la Nature a placé l'humanité sous deux affects – la souffrance (« pain ») et le plaisir (« pleasure ») pour lesquels les hommes déterminent leurs choix selon un calcul inconscient entre la souffrance et le plaisir. Et Posner de rajouter : « *Another name for pain, as I have said, is cost ; and for pleasure, benefit ; so Bentham is claiming that people, all the time, in all their activities, base their actions (and words, and thoughts) on cost-benefit analysis* » (Posner 2001 : 55).

73 La rationalité suppose la transitivité (c'est-à-dire une personne préférant la situation a à b et la situation b à c, préfère a à c) ; la réflexivité (c'est-à-dire toute situation préférée est aussi désirée qu'une situation équivalente) ; la complétude (c'est-à-dire une personne établit des priorités entre les différentes alternatives connues et choisit la plus préférable) ; l'indépendance (c'est-à-dire a est préféré à b que l'on introduise une troisième alternative ou pas).

74 Voir notamment le courant de la « *Behavioural Law and Economics* » (ou approche comportementale de l'analyse économique du droit) dont l'article de Jolls et al. (1998) en est le fondement.

du fait de coûts informationnels importants lors des actions des individus, empêchent les individus de faire des choix dits «rationnels» selon tout observateur extérieur. Mais, cette rationalité supposée de l'observateur extérieur, à l'opposé de l'irrationalité supposée de l'agent, ignore la réalité qui est que l'observateur extérieur juge avec davantage d'informations, davantage de temps, *a posteriori* comparé au jugement *a priori* et immédiat de l'agent. Ainsi, l'irrationalité de l'agent n'est autre qu'une rationalité dans le temps de l'action de l'agent. En bref, rationalité ne signifie pas non plus omniscience⁷⁵. Ainsi, la rationalité humaine est largement acceptée – bien qu'également contestée – comme supposition sous-jacente à l'analyse économique du droit. Notre étude se focalisera sur le versant positif de l'analyse économique comparée des jurisprudences⁷⁶, encore que le versant normatif soit possiblement apprécié comme déduction de notre étude empirique, ce que Rubin (2007 : 668) appelle l'analyse micro-économique de l'efficacité juridique (« *the "micro" argument for legal efficiency* »).

Une étude de toute jurisprudence et du raisonnement judiciaire soulève la question suivante : qu'est-ce que les juges maximisent ? Cette question a été explicitement posée par Posner (1993 ; 2008). Les juges ne maximisent pas leurs pouvoirs personnels de la même manière que d'autres décideurs peuvent le faire. Au lieu de cela, les juges maximisent principalement leur

75 Bien sûr, les individus ne sont pas, comme le prétend la critique du modèle de la rationalité des comportements humains, hyper-rationnels dans le sens où ils seraient froidement calculateurs, égoïstes, disposant de toutes les informations qui seraient analysées sans coûts (voir Posner 2001 : 256-263). Mais si les individus ne sont pas hyper-rationnels, ils ne sont pas pour autant hypo-rationnels, leur rationalité comprend seulement les limites informationnelles, cognitives, les émotions inhérentes à la vie sociale.

76 L'analyse positive sera fidèle donc à l'analyse économique du droit au sens strict en ce que cette approche est la moins controversée, tandis que l'analyse normative se rapprochera du pragmatisme juridique. Voir Posner (2001 : 95-144) qui recommande une analyse économique normative du droit empreinte de pragmatisme juridique comme nouveau paradigme dans le mouvement académique de l'analyse économique du droit.

prestige par le biais de la maximisation de leur utilité. Cette utilité comprend des éléments tels que « *money income, leisure, power, prestige, reputation, self-respect, the intrinsic pleasure (challenge, stimulation) of the work, and the other satisfactions that people seek in a job* » (Posner 2008 : 36).

Les juges ne sont pas seulement mûs par leurs positions politiques, encore que les décisions judiciaires soient nécessairement connotées politiquement. La vision attitudinale du raisonnement judiciaire consiste à affirmer que les juges sont biaisés idéologiquement et tranchent les affaires selon leurs croyances politiques⁷⁷. Les contraintes juridiques, selon le point de vue attitudinal, sont soit très faibles, soit totalement absentes étant donné que les décisions judiciaires sont en conformité avec les croyances idéologiques des juges délibérants⁷⁸.

Nous n'adhérons pas entièrement à l'explication attitudinale de l'élaboration de la décision judiciaire⁷⁹, bien que nous reconnaissons l'importance de considérations politiques (conscientes ou non) dans les décisions judiciaires. Ainsi, la vision attitudinale doit être nuancée, complétée plutôt que contredite par notre approche : les juges font des choix politiques lorsque ceux-ci décident d'affaires car les choix juridiques sont nécessairement entremêlés avec des choix politiques, mais

77 Voir notamment, pour le système fédéral américain, Pinello (1999).

78 Voir Segal et Spaeth (2002) qui revendiquent pouvoir prédire plus de 70% des décisions des juges de la Cour Suprême lorsque les idéologies des juges est prise en considération. Pour une critique de l'importance du modèle attitudinal, voir Gillman (2001).

79 La politisation des décisions judiciaires dans le système judiciaire fédéral américain est exacerbée par la nomination (politisée) des juges et la possibilité d'opinions dissidentes dans lesquelles les juges révèlent leurs idéologies : voir Epstein et Segal (2005). Cette caractéristique du système fédéral américain ne se retrouve évidemment pas dans le système judiciaire européen du fait du consensualisme des nominations, de l'absence d'auditions préalables, de l'absence de partis réellement européens pour lesquels les juges seraient affiliés, et du fait de l'impossibilité d'opinions dissidentes dans les jugements. Ainsi, si la conception attitudinale est éclairante bien qu'à nuancer du côté américain, cette conception-là n'est quasiment d'aucune utilité pour déchiffrer la jurisprudence européenne.

ceci ne veut pas pour autant dire que les juges décident politiquement en accord avec la ligne de partis politiques.

3. De l'utilitarisme Benthamien à l'utilitarisme Posnérien

a. Le critère de la maximisation de l'utilité ou l'utilitarisme Benthamien

Le concept d'utilité utilisé par Bentham (1789) est un concept selon lequel le bien-être social (*social welfare*) devrait être la première préoccupation du droit et devrait ainsi régir le droit lui-même. L'utilitarisme tend à maximiser l'utilité agrégée présente dans une société, qui est la somme des utilités individuelles. L'utilité est définie comme étant la mesure du bonheur équivalent à la différence entre la souffrance (*pain*) et le plaisir (*pleasure*).

Ainsi, l'utilitarisme cherche à maximiser « *the surplus of pleasure over pain* »⁸⁰. L'utilité est maximisée dès lors que les individus peuvent combler leurs préférences individuelles. La maximisation du bien-être social est ainsi l'objectif des utilitaristes qui souhaitent organiser la vie sociale en ignorant paradoxalement la subjectivité des individus. L'utilitarisme classique (c'est-à-dire l'utilitarisme Benthamien avec le critère de la maximisation de l'utilité) a été critiqué par de nombreux penseurs. Ces objections peuvent être résumées ainsi :

80 Sigwick (1907).

i) le problème de la définition de la notion d'utilité : quelles caractéristiques devrions-nous inclure dans le calcul des préférences individuelles (et celles des animaux⁸¹) ?

(ii) le problème de la différence dans la distribution utilitariste d'utilité : est-ce que l'utilitarisme cherche à maximiser les utilités individuelles ou bien à maximiser l'utilité sociale moyenne ?

(iii) le problème de l'impossibilité des comparaisons interpersonnelles d'utilité : comment pourrions-nous garantir qu'un changement social crée moins de désutilités pour les perdants au changement que ce que ce changement crée d'utilités pour les gagnants à même changement, et ainsi permette que s'opère un accroissement net général de l'utilité sociale ?

L'utilitarisme est une philosophie intrinsèquement conséquentialiste et instrumentale. En effet, seulement les conséquences des règles juridiques sont envisagées. Le droit est perçu comme un outil d'amélioration du sort d'une société donnée. La normativité de l'utilitarisme a été vivement critiquée, avec des opinions plus ou moins convaincantes⁸². L'utilitarisme s'oppose à la philosophie du droit Kantienne qui prône que les impératifs catégoriques soient traduits au sein des règles juridiques qui se voient alors acceptées du fait de la morale *per se* que ces règles véhiculent. L'utilitarisme a été accusé d'avoir fragilisé les fondements moraux du droit parce qu'il peut recommander un changement social dès lors que celui-ci accroît l'utilité totale, même si ce changement contrarie des principes moraux de certains. La critique Kantienne de l'utilitarisme

81 Le calcul utilitariste amène à inclure les animaux, aboutissant à un résultat incohérent. « *Perhaps strictly in itself and at a particular moment, a contented sheep is as good as a contented philosopher. However it is hard to agree to this. If I did I should have to agree that the human population ought ideally to be reduced by contraceptive methods and the sheep population more than correspondingly increased [...] Indeed if a contented idiot is as good as a contented philosopher, and if a contented sheep is as good as a contented philosopher, then a contented fish is as good as a contented sheep, and a contented beetle is as good as fish. Where should I stop?* » (Smart 1973 : 16).

82 Voir principalement Dworkin (1977 ; 1998), Epstein (1978) .

Benthamien a également été formulée à l'encontre de ce que nous appelons l'utilitarisme Posnérien, qui répond à certaines des lacunes de l'utilitarisme Benthamien et que nous abordons maintenant.

b. Le critère de la maximisation de la richesse ou l'utilitarisme

Posnérien

La comparaison interpersonnelle des utilités ne pouvant être passablement surmontée, un outil de mesure substitutif devait être pensé si d'aucuns voulaient préserver le critère de Kaldor-Hicks comme moyen de calcul de l'efficacité économique. Du fait de l'impossibilité pratique de l'utilisation du critère de maximisation de l'utilité comme principe de droit⁸³, Posner plaide pour le critère de la maximisation de la richesse pour la jurisprudence. Dès lors, le principe d'efficacité économique, entendu par le critère de la maximisation de la richesse, permet d'assouplir la condition de Pareto-optimalité intrinsèque à l'efficacité économique. La maximisation de la richesse (*wealth-maximisation*) proposé par Posner a l'avantage d'éviter précisément le biais du *statu quo* intrinsèque au critère de la maximisation de l'utilité de Bentham :

« Economic analysis of law rarely uses utility-based methods of evaluation. The reason for this is mostly pragmatic. Unlike wealth (or quantities of physical resources), utility cannot be objectively

83 Robbins (1945) critiqua les suppositions de cardinalité des utilités (la représentation d'une utilité par un chiffre) et les comparaisons interpersonnelles des utilités individuelles (ces chiffres sont confrontables) propres à l'utilitarisme classique et qui sont pour Robbins considérées comme irréalistes. Il est impossible de savoir pour une personne tierce (*e.g.* un économiste) l'utilité subjective d'individus, mais les individus savent ce qu'ils préfèrent et ce pour quoi ils sont indifférents. Ainsi, l'analyse économique devrait, selon Robbins, être restreinte à l'étude positive.

measured. Furthermore, inter-personal comparisons of utility are impossible, rendering any balancing across groups or individuals largely arbitrary. These limitations make utility maximization unviable for practical policy purposes » (Parisi et Klick 2005 : 16).

Alors que des notions telles que la justice ou l'équité sont aussi diverses que le nombre d'opinions, le principe d'efficience économique dans le sens de la maximisation de la richesse souffre d'une moins grande subjectivité (Guersent 2003)⁸⁴.

La maximisation de la richesse ne signifie pas nécessairement la maximisation de la richesse individuelle mais plutôt la maximisation de la richesse sociale, constituée par l'agrégat des richesses des individus présents dans la société. Autrement dit, c'est la prospérité économique de la société en tant que telle qui est recherchée par le biais du droit. Inversement, c'est la minimisation du coût social qui est le véritable axiome de cette perspective.

Le critère de la maximisation de la richesse englobe la valeur des biens et services, tangibles et intangibles, marchands et non-marchands. Les prix révèlent la valeur attachée à chaque bien et service par les individus, encore que les effets de revenus puissent biaiser les prix. La richesse sociale est maximisée lorsque les biens et services économiques et non-économiques sont produits et alloués d'une manière telle que les valeurs soient optimisées. L'importance du système de prix comme déterminant du bon fonctionnement du marché a été réaffirmée par la Commission Européenne elle-même, comme illustré par la communication suivante de 1994 :

« In our economy, our decisions are to a large extent taken on the basis of a price signals. As consumers adjust their purchase decisions to price changes and companies determine product design, technological development and the organization of their production processes to a large degree in

84 Pour une critique, voir par exemple Feldman (1994).

function of market prices, it is essential that these prices correctly reflect the full costs and benefits to individuals and to society »⁸⁵.

Les gains dérivés d'échanges volontaires participent à l'accroissement de la richesse sociale. Dès lors, la maximisation de la richesse (en langage de Posner) est synonyme de la minimisation des coûts sociaux (en langage de Coase⁸⁶ et de l'économie des coûts de transactions⁸⁷). Les échanges volontaires (avec consentement éclairé) accroissent réciproquement la satisfaction des parties contractantes. Ainsi, la transaction est dite Pareto-supérieure lorsque chaque partie augmente son utilité (la transaction n'aurait pas pris place du fait du pouvoir de veto de chacune des parties contractantes si elle rendait l'une de ces parties moins bien loties).

Posner affirme que le critère de la maximisation de la richesse est donc que l'efficacité économique diffère de l'utilitarisme⁸⁸. Au contraire, nous pensons que le critère de la maximisation de la richesse est un critère plus élaboré, plus objectif, suite à une évolution scientifique de l'utilitarisme à partir duquel ce critère est originaire. La maximisation de la richesse est une évolution du critère de la maximisation de l'utilité plus qu'elle n'est une opposition à cette dernière, ainsi, ces deux approches doivent faire face aux mêmes critiques (les penseurs du droit naturel et

85 COM (1994) 465, *Economic Growth and the Environment : Some Implications for Economic Policy Making*.

86 Voir l'article fondateur de Coase (1960).

87 Si la maximisation de la richesse se rattache au conséquentialisme dit positif, la minimisation des coûts se rattache à un conséquentialisme dit négatif. La distinction est trop subtile pour être d'une quelconque importance, c'est donc pourquoi la maximisation de la richesse et la minimisation des coûts sont interchangeables.

88 Pour une discussion sur les liens entre le critère Posnerien de maximisation de la richesse et le critère Benthamien d'utilitarisme, voir Grant (1989).

les penseurs Kantiens mais aussi les critiques formulées à la normativité du droit⁸⁹). L'utilitarisme Posnérien est bel et bien un utilitarisme car il partage avec l'utilitarisme Benthamien l'approche quantitative (maximisation) plutôt que qualitative ou distributionnelle (égalisation). La maximisation, de l'utilité pour Bentham et de la richesse pour Posner, reste l'objectif. Chacune des maximisations est préoccupée par l'agrégation des valeurs, que ce soit l'utilité ou la richesse.

Bien que le critère de la maximisation de la richesse soit substituable au critère de maximisation de l'utilité, nous devons désormais justifier du recours à ce critère. La légitimité du raisonnement économique dans les décisions judiciaires devient immédiatement beaucoup moins inappropriée dès lors que l'on se rend compte qu'un tel raisonnement est déjà (bien que souvent inconsciemment) utilisé par les juges de la *Common Law* :

«Many areas of law, especially but not only the great *Common Law* fields of property, torts, crimes and contracts, bear the stamp of economic reasoning. Granted, few judicial opinions contain explicit references to economic concepts. But often the true grounds of legal decision are concealed by the characteristic rhetoric of opinions. Indeed, legal education consists primarily of learning to dig beneath the rhetorical surface to find those grounds, many which may turn out to have an economic character» (Posner 1998b : 27). « The wealth-maximizing properties of *Common Law* rules have been elucidated at considerable length in the literature of the economic analysis of law. Such doctrines as conspiracy, general average (admiralty), contributory negligence, equitable servitudes, employment at will, the standard for granting preliminary injunctions, entrapment, the contract defense of impossibility, the collateral-benefits rule, the expectations measure of damages, assumption of risk, attempt, invasion of privacy, wrongful interference with contract rights, the availability of punitive damages in some cases but not others, privilege in the law of evidence, official immunity, and the doctrine of moral

89 L'analyse positive conduite par l'analyse économique du droit est reconnue comme apportant une bonne analyse du droit (spécifiquement de la *Common Law*) même parmi les critiques. Ainsi, Baker (1975) considère que bien que l'efficacité économique ne devrait pas être le premier objectif sociétal, l'efficacité économique explique largement la jurisprudence.

consideration have been found – at least by some contributors in the literature – to conform to the dictates of wealth maximization » (Posner 2000:358) .

L'efficacité économique intrinsèque au système de *Common Law* (c'est-à-dire le droit élaboré par les juges ou *judge-made law*) peut ne pas surprendre considérant «l'hypothèse de l'efficacité de la *Common Law*» exprimée par Posner et d'autres⁹⁰. Cette hypothèse est fondée, dans une perspective procédurale, dans la nature évolutionnaire de la *Common Law*.

Coase (1960) fût un des premiers à clairement soulever l'idée de la plus grande efficacité de la *Common Law* par rapport au droit écrit, et donc des systèmes de *Common Law* par rapport au système de tradition civiliste. Hayek (1973 :96) a ensuite écrit à propos de la flexibilité et de la plus grande adaptabilité de la *Common Law* qui, selon lui, permettrait à la société d'avoir ses préférences mieux représentées au sein du système juridique au travers des décisions judiciaires. En 1974, Posner développa cette idée d'un point de vue de l'offre du droit : les juges des Cours supérieures préféreraient les règles efficaces parce qu'ils sont moins enclins à la capture de la part des intérêts privés et moins influencés par des considérations morales concernant les parties au litige (Posner 1998b : 25). La justice correctrice est la première préoccupation des juges de la *Common Law* – plutôt que la justice distributive – et peut ainsi expliquer leur tendance à augmenter la richesse sociale, plutôt que de la redistribuer⁹¹. La justice correctrice décrite par Aristote répare les échanges volontaires injustes (par exemple dans le droit des contrats ou le droit de propriété) mais aussi les échanges non-volontaires injustes (par exemple dans le droit de la responsabilité civile ou le droit pénal). La justice correctrice rétablit les parties au litige dans leurs situations *ex ante* :

90 La première explication économique de la *Common Law* remonte, selon nous, à Homer Hoyt (1918) avec son article *The Economic Function of the Common Law*.

91 Le premier « bien » à être échangé sur le marché politique est la distribution de richesses qui est négocié entre les différents acteurs du marché. Voir la théorie de la capture de Stigler (1971) et la théorie économique de la régulation de Posner (1974).

« For, it makes no difference whether a good man has defrauded a bad man or vice versa, nor whether a good or a bad man has committed adultery; all that the law considers is the difference caused by the injury; and it treats the parties as equals, only asking whether one has committed and the other suffered an injustice, or whether one has inflicted and the other suffered a hurt » (Aristotle 1976 : 180).

Opposée à la justice correctrice se trouve la notion de justice distributive par laquelle la distribution de récompenses et d'argent prend place sur la base de transferts de richesses en faveur de la classe sociale désignée comme légitime à recevoir de tels transferts. Rattachée pour sa plus grande part au droit public et plus généralement à la décision politique, la justice distributive est largement inatteignable par le pouvoir judiciaire (du fait de son incompétence à décider de taxations et à lever l'impôt)⁹². Du fait de leur impossibilité à redistribuer la richesse, les juges en sont limités à la seule maximisation de celle-ci :

« If, therefore, *Common Law* courts do not have effective tools for redistributing wealth – in other words, reslicing the economic pie among contending interest groups – it is to the benefit of all interest group that courts, when they are enforcing *Common Law* principles rather than statutes, should concentrate on making the pie larger« (Posner 1998b:571). « [T]o the extent that distributive justice can be shown to be the proper business of some other branch of government or policy instrument (for example, redistributive taxation and spending), and that ignoring distributive considerations in the particular domain of decision-making that is under consideration will not have systematic and

92 Au sein même du courant de l'analyse économique du droit, cette distinction fait l'objet d'oppositions avec d'un côté l'Ecole de Yale qui accepte l'intégration de considérations de justice distributive dans l'élaboration et la critique des politiques publiques et donc du droit. D'un autre côté, l'Ecole de Chicago, représentée notamment par Posner, considère que la distinction entre justice correctrice et justice distributive est importante car inclure la seconde justice dans la première reviendrait à faire des juristes des politiques aux prises aux questions de redistributions alors qu'ils n'en ont ni les outils ni la légitimité politique nécessaire. Dans la défense de l'Ecole de Yale par Calabresi, voir Calabresi (1991).

substantive distributive consequences, it is possible to set distributive considerations to one side and use the wealth-maximization approach with a good conscience » (Posner 2001 : 121-122).

Ainsi, la justice correctrice est compatible (si ce n'est synonyme) avec l'efficacité économique étant donné qu'elle est destinée à imiter le marché comme celui-ci aurait fonctionné si les coûts de transactions n'avaient pas été prohibitifs pour empêcher la survenance d'un résultat indésirable. En effet, Posner (1981:73) écrit que « *the Aristotelian concept of corrective justice is consistent with, and indeed required by, the wealth-maximization approach* ». Par ailleurs, le principe d'efficacité économique a été critiqué au sein même du mouvement de l'analyse économique du droit du fait que ce principe ignore précisément les questions de justice distributive normative⁹³.

Bien que l'argument en faveur du principe d'efficacité économique puisse apparaître incompatible avec des impératifs moraux, il est possible selon nous de relier le principe d'efficacité économique à des bases morales à certains égards. En réalité, les fondements moraux sont la condition à l'efficacité économique (Schultz 2001). La moralité est ici définie comme étant « *a normative social practice, which is a social phenomenon – a regularity in social behavior [...]* » (Schultz 2001 : 5). L'efficacité dans un marché peut être accessible si et seulement si la société, dans laquelle ce marché opère, a des contraintes morales normatives (*normative moral constraints*) qui rendent possibles les échanges volontaires réciproques, les comportements compétitifs sains, et l'internalisation des externalités (Schultz 2001 : 82-118).

Mais encore, quand bien même les juges, volontairement ou pas, pourraient promouvoir l'efficacité économique dans le droit, quelle serait la légitimité du principe d'efficacité économique comme axiome de justice ? L'efficacité économique et le pragmatisme juridique ont des caractéristiques communes, principalement du fait du conséquentialisme commun aux deux approches. En effet, la légitimité principale de l'efficacité économique dans le droit se fonde sur

93 *E.g.* voir Calabresi (1980).

l'éthique conséquentialiste. Le conséquentialisme se distingue de la moralité car les prescriptions du conséquentialisme sont supposées être neutres, ou peut-être seulement indirectement morales :

« The strongest argument for wealth maximization is not moral, but pragmatic [...] I look around the world and see that in general people who live in societies in which the markets are allowed to function more or less freely not only are wealthier than people in other societies but have more political rights, more liberty and dignity, are more content (as evidenced, for example, by their being less prone to emigrate) – so wealth maximization may be the most direct route to a variety of moral ends » (Posner 1990 : 382).

La neutralité relative du principe d'efficacité économique⁹⁴ comme axiome de justice se base sur la large acceptabilité de l'efficacité en société, un principe qui souffre de moins de controverses dans sa définition et son application que des notions telles que la justice sociale ou l'équité⁹⁵. Alors,

« Legal interpretation should not be guided by justice. It should be guided by efficiency. Consequently, lawyers – as opposed to legislators-politicians – should not be concerned with dividing the pie as much as with making it bigger. Their role is not that of helping to cut the slices in a more just way. Issues of distribution should stay outside of the scholarly analysis of lawyers. They are domain of politics. In other words, a lawyer concerned with justice (and therefore with distribution) loses objectivity and neutrality (the only source of his legitimization) » (Mattei 1997 : 3-4).

Il y a « consensus général » (Posner 1998 : 404), selon le vocabulaire de Rawls, à propos du fait que la société est mieux lotie lorsque le principe d'efficacité économique est garanti. Le

94 Voir notamment Hardin (1992 : 379-380) qui affirme que le critère de l'efficacité économique au sens de la maximisation de la richesse est supérieur à tous les autres critères de raisonnement juridique du fait de sa neutralité. Dans toute démocratie libérale, affirme-t-il, le principe d'efficacité économique est très proche d'une entière neutralité.

95 Ross soutient que d'invoquer la « justice » est un postulat absolu sans acceptation partagée car étant une expression émotionnelle et rend impossible toute discussion et argumentation rationnelle : la « justice » est une notion de persuasion, pas d'argumentation (Ross 1958 : 274-275).

principe d'efficacité économique (entendu par le critère de la maximisation de la richesse) peut rentrer en conflit avec la notion de liberté, à la différence de l'efficacité au sens de Pareto puisque l'unanimité est requise (Cooter 1988 : 158). Cependant, et en dépit de la critique selon laquelle l'efficacité économique, entendue au sens de la maximisation de la richesse, a l'avantage d'éviter le *statu quo* mais de parfois contrarier l'efficacité au sens de Pareto, les critiques généralement formulées à l'égard de l'efficacité économique avec le critère de la maximisation de la richesse valent pour le critère de la maximisation de l'utilité. En cela, Cooter affirme que « *most arguments against wealth maximization apply equally to utility maximization* » (Cooter 1988 : 162).

Dès lors, il peut être avancé que le principe d'efficacité économique est un simple outil analytique destiné à l'étude du droit à partir d'un point de vue économique, ceci ne prédispose pas nécessairement une normativité du droit selon ce même point de vue. En effet, l'analyse positive du droit qui se focalise sur le principe d'efficacité économique dans le droit concourt inévitablement à l'inclusion d'autres paramètres afin que soit poursuivie une analyse normative. Le fait que la justice distributive réduise l'efficacité économique n'amène pas à la conclusion que la justice distributive soit ignorée par les décideurs politiques. Cependant, cette possibilité appartient à l'approche normative du droit et non à l'approche positiviste. La distinction entre l'approche positive et l'approche normative de l'analyse économique du droit, qui est fondamentale et que nous nous efforcerons de préserver dans notre étude, est essentielle car, par exemple, « *the fact that much of racial discrimination may be efficient does not mean that it is or should be lawful* » (Posner 1981 : 363).

Ainsi, nous soulignons que nous focaliserons dans notre étude sur le versant positiviste de l'analyse du principe d'efficacité économique, avant que de possibles conclusions normatives soient rendues à partir de cette étude.

Par conséquent, le principe d'efficacité économique, bien qu'étant de première importance dans l'étude du droit, ne saurait devenir le seul objectif du droit⁹⁶. L'analyse économique du droit (avec le principe d'efficacité économique comme principe cardinal) permet une meilleure compréhension des conséquences des règles juridiques, mais la nécessité qui est celle du juge de trancher les affaires sans ambiguïté possible contraste avec les possibles tergiversations de l'analyse économique⁹⁷.

Cette attitude pragmatique qui sera la nôtre contribue cependant de façon déterminante sur l'analyse du droit, et particulièrement sur l'analyse de la jurisprudence. Ni « maître » ni « esclave » de l'économie (Vogel 2003), le droit octroie dès lors une place importante pour le raisonnement économique dans l'élaboration du droit tout en prenant en compte les exigences intrinsèques au droit (notamment les décisions juridiques tranchées) qui laissent aux mains des juristes – législateurs et juges – le rendu de la décision finale au sortir de l'analyse. Cette approche est essentiellement pragmatique étant donné que le raisonnement économique est considéré pour sa contribution non-négligeable quant à l'éclairage des enjeux juridiques en présence. Sur ce point, Gorgakopoulos (2005 : 23) précise cet argument en affirmant :

« That the law seeks to maximize social welfare means that the law is the servant of society. That economic analysis subscribes to this view shows that it takes a non-interventionist view of the law. This fundamental tenet of economic analysis also makes it subordinate not only to society's interests

96 Okun résume l'idée d'une protection garantie de certains « droits » (c'est-à-dire les libertés publiques) en dépit du principe d'efficacité économique en ces termes : « *In short, the domain of right is full of infringements on the calculus of economic efficiency* », *avant de demander . Why then does society establish these "inefficient" rights ?* » (1975 : 10). Les éléments de réponses sont la liberté (protection des citoyens contre les abus de l'État), le pluralisme (le marché ne devrait pas dominer la société bien qu'il en soit un des aspects), l'humanisme (la dignité humaine requiert un respect mutuel entre individus parties au contrat social ce qui conduit à la jouissance égalitaire de libertés fondamentales).

97 Sibony (2008 : 27-35).

but also to philosophical and methodological innovations and empirical findings that may show what the social interest is. Thus, economic analysis of law seeks to dominate neither society nor science. This deferential attitude of economic analysis is most clearly visible in the “pragmatism” of Richard Posner’s recent work ».

Une analyse économique du droit, comprise dans un nouveau paradigme qu’est le pragmatisme juridique, rend dès lors possible l’interaction entre économistes et juristes sans qu’une profession n’ait à se méfier de l’autre. Percevant l’imbrication du droit et de l’économie en toute complémentarité plutôt qu’en concurrence, le pragmatisme juridique sera le fondement philosophique de notre étude, un fondement que nous précisons à présent.

4. Le pragmatisme juridique

Le pragmatisme considère qu’une idée ne peut seulement être comprise et estimée que par rapport à sa réalité présente et par rapport à ses conséquences futures. Le pragmatisme (du latin *pragma* qui veut dire *action*) s’oppose au dogmatisme (du latin *dogma* qui veut dire *croissance*). L’action est juge des pensées (Goyard-Fabre 1994 : 116).

L’intuition n’est ni indispensable ni ignorée dans le raisonnement pragmatique. La volonté de dépeindre une image générale du monde peut empiriquement venir confirmer ou infirmer les intuitions initiales (Kraut 1990 : 177-178). En tant que mouvement distinct, le pragmatisme a été représenté par des auteurs tels que Pierce, Dewey, Pound et Scott Schiller. Le pragmatisme est un conséquentialisme de l’action et des jugements pratiques, souhaités en eux-mêmes pour la société. Pour le penseur pragmatique, après avoir émergé de la concurrence d’idées, la vérité est l’idée la plus souhaitable pour la société à venir. La définition la plus connue du pragmatisme est celle qui a été donnée par James :

« A pragmatist turns his back resolutely and once for all upon a lot of inveterate habits dear to professional philosophers. He turns away from abstraction and insufficiency, from verbal solutions, from *bad a priori* reasons, from fixed principles, closed systems, and pretended absolutes and origins. He turns towards concreteness and adequacy, towards facts, towards action, and towards power. That means the empiricist temper regnant, and the rationalist temper sincerely given up. It means the open air and possibilities of nature, as against dogma, artificiality and the pretence of finality in truth ».
(James 1907).

Le pragmatisme juridique est une approche philosophique appliquée au droit. Il est dérivé du réalisme juridique, du fait qu'Oliver Wendell Holmes⁹⁸ et Benjamin Cardozo sont souvent décrits comme étant des juristes pragmatiques. Cardozo affirma ainsi : « *I am thinking of the end which the law serves, and fitting its rules to the task of service [...] The juristic philosophy of the Common Law is at the bottom the philosophy of pragmatism* » (Cardozo 1921 : 102). Le pragmatisme juridique a acquis « *a practical connotation by colluding [...] with the utilitarianism of John Stuart Mill* » (Goyard-Fabre 1994 : 117). Ainsi, le pragmatisme juridique est essentiellement instrumental et utilitariste. Grey résume cette double caractéristique en ces termes :

« To apply the central pragmatic tenets to law means to treat it as a practical enterprise in two senses. First, law is constituted of practices-contextual, situated, rooted in custom and shared expectations. Second, it is instrumental, a means for achieving socially desired ends, and available to be adapted to their service. The first point, about practice and context, suggests the perspective of the historical school of jurisprudence; the second or instrumental point suggests Benthamite utilitarian positivism »
(Grey 1989 : 805).

En ce qui concerne le pragmatisme juridique contemporain⁹⁹, ou néo-pragmatisme juridique, il est représenté par des juristes tels que Ferber, Justice Breyer, Sunstein, et de façon

98 Grey (1989).

99 Le pragmatisme juridique a été clairement consacré avec les travaux de Dewey sur le droit (Dewey 1916).

détaillée par Posner. Un juriste pragmatique est le plus souvent influencé à la fois par la science (et particulièrement les sciences économiques) et par le libéralisme classique (Posner 1998 : 394).

Le fondamentalisme dans le droit prétend saisir la vérité absolue concernant la connaissance du droit (Thomas 2006 : 76). C'est essentiellement contre cette prétention que le pragmatisme juridique opère, et pour lequel la recherche des meilleures conséquences sociales par les règles juridiques est la préoccupation principale. Par conséquent, le conséquentialisme du pragmatisme juridique est l'antithèse du Kantisme juridique reprise par certains philosophes contemporains du droit. Le formalisme juridique perçoit le droit comme un corps de règles et principes juridiques prédéfinis par lesquels le raisonnement juridique concret s'opère par le biais d'une logique déductive. Le pragmatisme juridique, pour sa part, est naturellement anti-formaliste et rejette les arguments juridiques d'autorité. Etant davantage une dénomination générique qu'une théorie unitaire du droit, le pragmatisme juridique a diverses tendances en son sein, et ainsi un paradigme juridique que nous pensons être revigoré avec la méthode de l'analyse économique du droit.

Le pragmatisme juridique ne se destine pas, de manière assez originale, « *to lead in a straight line to a philosophy of adjudication any more than it leads in a straight line to liberal democracy* » (Posner 2003 : 47). Si le pragmatisme juridique peut parfois être considéré comme étant « banal », c'est précisément de cette réticence qui est celle du pragmatisme juridique de construire « *a Grand Theory of law* » (Grey 1989 : 814). Cependant, d'aucuns peuvent légitimement récuser cette réticence à toute théorisation du pragmatisme juridique, étant donné que « *practice divorced from theory is necessarily directionless, and theory divorced from practice is necessarily unrealistic* » (Thomas 2006 : 23). Ainsi, le pragmatisme juridique trouve une solution à mi-chemin entre théorie et pratique qui est celle d'affirmer que la formulation d'une théorie générale du droit est inutile, seule la compréhension empirique, expérimentée des règles juridiques, n'a de valeur, et ainsi propose un cadre théorique

dans lequel l'expérience et l'empirisme sont les axiomes du conséquentialisme du pragmatisme juridique.

En Europe, le pragmatisme juridique est né dans les années 20 à partir de l'Espagne avec Quintiliano Saldaña (1926) qui définit le pragmatisme juridique comme étant « essentiellement une doctrine des résultats et de l'efficacité » (cité dans Duguit 2008 : 144). Pour Saldaña, la critique pragmatique détermine non seulement le coefficient effectif de réalité mais également le coefficient efficace de réalisation (Duguit 2008 : 127). A partir de Saldaña, un lien entre le pragmatisme juridique et l'utilitarisme a pu être établi. En effet, « l'utilitarisme est un positivisme d'une manière éthico-juridique, combiné avec le calcul des retours...c'est le pragmatisme juridique » (Saldaña cité dans Duguit 2008 : 133).

En France, François Gény et Léon Duguit seront qualifiés de pragmatiques (bien que ceux-ci réfutent ce terme). Duguit a enseigné le pragmatisme juridique et peut être dit pragmatique bien que sa méthode de l'était pas (Simon Gilbert dans Duguit 2008 : 36)¹⁰⁰. La conception duguiste du droit, Elliot l'affirme (1927 :2), est à mettre relation avec la philosophie pragmatique de Dewey. Duguit a écrit que le pragmatisme juridique comporte « cette proposition : tout concept est contingent à la réalité en cela qu'il y a une efficacité sociale et morale dans ce concept » (Duguit 2008 235). Duguit a critiqué les excès des abstractions juridiques de la même manière avec laquelle Posner a écrit :

100 Ainsi, Simon Gilbert (Duguit 2008 : 33) fait remarquer qu'en « 1917, Harold J. Laski [...] écrivait : « *the pragmatic philosophy of law at which, in the last ten years, Dean Pound has so earnestly labored is, at least in its large outlines, consistent with M. Duguit's conclusions* ». En 1939, Milorad Simonovitch a également souligné que « Duguit entend fonder sa théorie du droit et de l'Etat sur l'empirisme et le pragmatisme ». En 1959, André-Jean Boyé notait [...] que Duguit « aimait à affirmer son pragmatisme comme il aimait à affirmer son réalisme » [...] tandis que Christelle SchaeGIS a affirmé que « Duguit se rattachait à un courant intellectuel peu connu en France : le pragmatisme juridique ». Enfin, Frédéric Rouvillois a écrit pour sa part que Duguit témoigne d'un « farouche pragmatisme juridique » ».

« [A]bstraction as a tool of empirical science is very different from abstraction as a stopping point, which is the kind of abstraction one encounters in most moral philosophical, and legal theory. The economist who uses a highly stylized, descriptively unrealistic model of « rational man » to predict the response of, say, the demand for cigarettes to a rise in the cigarette tax is employing abstraction to guide empirical inquiry. What would be unpragmatic in an economist would be indifference to the result of the inquiry, ignoring his theory's refutation by data » (Posner 2003 :77).

En bref, le pragmatisme juridique peut être décrit comme étant « *practice, instrumental, forward-looking, activist, empirical, skeptical, anti-dogmatic, experimental* » (Posner 1998 : 11). La vision instrumentale du droit qui est présente dans le pragmatisme juridique, est également présente dans le réalisme juridique et l'école de la *Libre Recherche Scientifique*. Cet instrumentalisme du pragmatisme juridique se voit renforcé par l'analyse économique du droit.

Rorty écrit à propos du pragmatisme juridique de Posner¹⁰¹ que l'utilisation du raisonnement scientifique dans l'appréhension des décisions judiciaires « *has demythologized judicial decision-making* » (Rorty 2007 : 922). Parce que le pragmatisme juridique inclut en son sein une approche dynamique du droit, les sciences économiques se voient par principe accorder, parmi le recours à d'autres sciences sociales, une place particulière dans l'éclairage des effets souhaitables ou non des règles juridiques. L'analyse économique du droit comme outil méthodologique du pragmatisme juridique devient évident : si l'approche économique du droit ne saurait constituer le contenu entier du pragmatisme juridique (Posner 1998 : 404), cette approche économique est intrinsèque à tout pragmatisme juridique.

101 Posner fait une différence entre son pragmatisme et le conséquentialisme, avant de noter que l'utilitarisme est une forme de conséquentialisme qui partage des caractéristiques du pragmatisme. Toutefois, Posner reconnaît que dans l'opposition entre déontologie et conséquentialisme, le pragmatisme est évidemment proche du conséquentialisme (Posner 2003 : 65). Nous ne ferons pas cette (trop) subtile distinction entre le pragmatisme juridique et le conséquentialisme.

a. Le pragmatisme juridique dans l'administration de la justice

Le déclin de l'approche formalisée du raisonnement judiciaire a clairement été à l'œuvre depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle dans de nombreuses cours, notamment dans la Cour Suprême américaine, ce qui n'est pas indépendant de l'émergence simultanée du mouvement d'analyse économique du droit. Le néo-pragmatisme juridique représenté notamment par Posner est cohérent avec ce que Grey appelle l'ordre constitutionnel répandu dans le monde entier et qui est caractérisé comme étant « *liberal, pragmatic, moderately civil-libertarian and human-dignity-promoting activist judicial balancer* » (Grey 2003 : 29). La recherche par le juge des meilleures conséquences d'une décision judiciaire implique une approche casuistique de la part des juges. Le juge pragmatique est celui qui crée et complète le droit en fonction des règles juridiques fonctionnant le mieux (« *what works criterion* » Posner 2003 : 47).

Les juges ont nécessairement une information incomplète concernant le litige en présence. De plus, la société est changeante et instable, le droit est éminemment vague et indéterminé du fait du langage juridique et ainsi est sujet à diverses interprétations¹⁰². Les décisions judiciaires englobent des considérations politiques qui sont contingentes à une société donnée à un moment donné. Pour le pragmatisme juridique, les précédents ont une force contraignante seulement par rapport à leur utilité, leur désirabilité, sans que ceux-ci soient systématiquement obligatoires pour les juges. La désirabilité d'une cohérence avec la doctrine de la *stare decisis* se fonde seulement sur les conséquences attendues d'une telle cohérence. D'un autre côté, l'on doit reconnaître que « *the*

102 Endicott affirme que le droit est nécessairement flou, et que cette imprécision est obligatoirement dans tout droit (2001 : 189-190). Le droit comble sa propre incomplétude dans un processus continu (2001 : 197). Autrement dit, l'activisme judiciaire est non seulement nécessaire mais également souhaitable pour se préserver d'un droit arbitraire car trop précis (2001 : 191-192).

labour of judges would be increased almost to the breaking point if every past decision could be reopened in every case [...] » (Cardozo 1921 : 149). Du coup, sans pour autant embrasser une doctrine formaliste des précédents systématiquement contraignants pour les juges (Dworkin 1977 : 89), il se trouve un niveau optimal de revirement de jurisprudence où les bénéfices attendus de la proclamation d'une nouvelle règle juridique sont plus importants que les coûts d'incertitude et de changement attendus par un tel revirement de jurisprudence. La certitude juridique n'est pas l'objectif principal du pouvoir judiciaire mais est seulement une considération légitime sans pour autant prévaloir sur d'autres considérations :

« [I]t is certainty's status as an unquestioned primary goal of adjudication that is refuted. Certainty becomes a particular consideration in the context of a particular case. The question would be approached pragmatically and the impact of a decision on the community's ability to order its affairs would be taken into consideration and addressed in the context of the circumstances of the particular case. In other words, the relevance of certainty to the case at hand would need to be expressly demonstrated » (Thomas 2006 : 250).

Du point de vue pragmatique, le dilemme, entre activisme judiciaire et justice déléguée, est un débat de peu d'utilité. Parce que seule la désirabilité des résultats importe, la préoccupation centrée sur l'institution – quel rôle du juge dans la société ? – doit céder la place à une préoccupation centrée sur le fond de la décision elle-même, quelle décision est la plus appropriée pour l'affaire présente ? La relation entre les Cours et le Parlement doit devenir, au lieu d'être une concurrence, « *a fruitful partnership and interaction* » (Jaffe 1970 : 75).

En tous cas, le pragmatisme juridique n'est certainement pas une révolution juridique, mais seulement l'évolution nécessaire d'un mouvement académique anti-dogmatique du droit. Etant à l'intersection entre nihilisme juridique et formalisme juridique, le pragmatisme juridique cherche à frayer une troisième voie dans laquelle l'approche casuistique sert de méthodologie, le conséquentialisme sert de cadre théorique, et le bien-être social (*welfarism*) est l'objectif. La

démarche pragmatique est essentiellement descriptive et explicative. A la rhétorique classique en droit associée avec une approche « *top-down* », le pragmatisme juridique préfère évidemment un processus « *bottom-up* » (Posner 1998 : 171-197). Par conséquent, le pragmatisme juridique dans la jurisprudence peut être résumé comme suit :

« Pragmatism in the sense that I find congenial means looking at problems concretely, experimentally, without illusions, with full awareness of the limitations of human reason, with a sense of the « localness » of human knowledge, the difficulty of translations between cultures, the unattainability of « truth », the consequent importance of keeping diverse paths of inquiry open, the dependence of inquiry on culture and social institutions, and above all the insistence that social thought and action be evaluated as instruments to valued human goals rather than as ends in themselves. These dispositions, which have more characteristic of scientists than of lawyers (and in an important sense pragmatism is the ethics of scientific inquiry), have no political valence. They can, I believe, point the way to a clearer understanding of law. Law as currently conceived in the academy and the judiciary has too theocratic a cast. There is too much emphasis on authority, certitude, rhetoric, and tradition, too little on consequences and on social-scientific techniques for measuring consequences. There is too much confidence, too little curiosity, and insufficient regard for the contributions of other disciplines. Jurisprudence itself is much too solemn and self-important » (Posner 2000 : 465).

A l'abri d'influences idéologiques du fait de son indépendance, le pouvoir judiciaire se doit de justifier ses décisions de telle manière qu'elles ne soient pas sujettes à la critique d'un biais politique. Avec un « *pragmatism flavored by economic analysis* » (Posner 2003 : 288), une analyse économique du droit permet de tendre relativement vers davantage de neutralité par les juges pragmatiques utilisant l'analyse économique du droit comme outil scientifique dans leur raisonnement juridique¹⁰³. Juger le droit avec des « *economic pragmatic grounds* » (Posner 2003 : 79) permet d'atteindre une plus grande objectivité dans l'interprétation du droit. L'analyse coûts-

103 Voir aussi Kreké (2003) ; Cotter (1996) ; Ostas (1998).

bénéfices, fondamentale à l'analyse économique du droit, est en soi fondamentalement pragmatique : « *[cost-benefit analysis is] best taken as [a] pragmatic instrument, agnostic on the deep issues and designed to assist people in making complex judgments where multiple goods are involved* » (Sunstein 2000 : 1077). Les sciences économiques, plutôt que les idéologies politiques, sont d'une grande utilité pour le juge pragmatique.

b. Le pragmatisme juridique dans l'administration de la justice européenne

L'importance des biais idéologiques est diminuée dans le contexte européen du fait que la Cour ne permette pas l'expression d'opinions dissidentes de la part des juges. La prise de décision judiciaire collective limite les influences idéologiques et promeut le consensualisme. L'hétérogénéité de la société européenne se traduit au sein de la Cour par la présence de juges originaires de chaque Etat Membre représentant implicitement les différents systèmes juridiques des Etats Membres¹⁰⁴.

104 Un argument comparable est formulé par Posner (2003 : 94) pour le cas de la Cour Suprême, pourtant apparemment plus homogène que ne peut l'être une Cour supranationale telle que la CJCE : « *But in the twenty-first century America there is no alternative to legal pragmatism. The nation contains such a diversity of moral and political thinking that the judiciary, if it is to retain its effectiveness, its legitimacy, has to be heterogeneous; and its members of a heterogeneous judicial community are not going to subscribe to a common set of moral and political dogmas that would make their decisionmaking determinate* ». Une analyse empirique confirme le faible pourcentage de décisions rendues par la Cour Suprême qui le sont en rassemblant l'unanimité. En effet, entre 1975 et 2005, le pourcentage moyen de décisions unanimes varie entre 21.8% et 36% seulement. Source : Statistiques de la *Harvard Law Review*, citées par Posner (2008 : 50).

Le pragmatisme juridique est particulièrement adapté aux systèmes juridiques de *Common Law*. En cela, les marges d'appréciation du juge de la Cour Suprême et du juge européen de la Cour sont si larges, du fait de l'incomplétude des Traités ou de la Constitution américaine, que le pragmatisme juridique est pertinent pour des juges ayant à compléter ces textes et à gérer l'hétérogénéité des préférences sociales présentes au sein de leurs territoires respectifs à adjuger¹⁰⁵. De plus, le conséquentialisme rejoint la méthode téléologique d'interprétation juridique propre au juge européen décrite précédemment. Téléologisme, pragmatisme, conséquentialisme et recherche de l'efficacité économique du droit, voilà des termes qui, s'ils ne sont pas synonymes pour autant, se rejoignent dans de grandes proportions.

Ainsi Sève a-t-il pu affirmer que « le droit économique semble d'emblée correspondre à un paradigme téléologique, donc à des appréciations pragmatiques » (Sève 2005 : 14). Or, ce conséquentialisme et la méthode téléologique partagent tous deux cette approche anti-formaliste, dynamique, qui caractérise le pragmatisme juridique.

Le pragmatisme juridique hérité de Holmes doit être repensé, prenant en compte les exigences de croissance économique et les connaissances acquises par l'analyse économique du droit, faisant de cette analyse l'outil nécessaire au sein de ce néo-pragmatisme juridique. Ainsi, le pragmatisme ancien de Holmes peut être vu, comme Grey le suggère, comme étant « *relatively primitive and confused precursors of the more rigorous and sophisticated form of scientific instrumentalist jurisprudence represented by contemporary law and economics, cost-benefit analysis, and public choice theory* » (Grey 1989 : 789). Ce néo-pragmatisme juridique appliqué à la jurisprudence européenne est presque

105 D'ailleurs, Mill rappelait la relativité de la définition de la notion de justice entre personnes, et plus encore entre nations : « *not only have different nations and individuals different notions of justice but, in the mind of one and the same individual, justice is not some one rule, principle, or maxim, but many, which do not always coincide in their dictates, and in choosing between which, he is guided either by some extraneous standard, or by his own personal predilections* » (Mills cité dans Lianos 2007 : 167).

naturel car la Cour se réfère principalement à l'interprétation téléologique, et ainsi peut être familier aux juges européens. De plus, ce néo-pragmatisme juridique ayant l'analyse économique du droit comme outil méthodologique a déjà le soutien implicite de praticiens du droit européen de première importance, par exemple, il a été ouvertement suggéré par le juge Herbert Légal du Tribunal de Première Instance (Légal 2003) :

« Il conviendrait de se demander si le juge est un auditeur totalement neutre face aux écoles de pensée économique. Il ne me semble pas qu'il ait vocation à être neutre, il lui incombe d'être l'émanation de la sensibilité des États membres de la Communauté européenne et de représenter un public normalement informé. Le juge évitera de prendre part dans les querelles d'écoles de pensée économique comme de se retrouver au cœur de polémiques politiques. Il n'y a pas plus de sens à soumettre aux juridictions des décisions en matière de politique industrielle européenne au motif qu'elles ne favoriseraient pas le pouvoir de compétitivité des entreprises. Leur rôle consiste seulement à faire appliquer des règles et non à adopter des positions politiques. D'autre part, le juge se doit d'être pragmatique ; tout mode de preuve, économique ou non, est acceptable. Tout procédé de description des phénomènes économiques est recevable ».

De la même sorte, Arnall (2006 : 620-621) affirme que :

« [T]he Court's general approach to questions of interpretation, which attracts little criticism in technical and routine cases, seems well adapted to the Community/Union context. That approach is not only attributable to pragmatic considerations concerning the nature of the materials with which the Court has to work. It is also profoundly influenced by its civil law origins and the constitutional nature of many of the problems submitted to it ».

Les juristes européens se doivent de prendre en compte le contexte (notamment économique) dans lequel les décisions de jurisprudence sont rendues, une préoccupation trop longtemps négligée comme le rappelle Estella :

« Traditionally, lawyers have tended to concentrate their analyses on the technical subtleties of EC positive law, focusing more often than not on microscopic details rather than on the macroscopic

context in which legal phenomena came about. In so doing, other factors or variables (economic, political, etc.) were neglected » (Estella 2005 : 3).

En conclusion, nous pouvons affirmer que la philosophie du droit adoptée dans notre étude se fonde sur des ancrages reconnus que sont le pragmatisme juridique dans l'administration de la justice européenne, et ayant pour méthodologie l'analyse économique du droit. Cette approche pragmatique de la jurisprudence européenne par l'analyse économique du droit en général, et par le principe d'efficacité économique en particulier, est, comme nous l'enseigne la philosophie du droit, une évolution naturelle dans la recherche légitime d'une objectivisation de la pratique et de la critique du droit.

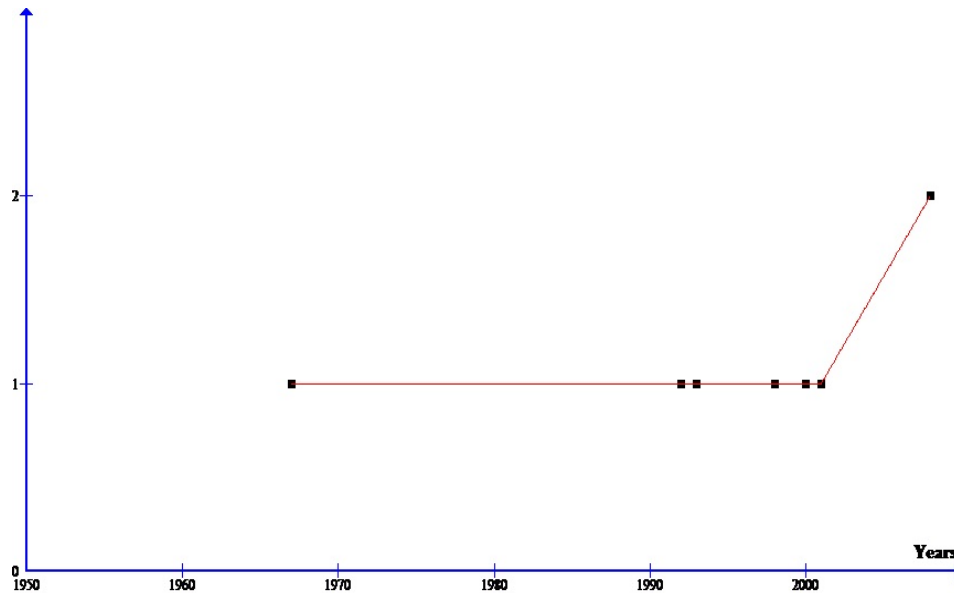
Chapitre 4/ Analyse Lexicale Quantitative

Une analyse quantitative du raisonnement économique des juges a seulement un intérêt limité aujourd'hui, après des décennies d'analyse économique du droit. Posner en 1972 reconnaissait déjà la pauvreté de l'approche quantitative dans l'analyse économique du droit, en l'illustrant par le domaine du droit de la responsabilité. Toujours dans cette Partie Introductive, nous proposons d'entreprendre une analyse quantitative du principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne et dans la jurisprudence fédérale américaine. Nous concluons dans cette analyse que, bien qu'étant d'un intérêt limité car les données sont collectées seulement d'un point de vue lexical, une tendance se dessine dans les deux jurisprudences. En effet, le juge européen semble être beaucoup plus enclin à invoquer l'efficacité à partir des années 90, un phénomène qui peut être analysé comme illustrant la mise en place du programme du Marché Unique avec la ratification du Traité de Maastricht en 1992.

La récurrence du terme « *efficiency* » comme mot-clé dans la jurisprudence européenne est très basse : référencé seulement neuf fois par la Cour de 1957 à 2010. De plus, parmi les affaires dans lesquelles « *efficiency* » est mentionné, 88% des affaires concernent la Politique Agricole Commune (PAC), « *efficiency of the agricultural structures* »¹⁰⁶; une autre affaire concernant un litige de

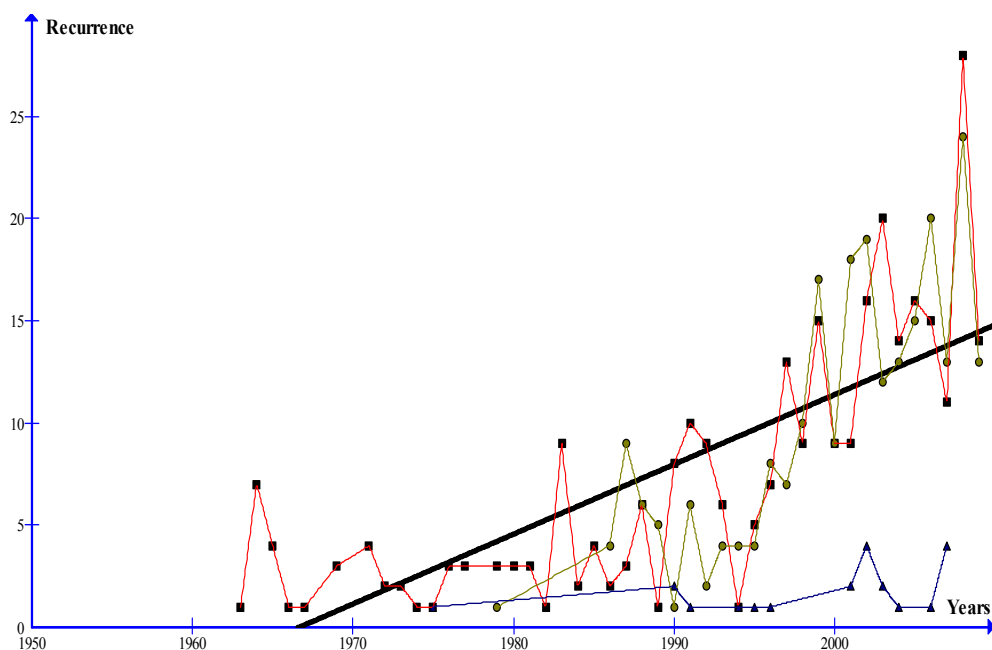
106 Particulièrement, le Règlement 950/97 de 1997 invoqué dans C-78/07 [2008] *Ispettorate Provinciale*, I-01635; le Règlement 797/85 invoqué dans C-403/98 [2001] *Azienda Agricola Monte Arocsu Srl*, I-00193 et dans C-255/95 [1997] *S. Agri SNC and Agricola Veneta Sas v. Regione Veneto*, I-00025.

fonctionnaires¹⁰⁷. En dépit du faible nombre de récurrences du mot-clé « efficacité », nous pouvons observer une évolution dans laquelle la récurrence est croissante.



Concernant la récurrence du terme « efficacité » dans le corps des décisions judiciaires, le relevé est le suivant :

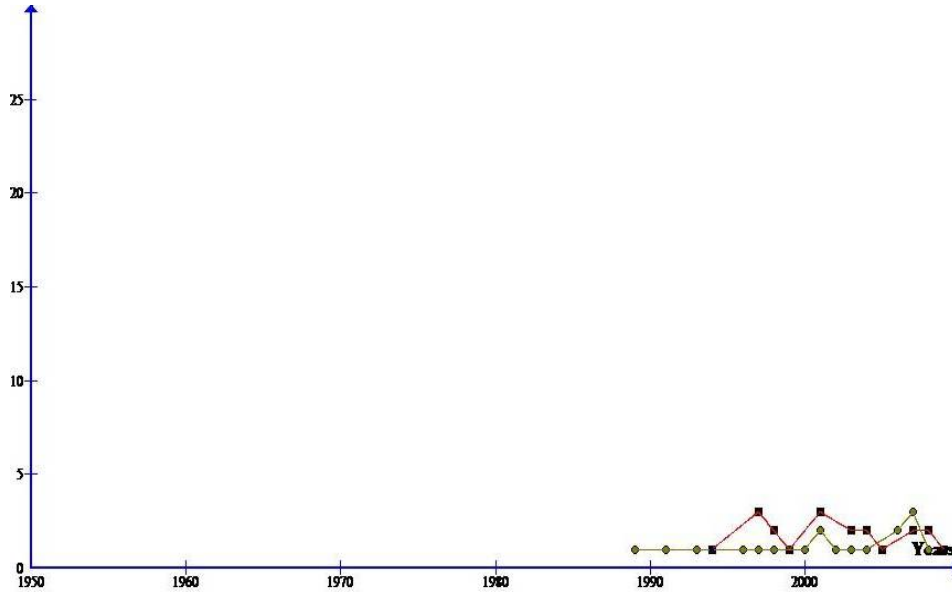
107 Case C-12/66 [1967] *Alfred Williams v. Commission of the EAEC*, I-00153.



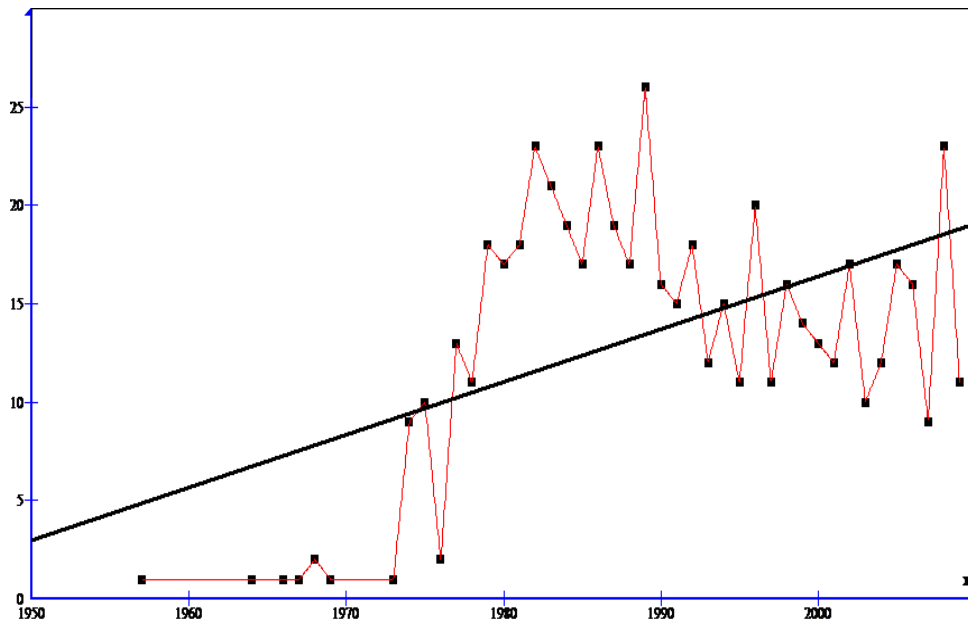
La ligne rouge représente la récurrence du terme « *efficiency* » dans les jugements de la Cour ; la ligne verte représente les opinions des Avocats Généraux ; la ligne bleue représente les jugements rendus par la Cour. Enfin, la ligne noire représente la moyenne calculée¹⁰⁸ des récurrences du terme « *efficiency* » dans les jugements de la Cour.

Plus précisément, l'expression « *economic efficiency* » apparaît beaucoup moins fréquemment comme représenté dans le graphique ci-dessous. Ce résultat peut ne pas surprendre étant donné que l'expression « *economic efficiency* » fait explicitement référence à une analyse économique dans le raisonnement du juge :

108 où $f(x) = 0,34127256 * x - 671,16124$.

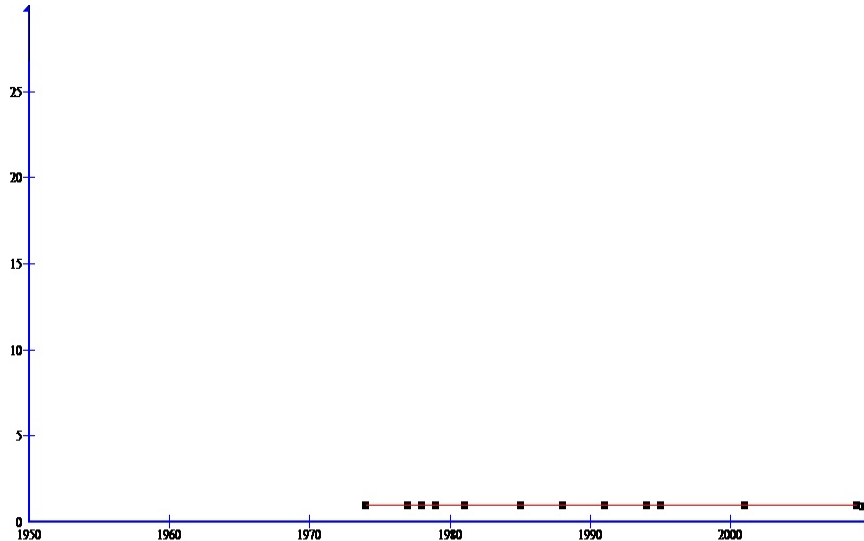


Cette tendance d'un accroissement à partir des années 90 de la fréquence du terme « *efficiency* » (ou de l'apparition de l'expression « *economic efficiency* ») se retrouve également dans les jurisprudences de la Cour Suprême américaine et des Cours fédérales de District. Le graphique ci-dessous représente l'occurrence de l'expression « *economic efficiency* » dans les jurisprudences de la Cour Suprême américaine et des Cours fédérales de District :



Ici, l'accroissement majeur se produit au tournant de la décennie 80. Ceci pourrait s'expliquer par l'émergence de l'analyse économique du droit dans la doctrine américaine dans les années 60, et la part croissante des considérations économiques dans la pratique du droit qui été rendue possible par le fait que les juristes ayant reçu une formation économiques ont accédé à des positions juridictionnelles dans les années 80.

Notre conclusion est concordante avec Landes et Posner (1993 : 386-387) affirmant que *«judges are increasingly receptive to economic arguments-and only in part is this due to the fact that some judges appointed since 1980 are practitioners or former practitioners of economic analysis of law»*. Cependant, la fréquence de la récurrence de l'expression « *economic efficiency* » pour la seule Cour Suprême est très basse, similaire à celle de la CJUE :



Ces représentations sont d'un intérêt limité pour l'appréhension de l'importance d'un quelconque raisonnement économique dans les décisions judiciaires rendues par les juges, notamment du fait de la réduction de l'analyse quantitative à des termes lexicaux tels que « *efficiency* » ou « *economic efficiency* », et du fait du faible nombre de récurrences relevées. Cependant, deux nuances sont à formuler quant aux limitations de cette analyse.

Premièrement, si le volume des récurrences est faible, l'évolution est parlante en cela que la fin des années 80 semble être la période à partir de laquelle aussi bien la CJUE que la Cour Suprême (et les Cours de Districts) font référence pour la première fois ou de façon plus généralisée à l'efficacité économique. Cette évolution constatée dans notre analyse concorde avec les observations de praticiens des deux côtés de l'Atlantique décrivant l'influence grandissante de l'analyse économique dans la formation des praticiens du droit (et des juges particulièrement).

Deuxièmement, la faible fréquence de termes tels que « *efficiency* » ou « *economic efficiency* » dans les jurisprudences étudiées ne saurait conclure au faible poids de l'analyse économique et de la pertinence économique des décisions judiciaires. En effet, l'analyse économique, parce que non réductible à ces seuls termes, englobe des notions plus vastes mais également parce que le

raisonnement économique peut souvent être implicite sans référence particulière à des concepts économiques.

Ainsi, si l'analyse quantitative révèle une évolution de la récurrence du principe d'efficacité économique, cette analyse est largement insuffisante, c'est pourquoi l'analyse qualitative sera exclusivement l'approche que nous adopterons.

Annonce des deux Parties : Le raisonnement judiciaire européen procède d'une analyse économique qui, bien qu'implicite, reste sous-jacente. Cette résultante est le fruit de deux forces majeures. La première de ces forces consiste en la production par les acteurs institutionnels pertinents - en l'occurrence, les juges européens - de solutions jurisprudentielles (évolutionnairement) en conformité avec le principe d'efficacité économique. Cette production (sciemment ou inconsciemment) recherchée résulte de préférences des juges ayant pour point d'accroche les lignes de jurisprudence dessinées au cours de l'évolution jurisprudentielle. L'étude de l'offre de justice produisant de l'efficacité économique dans la jurisprudence européenne par les préférences exogènes des juges européens sera l'objet de notre Première Partie. D'autre part, si cette offre est certaine, elle se doit de rencontrer une demande dans ce marché de la production du droit. Ainsi, nous aborderons la demande de la part des parties au litige d'une efficacité économique, comme condition nécessaire et complémentaire à l'offre jurisprudentielle d'efficacité économique. Cette seconde perspective, opposée mais néanmoins complémentaire à la première perspective, sera l'objet de notre Seconde Partie.

Partie I/ L'EfficiencE Economique dans la
Jurisprudence Européenne : L'Approche
par l'Offre de Justice Européenne

« La prise en compte dans le cadre des contrôles de régularité des données fournies à l'occasion des contrôles d'effectivité, d'efficacité et d'efficience est un des défis majeurs que les juridictions devront relever un jour »

Charles Albert-Morand (1999 : 67)

Annonce des deux Titres : L'étude méthodique et systématique de l'offre de justice européenne comportera principalement deux temps : un premier temps avec une « méta » analyse de la jurisprudence européenne dans ses principes fondateurs, et un second temps avec une analyse plus précise des règles juridiques spécifiques à des litiges caractéristiques de la jurisprudence européenne. Ainsi, nous démontrerons dans un premier temps à la fois qu'une analyse de l'efficience économique des principes généraux de la jurisprudence européenne est souhaitable d'un point de vue doctrinal mais est surtout possible d'un point de vue jurisprudentiel (Titre I). Dans un second temps, nous analyserons l'efficience économique appliquée aux règles juridiques où cette efficience économique se traduit soit en termes de minimisation des coûts de transactions (efficience transactionnelle), soit en termes de recherche de règles efficientes (efficience régulatrice) afin d'accroître l'efficience économique dans la société (Titre II).

Titre I/ Fondements du Principe
d'Efficiency Economique dans la
Jurisprudence Européenne : Principes
Généraux de Droit Européen et Principe
d'Efficiency Economique

« *Sans principes communs, ce n'est pas la peine de discuter* »

Confucius, *Entretiens*.

Un principe général de droit est un concept émanant d'une civilisation dont son droit, ses coutumes ou sa jurisprudence se voit appliqués à diverses occasions¹⁰⁹. Dans l'UE, les principes généraux sont assimilables à ceux dégagés principalement par les juridictions des Etats Membres car la CJUE s'inspire explicitement, dans une approche comparative, des principes généraux de droit communs aux Etats Membres¹¹⁰ hérités du droit romain¹¹¹. Néanmoins, la CJUE peut

109 Cour de Justice (1976) cité dans Emiliou (1996 : 115).

110 Afin d'interpréter le droit européen, le juge européen est explicitement invité à se référer aux principes généraux reconnus dans les systèmes juridiques nationaux. Différentes références sont faites dans les Traités européens à ces principes généraux du droit européen reconnus comme tels du fait qu'ils émanent souvent des droits nationaux. A titre d'exemple, nous pouvons citer l'article 6.3 TUE affirmant que : « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». Concernant le droit de la responsabilité non contractuelle, l'article 340.2 du TFUE affirme : « En matière de responsabilité non contractuelle, l'Union doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions ».

111 Voir C-23/68 (1969) *Johannes Gerhardus Klomp contre Inspektie der Belastingen*, I-43 où la CJUE affirme que « conformément à un principe commun aux systèmes juridiques des Etats membres, dont les origines peuvent être retracées jusqu'au droit

également invoquer les principes généraux du droit international public¹¹², ou très rarement certains principes généraux d'un droit national¹¹³.

Quoiqu'il en soit, tout principe général reconnu par la CJUE fait de ce principe un principe général de droit européen créant des droits et obligations dans le chef des particuliers et entreprises. Ainsi, les effets juridiques créés par le droit européen dans le patrimoine juridique des particuliers conduit à ce que la CJUE « règle » par un cadrage judiciaire l'action du législateur européen, d'où la présence de principes généraux du droit européen. Si la CJUE emprunte nombre de ses principes généraux des droits des Etats Membres, il n'en demeure pas moins qu'une fois adoptés par la CJUE, ces principes généraux deviennent des principes généraux de droit européen appelés à évoluer indépendamment des jurisprudences nationales (Emiliou 1996 : 130).

Les principes généraux du droit européen sont appréhendés par le juge européen comme des « normes supérieures » du droit européen¹¹⁴, et forment les fondements moraux et institutionnels structurant et légitimant le raisonnement juridique européen selon l'Avocat Général

romain, il y a lieu, en cas de changement de législation, d'assurer, sauf expression d'une volonté contraire par le législateur, la continuité des structures juridiques » (§13).

112 Voir notamment C-347/03 (2005) *Regione autonome Friuli-Venezia Giulia et Agenzia regionale per lo sviluppo rurale (ERSA) contre Ministero delle Politiche Agricole e Forestali*, I-03785 où était posé la question de la conformité d'un accord CE-Hongrie sur les vins avec les principes coutumiers du droit international des traités.

113 Affaires jointes C-7/56, 3/57 et 7/57 (1957) *Mlle Dineke Algera, M. Giacomo Cicconardi, Mme Simone Couturaud, M. Ignazio Genuardi, Mme Félicie Steichen contre Assemblée Commune de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, I-81 où la CJUE s'est fondée sur des principes généraux de droit allemand pour trancher le litige en présence.

114 C-77/81 (1982) *Zuckerfabrik Franken GmbH contre République Fédérale d'Allemagne*, I-681 où la Cour affirme, concernant le contrôle juridictionnel d'un acte juridique européen, qu'« il convient encore d'examiner si cette réglementation est incompatible avec les normes supérieures du droit communautaire et en particulier avec les principes de sécurité juridique et de proportionnalité [...] » (§22).

Dutheillet de Lamothe¹¹⁵. Celui-ci précise que les principes généraux du droit européen « *contribute to forming that philosophical, political and legal substratum common to the Member States which through the case law an unwritten Community law emerges* »¹¹⁶. Ici, les principes généraux sont appréhendés comme contenant une valeur philosophique, politique et juridique, sans référence aucune à leur dimension économique. Or, ils émergent et sont consacrés parce qu'ils correspondent à une réalité et une nécessité économiques comme nous allons le voir.

Notre titre entend appréhender les principes généraux du droit européen élaborés par la jurisprudence européenne au travers d'une analyse d'efficacité. Il sera ainsi démontré qu'il est non seulement possible d'opérer une telle analyse à partir de cette grille d'analyse qu'est le principe d'efficacité économique, mais également et surtout, que cette analyse est nécessaire afin de dépasser la division simpliste entre une analyse économique du droit ignorant les principes de droit et un formalisme juridique rejetant l'analyse économique du droit. Si notre analyse des principes d'un point de vue de l'efficacité économique démontrera la possibilité et la pertinence d'une telle analyse, il convient à présent de préciser en quoi cette analyse est, d'un point de vue doctrinal, nécessaire.

Tout d'abord, l'analyse économique du droit a tendance à adopter des positions parfois proches du nihilisme juridique¹¹⁷ du fait d'un certain biais déconstructif¹¹⁸. En effet, l'économiste du

115 Opinion de l'Avocat Général Dutheillet de Lamothe (1970) dans l'Affaire 11/70 (1970) *Internationale Handelsgesellschaft*, 1125.

116 Id.

117 Le positivisme juridique est proche du nihilisme juridique. Nonet (1990 : 672) : « *Positive law in that sense is nihilism. Nietzsche conceives its rise to supremacy as the fulfillment or completion (Vollendung) of nihilism. In this fulfillment, Nietzsche Voirms to think, nihilism succeeds in overcoming (Überwindung) itself* ». Voir, pour les origines philosophiques du nihilisme juridique, Boyle (1985); Chow (1990); Gordon (1981); Stick (1986). Posner est relativement nihiliste dans sa vision d'un droit déconnecté de

droit peut parfois négliger la conceptualisation nécessaire lorsqu'il appréhende les règles juridiques (et ainsi ignorer les « méta » -règles que sont les principes généraux). Ainsi, de façon contradictoire, Posner peut affirmer que les « *judges employ discretion to change rules, and discretion is not "principled", although it may be bounded by principles* » (Posner 1993 : 21).

Ensuite, la doctrine juridique traditionnelle adhère à un formalisme juridique rejetant toute analyse économique en raison d'une présumée déconnexion entre les préoccupations juridiques (et morales) et les préoccupations économiques. En effet, le formalisme juridique s'attache à défendre un droit fait de principes (souvent moraux) réduisant fortement, à la fois, la marge de manœuvre des juges pour modifier le droit¹¹⁹ et leur capacité à critiquer le droit par une doctrine réduite à « découvrir » (car il y a toujours « *a right answer* » selon Dworkin) plutôt qu'à faire le droit (Dworkin 1972 : 876). Ainsi, les principes n'ont pas à être « efficaces » et l'étude de leur efficacité serait inopportune. Cette dichotomie, entre l'analyse économique du droit ayant un biais déconstructif et un formalisme juridique peu intéressé par l'analyse économique du droit, est très bien illustrée par le débat académique entre Posner (1990 ; 2001) et Dworkin (1977 ; 2006).

la morale, et surtout, rejetant toute théorie du droit qui ne soit pas un simple pragmatisme. Cependant, le nihilisme du droit est souvent couplé chez les économistes du droit, à un formalisme de la discipline économique. L'analyse économique du droit démontre un formalisme économique qui explique le nihilisme juridique. En utilisant des outils et concepts économiques traditionnels, l'analyse économique du droit est formelle d'un point de vue économique pour étudier un objet qui n'est pas traditionnel, le droit. Ainsi, il peut s'en ressentir un certain « *intellectual imperialism* » par les économistes (Goodhart 1997).

118 Comme Posner le reconnaît lui-même (Posner 1993 : 33). Mais cette déconstruction est l'essence même du nihilisme inhérent à l'analyse économique du droit. Posner (1993 : 242) affirme ainsi que Holmes: « *is not a nihilist after all, at least not a consistent one* », car il souhaite remplacer les fondements moraux du droit par une approche plus réaliste où l'économie serait la nouvelle valeur morale du droit. Mais si Holmes n'était pas véritablement un nihiliste, Posner l'est davantage car des notions comme « la justice », « l'équité », et les principes généraux sont dénués de sens selon lui (Posner 1993 : 460).

119 Voir l'image de Dworkin du juge écrivant des chapitres à la suite d'autres juges.

Enfin, cette division simpliste entre une analyse économique du droit ignorant les concepts juridiques et un formalisme juridique ignorant les conséquences économiques pratiques du droit est une impasse et doit être dépassée par une analyse économique des règles juridiques mais également des concepts juridiques en tant que tels. Les principes juridiques ne sont que l'affirmation progressive de règles juridiques ayant démontré leur supériorité et leur attrait, notamment économique. Les principes juridiques ne sont pas issus de valeurs morales comme pourrait l'affirmer un juriste de droit naturel mais sont, de façon pragmatique, des règles juridiques qui sont suffisamment répétées pour acquérir un statut et un intérêt particulier. Les principes juridiques sont composés eux-mêmes de règles juridiques (comme nous allons le voir) et émergent de façon évolutionnaire par la jurisprudence. Ainsi, une véritable approche par l'efficacité des principes généraux du droit européen est souhaitable afin de réconcilier un formalisme juridique conservateur et une analyse économique du droit trop peu au fait du poids de la culture juridique.

Cette approche sera défendue dans ce titre par l'analyse économique méthodique de la jurisprudence européenne concernant les trois principes généraux du droit européen, à savoir : le principe de subsidiarité (Chapitre 1), le principe de proportionnalité (Chapitre 2) et le principe de sécurité juridique (Chapitre 3).

Chapitre 1/ Le Principe de Subsidiarité comme

Principe d'EfficiencE Economique

Le principe de subsidiarité – selon lequel une compétence dite partagée entre l'UE et les Etats Membres est exercée au niveau approprié de gouvernance le plus proche des citoyens – est un principe général de droit de l'UE dont la valeur a été largement discutée. La valeur juridique du principe de subsidiarité a été critiquée au nom de la valeur intrinsèquement politique qu'aurait ce principe. Cependant, cette approche ne permet pas d'apporter la nécessaire explication de l'importance qui est celle du principe de subsidiarité à la fois dans les Traités Européens et dans la jurisprudence européenne. Que renferme le principe de subsidiarité en son sein et quelle valeur ce principe pourrait-il se voir accorder ?

Nous démontrerons que le principe de subsidiarité se voit légitimé et expliqué d'une façon renouvelée dès lors que d'aucuns adoptent une approche économique pour l'étude de ce principe. Il sera avancé que le principe de subsidiarité incorpore intrinsèquement le principe d'efficiencE économique, voire se résume à ce dernier principe. Ainsi, non seulement l'image utilisée « subsidiarité comme efficiencE » permet de mieux rendre compte du droit de l'UE concernant la subsidiarité tel qu'inscrit dans les Traités Européens, mais surtout cette image éclaire l'observateur d'une meilleure compréhension de toute la jurisprudence européenne touchant au principe de subsidiarité.

Nous aborderons ce chapitre par une discussion tenant aux notions essentielles du principe européen de subsidiarité (1), avant de d'expliciter la rationalité économique inhérente au principe de subsidiarité (2). Alors, notre propos s'orientera davantage sur l'analyse jurisprudentielle proprement dite où il sera aisément souligné que le principe de subsidiarité, comme interprété par la CJUE, s'articule exclusivement autour du principe d'efficacité économique (3), faisant de la jurisprudence européenne sur le principe de subsidiarité un corpus juridique économiquement rationnel où le principe d'efficacité économique se voit promu par le biais du principe de subsidiarité (4).

1. Introduction

Le principe de subsidiarité est l'un de ces principes récents et controversés de l'UE. Suscitant un grand intérêt à la fois au sein du monde académique et dans la presse, le principe de subsidiarité est toutefois d'origine ancienne car emprunté à la fois à la philosophie grecque, aux écrits de Saint Thomas d'Aquin, aux corporations allemandes du XVII^e siècle et surtout à la doctrine sociale de l'Eglise Catholique¹²⁰ (Estella 2005 : 76). Le principe de subsidiarité se réfère à la notion de gouvernance à plusieurs niveaux (*multi-level governance*)¹²¹ dans un vocabulaire de politistes, ou de concurrence régulatrice (*regulatory competition*)¹²² dans un vocabulaire de juristes. La

120 Voir plus généralement, Million-Delsol (1992) et Clergerie (1997).

121 Pour une approche générale de la gouvernance multi-niveaux, voir Hooghe et Marks (2001).

122 A noter que le principe de subsidiarité, poussé à son extrême, est la régulation privée, autrement dit la plus grande des subsidiarités est la décentralisation au niveau privé de régulation. Cette remise en cause par la subsidiarité de la régulation publique au bénéfice d'une auto-régulation du marché est ce que MacCormick (1997 : 350) appelle « la subsidiarité par le

dimension humaniste du principe de subsidiarité tient principalement à la protection de la dignité humaine et à la protection de la diversité politique grâce à ce principe de subsidiarité qui est dit être « *structural principle of international human rights law* » (Carozza 2003 : 40).

Le principe de subsidiarité fonctionne comme un principe opérant dans deux directions à la fois (« le caractère bidirectionnel » du principe de subsidiarité, voir Alberti *et al.* 2005 : 103). En effet, le principe de subsidiarité peut justifier davantage de centralisation car sa définition comprend la notion de niveau de gouvernance le plus adéquat pour entreprendre les activités envisagées, un niveau de gouvernance qui peut légitimement être le niveau supranational ou fédéral (Leanerts et Ypersele 1994). D'autre part, le principe de subsidiarité peut justifier des choix anti-intégrationnistes où la décentralisation est préservée ou renforcée, alors les échelons nationaux et/ou locaux sont présumés être les niveaux de gouvernance les plus appropriés¹²³. Néanmoins, comme le sens commun du principe de subsidiarité l'entend, nous utiliserons le principe de subsidiarité comme synonyme de la décentralisation au sein de l'UE, que cette décentralisation soit nationale ou régionale¹²⁴.

Le principe de subsidiarité est un principe gouvernant le caractère approprié des interventions européennes seulement dans le domaine des compétences partagées, comme décrit

marché » (*market subsidiarity*), par opposition à la « subsidiarité législative rationnelle » (*rational legislative subsidiarity*, 1997 : 352).

123 Voir De Burca (2000 : 15-20). Le principe de subsidiarité ne s'applique pas aux décisions de la CJUE elles-mêmes mais seulement à la législation européenne. Dès lors, la crédibilité de la CJUE ne semble pas entamée avec l'introduction du principe de subsidiarité dans le corpus juridique européen. Jacques Delors affirmait ainsi, en ce qui concerne cette crédibilité de la CJUE, que « *subsidiarity is unfortunately a principle which one applies to others and not to oneself* » (Delors 1991 : 10).

124 Voir le Préambule du Protocole N°2 sur l'Application des Principes de Subsidiarité et de Proportionnalité annexé au Traité de Lisbonne qui adopte cette conception décentralisatrice du principe de subsidiarité.

par les Traités européens¹²⁵. Ce principe ne dit pas, comme il a pu être erronément avancé¹²⁶, si l'UE est compétente ou pas pour agir dans le cadre d'une politique particulière. Il n'est jamais approprié pour l'UE d'agir quand celle-ci ne dispose pas de compétence, alors qu'il n'est pas toujours approprié pour l'UE d'agir quand bien même celle-ci disposerait de compétence partagée dans le domaine d'intervention. Toutefois, lorsque que l'UE dispose d'une compétence partagée pour intervenir dans un domaine, l'UE ne peut agir qu'à la condition de respecter le principe de subsidiarité. Lorsque que l'UE ne dispose pas d'une compétence pour intervenir dans un domaine, elle doit systématiquement s'abstenir à agir dans ce domaine sous peine d'illégalité des actions entreprises.

Inscrit dès le Traité de Maastricht¹²⁷ au droit primaire européen (et réaffirmé avec le Traité de Lisbonne), le principe de subsidiarité a principalement été conçu pour répondre à l'inquiétude qu'a pu susciter la généralisation du vote à la majorité au sein du Conseil dès l'Acte Unique Européen de 1986¹²⁸. Le principe de subsidiarité est inscrit dans le droit positif à l'Article 5.3 du

125 Titre 1 de la Partie 1 du TFUE. Le principe de subsidiarité s'applique à tous les domaines de compétences de l'UE à l'exception des compétences exclusives, précisément (i) l'union douanière, (ii) la politique de concurrence, (iii) la politique monétaire de la zone Euro, (iv) la politique commune de la pêche, (v) la politique commerciale commune.

126 La littérature concernant le principe de subsidiarité est abondante. Pour quelques exemples d'écrits concernant le principe européen de subsidiarité, voir Schafer (1991), qui le décrit comme étant « *basically an empty shell devoid of concrete substance* » ; Cass (1992) critique ce principe d'un point de vue plus optimiste ; Emiliou (1992) ; Toth (1992) ; Van Kersbergen et Verbeek (1994) ; Constantinesco (1992) ; Gonzalez (1995) ; Bermann (1994a).

127 Article 3b. Le principe de subsidiarité a été incorporé au Protocole N°30 du Traité d'Amsterdam de 1996.

128 La première référence communautaire à la subsidiarité fut en 1975. Voir Commission, *Rapport sur les Communautés Européennes*, 8 EC Bulletin, n°6 (1975). Le principe de subsidiarité, bien qu'il est été officiellement proclamé dans les Traités européens, peut être retracé avant 1992 avec, entre autres, la notion même de directive qui laisse aux Etats Membres le choix de la forme et des méthodes de transposition ou encore avec la nouvelle approche d'harmonisation de 1985 (Bermann 1994). Les négociations politiques qui précédèrent la consécration du principe de subsidiarité dans le droit furent cruciales car ce

TUE aux côtés du principe de proportionnalité, faisant de ces deux principes généraux de droit européen des principes de gouvernance européenne. L'UE aborde ces deux principes sous le même Article et sous le même Protocole, Protocole N°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité¹²⁹. Tous deux participent à l'encadrement de l'exercice des compétences européennes.

Bien que présent dans les Traités Européens, le principe de subsidiarité n'y est jamais défini clairement. En effet, la disposition touchant au plus près le principe de subsidiarité, l'Article 5.3 du TUE, y est seulement référé pour expliquer les conditions requises afin que le principe de subsidiarité devienne opérant sans que, cependant, une définition *in abstracto* soit présente du principe de subsidiarité. Ainsi, une telle définition fait défaut dans les Traités européens.

Tandis que le principe de subsidiarité a été incorporé dans le droit primaire européen, et qu'ainsi il a une « juridicité » devant la Cour¹³⁰, il peut difficilement être considéré comme un principe

principe émergea comme compromis entre les puissants Etats Membres. En effet, Van Kersbergen et Verbeek (1994 : 220) affirment que « *subsidiarity has primarily served to reconcile the conflicting interests of principal actors affected by the consequences of the common market: the United Kingdom, Germany, and the European Commission. The United Kingdom feared that the completion of the European market would slowly eat away portions of national sovereignty. The German federal government, as well as the European Commission, had met strong resistance from the German Länder, who feared that the completion of the Internal Market, based on the negotiations between Bonn and Brussels, would actually lead to the shrinking of their regional competences. The European Commission, of course, was predominantly interested in playing down the impression that the "1992 programme" would lead to ever growing power-wielding by Brussels* ».

129 Ce Protocole trouve son origine dans les Conclusions du Conseil Européen d'Edinbourg de 1992 ; Accord Inter-institutionnel concernant les procédures pour la mise en place du principe de subsidiarité, ([1993] O.J.C 329/132).

130 Article 8 du Protocole N°2 du Traité de Lisbonne. Le Parlement Européen s'est prononcé en faveur de la juridicité devant la Cour du principe de subsidiarité : *European Parliament Committee on Institutional Affairs, Report on the Principle of Subsidiarity*, A3-267/90. Par ailleurs, l'ancien Président de la Cour Lord Mackenzie-Stuart est opposé à la juridicité du principe de subsidiarité (cité dans Bermann 1994).

juridique à part entière. Il sera démontré que l'imprécision juridique caractéristique du principe de subsidiarité est principalement due à l'ambivalence des conséquences économiques de ce principe. La valeur juridique controversable et controversée du principe de subsidiarité se résume à la complexité de prédire sans ambiguïté l'économie inhérente du principe de subsidiarité¹³¹. En effet, il sera avancé que le principe de subsidiarité suppose des conséquences tenant à l'efficacité diverse, soit des gains d'efficacité, soit des pertes d'efficacité¹³². Il ne saurait y avoir une prétention de connaître *ex ante* les conséquences économiques de davantage de subsidiarité ou de davantage de centralisation pour une politique particulière. Ainsi, parce que les effets économiques sont largement inconnus *ex ante*, seule une approche casuistique permet de définir le principe de subsidiarité. En d'autres termes, le principe de subsidiarité n'est pas neutre vis-à-vis du principe d'efficacité économique, ce second principe permettant précisément de mieux appréhender le premier principe.

Il convient désormais d'aborder l'image que nous proposons de « subsidiarité comme efficacité » afin de préciser les conséquences économiques complexes, mais bien réelles, du principe de subsidiarité en vue de souligner sa rationalité d'efficacité.

131 D'un point de vue plus politique, Bermann (1994a : 340-344) détaille les vertus politiques attachées au principe de subsidiarité, dont l'auteur distingue les suivantes: l'auto-détermination et la redevabilité, la liberté politique, la flexibilité, la préservation des identités locales, la diversité et le respect des divisions internes des Etats non-unitaires.

132 Davies (2005) fait référence à cette notion sans néanmoins davantage de précisions quand il affirme que « *subsidiarity thus offers the choice between centraliation and co-option. This choice may have efficiency implications which could lead in either direction* ». Plus généralement, cet auteur prône pour une meilleure compréhension du principe de subsidiarité par une étude plus précise que ce qui est actuellement proposé par la doctrine.

2. Le principe de subsidiarité comme principe d'efficacité économique

L'étude du principe de subsidiarité par le principe d'efficacité économique permet de mieux apprécier son contenu et sa portée. Ainsi, l'apport d'une étude économique du principe de subsidiarité peut être mis en opposition par rapport à des études juridiques ou politiques dans lesquelles seule l'opacité et non la rationalité de ce principe est soulignée. La théorie économique offre des pistes de réflexions intéressantes pour l'analyse des relations qu'entretiennent les principes de subsidiarité et d'efficacité économique entre eux.

Nous affirmerons que le principe de subsidiarité est simplement un principe de gouvernance¹³³ impliquant en son sein le principe d'efficacité économique. Alors que le principe de subsidiarité comporte des conséquences en termes de gains et de pertes d'efficacité (a), les Traités européens établissent un test d'efficacité comparée afin d'appliquer le principe européen de subsidiarité, entremêlant ainsi les deux principes de telle sorte que le principe de subsidiarité est précisé et souhaitable par le biais du principe d'efficacité économique (b).

a. Théorie économique de la subsidiarité et de la centralisation

133 De même, Inman et Rubinfeld (1998) commencent leur description du principe de subsidiarité en ces termes : « *subsidiarity is a principle of governance designed to give meaning to the division of power and responsibility between the central and constituent states in a federal system* ».

i) Economie de la subsidiarité¹³⁴

En tant qu'intuition de départ, il est possible d'affirmer que des gains d'efficience peuvent être dégagés d'une décentralisation juridique (subsidiarité). La décentralisation délivre des gains d'efficience, à moins que des critères économiques pouvant justifier davantage de centralisation soient réunis¹³⁵. Cette justification pour davantage de centralisation remonte au fameux modèle proposé par Tiebout (1956) s'intéressant à la décentralisation fiscale dans lequel Tiebout démontra que l'efficience économique pouvait être accrue grâce à une décentralisation politique en termes d'imposition. Les biens publics sont mieux pourvus au niveau local qu'au niveau central. En effet, Tiebout (1956) affirme que lorsque les individus ont des préférences homogènes et que les taxes sont portées uniquement sur les personnes (et non sur les biens immobiliers), une économie décentralisée, avec des personnes et un capital suffisamment mobiles, fournit l'efficience fiscale en l'absence de toute intervention centrale. La concurrence inter-juridictionnelle dans le domaine fiscal conduit à l'efficience économique des politiques publiques en cela que les biens publics sont pourvus à hauteur de ce pour quoi les consommateurs/citoyens sont disposés à payer¹³⁶. La concurrence fiscale et régulatrice débouche donc, que ce soit une course au moins disant ou au mieux disant (*race-to-the-bottom* ou *race-to-the-top*), à un mouvement vers davantage d'efficience (*race-to-efficiency*). Plus généralement, les gains d'efficience pouvant être dégagés avec davantage de décentralisation sont de trois sortes.

134 Une revue très exhaustive de la doctrine concernant la recherche de la distribution optimale de compétences, entre échelons fédéraux et décentralisés, est proposée par Breuss et Eller (2004 : 29-41).

135 Voir Adam Smith (Smith 1776 : 680).

136 De même, Stigler (1957 : 216) affirme que « *competition of communities offers not obstacles but opportunities to various communities to choose the type and scale of government functions they wish* ».

Tout d'abord, il y a un plus grand choix de réglementations. Les principaux coûts supportés par un processus d'harmonisation se résument aux coûts informationnels. Le gouvernement centralisé peut rassembler l'information nécessaire à l'élaboration de réglementations et politiques publiques et à leur supervision seulement à un coût plus élevé que la somme cumulée de tous les coûts de même nature supportés par les différents gouvernements locaux. Ainsi, le coût de la collecte d'informations se voit largement accru lorsque le gouvernement central régule l'économie par rapport au coût qu'auraient supporté les gouvernements locaux. Ceci est dû à l'incroyable difficulté que rencontre le gouvernant central à acquérir régulièrement l'information opportune afin de réguler le marché dans la direction souhaitée (ce que Hayek (1945) appelle « le problème de la connaissance »). Précisément, le gouvernement central est réticent à rechercher les préférences locales des particuliers afin d'adapter les réglementations à leurs propres préférences. Mais surtout, le gouvernement central peine à découvrir ces préférences locales, quand bien même il souhaiterait les découvrir. Ceci résulte du fameux « problème de la révélation des préférences »¹³⁷.

Par opposition, les particuliers et les entreprises sont capables de choisir la réglementation qui maximise leurs utilités respectives. L'efficacité allocative est alors accrue dès lors que les agents économiques choisissent la réglementation correspondant à leurs préférences personnelles (Weingast 1995). Par exemple, la décentralisation accrue de la politique européenne de concurrence, en ce qui concerne la mise en application de cette politique, prend en considération ces coûts plus importants qu'une telle mise en application centralisée aurait fait supporter à l'autorité centrale par rapport aux autorités décentralisées¹³⁸. Dans une situation dans laquelle les

137 Hemming et Spahn (1997 : 111) ; Zimmermann et Henke (2001)

138 Règlement 1/2003 de 2004 « modernise » la politique européenne de concurrence par cette déléation. Voir Frison-Roche (2006).

préférences hétérogènes des votants sont si divergentes les unes des autres que ces préférences ne se rejoignent pas ou très peu, la décentralisation devient alors la solution la plus efficace parce que celle-ci minimise les coûts politiques. Le fait, pour une réglementation centralisée, de s'éloigner de réglementations maximisant les utilités des votants, augmente les coûts politiques. En effet, des négociations doivent alors prendre place entre acteurs politiques, au niveau central, afin de minimiser la perte d'utilité subie par ceux-ci car une réglementation homogène est imposée en dépit de préférences hétérogènes (Breuss et Eller 2004 : 30).

Le processus décisionnel centralisé devient inopérant pour prendre en considération cette hétérogénéité de préférences, alors que cela aurait été possible dans le cadre décentralisé de règles juridiques personnalisées. Ainsi, « *even if the central government would more efficiently carry out some activities, considerations of "political efficiency" may justify assigning such functions to the states* » (Ribstein et Kobayashi 2006 : 5). Par exemple, les préférences environnementales hétérogènes divergent grandement étant donné qu'une conciliation inévitable s'opère entre, d'une part, la pollution et, d'autre part, le niveau d'emplois, une conciliation devant naturellement prendre en compte les préférences des votants pour être tranchée¹³⁹ (Butler et Macey 1996 ; Oates 1998 ; Farber 1986 : 413 ; Revesz 1992 : 1242-1247).

Deuxièmement, le processus de décentralisation permet d'instiller un effet disciplinaire sur les systèmes de réglementations nationaux. Grâce à un choix accru de réglementations, les coûts administratifs et bureaucratiques du Léviathan sont comprimés. Les gains d'efficacité gagnés par cet effet disciplinaire de la concurrence régulatrice sont intuitifs lorsque l'on compare le gouvernement à un monopoleur offrant des réglementations nationales. A l'inverse, la standardisation centralisée fonctionne à la manière d'un cartel régulateur formé aux fins de réguler le marché au détriment des consommateurs (ici des citoyens) et, par là même, accroissent les prix

139 Cremer *et al.* (1994 : 5).

attachés aux réglementations tout en réduisant l'efficacité économique générale (Esty et Gérardin 2004 : 33). Concernant la concurrence fiscale, le gouvernement étant ouvert à la concurrence comprend la nécessité qu'il y a d'offrir de biens publics à un taux minimum d'imposition, ainsi accroissant l'efficacité productive de gouvernements mis en concurrence. En effet, « *Pareto efficiency can be raised through fiscal decentralization* » affirme Thiessen (2000:5).

La concurrence fiscale et régulatrice conduit dès lors, soit à une surenchère au moins-disant (« *race-to-the-bottom* »), soit à une surenchère au mieux-disant (« *race-to-the-top*»), mais quoiqu'il en soit l'optimalité semble accrue (« *race-to-efficiency* »). La concurrence entre les diverses normes juridiques débouche sur une sorte d'évolution darwinienne du droit dans laquelle les règles juridiques les plus efficaces survivent¹⁴⁰, d'où l'efficacité supposée plus grande des règles de *Common Law* (Priest 1977). Ribstein et Kobayashi (1997 : 4) avancent, quant à eux, que l'efficacité de la concurrence régulatrice dépend principalement de la possibilité pour les externalités d'être minimisées, grâce à la concurrence des choix faits, afin de compenser les externalités négatives créées par les comportements dérégulés. L'efficacité évolutionnaire (ou efficacité dynamique) des influences juridiques et des sources du droit (Mattei 1994) est généralement reconnue par la doctrine touchant à l'analyse économique du droit comparé (Mattei 1994 ; Ogus 1999 ; Smits 2002). En cela, la concurrence régulatrice est envisagée comme moteur d'efficacité économique, parce que les règles juridiques les plus efficaces resteront incontestées et ainsi seront exportées et généralisées par le jeu de la concurrence des influences juridiques et des sources du droit entre elles (Mattei 1994).

Enfin, la décentralisation rend possible l'innovation et l'expérimentation juridiques. La elle permet aux agents économiques de découvrir la réglementation répondant au mieux à leurs besoins, à la fois sur la forme et sur le fond¹⁴¹. L'information asymétrique est compensée grâce à la

140 Voir Zywicki (2003 : 643-644).

141 Voir, par exemple, Vihanto (1992 : 415) ; Parisi et Ribstein (2006 : chap.10).

concurrence régulatrice qui permet de réduire les coûts d'information du fait de la phase *a priori* de découverte et d'expérimentation de réglementations importées. Les différents niveaux de gouvernance fonctionnent à la manière de laboratoires selon Oates (1999)¹⁴². Après cette phase d'expérimentation réglementaire, la concurrence facilite l'innovation régulatrice grâce à l'information accumulée concernant les différentes alternatives possibles. Un véritable « marché à réglementations » émerge et celui-ci donne aux agents économiques accès à de l'information grâce au processus d'apprentissage (induisant une réduction des coûts d'information) et, en retour, cette information permet l'élaboration optimale de réglementations locales (induisant davantage d'efficacité régulatrice) selon un raisonnement Hayekien¹⁴³.

Il s'ensuit que les différents éléments d'un raisonnement économique que nous avons détaillés, tels que l'hétérogénéité des préférences et l'efficacité du processus de concurrence régulatrice, pourraient amener à la conclusion selon laquelle la décentralisation fait encourir à la société des gains d'efficacité¹⁴⁴. En dépit de ces gains d'efficacité probablement dégagés par davantage de décentralisation du processus décisionnel – donc du principe de subsidiarité dans l'UE –, il importe de ne pas ignorer les gains d'efficacité parallèles que la centralisation peut

142 Le Juge de la Cour Suprême, Brandeis, dans son opinion dissidente dans l'affaire *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932), déclara que « *it is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country* ».

143 Concernant le droit de la concurrence, voir Van den Bergh et Camesasca (2006 : chap.10).

144 D'aucuns pourraient affirmer que ces gains d'efficacité dégagés par la décentralisation pourraient amener à la désintégration des Etats. Lorsqu'il est combiné avec l'intégration économique des gouvernements, le processus de décentralisation maximise les bénéfices économiques tout en réduisant les bénéfices politiques d'appartenance à un Etat particulier. Dès lors, cette sorte de paradoxe de l'intégration économique entre le niveau décentralisé de gouvernance amenant à la désintégration politique au sein même de ces niveaux de gouvernance est notamment démontré par Reta (2005). Cet auteur contribue à cette idée selon laquelle l'intégration économique européenne entre Etats Membres permet d'expliquer la montée du séparatisme politique dont témoignent nombres d'Etats Membres de l'UE.

apporter. Nous allons détailler dès à présent ces gains d'efficacité dérivés du processus de centralisation.

ii) Economie de la centralisation

La logique économique justifiant la centralisation ramène à la question de l'efficacité de l'harmonisation des normes et autres standards. L'adoption de la règle harmonisée permet clairement de jouir d'économies d'échelle, ce qui permet de bénéficier de gains d'efficacité¹⁴⁵. Ces gains d'efficacité sont possibles seulement en la présence d'externalités destinées à être ainsi internalisées par les rendements croissants d'une production juridique¹⁴⁶.

L'approche économique du fédéralisme est souvent rattachée à l'article fondateur de Tiebout (1956) dans lequel ce dernier affirme que les biens publics peuvent être pourvus par des interventions publiques de manière efficace dans le cadre d'une concurrence inter-étatique et inter-régionale caractérisée par la mobilité totale des facteurs de production et des personnes entre territoires. Dans ce modèle, les biens publics sont, non seulement, produits d'une manière efficace mais également, alloués de manière efficace entre les différents niveaux de compétences si (i) les facteurs de productions et personnes sont mobiles, (ii) le nombre de centres de décisions publiques sont suffisamment nombreux, (iii) le choix des normes à appliquer est libre pour chacun de ces centres, (iv) et s'il n'y a pas d'externalités (Oates 1972). Néanmoins, les

145 Voir, notamment, Eichenberger et Hosp (2001) ; Bednar *et al.* (1996 : 282) affirmant : « *Membership in federations is costly ; members hope to increase their security or rates of economic growth, but they pay for these benefits by ceding some authority to the central government* ».

146 « *Budgetary intervention at the Community level ought to be admitted only in the presence of cross-border externalities or economies of scale, which cannot be properly alleviated by a simple coordination between concerned national governments* » (Bureau et Champsaur 1992 : 89).

hypothèses d'étude du modèle de Oates (1972) sont si restrictives que l'on peut légitimement en déduire que, du fait précisément de ces hypothèses peu réalistes, les bénéfices escomptés de la concurrence régulatrice et fiscale sont largement surestimés. Ainsi, des hypothèses plus réalistes *a contrario* favoriseraient davantage de centralisation.

De plus, la centralisation pourrait comporter une plus grande probabilité de risque de capture de rentes économiques¹⁴⁷. En effet, des décideurs politiques moins nombreux (finalement, un seul) créent davantage de pressions pour le décideur central : les chercheurs de rentes peuvent concentrer leurs efforts sur un seul décideur politique tout en espérant des bénéfices économiques importants, et ainsi influencer le territoire de manière centralisée. Cependant, un contre-argument peut être formulé concernant la facilité accrue de capture par les agents économiques des rentes de la part des décideurs décentralisés, étant donné ils peuvent être assimilés à des (quasi-) monopoleurs dans la production du droit dans une juridiction donnée (Ogus 2002). Les décideurs politiques locaux peuvent être sujets à davantage de capture en ce qui concerne les coûts de réputation, étant donné que moins de personnes peuvent être capables d'avoir à connaître la capture, et même si celle-ci est identifiée, elle peut être justifiée au motif d'un protectionnisme économique local¹⁴⁸.

147 La recherche de rentes économiques (« *rent-seeking*») fait référence au fait que des groupes d'intérêts privés gagnent des rentes économiques au détriment du bien-être social et ce, grâce à la protection réglementaire d'agents économiques moins efficaces par le biais d'influences politiques. La doctrine, concernant le coût social causé par la recherche de rentes, s'étend sur plusieurs décennies maintenant, et est passé en revue dans Congleton *et al.* (2008). L'article fondateur fut celui de Tullock (1967) dans lequel l'auteur affirma que « *transfers themselves cost society nothing, but for people engaging in them they are just like any other activity, and this means large resources may be invested in attempting to make or prevent transfers. These largely offsetting commitments of resources are totally wasted from the standpoint of society as a whole* » (Tullock 1967:230).

148 Faure et Johnson (2009) décrivent ce qu'ils appellent être un paradoxe du droit fédéral de l'environnement, en cela que les problèmes locaux (tels que les déchets) sont fédéralisés alors qu'ils ne créent pas d'externalités inter-juridictionnelles.

Le fédéralisme coopératif (« *cooperative federalism* ») est une notion selon laquelle la centralisation est efficiente si, et seulement si, le processus centralisateur est unanimement voulu par toutes les entités décentralisées. Mais, du fait de la présence de coûts de transactions trop importants (Coase 1960), pour que les négociations entre gouvernements locaux prennent place, l'optimalité au sens de Pareto peut difficilement être atteinte à cause d'inaccessibles internalisations d'externalités (Wittman 1989 ; Ellickson 1979). Cependant, l'efficacité au sens de Pareto est très restrictive¹⁴⁹ et ainsi, une acception plus lâche de la notion d'efficacité économique déduite du critère d'efficacité, au sens de Kaldor-Hicks, se doit d'être adoptée afin de surmonter les blocages pratiques d'accords inter-juridictionnels. En fait, l'efficacité, au sens de Kaldor-Hicks, exige seulement qu'une majorité des décideurs gagnants au changement juridique, au lieu d'une unanimité, gagnent suffisamment de telle sorte que les perdants à ce changement juridique, peuvent être compensés, permettant ainsi à tout le monde d'être mieux lotis. La société peut ainsi jouir de différents bénéfices économiques

Cependant, il est possible d'appréhender ces lois et décisions judiciaires d'un point de vue de l'efficacité. La Cour Suprême et la Cour de Justice semblent avoir été désireuses de promouvoir l'émergence d'un marché pour les déchets, de telle manière que l'efficacité allocative est accrue aux Etats-Unis et dans l'UE respectivement. Ce raisonnement rejoint ce que Weingast (1995) appelle « *market-preserving federalism* ». De plus, il est néanmoins vrai que les groupes d'intérêts privés sont capables de rechercher davantage de centralisation afin de faciliter la recherche de rentes. Ainsi, les groupes d'intérêts aux Etats-Unis ont réussi à faire adopter un nombre importants de lois en peu d'années, une réussite qui n'aurait pas pu être atteinte, si rapidement et si largement, dans un processus décisionnel décentralisé. Par exemple, le Congrès a adopté le *National Environmental Policy Act* en 1970 (Pub. N°91-190, 83 Stat. 852) ; *Clean Air Amendments* en 1970 (Pub. N°91-604, 84 Stat. 1676) ; *Federal Water Pollution Control Act Amendments* en 1972 (Pub. N°92-500, 86 Stat.816) ; *Federal Environmental Pesticide Control Act* (Pub. N°92-516, 86 Stat.973) ; *Marine Mammal Protection Act* de 1972 (Pub. N°92-522, 86 Stat.1027) ; *Noise Control Act* de 1972 (Pub. N°92-574, 86 Stat.1234) ; *Coastal Zone Management Act* (Pub. N°92-583, 86 Stat.1280) ; *Endangered Species Act* de 1973 (Pub. N°93-205, 87 Stat.884).

149 Voir Cooter (1982).

grâce à une réglementation plus centralisée dès lors que l'efficacité, au sens de Kaldor-Hicks, est accrue.

Aussi, lorsque les préférences des décideurs politiques et/ou des votants sont (quasi-) homogènes, alors ces préférences se recoupent et se rejoignent, de telle façon qu'une réglementation de compromis au niveau central peut être élaborée, maximisant l'utilité de chaque entité décentralisée relativement à l'utilité des autres entités décentralisées. Ceci est encore plus probant lorsque l'hypothèse de gouvernements locaux ayant des comportements non-coopératifs est introduite. Alors, les gouvernements locaux peuvent volontairement accroître les coûts d'information (par exemple concernant la révélation des préférences des votants) ou les coûts de supervision (par exemple l'asymétrie d'information rend possible pour des gouvernements locaux de cacher leurs (in)actions). Afin d'éviter des comportements stratégiques inefficients de la part des gouvernements locaux, l'harmonisation devient alors la solution la plus efficace. L'harmonisation juridique peut être justifiée également au motif que lorsqu'un gouvernement modifie son droit, afin de se conformer à un droit étranger, alors il supporte les coûts de modification juridique (« *legal switching costs* »). Or, les deux gouvernements (c'est-à-dire, à la fois celui exportant sa règle juridique et celui important cette règle) bénéficient d'économies d'échelle et de l'équilibre réduction des coûts de transactions, rendus possibles par la moindre divergence dans les systèmes juridiques. Ainsi, chaque gouvernement préfère l'harmonisation juridique par l'exportation de ses normes juridiques à l'harmonisation par l'importation de nouvelles normes, afin d'éviter de supporter les coûts de modification lors d'importations juridiques. Dans leur modèle, dans lequel deux gouvernements échangent des biens et services, où un seul gouvernement modifie son droit, tandis que ces deux gouvernements bénéficient du changement juridique, Garoupa et Ogus (2006) concluent que la solution de la centralisation devient économiquement la seule envisageable afin de surmonter les problèmes de coordination. Les gouvernements délèguent ainsi à cette autorité centrale le pouvoir harmonisateur. La mutualisation des coûts de modification juridique permet

d'éviter le problème économique des passagers clandestins (*« free-ridership »*). La réduction des coûts, dus aux comportements stratégiques, est plus importante que la réduction des bénéfices attendus et dérivés de la maximisation de provision de services publics locaux. L'institutionnalisation des comportements des gouvernements locaux, par le biais de l'harmonisation, devient alors la réponse optimale (Garoupa et Ogus 2006).

De plus, la concurrence régulatrice fait encourir des coûts pour les gouvernements locaux. Affirmer que la concurrence inter-juridictionnelle augmente l'efficacité économique, implique (dans des modèles tels que celui proposé par Farber 1986 et celui de Revesz 1992) des préférences homogènes au sein des gouvernements locaux et une concurrence parfaite, de telle sorte que les profits des monopoleurs et les rentes économiques soient inexistantes. Dans la réalité, cependant, le résultat d'une concurrence inter-juridictionnelle est, par exemple en ce qui concerne la protection environnementale, très probablement un équilibre sous-optimal quant au niveau de protection environnementale et du fait de la tendance pour les gouvernements locaux d'attirer les facteurs de productions mobiles, tels que le capital et les travailleurs qualifiés. Cet équilibre sous-optimal résulte du fait que la concurrence inter-juridictionnelle n'est pas synonyme de la concurrence dans le marché : les gouvernements locaux peuvent très difficilement négocier sur leurs externalités dans un schéma Coasien¹⁵⁰. Même si les négociations Coasiennes entre gouvernements locaux pouvaient être envisagées, les ressources allouées pour ces négociations feraient décroître la richesse totale du fait des coûts transactionnels (Olson 1969 ; Inman et Rubinfeld 1997b : 78-79)¹⁵¹. Le coût social, supporté par les externalités non réduites, peut rendre quasiment tout le monde moins bien lotis avec certainement une seule entité décentralisée (Engel 1997 : 302-305 ; Revesz 1992 : 1213-1227 ;

150 Voir Coase (1960) ; Cooter (1982) et Ellingsen (1998).

151 Schapf (1997 : 70) affirme « *As a number of affected parties increases [...] negotiated solutions incur exponentially rising and eventually prohibitive transaction costs* ».

Rose-Ackerman 1992 : 166-170 ; Markusen *et al.* 1995). Une course à la surenchère (« *race-to-the-bottom* »¹⁵²) entre les systèmes régulateurs des gouvernements locaux s'engage au détriment d'une trop grande déréglementation. Alors, les coûts sociaux s'accroissent considérablement sur le long terme. Il s'ensuit que les gouvernements locaux abrogent les réglementations économiquement rationnelles afin de rester attractifs dans cette concurrence entre eux (Samuelson 1954). Par ailleurs, la concurrence régulatrice est intrinsèquement liée au concept de concurrence fiscale qui conduit à l'émergence d'une taxation régressive pour les facteurs mobiles de productions, alors que les politiques redistributives en faveur des personnes modestes, et moins mobiles, sont attaquées (Epple et Romer 1991). La concurrence fiscale peut également amener à une solution inefficace du fait d'une possible sous-provision de biens publics (Oates 1997 : 142-143). Par conséquent, le capital est insuffisamment imposé par rapport à l'imposition du travail avec, pour effet, d'offrir insuffisamment de biens publics locaux (Goodspeed 1999 ; Baldwin et Krugman 2000). Les externalités et autres « *spill-overs* » sont réduits le plus aisément par l'établissement d'une imposition (Krelove 1992).

152 Le terme « *race-to-the-bottom* » a été pour la première fois utilisé par Justice Brandeis en 1933 dans l'affaire *Liggett Co. v. Lee* (288 U.S. 517, 558-559). Il est intéressant de remarquer pour notre propos que Justice Brandeis, dans son argumentation dénonçant les Etats fédérés qui se livraient une concurrence pour attirer les entreprises à s'installer dans leurs territoires, utilise indifféremment « *race-to-the-bottom* » pour synonyme de ce que d'autres appellent « *race to efficiency* ». Esty et Gérardin (2004 : 30) résume : « *To the extent that there is a race, it generates welfare gains* ». Ainsi, la surenchère au moins-disant serait synonyme de course à l'efficacité régulatrice et fiscale. La formation économique de Justice Brandeis fut véritablement généralisée dans la doctrine par l'article de Cary (1974) concernant le droit des sociétés. La surenchère au moins-disant est particulièrement bien illustrée dans ce domaine du droit, dans le sens où les règles juridiques, concernant l'établissement de sociétés, rentrent directement en concurrence du fait de la mobilité possible des sièges sociaux des sociétés. Dès lors, l'attractivité d'une région se fait sur le faible niveau de régulation et de taxation des sociétés, d'où cette surenchère à la région la moins-disante.

Enfin, à l'opposé d'un risque de sous-réglementation, il existe paradoxalement un risque de sur-réglementation en raison de la volonté des décideurs politiques locaux d'adopter des politiques protectionnistes. Ces politiques peuvent résulter de la volonté de bloquer ou rendre moins avantageuse l'entrée de biens et personnes, plus efficaces, afin que les biens locaux soient artificiellement protégés de cette possible concurrence extérieure (Sun et Pelkmans 1995 : 85). L'argument, selon lequel cette tendance des gouvernements locaux à amplifier les coûts de mise en conformité d'un système juridique avec un autre, équivaut à une surenchère au mieux-disant (« *race-to-the-top* ») et est faible étant donné que la tentation protectionniste reste forte pour les gouvernements locaux. Une sur-réglementation sous-optimale guette les gouvernements locaux, considérant que ceux-ci cherchent à protéger leurs entreprises et travailleurs au détriment des plus efficaces présents à l'extérieur. De plus, un gouvernement local peut volontairement choisir d'augmenter les coûts d'adaptation au système juridique afin, précisément, de protéger les ressources locales au détriment de l'efficacité allocative (Carbonara et Parisi 2007). Des gains d'efficacité sont alors gagnés grâce à l'internalisation des externalités inter-juridictionnelles (Färber 2001). En effet, les externalités générées par les gouvernements locaux peuvent être soit positives (et ainsi amener une sous-réglementation sous-optimale), soit négatives (et ainsi déboucher sur une sur-réglementation sous-optimale). Dans les deux cas, la présence de coûts de transactions importants pour des négociations Coasiennes implique que des mesures réglementaires soient adoptées afin d'internaliser ces externalités causées d'inefficacité.

En conclusion, la centralisation renforce le fonctionnement des marchés et ainsi augmente l'efficacité économique et la croissance économiques¹⁵³. La société s'accommode de gouvernements limités ; elle favorise les niveaux de gouvernance décentralisés pour l'exercice de

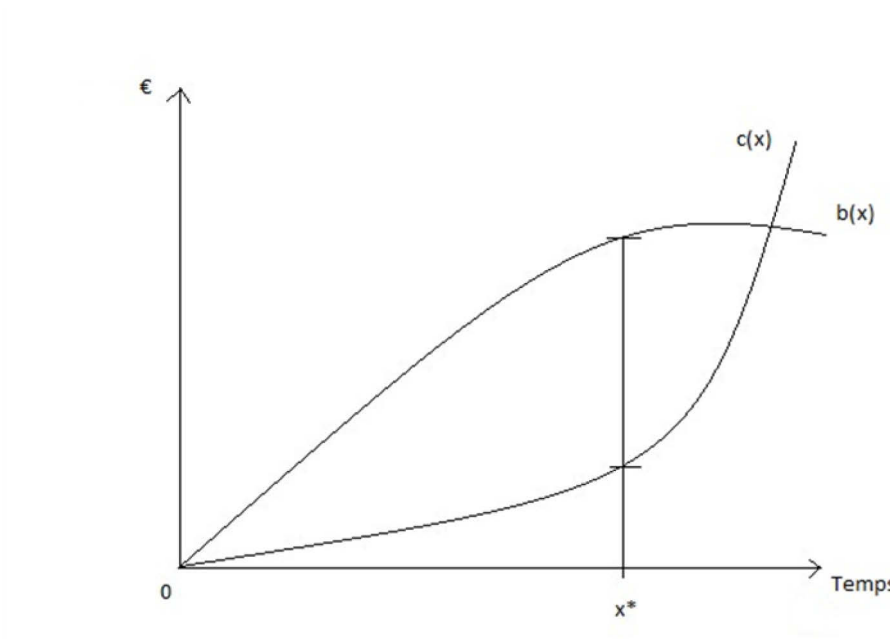
153 Voir, notamment, Weingast (1995) qui appelle « *market-preserving federalism* » cette institutionnalisation promouvant l'efficacité économique ; Qian et Weingast (1997). Pour une critique de cette idée, voir Rodden et Rose-Ackerman (1997).

compétences réglementaires, alors que le niveau central de gouvernance (devant faire face à des contraintes budgétaires et monétaires) limite les comportements tels que les passagers clandestins (« *free-riders* ») par les gouvernements locaux¹⁵⁴. En effet, les gains et les pertes d'efficacité engendrés, à la fois par le processus de centralisation et par le processus de décentralisation, complexifient, voire rendent impossible, toute conclusion normative quant à l'efficacité du principe de subsidiarité. Pourtant, sans aucun doute, une gouvernance multi-niveaux est la solution la plus efficace qui soit.

En effet, parce que la diversité juridique est synonyme d'accroissement des coûts de transactions et donc des barrières aux échanges, tout gouvernement devrait, a priori, préférer l'harmonisation juridique. Cependant, comme nous venons de le voir, le processus d'harmonisation, tout comme une décentralisation totale, fait supporter, à la fois, des bénéfices et des coûts. Cela conduit à un besoin de réduire les coûts induits par l'harmonisation juridique jusqu'au point où le bénéfice marginal, déduit de cette réduction des coûts de transaction, est égal au coût marginal induit par davantage de décentralisation. Les coûts créés par l'harmonisation juridique, $c(x)$, peuvent légitimement être considérés comme formant une courbe convexe, étant donné que la première norme juridique harmonisée porte sur les domaines touchant le moins à la souveraineté de l'Etat et, ainsi, faisant supporter des coûts pour la société, limités en terme de perte de souveraineté. Ainsi, les coûts de l'harmonisation juridique sont $c(0)=0$, $c'(x)>0$, $c''(0)>0$ et $c''(x)>0$. D'autre part, les bénéfices découlant de cette harmonisation juridique peuvent légitimement être considérés comme formant une courbe concave, étant donné que la première norme harmonisée est généralement celle touchant à la facilitation du commerce, tandis que les normes juridiques, harmonisées par la suite, concernent davantage la culture juridique du pays pour laquelle les bénéfices nets (la facilitation du commerce moins les coûts politiques et sociaux) sont

154 Esty et Gérardin (2004) parlent de « co-opération ».

réduits. Ainsi, les bénéfices de l'harmonisation juridique sont $b(0)=0$, $b'(\cdot)<0$, $b''(0)<0$ et $b''(\cdot)<0$. Lorsque les coûts sont supérieurs aux bénéfices dégagés par davantage de centralisation, cela devient nécessairement inefficace de continuer à harmoniser au-delà du point représenté par x^* dans le graphique ci-dessous :



Conséquemment, il existe un niveau de centralisation optimale (et respectivement un niveau de décentralisation optimale) illustré par x^* où les coûts de la gouvernance multi-niveaux sont minimisés. Etant donné les coûts et bénéfices respectifs de la subsidiarité et de l'harmonisation juridique, la solution la plus efficace serait d'adopter une gouvernance multi-niveaux entre les échelons supranationaux, nationaux et régionaux, pour exercer les compétences publiques (Hooghe and Marks 2001). C'est précisément la gouvernance multi-niveaux – c'est-à-dire la garantie de la jouissance de gains d'efficacité lorsque les règles juridiques sont élaborées en conformité avec le principe de subsidiarité – qui a été constitutionnalisée dans les Traités Européens, comme nous le démontrons à présent.

b. L'Effizienz du Principe de Subsidiarité dans le Droit Primaire Européen

De façon préliminaire, on peut rappeler le contenu de l'Article 5.3 du TUE qui est le suivant :

« En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union [...] »

De cet Article, un double test est implicitement instauré pour l'application du principe de subsidiarité pour que l'UE puisse agir dans les domaines où celle-ci dispose d'une compétence non-exclusive. Cet article pose une présomption selon laquelle les États Membres (au niveau national ou régional selon l'article 5.3 du TUE) disposent d'une priorité pour agir dans les domaines de compétences partagées avec l'UE, à moins que cette présomption ne soit renversée au bénéfice de l'action européenne si, et seulement si, ce double test est passé.

Ce double test comprend un test de suffisance : l'Article 5.3 du TUE affirme que « l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local ».

D'autre part, l'Article 5.3 du TUE comporte un test de la valeur ajoutée lorsque il énonce que les objectifs « peuvent [...] être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action

envisagée, [atteints] au niveau de l'Union » (Estella 2005 : 93). Les deux tests sont cumulatifs¹⁵⁵, et le test de suffisance est la condition *sine qua non* au test de la valeur ajoutée.

Le test de suffisance est similaire à un test d'effectivité : l'UE n'intervient que si les actions entreprises par les Etats Membres sont, soient ineffectives, soient inexistantes en dépit du fait qu'il faille agir dans un domaine particulier. L'UE est autorisée à agir, à la double condition que cette action vienne répondre à l'ineffectivité des mesures au niveau des Etats Membres et que l'UE garantisse l'effectivité de sa propre action. Une action ineffective des Etats Membres ne saurait en aucun cas être remplacée par une action ineffective des institutions européennes, la décentralisation sera toujours préférée dans une situation où les deux sortes d'actions sont ineffectives. La logique, derrière ce double critère d'effectivité, est de garantir l'effectivité de l'intervention juridique, effectivité inhérente au test de suffisance.

Le test de la valeur ajoutée est similaire à un test d'efficacité : l'UE n'intervient que si une telle action apporte des bénéfices nets supérieurs à ceux que d'aucuns auraient pu espérer par les différentes actions des Etats Membres. Ces bénéfices nets peuvent être plus importants du fait de l'ineffectivité de l'action des Etats Membres ou du fait de l'efficacité moindre des mesures nationales, par rapport à l'efficacité des potentielles actions des institutions européennes¹⁵⁶. Une analyse de l'efficacité comparée est ainsi effectuée entre, d'une part, l'analyse coûts-bénéfices des

155 L'article 5 du Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, ajouté par le Traité d'Amsterdam énonçait : « Pour être justifiée, une action de la Communauté doit répondre aux deux aspects du principe de subsidiarité : les objectifs de l'action proposée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par l'action des États membres dans le cadre de leur système constitutionnel national et peuvent donc être mieux réalisés par une action de la Communauté ».

156 Lanaerts (1994) précisa que le test de subsidiarité de l'ancien Article 130r(4) exige « *a comparative enquiry into the efficiency of the community and the individual Member States in attaining the objectives of European environmental policy [...]* ». Plus généralement, ce test peut être rapproché de l'analyse institutionnelle comparée, dans laquelle les coûts des échecs de marchés sont mis en balance avec les coûts de centralisation (Demsetz 1969). Voir aussi Pennings (1993 : 160).

actions des Etats Membres et, d'autre part, l'analyse coûts-bénéfices des actions potentielles de l'UE. Le niveau de gouvernance maximisant les bénéfices nets est le niveau de gouvernance le plus approprié pour l'intervention juridique, et par là même, passe le test général de conformité de la mesure avec le principe de subsidiarité. Par conséquent, on peut résumer la substance même du principe de subsidiarité en affirmant que ce principe, inscrit dans les Traités européens, contient une logique économique intrinsèque par ce double test décrit.

Grâce à l'instauration de ce double test, le principe de subsidiarité comprend, en son sein, le principe d'efficacité économique et contribue ainsi, à travers sa généralisation, à la promotion de l'efficacité économique d'ensemble¹⁵⁷.

Dès lors, et en opposition aux critiques selon lesquelles il pourrait bloquer la concurrence institutionnelle (Kirchner 1997 : 80), l'Article 5.3 du TUE, et plus généralement le principe de subsidiarité, permet l'élaborer une analyse de l'efficacité comparée, entre la concurrence régulatrice par la décentralisation et l'harmonisation juridique par la standardisation. Afin de mettre en place le principe de subsidiarité, on doit établir si un acte juridique donné passe le test d'efficacité inhérent à l'Article 5.3 TUE. La dimension prescriptive du principe de subsidiarité (ou subsidiarité négative) énonce que l'autorité centrale est empêchée d'intervenir en absence d'efficacité comparée pour une telle intervention. Aussi, une autre dimension du principe de subsidiarité touche à la dimension prescriptive de ce principe (ou subsidiarité positive), qui affirme que l'autorité centrale doit intervenir lorsque cette intervention est comparativement efficace¹⁵⁸.

157 Précisément, Pelkmans (2005 : 43) ajoute : « *[T]he efficiency function of the EU is by far the most important one for application of the subsidiarity principle* ».

158 Voir, en ce sens, Endo (1994 : 2054) et Dehousse (1994 : 10) pour une discussion concernant la subsidiarité positive et négative.

En saisissant le principe de subsidiarité comme un principe économique, les juristes et décideurs politiques peuvent avoir de meilleures lignes de conduite quant à leur compréhension de ce principe, à première vue, abstrait. Ce principe peut et se doit d'être traduit en termes économiques pratiques et concrets¹⁵⁹. Si le principe de subsidiarité peut difficilement être assimilé à un principe juridique ordinaire, il ne saurait être un principe simplement politique : le principe de subsidiarité est un principe d'efficacité qui a été interprété comme tel par la CJUE, comme nous le démontrons dès à présent¹⁶⁰.

159 Oostlander affirme que la logique d'efficacité, sous-jacente au principe de subsidiarité, ne doit pas être la seule logique de ce principe : une justification morale doit prévaloir la justification d'efficacité. En effet, Oostlander affirme que « *the first mistake being made concerns the neglect of the moral contents of the concept. Many think that subsidiarity is only about the allocation of competence according to the criterion of efficiency [...] Accepting the touchstone of efficiency only conceals the moral issue. For efficiency itself should have a purpose [...] Political practice insufficiently acknowledges that subsidiarity is intimately linked with social personalism* » (Oostlander cité et traduit par Van Kersbergen et Verbeek, 1994 : 224) Oostlander défend ici une interprétation communément admise du principe de subsidiarité correspondant à la doctrine sociale de l'Église Catholique d'où ce principe est originaire. Ajouter une justification morale au principe de subsidiarité n'est pas éclairante pour une meilleure compréhension de la jurisprudence européenne, étant donné que la CJUE ne se réfère jamais à une justification morale dans les affaires touchant au principe de subsidiarité, comme nous allons le voir. De plus, cette approche moraliste affaiblit l'importance de la logique de l'efficacité du principe de subsidiarité, alors même que c'est cette même logique (à la fois le principe et la jurisprudence correspondante) qui a permis d'être acceptée par tous les États Membres.

160 Il est important de préciser, à ce niveau de notre étude, que définir le principe de subsidiarité, ni comme un principe juridique, ni comme un principe politique, mais plutôt comme un principe économique comprenant l'efficacité économique, ne doit pas conduire le lecteur à conclure que il peut aisément être défini relativement à ses conséquences. En effet, c'est précisément le contraire que nous avons voulu démontrer dans cette section du fait des effets économiques ambivalents du principe de subsidiarité (créant soit des gains soit des pertes d'efficacité). Ainsi, il nous semble juste de rejoindre Blichner et Sangolt (1994 : 291-292) quand ces auteurs affirment que les tentatives de définir le principe de subsidiarité, en incluant « *goals, choice of the best alternative and [...] the expected effect of alternative actions [might be counter-productive] [...] A serious effort to construct a clear and unambiguous definition of subsidiarity will tend to undermine constructive debate whether the effort fails or not. It fails,*

3. Le principe de subsidiarité comme principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne

Nous allons analyser, dans cette section, la jurisprudence concernant le principe de subsidiarité élaborée par la CJUE. Cette jurisprudence révèle que la Cour interprète ce principe très timidement en adoptant une position de justice déléguée. La jurisprudence européenne s'illustre par un contrôle juridictionnel de la subsidiarité entendue d'un point de vue procédural (a), tandis que le contrôle juridictionnel de la subsidiarité entendue d'un point de vue plus substantiel est caractérisé par la retenue (b). Ces deux approches seront analysées dans une perspective de l'efficacité économique, au regard de ce qui aura été avancé précédemment sur l'imbrication naturelle de l'efficacité dans la subsidiarité.

a. L'efficacité du contrôle de pleine juridiction de la subsidiarité procédurale

the likely conclusion would be that the concept is too ambiguous and impossible to use. If successful, the matter would then be left to an established authority, like the courts, to decide. This would limit debate and Voirms counteractive to the very idea inherent in the principle of subsidiarity ».

Le principe de subsidiarité, pourrait-on affirmer, fonctionne comme un outil juridique pour un second contrôle juridictionnel exercé par la CJUE, le premier contrôle juridictionnel étant celui de la conformité des actes juridiques européens avec le principe des compétences d'attributions (Article 5 TUE). Le contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité ne se fait pas sans un scepticisme légitime, du fait des implications toutes politiques que comporte ce principe. Ainsi, la juridicité de ce principe a pu être questionnée¹⁶¹. Ce scepticisme, comme nous l'avons énoncé plus haut, est le fait de la logique économique inhérente à ce principe, une logique reprise par la CJUE dans sa jurisprudence.

La première affaire que les européens eurent à connaître et dans laquelle le principe de subsidiarité a été invoqué, fut l'affaire *SPO*¹⁶². Le Tribunal affirma que le principe de subsidiarité n'était pas un principe de droit européen avant l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht. Ainsi le principe de subsidiarité ne pouvait être un moyen de contrôle de la légalité des normes communautaires avant 1992.

Le Tribunal reconnut la juridicité du principe de subsidiarité dans l'affaire *Buralux*¹⁶³. Dans cette affaire, la Cour affirma que le principe de subsidiarité ne comportait pas la restriction de la marge d'appréciation laissée aux Etats Membres dans leurs compétences propres. Ainsi, est irrecevable l'argument selon lequel un Etat Membre aurait usé d'une trop grande discrétion dans l'élaboration d'une politique nationale, le principe de subsidiarité ne jouant qu'à l'égard de la

161 Voir par exemple, Bermann (1994a) ; Partan (1995) ; Toth (1994) ; Swaine (2000) affirme quant à lui que la subsidiarité judiciaire (la délégation par la CJUE de compétences judiciaires aux cours nationales) atténue les effets et la portée de la doctrine de la responsabilité des Etats Membres élaborée par la CJUE elle-même.

162 Affaire T-29/92 (1995) *SPO et autres contre Commission*, II-289.

163 Affaire C-209/94 (1996) *P Buralux e.a.*, I-615.

délimitation de la discrétion des institutions européennes dans leurs actions¹⁶⁴. Par exemple, les Etats Membres ne sauraient s'exonérer de leurs obligations de ne pas entraver la libre transmission de programmes audiovisuels dans l'UE sur le fondement du principe de subsidiarité¹⁶⁵.

La CJUE a, dans l'affaire *Allemagne contre Parlement Européen et Conseil*¹⁶⁶, à bon droit, jugé que du fait de son incapacité à entreprendre un test de l'efficacité comparée, la Cour se voit limitée à contrôler seulement le raisonnement donné par le législateur européen pour justifier l'acte juridique européen litigieux. Selon l'Allemagne, la directive précisait insuffisamment les besoins juridiques pour l'existence de cette directive (§23). Dès lors, le principe de subsidiarité est invoqué ici dans sa seule dimension procédurale¹⁶⁷. Il ne fait aucun doute pour la Cour que « tous les actes concernés contiennent un exposé des raisons qui ont amené l'institution à les arrêter [...] » (§25).

164 En l'occurrence, l'affaire Buralux concernait une société, Buralux SA, ayant amené des déchets ménagers, en provenance d'Allemagne, en France, en contravention d'un décret français prohibant un tel commerce. Les requérants arguèrent, sur le fondement du principe de subsidiarité, que la France n'aurait pas du jouir d'une aussi grande discrétion dans l'élaboration de ce décret. Cette argumentation n'a légitimement pas convaincu la Cour qui suivit son Avocat Général plaidant pour une interprétation stricte du principe de subsidiarité (voir Opinion AG Lenz (1995) C-209/94 , I-615).

165 Affaire C-11/95 (1996) *Commission v. Belgium*, I-4115.

166 Affaire C-233/94 (1995) *Allemagne contre Parlement Européen et Conseil*, I-2405.

167 En effet, la Cour relève que l'Allemagne « ne soutient pas que la directive a enfreint le principe de subsidiarité, mais reproche seulement au législateur communautaire de n'avoir pas fait état des motifs justifiant que son action était conforme à ce principe » (§24). Ensuite, la Cour en vient, par l'examen des considérants de la directive en cause, à étudier si le principe de subsidiarité a été violé ou non par cette directive : « En l'espèce, il y a lieu de constater que, au deuxième considérant de la directive, le Parlement et le Conseil ont estimé qu'il convenait « de se préoccuper de la situation susceptible de se produire en cas d'indisponibilité des dépôts d'un établissement de crédit qui a des succursales dans d'autres États membres » et qu'il était « indispensable qu'un niveau minimal harmonisé de garanties des dépôts soit assuré quelle que soit la localisation des dépôts à l'intérieur de la Communauté ». Ces considérations démontrent que le législateur communautaire estimait que l'objectif de son action pouvait, en raison des dimensions de l'action envisagée, être mieux réalisé au niveau communautaire. Le même

Néanmoins, une référence explicite dans l'acte en cause au principe de subsidiarité n'est pas exigée par la Cour¹⁶⁸. De plus, la Cour a, en l'espèce, précisé quel principe de subsidiarité comprend, non seulement, un élément concernant le caractère approprié de l'intervention juridique litigieuse, mais également un élément concernant l'intensité de cette intervention. Cette analyse est regrettable en ce qui concerne la facilité de compréhension du raisonnement judiciaire européen, en cela qu'une telle analyse de l'intensité des actes juridiques européens rejoint naturellement l'objectif visé par le principe de proportionnalité. En se référant au Protocole N°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, la Cour semble malheureusement assimiler un principe vers l'autre, sans distinction claire de chacun de ces deux principes. Cependant, la rationalité économique sous-jacente au principe de subsidiarité diffère de celle attachée au principe de proportionnalité, comme nous le verrons plus loin. Il nous semble dès lors que la Cour devrait se limiter au contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité, avec les seuls éléments faisant partie de ce principe – c'est-à-dire les tests d'effectivité et d'efficacité comparée – au lieu de confondre ces éléments avec des éléments extérieurs appartenant au principe de proportionnalité.

raisonnement réapparaît au troisième considérant dont il ressort que la décision sur le système de garantie compétent en cas d'insolvabilité d'une succursale, située dans un État membre autre que celui du siège social de l'établissement de crédit, produit des effets qui sont ressentis au-delà des frontières de chaque État membre. De plus, au cinquième considérant, le Parlement et le Conseil ont relevé que la suite donnée par les États membres à la recommandation de la Commission n'avait pas permis d'atteindre complètement le résultat souhaité. Ainsi, le législateur communautaire a constaté que l'objectif de son action ne pouvait pas être réalisé de manière suffisante par les États membres. De ces considérations, il ressort que, en tout état de cause, le Parlement et le Conseil ont précisé les raisons pour lesquelles ils estimaient que leur action était conforme au principe de subsidiarité [...] » (§26-28).

168 « Il ne saurait être exigé à cet égard que ce principe soit mentionné expressément » (§28).

Dans l'affaire *R v Secretary of State for Health*¹⁶⁹, la Cour précisa que le principe de subsidiarité était opérant également pour l'article [95 du TFUE] en cela que cet article n'attribue pas compétence exclusive aux institutions européennes pour la régulation du marché intérieur. Dès lors, toute mesure prise dans l'application de l'article [95] ne saurait être exempt du contrôle juridictionnel de la bonne application du principe de subsidiarité. Au lieu de se référer seulement aux considérants de la mesure en question pour apprécier la bonne application du principe de subsidiarité, comme cela a été le cas dans l'affaire *Allemagne v. Parlement Européen*, la Cour examina de façon plus détaillée ladite mesure aux fins d'apprécier sa rationalité économique de la mesure à la lumière du principe de subsidiarité. En effet, les objectifs de l'action en question, qui étaient l'élimination des entraves aux échanges intra-européens, du fait de régimes juridiques éparses dans les ventes liées au tabac, ont été estimés être mieux atteints au niveau européen par la Cour. Ainsi, la mesure se justifiait sur le principe de subsidiarité en raison des bénéfices économiques dont peuvent (préférer : pouvaient) ainsi profiter les entreprises européennes par davantage de centralisation juridique dans le domaine de la vente de produits liés au tabac.

La jurisprudence constante de la CJUE, concernant le contrôle juridictionnel¹⁷⁰ du contrôle de la conformité des mesures au principe de subsidiarité, se fait seulement au niveau de la subsidiarité procédurale (un contrôle juridictionnel des seuls motifs justifiant les actes juridiques européens) et non pas de la subsidiarité substantielle (un contrôle juridictionnel de l'efficacité comparée de l'acte en cause). Cette jurisprudence participe à la « procéduralisation » du principe de subsidiarité par le législateur européen (Bribosia 2005 : 54-58). Le contrôle juridictionnel exercé par

169 Affaire C-491/01 (2002) *R v Secretary of State for Health ex parte BAT and Imperial Tobacco*, I-1453.

170 Voir par exemple, C-377/98 (2001) *Netherlands v European Parliament and Council*, I-7079, §32 ; C-103/01 (2003) *Commission v Germany*, I-5369, §47 ; Affaires jointes C-154/04 et C-155/04 (2005) *The Queen, to the request of Alliance for Natural Health et Nutrilink Ltd v. Secretary of State for Health and The Queen, to the request of National Association of Health Stores and Health Food Manufacturers Ltd v Secretary of State for Health et National Assembly of Wales*, I-6451, §99.

la Cour, sur la seule subsidiarité procédurale, lui permet de laisser au législateur européen une très large marge d'appréciation pour intervenir lorsque celui-ci le juge opportun.

Il convient d'expliquer ce comportement du juge européen dans la perspective du test d'efficacité comparée inhérent au principe de subsidiarité comme nous l'avons précisé plus haut¹⁷¹. Seul le législateur est capable de faire une telle analyse d'efficacité comparée. Or, le législateur européen a précisément exprimé sa volonté de voir l'acte juridique en cause entrer en vigueur, sans quoi l'acte n'aurait pas été voté (ou décidé pour les décisions et résolutions). Ainsi, la Cour est réticente à juger le principe de subsidiarité, refusant de considérer l'élément central de ce principe qu'est le test d'efficacité comparée. La Cour adopte une approche très restrictive du principe de subsidiarité se cantonnant à accepter un grand nombre d'actes juridiques européens sur le fondement de leur seule subsidiarité procédurale (sans même de référence explicite). Le seul fait qu'une norme européenne fasse allusion à l'opportunité de son existence suffit à ce que la Cour conclue que le législateur européen a correctement appliqué le principe de subsidiarité.

Mais, étant donné le processus décisionnel européen rempli d'obstacles institutionnels, du fait des nécessaires consentements des institutions européennes représentant divers intérêts (supranationaux avec la Commission et le Parlement et intergouvernementaux avec le Conseil), comment serait-il possible qu'un acte juridique européen soit adopté, soit que celui-ci, soit considéré comme approprié du fait de ces majorités renforcées ? Ainsi, garantir que la subsidiarité ait été envisagée par le législateur européen revient, pour la Cour, à exiger que le législateur européen envisage d'agir lorsque celui-ci l'estime approprié. Cette circularité dans le raisonnement judiciaire européen, bien que pouvant troubler, n'est-il pas la meilleure façon pour la Cour de s'assurer que le législateur européen entreprend un test d'efficacité comparée, sans

171 De Burca (1998 : 219) suggère que « *the subsidiarity (« comparative efficiency ») principle comes into play to determine whether particular aims can best be achieved by the Community or the Member States* ».

dangereusement substituer l'analyse du législateur à celle du juge ? Cette approche est rationnelle d'un point de vue économique, ce qui est encore plus évident, dès lors que l'on rapproche ce contrôle juridictionnel de la subsidiarité procédurale avec la justice déléguée de la Cour concernant la subsidiarité substantielle.

b. L'efficacité de la justice déléguée de la subsidiarité substantielle

Lorsque l'UE dispose d'une compétence pour agir, alors la primauté du droit européen est entière et les Etats Membres sont dans l'obligation d'abroger les mesures violant le droit européen. Les Etats Membres peuvent agir, par la suite, seulement dans la mesure où ces règles juridiques sont compatibles avec celles adoptées par les institutions européennes. Cette jurisprudence constante de la CJUE est similaire à la doctrine dite de la préemption de la Cour Suprême américaine. La doctrine de la préemption et le principe de subsidiarité ont comme origine commune la division des compétences dans l'UE entre l'Union et les Etats Membres (Goucha Souares 1998)¹⁷². La division verticale des compétences, entre le gouvernement fédéral et les Etats fédérés, s'est vue précisée par l'*Executive Order* N°12612¹⁷³. Cet *Executive Order* correspond le mieux au principe européen de subsidiarité. Dans son Préambule, cet acte énonce qu'il est adopté « *in order to restore the division of governmental responsibilities between the national government and the States that was*

172 Voir C-111/76 (1977), *Officier van Justitie v. Beert van den Hazel*, I-901; C-148/78, (1979) *Pubblico Ministero v. Ratti*, I-1629; C-28/84 (1985) *Commission v. Germany*, I-3097 ; C-120/78 (1979) *Rewe-Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, I-649. Voir aussi Goucha Souares (1998).

173 *Executive Order* du Président Reagan du 26 Octobre 1987 N°12612, 52 FR 41685, 1987 WL 181433.

intended by the Framers of the Constitution and to ensure that the principles of federalism established by the Framers [...] ».

Les décennies 80 et 90 furent marquées par une vague de décentralisation à la fois aux Etats-Unis et dans l'UE. Ceci se produisit aux Etats-Unis par cet *Order* et dans l'UE par le principe de subsidiarité inséré avec l'Acte Unique Européen de 1986 pour la politique environnementale et, surtout, avec le Traité de Maastricht de 1992. Cependant, ce mouvement décentralisateur, voulu par les décideurs politiques, sera limité du fait de la nature politique des choix de division verticale de compétences. Ainsi, les deux Cours – la Cour Suprême et la CJUE – furent réticentes à interférer dans l'exercice des compétences dites partagées entre le pouvoir central et les entités décentralisées. Au contraire, les Cours peuvent être subrepticement favorables à davantage de centralisation, comme le montre l'exemple de la Cour Suprême qui a élaboré la doctrine dite de la préemption implicite (ou « *dormant préemption* »), qui crée le risque de fragiliser davantage le fédéralisme et l'autonomie des Etats fédérés étant donné que cette doctrine contient un biais centralisateur (Kramer 2000 ; Choper 1980 : 175-184).

Par ailleurs, en ce qui concerne l'interprétation de l'absence de mention expresse d'une possible préemption, dans l'affaire *Amsterdam Bulb*⁷⁴, la CJUE a interprété l'absence de disposition expresse, quant à la préemption des institutions européennes sur l'action des Etats Membres, comme équivalente à l'autorisation pour ces derniers d'agir. En revanche, cette déduction n'est pas systématique et la CJUE peut ainsi conclure de manière opposée, comme cela a été le cas dans l'affaire *Officier van Justitie*⁷⁵ où la CJUE déduisit, qu'en dépit du silence du législateur européen, les Etats Membres étaient tenus d'agir dès lors que la directive est en vigueur. Le Traité de Lisbonne vient clarifier cette doctrine de la préemption, non seulement en répartissant explicitement les

174 C-50/76 (1977) *Amsterdam Bulb*, I-137.

175 C-111/75 (1977) *Officier van Justitie*, I-901.

domaines de compétences entre les institutions européennes (Titre I du TFUE), mais surtout précisant cette répartition à l'Article 2 du TFUE :

« 1. Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence exclusive dans un domaine déterminé, seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les États membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union.

2. Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne. »

La Cour Suprême a souvent utilisé la doctrine de la préemption afin de fédéraliser des domaines de compétence, notamment le droit de l'environnement¹⁷⁶. Justice Antonin Scalia estime qu'appliquer une analogie entre la subsidiarité européenne et le fédéralisme américain revient à considérer le droit américain fédéral de la préemption des droits des États fédérés¹⁷⁷. La doctrine américaine de la préemption se retrouve dans la jurisprudence européenne, bien que sous une autre sémantique¹⁷⁸. La doctrine de la primauté du droit européen induit que lorsque les institutions

176 Par exemple, la Cour Suprême a, dans les affaires *International Paper et City of Milwaukee v. Illinois*, jugé que la réglementation fédérale fondée sur le *Clean Water Act* préempte les réglementations des États fédérés, et donc, ces derniers ne peuvent intervenir qu'à la marge pour définir des standards environnementaux plus stricts. Voir *International Paper Co. v. Ouellette*, 479 US 481 (1987) et *City of Milwaukee v. Illinois*, 451 US 304 (1981).

177 Antonin Scalia (1992) *Subsidiarity à l'Américaine* : C'est-à-dire Préemption, cité dans Berman (1994).

178 Affaire C-222/82 (1983) *Apple and Pear Development Council*, I-4121 ; C-159/73 (1974) *Hannoversche Zucker*, I-129. Dans *United States v Lopez*, 514 US 549 [1995] ; *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000) ; *Solid Waste Agency of Northern Cook*

européennes ont agi dans un domaine particulier (par le vote de directives ou règlements), alors la Cour considère que les Etats Membres perdent la possibilité d'agir indépendamment de la réglementation européenne¹⁷⁹. Lorsque les institutions européennes sont intervenues, la CJUE a considéré que les Etats Membres ont perdu leur compétence pour agir indépendamment des normes européennes afin de protéger la primauté du droit européen¹⁸⁰. Lorsque l'UE dispose de compétences partagées selon l'Article 2.2 du TFUE, il se peut qu'il y ait un conflit de compétences sans toutefois qu'il y ait un conflit de règles juridiques : le principe de subsidiarité intervient à ce moment-là, mais la doctrine de la préemption (ou principe de primauté du droit européen) demeure. Par conséquent, si le principe de subsidiarité gouverne l'efficacité d'une gouvernance multi-niveaux, la doctrine de la préemption, quant à elle, garantit l'effectivité des règles juridiques européennes sans préjuger de leur efficacité.

Des affaires, telles que *Centros*¹⁸¹ et *Überseering*¹⁸², modifièrent considérablement le droit européen des sociétés au travers de la concurrence régulatrice comme elle existait déjà aux Etats-

County (SWANCC) v. U.S. Army Corps of Engineers, 531 U.S. 314 (2001). Dans l'affaire *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 405 (1819) la Cour Suprême affirmera ainsi « *This government is acknowledged by all to be one of enumerated powers* ».

178C-218/85 (1986) *CERAFEL v. Le Campion*, I-3513). Voir *Cross* (1992) ; *Weatherill* (1994) et *Waelbroeck* (1982)

179 Précisément, la Cour parle, concernant les normes nationales ayant été adoptées en violation et postérieurement à la norme européenne (les normes antérieures étant implicitement abrogées), de normes nationales automatiquement inapplicables et dépourvues d'effets juridiques, du fait de la nécessité d'octroyer aux normes européennes valablement entrées en vigueur un « plein effet » de ces normes (§24). Voir C-35/76 (1976) *Simmenthal v. Italian Ministero delle Finanze*, 1871. La Cour a, par ailleurs, précisé qu'était frappée de non existence juridique, toute norme nationale, adoptée antérieurement ou postérieurement et se trouvant être incompatible avec le droit européen. Voir Affaires jointes C-10/97 et C-22/97 (1998) *Ministero delle Finanze v IN. CO. GE.'90 and Others*, I-6307.

180 C-35/76 (1976) *Simmenthal v. Italian Ministero delle Finanze*, 1871; C-10/97 et C-22/97 (1998) *Ministero delle Finanze v IN. CO. GE.'90 et autres*, I-6307.

181 C-212/97 (1999) *Centro's Ltd. v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, I-1459

Unis. La jurisprudence de la Cour Suprême a toujours laissé aux Etats la compétence pour réglementer les droits des sociétés (Romano 1987a : 709 ; Alva 1990 : 887 ; Winter 1977:252). Les sociétés sont libres de choisir l'Etat dans lequel ils s'enregistrent, facilitant, ainsi, l'émergence d'une concurrence des droits et des impôts sur les sociétés. Il est évident qu'aux Etats-Unis l'Etat du Delaware a largement bénéficié de cette concurrence pour des raisons (surenchère au moins disant ou au mieux disant) qui sont discutables (Herzel et Richman 2009). Aussi, la CJUE n'a pas jugé nécessaire de limiter la possibilité pour une entreprise d'avoir son lieu d'enregistrement au sein de l'UE déterminé, non pas par son choix, mais par le lieu de ses activités commerciales principales. Cette exigence est constitutive, selon la Cour, à un obstacle à la liberté d'établissement des entreprises au sein de l'UE protégé par les Articles 49 et 50 du TFUE, un obstacle injustifiable quant aux impératifs d'intérêt général¹⁸³.

Dès lors, en l'absence d'une règle européenne harmonisée dans ce domaine, les Etats Membres conservent leurs compétences concernant la mise en place de réglementations juridique et fiscale, s'appliquant à l'enregistrement d'entreprises sur leurs territoires (principe de subsidiarité).

182 C-208/00 (2001) *UberVoyring BV c/ Nordic Construction Baumanagement GmbH*, I-9919

183 Cette jurisprudence de la Cour va à l'encontre des droits des sociétés comme traditionnellement adoptés en Europe. En effet, à part les Pays-Bas, le Royaume-Uni, l'Irlande, le Danemark, la Finlande et la Suisse (Kozyris 1985 : 43), les droits des sociétés en Europe ont largement adopté la doctrine selon laquelle le droit, s'appliquant à une entreprise donnée, est celui du lieu où est l'entreprise et son principal centre d'activités, la doctrine dite du « siège réel » (l'opposé de la doctrine dite de « l'Etat d'établissement »). Ainsi, selon cette logique, si une entreprise locale s'enregistre à l'étranger, cette entreprise ne peut pas être considérée comme entreprise d'origine locale, c'est la règle de la non-reconnaissance qui en découle empêchant aux entreprises de choisir le droit applicable. La décision de la Cour dans l'affaire Centros peut légitimement être interprétée comme assimilant la doctrine, dite du siège réel, comme étant une entrave à la liberté d'établissement ne pouvant être justifiée. Ainsi, la suppression de cette entrave qu'est la doctrine du siège réel conduit à généraliser la jurisprudence Cassis de Dijon au droit des sociétés, en favorisant la reconnaissance mutuelle des sociétés validement formées dans d'autres Etats Membres, grâce à la concurrence interétatique des droits des sociétés.

Cette compétence s'exerce seulement dans la mesure où son exercice ne limite pas, ou ne rend pas moins favorable, la liberté d'établissement des entreprises au sein du marché unique européen (principe d'efficacité économique). Comme nous pouvons le voir, le juge européen promeut la concurrence régulatrice et fiscale par le biais de la défense des libertés économiques protégées dans les traités européens de telle façon que, lorsque le principe de subsidiarité est applicable, l'efficacité économique est néanmoins préservée.

L'approche comparée nous enseigne que les pratiques du fédéralisme, comme perçues par la Cour Suprême, et de la subsidiarité, comme perçue par la CJUE, sont très similaires en cela que les deux Cours interprètent ces notions avec une position de justice déléguée. L'humilité des deux juges révèle que la décision politique est mieux placée pour tester l'efficacité comparée inhérente au principe de subsidiarité/fédéralisme¹⁸⁴. Les éléments pouvant permettre aux juges d'entreprendre une analyse coûts-bénéfices, dans une affaire particulière, sont si nombreux et si ambigus que, non seulement la solution efficiente se doit d'être adoptée dans une approche casuistique, mais aussi cette solution ne saurait être accessible aux juges :

« When allowing for political economy considerations, straightforward normative conclusions on the appropriate degree of centralization are much more difficult to draw. The use of generalized second best arguments requires a case-by-case approach and careful empirical analysis » Persson *et al.* 1996 :3).

184 Néanmoins, Alesina *et al.* (2005a) démontrent, empiriquement, que l'UE est « *to involved in certain areas where economies of scale Voirm low and heterogeneity of preferences high and not involved enough in others, which, in principle should have the opposite characteristics* ». Cette conclusion ne contredit pas notre jugement selon lequel le législateur est l'acteur institutionnel le plus à même d'accéder à l'information pertinente. Dès lors, cette supériorité de l'information donne au législateur la primeur de juger de l'opportunité de légiférer par rapport au juge. Voir également Carbonara *et al.* (2009).

La disposition constitutionnelle américaine, précisant l'exercice des compétences entre pouvoir fédéral et Etats fédérés, est le dixième amendement qui affirme :

« The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or the people ».

La Cour Suprême a interprété cet Amendement dans l'affaire *United States v. Derby*¹⁸⁵ défendit l'idée, selon laquelle, l'exercice par le pouvoir fédéral d'une compétence, déléguée à ce même pouvoir, ne saurait être bloqué par les Etats fédérés grâce au dixième amendement (Vause 1995 : 70). La Cour Suprême a été réticente à contrôler la distribution des compétences dans le cadre de la clause dite de Commerce. La jurisprudence européenne et la jurisprudence de la Cour Suprême sont similaires en ce sens que toutes deux comportent une logique économique, par la notion de rationalité formelle aux Etats-Unis et par la notion de subsidiarité procédurale dans l'UE. De plus, les deux jurisprudences sont minimalistes en ce qui concerne leur contrôle juridictionnel de cette même rationalité économique de l'intervention juridique, par la notion de base rationnelle aux Etats-Unis et par la notion de subsidiarité substantielle dans l'UE¹⁸⁶. Ces deux

185 *United States v. Derby*, 312 US 100 (1940) où la Cour Suprême déclara que « *the [Tenth] Amendment states but a truism that all is retained which has not been surrendered. There is nothing in the history of its adoption to suggest that it was more than declaratory of the relationship between the national and state governments as it had been established by the Constitution before the Amendment or that its purpose was other than to allay fears that the new national government might fail to exercise powers not granted, and that the states might not be able to exercise fully their reserved powers* » (§124).

186 *Gibbons v. Ogden*, 22 US 1 (1824) où la Cour Suprême déclarera que le pouvoir fédéral sur le commerce interétatique est « *complete in itself, may be exercised to its utmost extent, and acknowledges no limitations, other than are prescribed in the Constitution* » (§196). La justice restreinte en ce sens est résumée par *Hodel v. Virginia* : « *The court must defer to a congressional finding that a regulated activity affects interstate commerce, if there is any rational basis for such finding* » (§276 de *Hodel v. Virginia Mining & Reclamation*, 452 US 264 (1981)).

approches jurisprudentielles similaires prennent en considération la nécessité de promouvoir le principe d'efficacité économique. L'intervention juridique ne doit pas être acceptée si les gains, ou pertes d'efficacité entraînés, n'ont pas été envisagés par le législateur. Cependant, les deux jurisprudences minimisent les coûts d'erreurs judiciaires grâce à cette approche minimaliste, une approche justifiée par l'asymétrie d'information disponible entre les juges et les législateurs.

La justice déléguée adoptée par la Cour Suprême, concernant le caractère approprié de la réglementation fédérale, tout autant que la justice déléguée européenne concernant le principe de subsidiarité, résulte de l'asymétrie d'information entre le pouvoir judiciaire détenant une information très limitée et le pouvoir législatif disposant d'une information conséquente¹⁸⁷.

Plus spécifiquement, sur la jurisprudence européenne concernant la subsidiarité substantielle, dans l'affaire *Tabac II*¹⁸⁸, la Cour réaffirma la nécessité d'appliquer le principe de subsidiarité aux faits en présence qui concernaient une directive visant à la suppression des obstacles au commerce, un objectif ne pouvant être suffisamment atteint par les Etats Membres, du fait de la trop grande disparité des régimes juridiques entre ces derniers. Dans l'arrêt *Bosman*¹⁸⁹,

187 Justice Powell dit que « *information and expertise that Congress acquires in the consideration and enactment of earlier legislation [may be sufficient where] Congress has legislated repeatedly in an area of national concern* », Opinion dissidente de Justice Powell, *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448, 502-503 (1980). Concernant l'UE, Jacqué et Weiler (1990 : 204) affirment ainsi que « *it is particularly troubling if a majority of Member States, or even all Member States [...] decide that something does comply with the principle of subsidiarity, for the Court to overturn such a decision* ». Voir également Ribstein et Kobayashi 2006 : 8-9 : « *A fundamental dilemma of federalism is how to have a central government that is strong enough to provide a check on the lower level governments, but is not so strong that it overwhelms the states. This dilemma is a difficult one, because state governments cannot easily prevent the central government from seizing power other than by seceding, which would destroy the union, or by refusing to empower the central government at the outset. Thus, federalism must be self-enforcing* ».

188 Affaire C-491/01 (2002), *British American Tobacco & Imperial Tobacco*, I-11453.

189 Affaire C-415/93 (1995) *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association e.a v Bosman*, I-4921.

la CJUE a jugé qu'un argument, fondé sur le principe de subsidiarité, ne peut prévaloir sur l'argument qui conduirait à ce que les individus ne puissent plus jouir d'une des libertés fondamentales inscrites dans les Traités. Ainsi, semble s'instaurer une primauté des libertés économiques au regard d'une malléabilité non négligeable du principe de subsidiarité. Dans l'affaire *Directive Temps de Travail*¹⁹⁰, la Cour précisa que l' [Article 118a ECT (Art. 137 EC)] constitue une base juridique suffisante pour l'exercice, par les institutions européennes, de leurs compétences partagées en conformité avec le principe de subsidiarité. La Cour a affirmé dans cette affaire que :

« Dès lors que le Conseil a constaté la nécessité d'améliorer le niveau existant de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, et d'harmoniser, dans le progrès, les conditions existant dans ce domaine, la réalisation d'un tel objectif par voie de prescriptions minimales suppose nécessairement une action d'envergure communautaire » (§47).

Il convient, dès lors, de démontrer que la stratégie adoptée par le juge européen (et le juge américain), consistant à élaborer une justice déléguée sur le principe de subsidiarité, est la meilleure stratégie possible vis-à-vis du législateur européen, étant donné les effets d'efficiences ambivalents que ce principe comporte¹⁹¹. Dans son livre, Sunstein fait le lien entre minimalisme judiciaire et coûts d'erreurs :

190 C-84/94 (1996) *Directive Temps de Travail*, I-5755.

191 L'activisme judiciaire « connotes regular judicial policy-making in pursuance of policy-objectives which usurp the role and policy » (Rasmussen 1998 : 26-27), tandis que la justice déléguée « commonly used to designate the situation in which judges defer their judgments to some extent [...] to the political branches of government » (Rasmussen 1998 : 33).

« My suggestion is that the notion of « passive virtues » can be analyzed in a more productive way if we see that notion as part of judicial minimalism and as an effort of to increase space for democratic choice and to reduce the costs of decision and the costs of error » (Sunstein 2001: 40).

Cet auteur continue en affirmant que l'approche d'une justice déléguée est, dans certains cas, l'approche minimisant les coûts d'erreur judiciaires :

« In this light it would be foolish to suggest either that minimalism is generally a good strategy or that minimalism is generally blunder. Everything depends on contextual considerations. The only point that is clear even in the abstract is that sometimes the minimalism approach is the best way to minimize the sum of error costs and decision costs » (Sunstein 2001 : 50).

Le principe de subsidiarité est un principe de gouvernance, et non un principe de contrôle juridictionnel. Il contient les germes du principe d'efficacité économique, à la fois d'un point de vue théorique (avec l'économie de la gouvernance multi-niveaux), et juridique (avec le raisonnement juridique dérivé du test d'efficacité comparée inscrit dans les Traités européens). Cependant, le pouvoir judiciaire ne saurait formuler le principe de subsidiarité, de telle façon que le principe d'efficacité économique soit maximisé en raison des asymétries d'information considérables supportées par les juges européens. Par conséquent, à cause de la présence de ces coûts informationnels, la jurisprudence constante de la CJUE, qui consiste non seulement à adopter une justice déléguée pour la subsidiarité substantielle, mais également à contrôler véritablement la subsidiarité procédurale, maximise l'efficacité économique tout en minimisant les coûts d'erreur potentiellement créés par le juge européen. Ces coûts d'erreurs sont minimisés car le juge ne dispose pas de l'information nécessaire pour élaborer un jugement rationnel et, ainsi, il suppose que le gouvernement central a pris en compte les différents coûts et bénéfices d'une réglementation centralisée et/ou décentralisée. Bermann (1994a) affirme ainsi que :

« One's judgment about whether a measure comports with the principle of subsidiarity is a profoundly political one, in the sense that it depends intimately on one's assessment of the measure's merits [...] The Court is not, however, especially well-equipped to make [this] substantive judgment [...] ».

Le juge européen peut seulement présumer que la décision adoptée l'a été en situation d'information plus importante que l'information disponible par le législateur. S'il avait jugé nécessaire de remplacer le jugement du législateur avec le sien, en ce qui concerne l'exercice de compétences particulières dans un domaine spécifique, alors le pouvoir judiciaire aurait très vraisemblablement été accusé de gouvernement des juges. Après qu'un contrôle ait été exercé par les institutions politiques et que celles-ci garantissent que la décision en question respecte le principe de subsidiarité, un second contrôle, exercé par le pouvoir judiciaire européen, devient inopportun car les juges ont moins d'information que le législateur pour exercer ce contrôle. Les coûts d'erreurs seraient alors accrus si les juges européens voudraient entreprendre ce que Bermann (1994a) appelle « *a subsidiarity impact analysis* ». Au pouvoir législatif européen, limité, intrinsèque au principe de subsidiarité, n'est opposé rien d'autre qu'une justice déléguée du pouvoir judiciaire européen, étant donné les problèmes de légitimité de la Cour¹⁹². Chaque fois que les institutions européennes interviennent dans un domaine, il est présumé que seules les institutions européennes peuvent améliorer ce domaine (et ainsi apporter la valeur ajoutée nécessaire pour se conformer au test d'efficience du principe de subsidiarité).

Les coûts d'erreurs judiciaires peuvent légitimement être supposés très importants. Ceci est d'autant plus vrai en ce qui concerne la mise en place du principe de subsidiarité. En effet, ce principe implique l'exercice de différentes compétences à différents décideurs politiques d'un point de vue vertical. La justice déléguée de la CJUE, concernant la subsidiarité substantielle, est la

192 Pour une approche de la doctrine concernant le déficit démocratique européen, voir Estella (2005 : 43-53).

stratégie la plus efficiente possible, non seulement parce qu'elle évite de faire supporter des coûts d'erreurs potentiels, mais surtout parce que cette stratégie minimise l'ensemble des coûts d'erreur possiblement supportés par un activisme judiciaire dans le domaine de la subsidiarité substantielle.

Les coûts que les juges européens pourraient créer, si ceux-ci se trompaient dans l'exercice efficient de compétences, peuvent être nommés « *Coûts d'erreurs Type I* » : ce sont les coûts d'erreurs judiciaires de commission. D'autre part, les coûts potentiellement supportés par la société, que les juges auraient créés en laissant les décideurs politiques apprécier, en exploitant de façon erronée l'information dont ils disposaient pour allouer l'exercice de compétences, peuvent être appelés « *Coûts d'erreurs Type II* » : ce sont les coûts d'erreur d'omission¹⁹³. Nous pouvons naturellement penser que les coûts d'erreurs Type I sont beaucoup plus importants que les coûts d'erreur Type II. Tout d'abord, les coûts d'erreur Type II ne comprennent pas les coûts politiques, étant donné que le juge ne peut être accusé (à la place du législateur) d'une mauvaise allocation de l'exercice des compétences partagées : le législateur peut être seul accusé pour cet arrangement institutionnel inefficace qui préjudicie les préférences des votants. Ensuite, les coûts d'erreur Type II permettent une plus grande flexibilité dans la réponse apportée pour corriger un exercice inefficace des compétences partagées, étant donné que le législateur peut très difficilement surmonter une décision de la CJUE, alors que le législateur peut aisément remédier, par un acte législatif, à ce qu'un autre acte législatif aurait prescrit. Enfin, les coûts d'erreur Type II ont une beaucoup plus grande probabilité de faire supporter à la société des coûts d'importance moindre. Les juges européens ne disposent pas, n'ont pas accès, et sont incapables de juger l'information pertinente en ce qui concerne l'exercice efficient de compétences partagées entre l'UE et les Etats Membres. A l'opposé, les organes plus politiques (que sont dans l'UE, le Parlement, le Conseil et la Commission) disposent de cette information pertinente et sont suffisamment pourvus en

193 Voir Eptein (1987 : 45).

ressources humaines pour examiner, de façon optimale, ces informations. Par conséquent, la probabilité d'une mauvaise exploitation de l'information est minimisée lorsque le législateur européen, comparé aux juges européens, jouit d'une large marge discrétionnaire dans son appréciation de l'exercice efficient des compétences partagées. Pour cette raison, la justice déléguée européenne, concernant la subsidiarité substantielle, est la stratégie optimale car les coûts d'erreurs judiciaires sont minimisés.

4. Conclusion

Estella (2005) affirme que la jurisprudence européenne, concernant le principe de subsidiarité, peut être expliquée par la volonté des juges européens de ne pas bloquer l'intégration européenne. Notre analyse nous mène à la conclusion que la jurisprudence européenne sur le principe de subsidiarité est cependant mieux expliquée, dès lors que l'on prend en considération les différents coûts d'erreur présents du fait de l'ambiguïté des conséquences économiques que le principe de subsidiarité comporte. Par le biais d'une minimisation des coûts d'erreurs judiciaires, les juges européens choisissent la justice déléguée pour laquelle le législateur européen est responsable, pour l'allocation de l'exercice des compétences, car celui-ci est l'acteur politique européen supportant le moins de coût informationnel dans ce domaine.

Ce chapitre a démontré que le principe de subsidiarité comprend les germes du principe d'efficacité économique. De plus, il a été avancé que la jurisprudence européenne interprète le principe de subsidiarité aux fins de promouvoir le principe d'efficacité économique. Nous avons également prouvé que la jurisprudence européenne sur le principe de subsidiarité a une logique d'efficacité comme élaborée dans les Traités européens. Au surplus, cette rationalité économique a

été reprise par la jurisprudence européenne par la subtile distinction entre, subsidiarité procédurale et subsidiarité substantielle, qui permet de garantir que l'efficacité est maximisée par le législateur européen tout en minimisant les coûts d'erreur judiciaire possiblement créés par la Cour.

Nous pouvons alors conclure que le principe de subsidiarité est la bonne règle juridique, au bon endroit et au bon moment¹⁹⁴. Entre le formalisme d'une approche juridique, qui appréhende le principe de subsidiarité comme un principe juridique normal, et le nihilisme de l'approche politiste, qui aborde ce principe comme simple principe politique, nous avons plaidé pour une approche économique de ce principe. En effet, cette approche permet d'améliorer, d'un point de vue pragmatique, notre compréhension de sa logique sous-jacente et de sa jurisprudence qui fonctionne comme si le juge européen avait voulu promouvoir le principe d'efficacité économique à travers le principe de subsidiarité.

194 A l'encontre de ce que Davis affirme lorsqu'il affirme que le principe de subsidiarité « *is the wrong rule, in the wrong place, at the wrong time* » (Davies 2006 : 66).

Chapitre 2/ Le Principe de Proportionnalité comme Principe d'EfficiencE Economique

Le principe de proportionnalité est une notion fondamentale du droit de l'UE et, plus précisément, de la jurisprudence de la CJUE. Inspirée par les différentes traditions juridiques des Etats Membres, la CJUE a développé le principe de proportionnalité de telle façon qu'il est, dès lors, possible d'affirmer qu'une analyse du principe de proportionnalité reflète le raisonnement jurisprudentiel européen de manière plus général.

Dans ce Chapitre, il sera démontré que le principe de proportionnalité est une manifestation juridique du principe d'efficiencE économique. Au surplus, le principe européen de proportionnalité, non seulement, comporte cette rationalité de l'efficiencE, mais également a été interprété comme tel par la CJUE qui, dès lors, développa le principe de proportionnalité aux fins de promouvoir le principe d'efficiencE économique.

Après avoir introduit le principe de proportionnalité (I), nous tenterons de l'appréhender, à la fois, par une approche de l'analyse économique du droit, mais également, par une approche comparative (II). Ensuite, nous examinerons la jurisprudence de la CJUE concernant le principe de proportionnalité, car le raisonnement des juges européens confirme l'opportunité de l'image que nous proposons d'un principe de proportionnalité comme principe d'efficiencE économique (III) avant de conclure (IV).

1. Introduction

La proportionnalité des règles juridiques et des règles jurisprudentielles fait partie de cette exigence impérieuse de justice et d'équité. Davantage qu'un simple principe juridique, la proportionnalité a continuellement été perçue comme cette condition *sine qua non* à l'administration de la justice : une règle juridique disproportionnée ne peut être du droit. En effet, comme cela est illustré par le droit pénal plus particulièrement, penser une décision de justice disproportionnée est insoutenable pour la société toute entière recherchant la justice. Ainsi, Parsons (1911 : 165) affirme que le principe de proportionnalité « *is the core of equity, the heart of justice* » [...] *The element of proportion, so essential to the idea of justice* [...] ». Parsons donne un exemple historique de violation patente du principe de proportionnalité (et donc de l'idée de justice) avec le droit pénal Romain :

« In the year 624 B.C., Draco was appointed to draw up a code of laws for Athens. He provided the same penalty – death – for every offense—the slightest theft or even laziness, as well as murder or treason. Such laws were too cruel to be enforced. « Sentiments of humanity in the judges, compassion for the accused when his fault was not equal to his suffering, the unwillingness of witnesses to exact too cruel an atonement, their fears also of the resentment of the people – all these conspired to render the laws obsolete before they could well be put into execution. Thus they counteracted their own purpose, and their excessive rigor paved the way for the most dangerous impunity » [Grimshaw] These intolerable laws remained in force until 694 B.C., when Solon repealed them all (retaining the death-penalty for murder only), and established a criminal code in which punishments were graduated to the various degrees of offense » (Parsons, 1911 : 166).

La logique sous-jacente de l'existence même du principe de proportionnalité se résume, au-delà de l'idée générale de justice, à la volonté de protéger les droits de l'Homme contre les

restrictions imposées par le pouvoir exécutif au nom de desseins d'organisation de la société¹⁹⁵. Le principe de proportionnalité façonne les comportements humains de telle manière que les individus agissent tel un « homme raisonnable » (Epstein 1973). La coloration de droits de l'Homme du principe de proportionnalité¹⁹⁶ fait jour lorsque l'on se rend compte des importants changements opérés dans l'Allemagne post-Nazi ou l'Afrique du Sud post-Apartheid, où le principe de proportionnalité est devenu un principe fondamental de ces ordres juridiques respectifs (Barak 2010). Le principe de proportionnalité s'est répandu lors du XXème siècle comme norme constitutionnelle partagée par différents systèmes juridiques, en cela, le principe de proportionnalité est devenu partie d'un «*generic constitutional law*»¹⁹⁷.

En tant que principe général de droit européen¹⁹⁸, le principe de proportionnalité est constitutionnel au raisonnement jurisprudentiel européen. En cela, une étude de la jurisprudence

195 En droit pénal, un domaine à partir duquel le principe de proportionnalité est initialement élaboré, proportionnalité signifie des sanctions pénales limitées. Voir Ristroph (2005). Concernant les réglementations, plus les limitations des libertés fondamentales par l'Etat sont importantes, plus le principe de proportionnalité est affaibli en tant que principe de droit administratif. Ainsi, l'importance du principe européen de proportionnalité, pourrait-on affirmer, a restreint l'idée de l'émergence de prérogatives européennes. Voir Denizeau (2004 : 29-128) et Gardam (1999).

196 Pour une critique inhabituelle de la mise en balance, équivalent au principe de proportionnalité, comme violant les droits de l'Homme, voir Tsakyrakis (2009).

197 Law (2005); Stone Sweet et Mathews (2008). Beatty (2004) affirme, de façon controversée, que le principe de proportionnalité est un principe « neutre », une neutralité présumée qui ne saurait être réconciliée avec la perspective par la logique d'efficacité que nous formulons ici.

198 Voir par exemples Craig (2006 : 655) ; Tridimas (2006:136) ; Emiliou (1996). Bengoetxea (1993 : 226-227) distingue deux sortes de recours par la Cour des principes généraux du droit européen. Premièrement, les principes juridiques européens peuvent être des concepts généraux, aidant à interpréter les Traités européens pour l'allocation des pouvoirs et les obligations pesant sur les Etats Membres (par exemple, le principe de solidarité, le principe de préférence communautaire, le principe de l'unité du marché). Deuxièmement, les principes juridiques européens peuvent avoir une dimension plus

de ce principe ne se confronte pas à une relative carence de décisions judiciaires, comme cela était le cas avec le principe de subsidiarité, mais plutôt à une profusion d'affaires évoquant le principe de proportionnalité. Comme l'affirme l'Avocat Général Jacob : « Quant au principe de proportionnalité, rares sont les domaines, si tant est qu'il y en ait, dans lesquels il ne trouve pas à s'appliquer »¹⁹⁹. Aussi, une autre caractéristique distinguant le principe de proportionnalité du principe de subsidiarité, est le fait que les juges européens ne sont pas excessivement réticents à annuler les actes des institutions européennes sur le fondement du principe de proportionnalité, alors qu'ils le sont sur le fondement du principe de subsidiarité. Le principe de proportionnalité est un principe général de droit, plus ou moins explicitement, dans presque tous les ordres juridiques des Etats Membres de l'UE, sans que les ordres juridiques non-européens ne soit isolés de cette influence²⁰⁰.

Le principe européen de proportionnalité émane des différentes traditions juridiques des Etats Membres avec, par importance de l'influence, le droit administratif allemand avec sa notion de *Verhältnismäßigkeit*, la notion anglaise de *reasonableness*, et enfin, on trouve le droit administratif français avec la *théorie du bilan*.

normative, en limitant la liberté d'action du législateur européen (par exemple, le principe de protection des droits fondamentaux, le principe de non-discrimination, le principe de sécurité juridique).

199 Opinion de l'Avocat Général Jacobs pour l'affaire C-120/94 (1995) *Commission v. Grèce*, affaire retirée, (§70).

200 « *From German origins, proportionality analysis spread across Europe, into Commonwealth systems (Canada, New Zealand, South Africa), and Israel ; it has also migrated to treaty-based regimes, including the European Union, the European Convention on Human Rights, and the World Trade Organization* ». (Stone Sweet et Mathews 2008 : 96). Le principe de proportionnalité est un principe juridique qui a été adopté dans pratiquement tous les pays du monde (Jackson 1999).

a. Le Principe allemand de proportionnalité

Le principe allemand de proportionnalité est intrinsèquement lié à la notion de *Rechtsstaat*, qui peut être traduit par la notion d'*Etat de droit* ou *rule of law* (Cohen-Eliya et Porat 2010 : 271-272). Elaboré au cours de la fin du XIX^{ème} siècle, la Cour Suprême de Prusse²⁰¹ exigea que seuls les pouvoirs de police strictement nécessaires devaient être utilisés (Emiliou 1996 : 23). Actuellement, la Cour Administrative Suprême (*Bundesverfassungsgericht*, ou *BVerfGE*) a énumérée la composition du principe de proportionnalité comme principe constitutionnel. Ce principe se compose de trois sous-principes, précisément, du caractère approprié, de nécessité, et de proportionnalité *stricto sensu*. Le principe du caractère approprié signifie que les mesures adoptées doivent directement contribuer à atteindre le résultat escompté selon des standards (quantitatifs et qualitatifs) objectifs²⁰². Le principe de nécessité équivaut au test de la mesure la moins contraignante : en effet, parmi toutes les mesures alternatives, celle choisie doit minimiser la désutilité causée aux citoyens afin d'accomplir les objectifs poursuivis²⁰³. Le principe de proportionnalité *stricto sensu* affirme qu'il doit y avoir une proportion raisonnable entre, d'une part, les mesures adoptées, et d'autre part, les résultats recherchés. Les fins visées ne doivent pas être hors de proportions avec la nature et la portée des moyens (d'où le fait que le juge censure la disproportion plutôt que valide la proportionnalité comme nous le verrons ci-dessous).

201 L'affaire Kreuzberg du 18 Juin 1882 de la Cour Suprême de Prusse, où celle-ci décida que les pouvoirs de police devaient être utilisés seulement dans la mesure où ceux-ci étaient nécessaires, une exigence qui permit à la Cour de conclure à l'interdiction des actions non-nécessaires et disproportionnées. Voir Philippe (1990 : 43-47).

202 BVerfGE 30 S 292 (316), *Stober Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht*.

203 *Id.*

Ces trois sous-principes sont cumulatifs et sont requis pour que les juges concluent à la conformité de la mesure avec le principe général de proportionnalité. Ce contrôle de la conformité est, par conséquent, fondé sur des critères objectifs, par opposition à la notion de *reasonableness*. Emiliou (1996 : 39) affirme que :

« While the principle of proportionality provides an objective standard of a means–ends relationship, the idea of reasonableness constitutes a subjective, unilateral standard for the assessment of the totality of the circumstances of the case to which it is to be applied. It is obvious that, because of those differences, the idea of reasonableness cannot be said to derive from the principle of proportionality ».

Ainsi, la particularité de la notion de *reasonableness* en droit anglais mérite une attention particulière sur laquelle nous nous arrêtons maintenant.

b. Le test anglais de la *reasonableness*

Le principe de proportionnalité, en tant que tel, a régulièrement été rejeté par les Cours anglaises comme fondement du contrôle jurisprudentiel. En effet, la *House of Lords* a expressément rejeté auparavant le principe de proportionnalité comme possible recours pour illégalité²⁰⁴. En dépit de ce rejet initial, la *House of Lords* va rapidement modifier sa position avec l'affaire *R v Home*

204 *House of Lords* (1985) *R. v Minister for the Civil Service, ex parte Council of Civil Service Unions*, AC 374.

*Secretary, ex parte Brind*²⁰⁵. Dans cette affaire, le gouvernement interdit que la BBC et IBA diffusent des discours en direct faits par des individus représentant des organisations considérées comme étant terroristes. Les plaignants attaquèrent cette mesure sur le fondement de différents motifs, parmi lesquels, le caractère disproportionné de la mesure. Concernant la proportionnalité de cette mesure, Lord Ackner affirma que l'introduction du principe de proportionnalité, en droit interne, augmenterait l'intensité du contrôle juridictionnel comparé à l'intensité du contrôle juridictionnel exercé avec le test dit de *Wednesbury*. En effet, dans *R (Daly) v. Home Secretary*²⁰⁶, les différences qui existent entre le test de *Wednesbury* et le principe de proportionnalité étaient soulignées en ces termes :

- « 1) Proportionality may require the reviewing Court to assess the balance which the decision maker has struck, not merely whether it is within the range of rational or reasonable decisions.
- (2) Proportionality test may go further than the traditional grounds of review in as much as it may require attention to be directed to the relative weight accorded to interests and considerations.
- (3) Even the heightened scrutiny test is not necessarily appropriate to the protection of human rights ».

Le test de *Wednesbury* est issu de la décision de la *House of Lords*, *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* in 1948²⁰⁷. En l'espèce, *l'Associate Provincial Picture Houses* ne souhaitait pas obéir à la condition préalable, établie par *Wednesbury Corporation*, qui imposait que le requérant interdise l'entrée dans les cinémas aux enfants de moins de 15 ans les dimanches. Le requérant contesta cette mesure en affirmant que *Wednesbury Corporation* abusa de ses pouvoirs en

205 *House of Lords* (1985) *R v. Minister for the Civil Service, ex parte Council of Civil Service Unions*, AC 374, §410.

206 *House of Lords* (2001) *R (Daly) v. Secretary of State for the Home Department*, 2 AC 532.

207 *House of Lords* (1948) *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* 1 KB 223

établissant une telle condition. Or, la Cour jugea que seule une décision qui ne remplissait pas l'une des conditions suivantes pourrait se voir annulée :

« Des paramètres inopportuns ont été pris en considération pour la prise de décision, ou

Des paramètres opportuns n'ont pas été pris en considération pour la prise de décision, ou

La décision est déraisonnable de façon si évidente qu'il est impossible d'avoir raisonnablement décidé d'imposer une telle décision ».

Bien que dans la présente affaire la Cour décida que la condition ne correspondait pas à l'une de ces exigences de ce qui sera plus tard dénommé comme étant le test de *Wednesbury*. Lord Greene résuma le caractère raisonnable de la mesure comme cela :

« It is true the discretion must be exercised reasonably. Now what does that mean ? Lawyers familiar with the phraseology commonly used in relation to exercise of statutory discretions often use the word “unreasonable” in a rather comprehensive sense. It has frequently been used and is frequently used as a general description of the things that must not be done. For instance, a person entrusted with a discretion must, so to speak, direct himself properly in law. He must call his own attention to the matters which he is bound to consider. He must exclude from his consideration matters which are irrelevant to what he has to consider. If he does not obey those rules, he may truly be said, and often is said, to be acting « unreasonably ». Similarly, there may be something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority. Warrington L.J. in “Short v. Poole Corporation” (1926) gave the example of the red-haired teacher, dismissed because she had red hair. That is unreasonable in one sense. In another sense it is taking into consideration extraneous matters. It is so unreasonable that it might almost be described as being done in bad faith ; and, in fact, all these things run into one another ».

La logique juridique résultante du test de *Wednesbury* a été fondamentale au développement du droit administratif anglais pour plusieurs décennies, mais semble désormais être moins influente du fait de l'intégration inéluctable du droit européen dans l'ordre juridique interne anglais. En effet, le principe de proportionnalité est consacré en tant que principe européen²⁰⁸, mais également en droit anglais par le *Human Right Act* de 1998²⁰⁹. La section 2 du *Human Right Act* introduit la faculté, pour les cours nationales, d'estimer si les violations des droits de l'Homme par les autorités publiques sont prescrites par la loi, d'estimer si les objectifs poursuivis sont légitimes et d'estimer si les mesures adoptées sont « *necessary in a democratic society* » (Supperstone et Coppel 1999). En d'autres termes, la section de cet *Act* exige que les Cours anglaises prennent en considération le principe de proportionnalité comme élaboré par la Cour de Strasbourg, mais cette section laisse néanmoins la possibilité pour les Cours anglaises de ne pas obligatoirement appliquer la jurisprudence concernant le principe de proportionnalité. Lord Slynn dans l'affaire *Alconbury*²¹⁰ affirma cependant :

208 Voir par exemples, *House of Lords* (1984) *R. v Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Bell Line*, CMLR 502 ; *House of Lords* (1990) *R. v Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Roberts*, CMLR 555 ; *House of Lords* (1992) *R. v International Stock Exchange*, BCC 11 ; *House of Lords* (1995) *R. v Secretary of State for the Home Department, ex parte Adams*, ER 177 ; *House of Lords* (1997) *R. v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte First City Trading*, CMLR 250.

209 La Convention Européenne des Droits de l'Homme fait, du principe de proportionnalité, un principe général du droit, qui doit être respecté de façon générale et qui exige que seules les restrictions, nécessaires à toute société démocratique, soient acceptées. Cette loi achève une période jurisprudentielle pendant laquelle les juges anglais refusaient d'appliquer le principe de proportionnalité pour les situations purement internes. Pour les réactions immédiates de la doctrine, voir notamment *Elliot* (2001) et *Leigh* (2002).

210 *House of Lords* (2001) *Alconbury Developments Ltd and others v Secretary of State for the Environment*, UKHL 23.

« I consider that even without reference to the Human Rights Act 1998 the time has come to recognize that this principle is part of English administrative law not only when judges are dealing with Community acts but also when they are dealing with acts subject to domestic law. Trying to keep the *Wednesbury* principle and proportionality in separate compartments seems to me to be unnecessary and confusing ».

Cette confusion regrettable, entre le test de *Wednesbury* et le principe de proportionnalité²¹¹, résulte du fait que ces deux critères se ressemblent mais restent néanmoins différents. En effet, ces deux critères entendent établir une ouverture du contrôle juridictionnel qui a en théorie le même résultat juridique. Comme Lord Slynn le rappelle, « *most cases would be decided in the same way whichever approach is adopted* »²¹². Cependant, le principe de proportionnalité va légèrement plus loin dans l'intensité du contrôle juridictionnel des mesures administratives²¹³. Feldman (1999 : 122) met en garde contre le fait la tentation de seulement appliquer le standard de *Wednesbury* aux affaires de droits de l'Homme : « *reducing proportionality in relation to Convention rights to a version of Wednesbury*

211 La formulation, la plus claire et concise du principe de proportionnalité, devant les Cours anglaises, a été donnée par Lord Clyde, qui affirma qu'aux fins de déterminer si une mesure particulière est disproportionnée, la Cour doit se demander : « *whether : (i) the legislative objective is sufficiently important to justify limiting a fundamental right ; (ii) the measures designed to meet the legislative objective are rationally connected to it ; and (iii) the means used to impair the right or freedom are no more than is necessary to accomplish the objective* ». (*House of Lords (1999) de Freitas v Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing*, 1 AC 69).

212 *House of Lords (2001) Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly*, UKHL 26.

213 En effet, Lord Bingham affirme que, comparée avec celle associée au *Wednesbury* test, « *the intensity of review is somewhat greater under the proportionality approach* » (*A v Secretary of State for the Home Department*). Cependant, cette plus grande précision n'est pas équivalente à une absence de marge d'appréciation par l'administration. Les Cours refusent de décider en lieu et place de l'administration entre deux mesures dites proportionnées. Voir *Court of Appeal (2003) Blessing Edore v. Secretary of State for the Home Department, EWCA Civ 716*.

unreasonableness, it would be far too easy for public authorities to justify extensive interferences with rights ». En dépit de réticences initiales de la part des juges de se référer, implicitement ou explicitement, au principe de proportionnalité dans des affaires n'impliquant pas du droit européen, le droit anglais interne s'est accoutumé de l'existence de ce principe dans des affaires purement internes, que celles-ci soient jugées en référence au *Human Right Act* ou pas²¹⁴.

Il y a trois caractéristiques fondamentales qui pourraient néanmoins amener à une divergence de jugements, selon que les juges choisissent le test de *Wednesbury* ou le principe de proportionnalité. Premièrement, le principe de proportionnalité peut exiger que la Cour, opérant le contrôle juridictionnel, vérifie la balance des intérêts en présence faite par le législateur, et non pas seulement si le législateur a agi dans la marge d'appréciation qui lui était conférée pour adopter une mesure raisonnable. Deuxièmement, le principe de proportionnalité va plus loin que les motifs traditionnels de contrôle juridictionnel, en cela qu'il nécessite de porter l'attention sur le poids relatif des intérêts en présence, et que ce poids relatif soit pleinement pris en considération. Troisièmement, même l'intensité du contrôle juridictionnel renforcée, telle que développée dans *Smith*²¹⁵, ne conduit pas à une protection effective et aussi exigeante des droits de l'Homme comme cela serait le cas avec le principe de proportionnalité²¹⁶.

En dépit de ces différences et de la possible confusion résultant de la coexistence de ces deux critères en droit anglais²¹⁷, cette coexistence, précisément, se perpétue pour l'heure actuelle²¹⁸,

214 Voir par exemple, *House of Lords (1976) R. v Barnsley MBC, ex parte Hook*, WLR 1052 ; *House of Lords (1996) R. v Minister of Defence, ex parte Smith*, ER 256.

215 *House of Lords, (1996) R v Ministry of Defence, Ex p Smith* QB 517, 554.

216 *Lord Steyn in House of Lord (2001) Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly*, UKHL 26.

217 Ainsi, Lord Irvine demande si les différences et la confusion subséquente, créées par la coexistence de ces deux critères, peut un jour être effacée : « *how long the courts will restrict their review to a narrow Wednesbury approach in non-Convention cases, if*

et très probablement pour encore quelques temps²¹⁹. Les cours anglaises utilisent de temps à autre un contrôle poussé des mesures administratives – soit le test de *Wednesbury*, soit le principe de proportionnalité – selon l'affaire présentée devant celles-ci (Craig 1994 : chap.11). Comme Craig (1999 : 98) l'affirme, en résumé, la logique sous-jacente au test de *Wednesbury* est que les cours doivent se contraindre à un rôle limité dans la formulation de décisions administratives : seules les mesures administratives irrationnelles, illogiques, impensables, se doivent d'être censurées par les juges anglais selon cette approche. Il est possible d'affirmer, dès lors, que le test de *Wednesbury* présuppose ce contrôle juridictionnel limité où les cours verraient leurs pouvoirs volontairement restreints, alors que le principe de proportionnalité suppose un rôle limité pour le gouvernement : le scepticisme se déplace, de la marge d'appréciation des cours vers celle du gouvernement, lorsque le principe de proportionnalité est préféré au test de *Wednesbury*.

Ainsi, il ne saurait être défendu la vision selon laquelle le test de *Wednesbury* et le principe de proportionnalité comportent les mêmes conséquences car, ne serait-ce que du point de vue de la philosophie politique, la philosophie fondant chacun de ces deux critères est fondamentalement

used to inquiring more deeply in Convention cases ? » dans son cours magistral au Tom Sargant Memorial Lecture The Development Of Human Rights In Britain under An Incorporated Convention On Human Rights (1997).

218 Lord Dyson précisa que : « *We have difficulty in Voiring what justification there now is for retaining Wednesbury test [...] but we consider that it is not for this Court to perform burial rights. The continuing existence of the Wednesbury test has been acknowledged by House of Lords on more than one occasion. A survey of the various judgments of House of Lords, Court of Appeals, etc. would reveal for the time being both the tests continued to co-exist* », dans *House of Lords (2003) R. Association of British Civilian Internees : Far East Region v. Secretary of State for Defence*, QB 1397.

219 Pour une défense d'une plus grande liberté accordée aux cours anglaises pour appliquer le principe européen de proportionnalité et ainsi préserver, d'une certaine manière, le *Wednesbury test*, voir Feldman (1999 : 142) affirmant que « *the structure of the [Human Rights] Act does not require that Strasbourg case law should be adopted wholesale, and there are good reasons for our courts and tribunals to take a fresh, albeit respectful, look at the Strasbourg jurisprudence on proportionality* ». Voir aussi Hickman (2004) qui écrit en faveur d'une coexistence (si ce n'est une résistance) du test du caractère raisonnable en dépit du *Human Right Act*.

différente. L'approche plus réticente des cours anglaises à s'engager dans un contrôle entier de la proportionnalité des mesures, comparée à l'inclinaison des cours allemandes, est également à rapprocher avec la notion rencontrée en droit administratif français de mesure « manifestement inappropriée ».

c. Le contrôle juridictionnel français de la proportionnalité

Depuis qu'il n'est plus possible dans l'ordre juridique français de recourir à des mesures administratives discrétionnaires²²⁰, le contrôle juridictionnel s'est vu étendu à toutes sortes de mesures adoptées par l'exécutif. Dès lors, chaque mesure administrative se doit d'être justifiée²²¹ sur le fondement de sa légalité, selon le principe dit de légalité. Ce principe comporte l'exigence que toute action administrative soit fondée sur une règle de droit et une exigence inhérente au concept d'Etat de droit.

Bien que non expressément proclamé en tant que tel dans l'ordre juridique français, le principe de proportionnalité se voit néanmoins élaboré par la jurisprudence, au travers de notions créées par la jurisprudence elle-même : l'erreur manifeste d'appréciation, qui est originaire du principe de légalité, et la théorie du bilan coûts-avantages²²², originaire de la protection du droit de

220 CE (1902) *Grazzieti*, 113.

221 Sur le juge constitutionnel français et son application du principe de proportionnalité, voir *Goesel-Le Biahn* (2007) et *Philippe* (1990).

222 Selon *Lévy-Lambert et Guillaume* (1970 : 11) « l'intérêt des techniques d'évaluation (analyse coûts-avantages, analyse coût-efficacité, analyse multicritères...) est de fournir au décideur le classement des programmes étudiés au regard du critère de

propriété. De plus, le principe de proportionnalité est illustré dans l'ordre juridique français sous la dénomination de contrôle de proportionnalité, une notion cependant moins fréquemment utilisée que les deux précédentes.

Concernant l'erreur manifeste d'appréciation, ce motif de contrôle juridictionnel, permettant d'annuler ou de réformer une décision administrative, est destiné à éviter que le législateur n'adopte des mesures grossièrement illégales. Concernant la théorie du bilan coûts-avantages, la décision de justice, l'introduisant en droit positif, est l'arrêt *Ville Nouvelle Est*²²³. Le juge mis en balance les bénéfices et les coûts supportés par le projet d'infrastructures envisagé et contesté. Ce projet a été suivi d'une déclaration d'utilité publique, et le recours concerna la validité de cet acte. En l'espèce, le projet sera annulé par le juge du fait que les coûts qu'il entraînait étaient largement supérieurs aux bénéfices escomptés, d'où la notion de bilan (Emiliou 1996 : 88). Bien que potentiellement rares, des annulations peuvent survenir²²⁴. L'exemple frappant de l'importance de la théorie du bilan coûts-avantages est donné par la comparaison des arrêts *Malby et Bedouet*²²⁵ et *Grassin*²²⁶. Les deux affaires concernent le contrôle juridictionnel d'expropriations de propriétés privées pour construire un aéroport dans un petit village, mais le juge conclut, dans la seconde affaire, que le projet devait être annulé du fait de la disproportion entre les avantages attendus et les coûts supportés. En langage économique, lorsque l'annulation du projet est prononcée, cela signifie que même l'efficacité, au sens de Kaldor-Hicks, n'est pas atteinte (sans parler de

choix, caractéristique de la technique employée ». Terny (1967 : 532) affirme pour sa part qu'« alors que les règles de décision de la théorie de l'entreprise tendent à la maximisation du profit privé, les règles de décision de l'analyse coûts-avantages cherchent à maximiser les avantages collectifs ou le bien-être général ».

223 CE (1971) *Ville Nouvelle Est*. Voir aussi CE Ass ; CE (1972) *Société Civile Saint Marie de l'Assomption*.

224 CE (1997) *Autoroutes trans-chablaisiennes*.

225 CE (1964) *Malby et Bedouet*.

226 CE (1973) *Grassin*.

l'efficience au sens de Pareto), car il ne saurait y avoir de compensations financières des gagnants envers les perdants au projet. Le juge ne contrôle pas l'opportunité des fins visées, mais seulement le caractère raisonnable de la mesure prise pour atteindre ces fins²²⁷. La logique économique, sous-jacente à la volonté des juges de ne pas évaluer les fins posées par le législateur, mais seulement le bilan des actions entreprises, peut être expliquée par le fait que, dans des sociétés démocratiques, le pouvoir exécutif est mandaté par le pouvoir législatif. Or, ce dernier, représentant le peuple, est plus à même de découvrir les préférences des administrés, et peut, ainsi, mieux juger de l'utilité au sein d'une société, afin que le bien commun soit poursuivi de manière efficiente au sens de Kaldor-Hicks.

Concernant le contrôle juridictionnel de la proportionnalité des mesures, celui-ci est le plus récent, le plus approfondi, disponible pour le juge français, et connaît une influence croissante dans l'ordre juridique français²²⁸. Ce contrôle diffère des deux précédents, non pas dans sa nature, mais plutôt dans l'intensité du contrôle juridictionnel (Bailleul 2002 : 254 ss.). En effet, l'erreur manifeste d'appréciation est le contrôle juridictionnel, plus approximatif, le contrôle de la proportionnalité étant le plus contraignant pour l'administration, tandis que la théorie du bilan coûts-avantages se situe au milieu de ces deux extrêmes, dans l'intensité du contrôle juridictionnel. Le contrôle de la proportionnalité de la mesure comporte la théorie du bilan coûts-avantages (qui peut être assimilé à la notion allemande de proportionnalité *stricto sensu*), plus la considération des effets (ou externalités négatives créées) par la mesure sur les parties tierces (De Sadeleer 1996 : 249). Précisément, la différence fondamentale, entre la théorie du bilan coûts-avantages et le contrôle de proportionnalité, tient à ce que cette théorie s'applique seulement aux projets envisagés

227 En cela, nous sommes en désaccord avec Xynopoulos (1995 : 110) qui affirme que « la stricte proportion [...] qui aboutirait au contrôle entier de l'opportunité, n'est jamais exigée par le juge ». Voir aussi Costa (1988 : 436).

228 Martens (1992 : 49) affirme qu'en droit administratif français, ce principe a connu une « ascension irrésistible ». Plus généralement, voir Braibant (1974) ; Goesel-Le Bihan (1997) ; Ziller (1996).

par les autorités publiques et suivis d'une déclaration d'utilité publique. D'autre part, le contrôle de la proportionnalité s'applique à la fois aux projets et aux réglementations administratives. La portée de la théorie du bilan est dès lors très réduite, quand bien même la substance de cette théorie se rapprocherait de celle du contrôle de proportionnalité.

Le contrôle de la proportionnalité dans sa plus grande acception est, dans l'ordre juridique français, rencontré dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel qui a incorporé en droit français l'interprétation allemande du principe de proportionnalité, c'est-à-dire avec le critère du caractère opportun, de nécessité, et de proportionnalité *stricto sensu* (Brami 2008 : 310). Dans sa décision du 21 février 2008²²⁹, le Conseil Constitutionnel a entrepris d'appliquer à la mesure, en l'espèce, les trois sous-éléments du principe de proportionnalité, afin de se prononcer sur le caractère proportionné, ou non, de cette mesure législative qui visait la limitation de libertés individuelles au nom de la sécurité des personnes. Bien que la distinction entre erreur manifeste d'appréciation/théorie du bilan/contrôle de la proportionnalité soit vraisemblablement explicable d'un point de vue doctrinal, il est néanmoins important de ne pas surestimer cette distinction, car ce sont des outils juridictionnels utilisés par les juges français avec plus ou moins de cohérence. Cette pratique est au surplus caractérisée, comme cela est rencontré en droit anglais, par une influence grandissante du principe allemand de proportionnalité. Le juge constitutionnel français a été le plus influencé par son homologue allemand, une source qui influence, en retour, le juge européen comme nous le démontrons à présent.

Cette introduction révèle que le principe européen de proportionnalité, s'il s'est inspiré de différentes traditions juridiques des Etats Membres, est néanmoins le plus directement influencé

229 CC (2008) Décision relative à la détention de sureté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, N°08-562 DC.

par la jurisprudence allemande. Or, cette influence est celle qui comporte la plus grande rationalité économique comme nous le voyons dans la section suivante.

2. Le Principe de Proportionnalité comme Principe d'Efficiences Economique

Dans cette section, nous démontrons qu'il fait sens d'appréhender le principe européen de proportionnalité comme principe d'efficiences économiques. En effet, les différents éléments du principe de proportionnalité sont mieux expliqués dès lors qu'une analyse économique de ce principe juridique est entreprise. Cette opportunité d'une approche fondée sur l'efficiences pour aborder le principe de proportionnalité est prouvée, à la fois, par l'analyse des conséquences juridiques d'une analyse coût-bénéfices (a), et par l'existence même du principe de proportionnalité des Traités européens (b). Enfin, une analyse comparée de ce principe, avec la jurisprudence de la Cour Suprême, achève notre démonstration de la nécessité d'appréhender le principe de proportionnalité par l'approche de l'efficiences (c).

a. De la proportionnalité à l'efficiences par l'analyse coûts-bénéfices

Le principe de proportionnalité implique une analyse coûts-bénéfices entreprise, à la fois, pour les projets publics et les normes juridiques envisagées. L'Analyse Coûts-Bénéfices (ACB)

englobe les deux notions, projets publics et normes juridiques, puisqu'elle prend en compte tout ce qui s'attache à des dépenses publiques aux fins de résoudre des échecs de marchés (Brent 2009 : 388). Le terme de « projets » devrait être entendu au sens large comme Prest et Turvey (1965 : 685) le rappellent²³⁰ :

« Cost-benefit analysis is a way of setting out the factors that need to be taken into account in making certain economic choices. Most of the choices to which it has been applied involve investment projects and decisions – whether or not a particular project is worthwhile, which is the best of several alternative projects, or when to undertake a particular project. We can, however, apply the term “project” more generally than this. Cost-benefit analysis can also be applied to proposed changes in laws or regulations, to new pricing schemes and the like ».

L'ACB dans l'économie du bien-être : Comme Sen (2000 : 934) le soulève, la nature même de l'ACB « *lies in the idea that things are worth doing if the benefits resulting from doing them outweigh their costs* ». L'ACB peut être décrit comme étant, au regard de ses objectifs, « *the aim to maximize the present value of all benefits less that of all costs, subject to specified constraints* » (Prest et Turvey 1965 : 685). L'ACB est, tel un calcul économique, entrepris par les autorités publiques afin que les réglementations, que ces autorités adoptent, soient économiquement justifiées. Dans le contexte de l'UE, le fameux *Regulatory Impact Assessment* (RIA), a contribué à généraliser le recours l'ACB en amont de l'adoption de toute réglementation²³¹. Cet outil processuel, tout important qu'il puisse

230 Schmid (1989 : 293) affirme aussi que « *[CBA] can be applied not only to public spending but also to regulations. The methods and concepts are the same [...] Both require political input establishing the right, which in turn generates the costs and benefits to be compared and the net to be maximized* ».

231 Voir notamment COM (2007)23 Action Programme for Reducing Administrative Burdens in the European Union, Brussels. Renda (2006), Kirkpatrick et Parker (2007) analysent l'étude d'impact au niveau européen. De façon intéressante, Marneffe et Vereeck (2010) lient proportionnalité, ACB et efficacité économique, comme nous le faisons, en affirmant que « *Proportionality may*

être pour l'introduction de l'ACB dans le processus décisionnel, ne concerne pas vraiment notre propos dans ce chapitre, en cela que nous nous préoccupons ici d'un outil juridique qu'est le principe de proportionnalité, en tant que contrôle (administratif et judiciaire) introduisant subrepticement une ACB dans la jurisprudence européenne.

L'analyse coûts-bénéfices est la pierre angulaire de l'économie du bien-être comme Mashan (1971 : 307) le précise: « *since cost-benefit analysis is an application of the theory of resource allocation, itself a subject at the core of welfare economics, the rationale of such analysis, along with that of allocation theory, can be understood and vindicated only by reference to propositions at the centre of welfare economics* ». Afin de délimiter l'étendue des coûts et bénéfices inclus dans le calcul, il est nécessaire de définir le marché opportun pour lequel la mesure en question doit avoir des effets. Ce marché opportun comprend les marchés dits primaires qui désignent tous les coûts et bénéfices directement ou indirectement liés à la mesure proposée. Cependant, pour des questions de faisabilité, les marchés secondaires qui pourraient être influencés par la mesure ne font pas partie de l'ACB. La raison de cette distinction est que les réglementations sont adoptées aux fins de résoudre des échecs de marchés dans des circonstances particulières. D'importants coûts pour la société émanent de ces échecs de marchés que sont les externalités importantes, la présence de biens communs, l'abus de pouvoirs de marchés, etc... Ces inefficiences de marchés font supporter des coûts qui doivent être mis en balance avec les coûts d'opportunités engendrés par la non-adoption desdites réglementations, qui sont censées résoudre ces échecs de marchés²³². En effet, les réglementations exigent de la société de consacrer certaines ressources pour leur élaboration et leur supervision et, ainsi, détourner ces ressources d'un autre usage selon l'efficacité allocative. Les coûts d'opportunité désignent les

imply, however, that regulatory options are assessed and compared in terms of « more » or « less » costs than others [...] Indirect regulatory costs are now clearly defined as efficiency loss (plus, in some specific cases, market transaction costs). To guarantee optimal, proportional and justifiable regulatory choices, it is required that the indirect costs of regulation are put in the cost-analysis as well ».

232 Voir seulement Noll (1989) et Breyer (1979).

coûts supportés par la non-utilisation de ces ressources rares d'une utilisation optimale (*first-best choice*), à une utilisation sous-optimale (*second-best choice*)²³³. Au-delà de ces coûts d'opportunités supportés selon une perspective de l'efficacité allocative, les réglementations peuvent engendrer, tout en prétendant résoudre les échecs de marchés, ce que McKean (1965) appelle des échecs de gouvernement. Développée par la doctrine de la théorie des choix publics²³⁴, la notion d'échecs des interventions du gouvernement souligne le fait que les coûts, créés par les réglementations (manque d'information, recherche de rentes...), peuvent dépasser ceux supportés par la société par les échecs de marchés en l'absence de réglementations.

Bien qu'Adler et Posner (2006 : 35) se montrent excessivement critiques envers une justification économique (qu'elle soit fondée sur le critère de Pareto, de Kaldor-Hicks, ou utilitariste) de l'ACB ; ils proposent une justification morale de l'ACB basée sur « *a restricted, preference-based account of well-being* ». Ils distinguent « *CBA from Kaldor-Hicks efficiency, and argue instead that CBA is a welfarist decision procedure. Cost-benefit analysis is a rough-and-ready proxy for overall well-being* » (Adler et Posner 2006 : 25). L'ACB peut communément être adoptée selon un critère du bien-être, d'un critère minimaliste, ou selon un critère égalitariste (Adler 2000 : 304-305). Le bien-être justifie moralement les interventions du gouvernement, dès lors que la régulation produit un gain pour les gagnants qui soit plus important que la perte subie par les perdants au changement. Le minimalisme condamne les interventions du gouvernement même si la régulation accroît le bien-être total (que ce soit en termes de Kaldor-Hicks ou en termes de réduction des inégalités entre parties) car l'augmentation du bien-être pour les gagnants ne saurait justifier la perte de bien-être supportée par les perdants. Le critère de l'égalitarisme recommande des interventions du gouvernement seulement si celles-ci concourent à l'accroissement du bien-être pour les gagnants

233 Concernant les coûts d'opportunité, voir Marglin (1972 : 284-302).

234 Tullock *et al.* (2002) ; Winston (2006) ; Wallis et Dollery (1999).

dépasse la perte subie par les perdants, mais également si une telle intervention réduit les inégalités entre les parties. Si l'intervention du gouvernement remplit seulement la première condition (l'efficacité de Kaldor-Hicks mais avec davantage d'inégalités), l'égalitarisme affirme qu'il devient moralement injustifié pour le gouvernement d'intervenir.

L'ACB dans l'analyse de l'efficacité : L'efficacité est au cœur de l'ACB qui entend distinguer les considérations de justice sociale des considérations d'efficacité lorsqu'une réglementation est contrôlée. En effet, Adler et Posner (1999 : 186) nous rappelle que « *the purpose of CBA, as typically understood, is to separate out the distributional issue and isolate the efficiency issue, so that the agency will evaluate projects solely on the basis of their efficiency* ». L'ACB doit couvrir tous les individus impliqués dans la mesure proposée, indépendamment de leur appartenance sociale. Ainsi, Harberger (1971 : 785) suggère que « *when evaluating the net benefits or costs of a given action (project, program or policy), the costs and benefits accruing to each member of the relevant group (e.g. a nation) should normally be added without regard to individuals to whom they accrue* ». Par conséquent, l'ACB est une analyse économique qui agrège toutes sortes de bénéfices (qu'ils soient tangibles ou intangibles) et toutes sortes de coûts (également tangibles ou intangibles), afin que la solution adoptée maximise les bénéfices nets (les bénéfices cumulés moins les coûts cumulés). L'ACB est donc intrinsèquement une application du principe d'efficacité économique au sens de Kaldor-Hicks.

La balance opérée, entre les différents objectifs et valeurs, est similaire à une ACB, bien que l'outil analytique de l'ACB s'en remette davantage à un calcul des coûts et bénéfices, dans une approche plus scientifique car plus chiffrée. Cependant, l'ACB a été (légitimement) critiquée de temps à autre, comme outil analytique, car il ne résout pas le problème de la quantification des coûts et bénéfices, et lorsque l'analyse coûts-bénéfices recherche cette quantification, il est souvent avancé que cette analyse engendre un biais en défaveur des bénéfices car ceux-ci sont plus

difficilement quantifiables que les coûts. La solution juridique garantirait, selon ce raisonnement, que les bénéfices nets de l'inaction soient maximisés²³⁵. Une règle juridique sera plus détaillée, plus restrictive, tant que le bénéfice marginal, dérivé de cette prescription juridique supplémentaire, dépasse le coût marginal associé à ce changement juridique, afin que la solution juridique emporte les plus grands bénéfices nets.

L'ACB, appliqué aux régulations, implique différentes étapes qui sont les suivantes (Papandrea 2009 : 193) :

1. Définition des objectifs de la politique régulatrice ;
2. Identification des options possibles pour l'intervention de politique publique ;
3. Identification de la portée envisagée et de l'impact de cette intervention ;
4. Estimation de la valeur monétaire de ces impacts ;
5. Ajustement à l'incertitude liée au temps ;
6. Détermination des coûts/bénéfices nets des options possibles ;
7. Comparaison des options possibles.

Lorsque le critère de Kaldor-Hicks est utilisé pour l'ACB, il est nécessaire de mesurer la volonté de payer (pour les gagnants au changement) et la volonté d'accepter (pour les perdants), afin que ces mesures soient mises en balance et que la solution maximise le bien-être par rapport à

235 Pour une critique du scientisme de la mise en balance des intérêts en présence, pour effectuer une analyse coûts-bénéfices dans le cadre du principe de proportionnalité, voir *Aleinikoff* (1987) où l'auteur critique le « *feigned mathematical precision* » de cette mise en balance.

toutes les alternatives possibles. La question fondamentale qui se pose avec l'ACB dans une perspective Kaldor-Hicks est, comme l'énoncent Sugden et Williams (1979 : 94) : « *by how much does the total sum of money that the gainers from a project would be prepared to pay to ensure that the project is undertaken exceed the total sum of money that the losers from the project would accept as compensation for putting up with it ?* ». Cela démontre très bien que, non seulement la logique économique, derrière l'ACB, est la maximisation des bénéfices nets (augmentation de l'efficacité économique), mais également que l'ACB tend à maximiser les bénéfices nets d'une proposition par rapport à toutes les alternatives envisageables (l'objectif d'efficacité comparée). La rationalité finale de l'efficacité comparée, comprise dans l'ACB, est rencontrée au sein même du principe de proportionnalité comme interprété par la CJUE, ce que nous démontrerons plus loin.

L'ACB et ses limites : Si l'ACB fait partie de l'économie du bien-être et promeut l'efficacité économique au sens de Kaldor-Hicks, alors elle est « *an efficiency analysis, whether of the independent Paretian type or the interdependent analyst-politician (decision-making) type* » (Schmid 1989 : 286). Ainsi, la définition même de l'ACB souligne l'importance de la détermination des objectifs et des considérations conséquentialistes de cette analyse qui recherche l'augmentation du bien-être dans une société. Affirmer que l'ACB promeut l'efficacité ne résout pas nécessairement les difficultés liées à cette analyse. L'entreprise consiste à ce que « *a cost-benefit analysis of a project requires the identification of all the effects of the project on the individual welfare of all members of the community* » (Sugden et Williams 1979 : 89). Or, les conséquences et objectifs sont fixés de manière subjective par un processus essentiellement politique. Ainsi, l'ACB peut difficilement être considérée comme objectivant le processus de décision et les décisions elles-mêmes. L'ACB ne saurait être exempt

d'un subjectivisme intrinsèque à la prise de décision politique²³⁶. Alors que l'ACB recherche la détermination objective des coûts et bénéfices d'une réglementation proposée, les conséquences d'une telle réglementation sont, souvent, difficilement transposables en termes de prix, ce qui est pourtant la condition sine qua non pour entreprendre une ACB. Ainsi, dans une économie de marché aux prix volatiles, le calcul de tels bénéfices et coûts peut facilement être biaisé du fait de la très grande difficulté de monétariser les éléments impliqués dans une perspective dynamique. De plus, même si ces prix étaient relativement stables, la difficulté rencontrée est alors le fait même de monétariser des choses pour lesquelles il n'y a pas de marché qui devienne contestable (*McKean* 1968 : 134 ; *Sugden and William* 1979 : 99-111). Cette double difficulté, bien que nécessitant une attention toute particulière en ce qui concerne le chiffrage des coûts et bénéfices, ne doit pas rendre l'ACB impossible²³⁷. En effet, ce calcul est facilité si le superviseur (qu'il soit législateur ou juge) suit ces quatre consignes suivantes (*Layard* 1976 : 12) :

1. L'évaluation relative des différents coûts et bénéfices au moment où ceux-ci interviennent,
2. L'évaluation relative des coûts et bénéfices intervenant à différents moments : le problème de la préférence du moment (*time preference*) et les coûts d'opportunité du capital (absence de rentes lorsque le capital est utilisé) doivent être pris en considération,

236 Comme *Samuels* (1989 : xvii) l'affirme, une des critiques de l'ACB peut se révéler être l'un de ses attraits : « *BCA, in short, is no substitute for politics understood as self-government and as a mode of working out collective decisions. Indeed, the great genius of BCA is not to determine compulsive, unique optimal solutions to problems but to facilitate the coherent identification and juxtaposition of competing subjectivities and their respective implications. That is why multiple benefit-cost analyses should be undertaken. BCA is a tool to aid in making comparisons between policies and in estimating the results of various policies, not to determine policy through an ostensible black box* ».

237 Voir également *Frank* (2000) et *Schmid* (1989 : 235-265).

3. L'évaluation du risque des solutions envisagées,

4. L'évaluation des coûts et bénéfices engendrés aux personnes selon les différentes solutions.

De plus, l'une des limitations de l'ACB est la préoccupation qui est de savoir si elle devrait exclure des arguments de politiques publiques, tels que l'équité et les objectifs de redistribution de la richesse. Nous pensons qu'en effet, l'ACB ne doit pas prendre en considération cette préoccupation car elle n'est pas le seul outil disponible pour les décideurs politiques. Ceux-ci peuvent inclure, dans leurs calculs, ces notions considérées par la société, mais l'ACB devrait laisser cette marge d'appréciation à des représentants démocratiquement élus (Papandrea 2009 : 204). Qui plus est, les considérations de redistribution et de justice sociale sont mieux pourvues par l'outil fiscal que par l'outil juridique.

En réponse à ce qu'il appelle la critique de la « commodification » de l'ACB, Kornhauser (2000) répond que l'ACB met un prix sur les politiques plutôt que sur les ressources (par exemple la santé, l'environnement...). Même si l'ACB peut parfois être différenciée du critère du bien-être (c'est-à-dire de la maximisation de la fonction d'utilité sociale), elle est généralement assimilée²³⁸ à la notion d'efficacité au sens de Kaldor-Hicks (ou autrement dit, le critère potentiel de Pareto). En tant que théorie appliquée (Kornhauser 2000 : 1039), l'ACB est un « *a framework for systematically displaying the consequences of alternative spending and regulations in such a manner that the ranking of these alternatives is the result of applying politically chosen rules reflecting explicit performance objectives* » (Schmid 1989 : 285).

238 Ainsi, Adler (2000 : 261) considère l'ACB comme cousine de l'efficacité de Kaldor-Hicks.

L'ACB dans le contrôle juridictionnel : L'ACB est entreprise afin d'adopter une mesure administrative, ou projet, qui peut potentiellement être contrôlé par le pouvoir judiciaire. Cette possibilité modifie grandement l'appréhension de l'ACB en général, et l'appréhension de l'efficacité économique de cet acte en particulier. En effet, il peut arriver que des mesures soient adoptées par l'exécutif parce qu'elles correspondent à ses préférences, et non parce qu'elles suivent une logique empruntée à l'ACB, et donc à l'efficacité économique. D'autre part, le contrôle juridictionnel peut également conduire à adopter des solutions non efficaces du fait des problèmes d'information de la part des juges (Adler and Posner 2006 : 112-113).

Quoiqu'il en soit, le contrôle juridictionnel de l'ACB est recommandable du fait que les erreurs graves de calculs, emportant des solutions sous-optimales, doivent pouvoir être corrigées ou censurées par le pouvoir judiciaire²³⁹. En cela, l'ACB promeut, au-delà de l'efficacité économique, la transparence dans le processus de décision politique, en réduisant partiellement les problèmes d'agence entre principal et agent (Adler et Posner 2006 : 122).

En ce qui concerne le principe de proportionnalité, et au regard de la description qui vient d'être faite de l'ACB, il peut être affirmé que ce principe est une traduction, en langage juridique, de l'analyse économique coûts-bénéfices. En effet, le principe de proportionnalité exige la mise en balance d'intérêts divergents afin de minimiser le poids réglementaire imposé à la société. Ceci est équivalent, en langage économique, à la recherche par l'ACB de la réglementation qui maximise les bénéfices nets comparés à toutes les alternatives possibles. Est proportionnée une mesure qui, étant donné les autres solutions possibles, génère des bénéfices cumulés plus importants que les coûts cumulés, et qui, comparativement, maximise ces bénéfices nets.

239 Voir spécifiquement l'affaire *Corrosion Proof Fittings v EPA*, 947 F2d 1201, 5th Cir 1991.

Etant donné que l'ABC révèle l'efficacité, au sens de Kaldor-Hicks, sous-jacente à cette analyse, le principe de proportionnalité comme principe d'efficacité au sens de Kaldor-Hicks trouve sa logique d'un point de vue syllogistique et devient justifiée, une justification renforcée dès lors que le principe européen de proportionnalité est abordé, ce que nous faisons à présent.

b. Le Principe de proportionnalité comme principe d'efficacité économique

Le principe de proportionnalité est un principe général de droit de l'UE, explicitement comme tel dans les Traités européens à l'Article 5.4 du TUE. Cet Article est écrit de la sorte :

« 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 Les institutions de l'Union appliquent le principe de proportionnalité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ».

Au-delà du Protocole N°2, sur l'application du principe de subsidiarité et du principe de proportionnalité qui détaille la mise en place de ces deux principes, le principe de proportionnalité est présent dans une série d'Articles des Traités européens²⁴⁰. La reconnaissance du principe de proportionnalité, au niveau européen, fait partie de ce que Pescatore (1980 : 337) appelle « la mouvance constitutionnelle » des ordres juridiques. Emanant des traditions juridiques des Etats Membres, les principes généraux du droit européen sont nécessaires à son développement

240 Article 12 du TUE ; Article 69 du TFUE ; Article 276 du TFUE ; Article 296 du TFUE

(Pescatore 1980), mais le principe de proportionnalité est spécialement « endogène » à l'ordre juridique européen (Simon 1991 : 78).

Ce principe européen de proportionnalité remplit trois fonctions, essentiellement. Premièrement, ce principe est un motif de contrôle juridictionnel des actes adoptés par les institutions européennes²⁴¹, l'annulation d'actes européens peut se faire sur la seule incompatibilité de l'acte avec le principe de proportionnalité, comme nous le verrons plus loin. De plus, le principe de proportionnalité s'applique aux actes nationaux, particulièrement en ce qui concerne les libertés de circulation proclamées dans les Traités européens. Le principe de proportionnalité permet à la CJUE d'imposer aux autorités nationales que celles-ci modifient ou annulent des règles juridiques dans le sens de la proportionnalité ; sinon, l'Etat Membre en question se pose en violation du droit européen²⁴². Enfin, le principe de proportionnalité fonctionne, grâce à l'Article 5.4 du TUE, comme un outil à la disposition du juge européen pour réduire la marge d'appréciation du législateur européen (Tridimas 2006 : 137).

Dans l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft*²⁴³, la CJUE se réfèrera aux principes non-écrits de droit. Le litige concernait, en l'espèce, des dispositions communautaires organisant le marché commun de produits agricoles qui étaient, selon le requérant (l'Allemagne), en violation avec le principe de proportionnalité. L'Allemagne déduisit le principe de proportionnalité de l'Article 40.3 du Traité CEE (aujourd'hui Article 40.2 du TFUE), qui affirmait que « l'organisation commune

241 C-331/88 (1990) *Fedesa*, I-4023.

242 Ce contrôle de la conformité des mesures nationales, avec le principe de proportionnalité, se fait généralement par la Cour sur le fondement de la dernière phrase de l'Article 36 du TFUE, voir Affaire C-400/96 (1998) *Harpegnies*, I-5121.

243 Affaire 11/70 (1970) *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide*. I-1125. La première mention du principe se trouve dans les affaires de fonction publique, comme le relève Tridimas (2006 : 141). Voir Affaire 18/63 (1964) *Wollast v. EEC*, 97.

[...] inclura toutes les mesures requises pour atteindre les objectifs fixés à l'Article 39 ». Cette notion d'exigence limitée à amener les requérants à affirmer que les mesures seules nécessaires pour la réalisation des objectifs devaient être acceptées. La CJUE jugea dans *Internationale Handelsgesellschaft* que la protection des droits fondamentaux, par les institutions européennes elles-mêmes, faisait partie des principes généraux constitutionnellement protégés par les Etats Membres :

Qu' en effet, le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de Justice assure le respect; que la sauvegarde de ces droits , tout en s' inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté ; qu' il y a lieu, dès lors, d'examiner, à la lumière des doutes exprimés par le tribunal administratif, si le régime de cautionnement aurait porté atteinte à des droits de caractère fondamental dont le respect doit être assuré dans l'ordre juridique communautaire (§4).

La CJUE a reconnu le principe de proportionnalité comme étant un principe de nature fondamentale dans l'ordre juridique européen²⁴⁴. Ainsi, la Cour considère la proportionnalité, l'un des principes de droit allemand, comme étant un principe général du droit en droit européen, et donc supranationalisant la notion même de proportionnalité. Cette technique juridique permet à la Cour de ne pas évoquer les droits nationaux, mais de s'en remettre à l'ordre juridique européen qui devient, dès lors, autonome pour résoudre les affaires portées devant la Cour. Concernant la validité du Règlement contesté, les juges européens concluront que les cautions, exigées pour la

244C-25/70 (1970) *Einfuhr und Vorratstelle für Getreide und Fettermittel (Frankfurt) v. Köster, Berodt u. Co.*, I-1161. Voir C-331/88 (1990) *The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte : Fedesa et a.*, I-4023 où la Cour affirme que « Le principe de proportionnalité est reconnu par une jurisprudence constante de la Cour comme faisant partie des principes généraux du droit communautaire » (§13).

délivrance de licences pour l'import et l'export de produits agricoles, ne violaient pas le principe de proportionnalité :

« Les frais de cautionnement ne constituent pas un montant disproportionné à la valeur totale des marchandises en jeu et des autres frais commerciaux ; qu'il apparaît, dès lors, que les charges résultant du régime de cautionnement ne sont pas excessives et sont la conséquence normale d'un régime d'organisation des marchés conçu selon les exigences de l'intérêt général, défini par l'Article 39 du Traité, et qui vise à assurer un niveau de vie équitable à la population agricole tout en assurant des prix raisonnables dans les livraisons aux consommateurs » (§16).

Indépendamment de la légitimité de la décision finale dans cette affaire, celle-ci introduisit la possibilité d'un contrôle juridictionnel, fondé sur la proportionnalité des actes contestés (qu'ils soient européens ou nationaux). Ainsi, au-delà de la présence dans les Traités européens du principe de proportionnalité, celui-ci a fait sa première véritable introduction en droit européen avec l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, qui présagera d'une évolution jurisprudentielle riche concernant le principe de proportionnalité, comme nous le voyons plus loin. Les différents tests inhérents au principe de proportionnalité enferment en leur sein une logique économique.

La Cour exerce son contrôle juridictionnel des actes européens sur le fondement de la proportionnalité en recherchant si les motivations invoquées dans l'acte contesté correspondent aux objectifs fixés par celui-ci²⁴⁵. Cependant, la Cour est particulièrement réticente à contrôler la proportionnalité des actes européens particulièrement lorsque ces mesures européennes

245 C-329/01 (2004) *The Queen, to the request of British Sugar plc v. Intervention Board for Agricultural Product*, I-01899 (§58) ; C-426/93 (2002) *Germany v. Council*, I-3723, (§42); C-491/01 (2002) *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, I-11453, (§122).

n'impliquent pas les droits des individus²⁴⁶. Ainsi, la portée du contrôle juridictionnel du principe de proportionnalité se limite aux actes contestés, emportant ingérence et limitations des droits et obligations des individus. L'intensité du contrôle juridictionnel devient nulle, dès lors que les intérêts des individus sont hors de portée de l'acte en cause. Par conséquent, le principe de proportionnalité opère seulement comme principe de limitation de l'interférence de l'action publique sur les droits et obligations des individus.

Le principe européen de proportionnalité est très similaire au principe allemand de proportionnalité. Ainsi, ce principe est, au niveau européen, composé de trois sous-principes :

1. Le contrôle de la nécessité de la mesure pour atteindre l'objectif fixé,
2. Le contrôle du caractère approprié (ou le test du moyen le moins contraignant) de la mesure pour atteindre l'objectif fixé,
3. Le contrôle de la proportionnalité *stricto sensu*, par lequel le coût engendré par la mesure doit être en proportion avec les bénéfices de l'objectif souhaité (De Burca 1993 : 113).

Une fois le contenu du principe de proportionnalité explicité, il convient désormais d'appréhender ce principe, et ses éléments, d'un point de vue davantage théorique, notamment avec la vision donnée par Alexy du principe de proportionnalité comme principe d'optimisation sociale (2000 ; 2002)²⁴⁷. Alexy distingue les règles juridiques des principes juridiques par le recours

246 C-329/01 (2004) *The Queen, to the request of British Sugar plc v. Intervention Board for Agricultural Product*, I-01899, (§59).

247 « *Balancing [or proportionality stricto sensu] is a rational procedure in its main part and very close to the reasoning of optimization (or cost-benefit analysis, Pareto optimality)* », affirme Van Aaken (2009 : 503-504).

au critère de généralité²⁴⁸, le critère de précision dans l'application²⁴⁹, et le critère du caractère prescriptif de la norme²⁵⁰. Mais le critère majeur, qu'Alexy préfère, ne figure pas parmi ceux que la doctrine cite souvent. En effet, Alexy considère que le critère fondamental, qui permet de distinguer strictement les règles juridiques des principes juridiques, est le critère « qualitatif » qui affirme que les « *principles are optimization requirements* »²⁵¹. Le critère qualitatif suppose que « *every norm is either a rule or a principle* » : une norme ne saurait être les deux à la fois. Plus particulièrement, appliquée à son principe, la proportionnalité est alors considérée, non pas véritablement comme un principe juridique mais, comme un faisceau de règles juridiques : chaque sous-principe du principe de proportionnalité est en réalité une règle juridique en soi²⁵².

En effet, l'image adoptée, par Alexy, de principes comme facteurs d'optimisation (« *optimization requirements* »), suggère que ces principes soient des « *norms which require that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities [...] The scope of the legally possible is determined by opposing principles and rules. By contrast, rules are norms which are always either fulfilled or not* ».

248 « *[P]rinciples are norms of relatively high generality, and rules are norms of relatively low generality* ». (Alexy 2000 : 45). Pour sa part, Bengoetxea (1993 : 60) voit « [legal principles as] usually general statements contained in legal texts or inductively drawn from them. Because they lack a binary structure, they do not enter into logical relations (or entailment) as readily as legal rules do [...] ».

249 Ce critère démontre « *the ability to state precisely the situations in which the norm is to be applied, the manner of creation, perhaps in the distinction between "created" and "evolved" norms, the explicitness of evaluative content, connection with the idea of law, or with a high legal statue, and significance for the legal order* » (Alexy 2000 : 46).

250 « *Principles and rules have also been distinguished by whether they are reasons for rules or rules themselves, or whether they are norms of argumentation or norms of behaviour* ». (Alexy 2000 : 46).

251 Alexy (2002 : 47).

252 « *Suitability, necessity, and proportionality in the narrow sense (balance) are not balanced against other things. They do not take precedence in one situation and not in another. Rather, the question is whether the sub-principles are satisfied or not, and their non-satisfaction leads to illegality. Thus the three sub-principles are actually rules* ». (Alexy 2002 : nbp 84).

(Alexy 2002 : 47-48 ; 2000 : 295). Ainsi, le principe de proportionnalité doit toujours être appliqué en toutes circonstances, car c'est un principe directeur qui aide à délimiter la sphère dans laquelle le législateur agit, et qui aide le juge à définir les limites des mesures extrêmes à invalider²⁵³. Alors, le principe de proportionnalité n'est pas un principe au sens qu'Alexy donne à la notion de principe²⁵⁴. Néanmoins, cette conception n'enlève en rien la valeur juridique du principe de proportionnalité, qui est un principe juridique car, dès lors que le juge trouve une norme juridique qui est disproportionnée, celle-ci est considérée comme illégale.

Par conséquent, la proportionnalité est un principe juridique qui se doit d'être appliqué de façon universelle. Mais le principe de proportionnalité comporte une dimension toute particulière car celui-ci est également inhérent aux autres principes juridiques et vice-versa (Alexy 2002 : 66).

Si les sous-principes de nécessité, et du moyen le moins restrictif, sont des facteurs d'optimisation par rapport à ce qui est légalement possible, le sous-principe de proportionnalité dit *stricto sensu* est un facteur d'optimisation par rapport à ce qui est factuellement possible (Alexy 2002 : 67). Optimisation doit ici être comprise de façon littérale, c'est-à-dire Pareto-optimal.

En effet, le premier sous-principe de nécessité exige que seuls les moyens, nécessaires à la réalisation des fins désirées, soient choisis. Ainsi, l'exigence de nécessité est un test d'effectivité par lequel les moyens choisis sont acceptés, seulement, parce qu'ils contribuent à la réalisation effective des objectifs. Le second sous-principe des moyens les moins restrictifs exige que seuls les moyens strictement nécessaires à la réalisation des fins soient choisis ; ce critère s'attaquant aux moyens superflus de régulations qui pourraient accroître les coûts de manière superflue. Si la production du

253 Ainsi, Bengoetxea (1993 : 187) considère justement que « *principles do not provide solutions to possible cases, but rather indicate what criteria should be taken into consideration in deciding case* ».

254 Alexy, en cela, l'affirme explicitement : « *The principle of proportionality is not actually a principle in the sense defined here* » (Alexy 2002 : nbp 84).

droit devait être comparée à la production d'un bien, ce critère signifierait que l'exigence d'efficacité productive soit posée. En effet, les objectifs juridiques sont réalisés en emportant les moyens les moins coûteux et en minimisant les ressources consommées pour atteindre les objectifs fixés. Enfin, le troisième sous-principe de proportionnalité *stricto sensu* exige la mise en balance des intérêts (et donc des bénéfices et coûts associés avec chacun de ces intérêts impliqués), afin que le coût marginal, créé par la limitation d'un droit particulier, soit moindre que le bénéfice marginal attendu par le changement juridique. Le bénéfice marginal peut très bien être déduit de la création de richesses sur le marché, qui est facilitée par la réduction de l'intervention publique, ou par la jouissance de droits de l'Homme, qui crée une utilité plus grande que le coût marginal créé par la désutilité engendrée par la réduction de la jouissance d'un autre droit de l'Homme. Par conséquent, ce sous-principe est en lui-même l'essence même du raisonnement inhérent à l'analyse coût-bénéfices décrit plus haut.

Or, comme l'analyse coût-bénéfices le suggère, le raisonnement économique de la mise en balance des intérêts n'est pas l'optimalité au sens de Pareto (qui est inconcevable dès lors qu'il s'agit de mise en balance de coûts et de bénéfices), mais plutôt la recherche de l'efficacité au sens de Kaldor-Hicks. Cette efficacité se préoccupe de la maximisation des bénéfices nets (bénéfices cumulés moins les coûts cumulés), ce qui est une logique différente des deux premiers sous-principes, qui ne concourent qu'à la seule minimisation des coûts, indépendamment des bénéfices.

En cela, ces deux premiers sous-principes sont optimaux au sens de Pareto, car ceux-ci ne nécessitent pas cette mise en balance. Cependant, en ce qui concerne le troisième sous-principe de proportionnalité *stricto sensu*, il peut être décrit comme étant un test de l'efficacité comparée dans lequel les différentes solutions efficaces, au sens de Kaldor-Hicks, sont comparées afin que la plus efficace soit choisie parmi celles-ci. Si les deux premiers sous-principes correspondent à l'optimalité au sens de Pareto, le dernier sous-principe de mise en balance peut seulement être de

nature à promouvoir l'efficacité au sens de Kaldor-Hicks, transformant dès lors le principe de proportionnalité dans son ensemble en principe promouvant l'efficacité au sens de Kaldor-Hicks.

Le raisonnement sous-jacent à l'analyse coût-bénéfices, de la plupart des règles juridiques adoptées et jugées, est apparent dès lors que la rationalité des moyens et des fins est soulignée. En effet, « *few rules in our time are so well established that they may not be called upon any day to justify their existence as means adapted to an end* » (Cardozo 1912 : 98).

Chaque fois qu'un législateur, ou un juge, cherche à atteindre un certain objectif juridique, tout en minimisant les coûts (entendus au sens large, à la fois la richesse et les désutilités) des moyens adoptés nécessairement pour cet objectif, alors le droit entre dans un processus de justification de la validité juridique, ou autrement dit, un processus de justification de la censure d'une règle juridique. Étant donné que l'analyse coût-bénéfices est le chemin le plus direct pour atteindre l'efficacité économique (dans une perspective Kaldor-Hicks), il devient alors nécessaire de démontrer dès à présent que le raisonnement judiciaire européen, en ce qui concerne le droit public de la réglementation sur lequel nous nous concentrerons, tend à opérer un contrôle juridictionnel des réglementations, non seulement, avec des raisonnements formalistes et logiques, mais le plus souvent avec des arguments pratiques et conséquentialistes. En d'autres termes, l'utilisation de l'analyse coût-bénéfices par les Cours, et en particulier par la CJUE, à travers le principe de proportionnalité, permet à cette dernière d'interpréter fondamentalement le principe de proportionnalité comme principe d'efficacité économique.

C'est ce que nous aborderons, après avoir entrepris une analyse comparée avec la Cour Suprême américaine de ce qui s'apparente au principe de proportionnalité dans la jurisprudence de cette Cour.

c. Proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour Suprême américaine : une perspective de droit comparé

A ce niveau, une approche comparée permet d'éclairer notre recherche d'une meilleure compréhension de l'interprétation jurisprudentielle du principe européen de proportionnalité. La jurisprudence de la Cour Suprême américaine révèle qu'il n'existe pas un tel principe en droit fédéral américain (à l'exception de la détermination des peines pénales). Cette carence peut être étonnante d'un point de vue juridique : comment une argumentation jurisprudentielle peut-elle être objectivement formulée si différents standards, se référant à la proportionnalité, s'appliquent sans que les individus ne sachent au préalable le standard applicable dans leurs situations ? De plus, comment le gouvernement peut-il justifier une réglementation, si les Cours peuvent choisir le standard de contrôle juridictionnel qu'elles désirent pour arriver à la solution juridique désirée ? Il y a là un problème de sécurité juridique et d'égalité devant la loi qui est soulevé du fait que le principe de proportionnalité, appliqué de façon cohérente dans toutes situations, permet d'éviter ces risques juridiques. Quoiqu'il en soit, en dépit du contrôle juridictionnel déconstruit, en ce qui concerne la proportionnalité des normes juridiques en droit fédéral américain, la Cour Suprême²⁵⁵ a su développer une jurisprudence suffisamment mature, pour que l'analyse coûts-bénéfices soit comprise dans le caractère raisonnable des réglementations, dans un sens assez proche de l'inclusion de l'analyse coûts-bénéfices dans le principe européen de proportionnalité, comme nous le démontrons maintenant.

255 Eliya et Porat (2010 : 265) se demandent : « *Since the two tests, balancing and proportionality, Voirm to be analytically similar and to perform similar functions, it is fair to ask why the treatment of proportionality is so different in Europe and in the United States. How is it that proportionality raises very little opposition in Europe, while balancing raises so much opposition and resistance in the United States ?* ».

Les « *due process clauses* » font référence aux Vème et XIVème Amendements de la Constitution américaine qui permettent de contester l'action gouvernementale entreprise dans la sphère de la réglementation économique, entraînant une violation du droit à la vie, à la liberté ou à la propriété. Ayant connu une période d'indifférence relative entre 1937 et 1980²⁵⁶, le « *due process* » s'est vu éclipsé de la jurisprudence de la Cour Suprême, progressivement après l'affaire *West Coast Hotel v. Parrish*²⁵⁷, s'écartant ainsi de la « *common practice for [the US Supreme] Court to strike down economic regulations adopted by a State* »²⁵⁸.

La Cour Suprême contrôle la légalité des réglementations économiques des Etats fédérés²⁵⁹, de façon poussée depuis l'« ère *Lochner*²⁶⁰ » durant laquelle plus de 200 réglementations, qu'elle a invalidées (Gunther et Sullivan 1997 : 466), firent de la Cour Suprême « *a potent limitation on government's ability to interfere with economic expectations* »²⁶¹. Pléthore de réglementations économiques, restreignant la liberté de contrat, les droits de propriété et plus généralement la liberté de mouvement, furent censurées²⁶². Dans l'affaire du *Lochner*, la Cour Suprême demanda, concernant une réglementation d'un Etat interdisant le nombre d'heures travaillées dans les

256 Néanmoins, voir *Giozza v. Tiernan* (148 US 657 (661)). Plus généralement, voir *Hetherington* (1958).

257 300 US 379 (1937).

258 *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Communities*, 447 US 557 (1980), Justice Rehnquist.

259 28 USC 1257 (1952) où il est dit que « *Final judgments or decrees rendered by the highest court of a State in which a decision could be had, may be reviewed by the Supreme Court by writ of certiorari where the validity of a treaty or statute of the United States is drawn in question or where the validity of a statute of any State is drawn in question on the ground of its being repugnant to the Constitution, treaties, or laws of the United States, or where any title, right, privilege, or immunity is specially set up or claimed under the Constitution or the treaties or statutes of, or any commission held or authority exercised under, the United States* ».

260 *Lochner v. New York* case (198 US 45 (1905)).

261 *Allied Structural Steel Co. v. Spannaus*, 438 US 234 (1978) Justice Brennan.

262 *Williams v. Standard Oil Co.* 278 US 245 (1928) ; *Ribnik v. McBride* 277 US 350 (1928) ; *Adkins v. Children's Hospital*, 261 US 525 (1923); *Coppage v. Kansas* 236 US 1 (1915); *Adair v. United States* 208 US 161 (1908).

boulangeries : « *Is this a fair, reasonable and appropriate exercise of the [police power], or is it unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right of the individual to his personal liberty or to enter into those contracts in relation to labor which may seem to him appropriate or necessary for the support of himself and his family ?* ». La Cour Suprême jugea que la mesure contestée était irraisonnable, après avoir exercé un contrôle qui allait plus loin que la recherche de la « *mere rationality* » de la mesure (Gunther et Sullivan 1997 : 470).

En d'autres termes, l'« *economic due process* » préféré par la Cour Suprême signifie, en substance, que les Cours peuvent invalider les réglementations des Etats afin qu'elles puissent affirmer, comme le résume John Hart Ely (1980 : 5), que « *the people's elected representatives that they cannot govern as they'd like* ». Ce point de vue s'oppose à l'approche qu'avait adoptée la Cour Suprême durant la période au cours de laquelle l'« *economic due process* » a été moins influent. Ainsi, par exemple, Justice Douglas, dans l'affaire *Day-Brite Lighting v. Missouri*²⁶³, affirma que la Cour Suprême ne devait pas entrer dans le débat consistant à déterminer si la réglementation en cause « *offends the public welfare* » et que les « *debatable issues as respects business, economic, and social affairs should be left to the legislature's margin of appreciation while the court adopt a lenient judicial approach to economic regulations* ».

L'« *economic due process* » comporte deux conséquences directes (Miller Struve 1967 : 1483). La première consiste à ce que le gouvernement doive compenser les individus pour toute expropriation. La seconde consiste à ce que le gouvernement doive adopter des réglementations économiques qui mettent correctement en balance les différents intérêts en présence, afin que les intérêts lésés soient moindres que ceux protégés ou renforcés, ce qui s'apparente d'un point de vue utilitariste à ce que les bénéfices dépassent les coûts.

263 342 US 421, §423-425 (1952)

Dans le cadre de l'« *economic due process* », le principe de proportionnalité peut être traduit par les différents standards de contrôle juridictionnel exercés par la Cour Suprême. En effet, la Cour Suprême n'a pas, à l'inverse de son homologue européen, développé un contrôle juridictionnel cohérent et général de la proportionnalité des mesures administratives. Ce contrôle est au contraire répandu en différents tests qui s'appliquent de façon alternative²⁶⁴, plutôt que de manière cumulative, comme cela est le cas pour le principe européen de proportionnalité dans lequel chaque sous-principe doit être respecté, sinon la mesure contestée est censurée.

Par ailleurs, le principe dit de l'alternative la moins restrictive (« *less-restrictive-alternative* » principe)²⁶⁵ correspond au second sous-principe du principe allemand ou européen de proportionnalité, comme détaillé plus haut²⁶⁶. De façon intéressante, la Cour Suprême a utilisé le principe de l'alternative la moins restrictive dans un sens assez similaire à celui que la CJUE a utilisé concernant le principe de proportionnalité. En effet, la Cour Suprême a limité la portée des réglementations économiques, adoptées par les Etats, dès lors que ces réglementations influaient sur le commerce interétatique et « *if reasonable nondiscriminatory alternatives, adequate to conserve legitimate local interests are available* »²⁶⁷. Le principe de l'alternative la moins restrictive concerne en réalité le même résultat, d'un point de vue économique, que le sous-principe du moyen le moins restrictif du principe européen de proportionnalité. En effet, cette analyse compare les gains marginaux de la mesure concernée. Cependant, le principe américain de l'alternative la moins restrictive semble

264 Voir aussi Susnjar (2010 : 155).

265 *White Motor Co. v. United States*, 372 US 253 (1963); *Chy Lung v. Freeman* (92 US 275 (1875)).

266 Le test de la « *rational basis* » de la Cour Suprême correspond au premier sous-principe du principe de proportionnalité en droit européen et a été introduit par la Cour Suprême avec l'affaire *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144. Voir également *Lee Optical Co. v. Williamson* (348 US 483 (1955)).

267 *Dean Milk Co. v. City of Madison*, 340 US 361, §354 (1964). Sur la relation entre le test de la « *rational basis* » et le test de la mesure la moins restrictive, voir *American Tel. & Tel. Co. v. United States*, 299 US 232, §236 (1936).

avoir un champ d'application limité aux expropriations du droit de propriété (Miller Struve 1967 : 1486). Dans l'affaire *Goldblatt v. Town of Hempstead*²⁶⁸, Justice Clark déclarait que l'« *economic due process* » affirme que la réglementation « *cannot be so onerous as to constitute a taking which constitutionally requires compensation* », tandis que le test de l'alternative la moins restrictive contrôle que la réglementation soit « *reasonably necessary for the accomplishment of the purpose, and not unduly oppressive upon individuals* »²⁶⁹. Le premier test correspond naturellement au sous-principe de la proportionnalité *stricto sensu* où les bénéfices doivent être suffisamment importants pour pouvoir compenser les coûts engendrés, et donc tendre vers l'efficacité au sens de Kaldor-Hicks avec compensations potentielles ou réelles. Le second test correspond à la fois au premier sous-principe de nécessité, ainsi qu'au second sous-principe du moyen le moins restrictif.

Par conséquent, aux fins de comparaison, il est possible d'affirmer que la Cour Suprême a développé un test de la proportionnalité comparable à celui élaboré en Europe (Stone Sweet et Mathews 2010 : 20) Mais, si les différents standards d'intensité de contrôles juridictionnel peuvent être corrélés aux différents sous-principes du principe européen de proportionnalité, l'approche éparpillée du droit américain empêche l'exercice d'un contrôle juridictionnel des mesures des Etats fédérés qui soit systématique, cohérente, comme ce serait le cas par le recours au principe de proportionnalité (Stone Sweet et Mathews 2010 : 4-5). Au lieu de cela, les différentes conceptions du caractère raisonnable de la mesure (que ce soit sous le label de « *economic due process* », d'alternative la moins contraignante ou encore de rationalité de la mesure, comme nous allons le voir), offre un contrôle juridictionnel davantage détendu et indulgent, comparé au contrôle exercé avec le principe de proportionnalité (Bermann 1978 : 422). Néanmoins, Bermann (2002 : 89) affirme que « *largely unexpected emergence of a « proportionality » doctrine in the [Supreme] Court's jurisprudence*

268 369 US 590 (1962).

269 *Id.* 594-595.

under the 14th Amendment » a émergé seulement récemment. Encore que, le contrôle du caractère raisonnable des mesures fédérales, par la Cour Suprême, est davantage posé sur le terrain du fédéralisme plutôt que sur celui de la proportionnalité : « *because [the Supreme Court] call into question the necessity for federal legislative interpretation the Supreme Court's recent proportionality cases more closely resemble a subsidiarity than a proportionality inquiry* » (Bermann 2002 : 96).

En effet, la Cour Suprême s'en remet de façon croissante à la technique de la balance des intérêts dans laquelle, coûts et bénéfices, attendus de la réglementation en cause, sont confrontés, afin que le jugement final intègre au mieux une analyse coût-bénéfices entreprise explicitement par l'exécutif²⁷⁰. Les récents développements de la jurisprudence de la Cour Suprême, concernant le contrôle des réglementations économiques des Etats fédérés, révèle que le test de la rationalité s'est vu ajouté à d'autres tests, considérés comme étant les trois degrés d'intensité du contrôle juridictionnel de la Cour Suprême envers ces réglementations.

Pour résumer, le premier niveau est constitué par le test de la base rationnelle (« *rational basis test* »)²⁷¹, qui représente le contrôle juridictionnel le moins poussé car il exige simplement que la réglementation soit rationnellement reliée aux intérêts poursuivis de l'Etat²⁷². Le second niveau exige que la réglementation corresponde substantiellement à un intérêt important de l'Etat. Enfin, le dernier niveau de contrôle est le « *strict scrutiny test* », par lequel la réglementation est considérée comme nécessaire seulement si elle répond à un intérêt supérieur de l'Etat (« *compelling State*

270 « *Strong measures appropriate to adress one harm may be an unwarranted response to another, lesser one* » dans *Boerne v. Flores*, 521 US 507 (1997), §530-532.

271 Voir *Fetzer* (1983).

272 Voir *United States Department of Agriculture v. Moreno*, 413 US 528 (1973) ; *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438 (1973) ; *Reed v. Reed*, 404 US 71 (1971). *Bice* (1981) a proposé un test de la « *marginal rationality analysis of law* », afin de garantir que les moyens utilisés étaient « *the efficient means of achieving the actor's goals* » (Bice 1981 : 37).

interest ») (Bice 1977 : 689)²⁷³. « *Strict scrutiny* » pourrait être assimilé à la doctrine de la mise en balance dans laquelle les bénéfices et coûts des mesures sont examinés²⁷⁴. Il est nécessaire de se rappeler que la mise en balance équivaut au sous-principe de la proportionnalité *stricto sensu* en Europe.

Bice (1981 : 3) considère, quant à lui, que non seulement le « *strict scrutiny* », mais également l'alternative la moins restrictive, concourent à cette analyse coûts-bénéfices : « *the second and third [tiers] by their terms go beyond simple rationality test to assess the value of the government's ends and to balance the costs and benefits of legislation* ». De façon plus générale, la Cour Suprême a accru son raisonnement économique, lorsqu'elle doit juger des réglementations des Etats, avec ces différents standards renforçant la notion d'« *economic due process* » (ou ordre économique) dans les Etats-Unis. A partir de ce que nous avons explicité et comparé jusqu'à présent, il est désormais possible de tirer des conclusions de cette approche comparée de l'analyse économique du principe de proportionnalité sous forme de tableau :

273 Voir *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 US 1 (1973), §16.

274 Aleinikoff (1987) définit la mise en balance comme étant « *judicial opinion that analyzes a constitutional question by identifying interests implicated by the case and reaches a decision or constructs a rule of constitutional law by explicitly or implicitly assigning values to the identified interests* ».

Analyse économique des éléments du principe de proportionnalité

	Droit américain	Droit européen	Interprétation économique
Premier niveau			<u>Contrôle</u> de
de contrôle juridictionnel	<i>Rational Basis Test</i>	<i>Nécessité</i>	<u>l'effectivité</u>
Second niveau			<u>Contrôle</u> de
de contrôle juridictionnel	<i>Less-Restrictive-Alternative Principle</i>	<i>Moyen le moins restrictif</i>	<u>l'efficacité</u>
Troisième niveau			<u>Contrôle</u> de
de contrôle juridictionnel	<i>Balancing (Strict Scrutiny)</i>	<i>Proportionnalité Stricto Sensu</i>	<u>l'efficacité comparée</u>

Ainsi, il apparaît opportun d'appréhender le principe de proportionnalité comme une traduction juridique de considérations, à la fois, de la part du législateur et du juge. Comme il est formulé au niveau européen, le principe de proportionnalité peut être considéré comme étant le parallèle du principe d'efficacité économique. Cette lecture économique du principe européen de proportionnalité doit désormais être testée. Nous avons démontré que le principe de proportionnalité, mais également la notion éparsée de la proportionnalité en droit américain, est

mieux comprise dès lors que la logique d'efficacité sous-jacente est prise en considération. Cette logique d'efficacité n'est pas Pareto-optimale (contrairement à ce que Alexy affirme), mais efficace, au sens de Kaldor-Hicks, du fait de la présence d'un calcul des coûts et bénéfices au niveau du dernier élément de la proportionnalité.

Mais cette logique d'efficacité, que nous avons adoptée pour aborder le principe européen de proportionnalité, est-elle confirmée par la pratique de ce principe dans la jurisprudence de la CJUE ? La perspective plutôt théorique de la première partie de cette section nous a amenés à conclure à l'opportunité de l'étude du principe de proportionnalité par le principe d'efficacité économique. Cette perspective théorique doit maintenant être testée empiriquement, c'est-à-dire avec l'application qui en est faite par la CJUE. Par l'analyse jurisprudentielle du principe européen de proportionnalité nous serons capables d'affirmer, au sortir de cette analyse, que le principe de proportionnalité a été interprété comme un principe d'efficacité économique, une interprétation qui fait sens au regard de la nature même du principe de proportionnalité.

3. Le Principe de proportionnalité comme principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne

Le champ d'application du principe de proportionnalité, établi par la CJUE, est très large en cela que ce principe s'applique, à la fois, comme motif de contrôle juridictionnel des mesures juridiques adoptées par les institutions européennes, mais également, et peut-être de façon plus importante, comme motif de contrôle juridictionnel des mesures nationales. La Cour a élaboré une

jurisprudence, concernant le principe de proportionnalité, suffisamment détaillée et mature où chacun des sous-principes est développé, encore que ce soit de manière plus ou moins explicite selon les affaires en présence.

En ce qui concerne le sous-principe de nécessité (ou ce que nous avons appelé plus haut, le contrôle juridictionnel de l'effectivité de la mesure), la Cour a régulièrement affirmé que « s'agissant du principe de proportionnalité, il convient de rappeler la jurisprudence de la Cour, selon laquelle, afin d'établir si une disposition de droit communautaire est conforme au principe de proportionnalité, il importe de vérifier si les moyens qu'elle met en oeuvre sont aptes à réaliser l'objectif visé et s'ils ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre »²⁷⁵.

Pour ce qui est du sous-principe exigeant d'adopter le moyen le moins restrictif, la Cour considère que « selon la jurisprudence de la Cour, le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit, exige que [...] lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante [...] »²⁷⁶.

275 C-84/94 (1996) *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Council*, I-5755, §57; C-258/08 (2010) *Ladbrokes Betting & Gaming Ltd, Ladbrokes International Ltd v. Stichting de Nationale Sporttotalisator*, ECR I-0000, §50 ; T-390/08 (2009) *Bank Melli Iran v. Council*, II-03967, §66 ; C-33/08 (2009) *Agrana Zucker GmbH v. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft*, I-05035, §31 ; C-217/99 (2000) *Commission v Belgium*, I-10251 ; C-426/93 (1995) *Germany v. Council*, I-3723, §42 ; C-265/87 (1989) *Hermann Schraeder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG, Ochtrup v. Hauptzollamt Gronau*, 2237, §23; C-132/80 (1981) *NV United Foods and PVBA Aug. Van den Abeele v. Belgium*, 995, §28.

276 Affaires jointes C-254, 255 et 269/94 (1996) *Fattoria autonoma tabbacchi et al. v. Ministero dell'Agricoltura e delle Foreste et al.*, ECR I-4235, §55 ; Affaires jointes C-378 et 380/08 (2010) *ERG and others*, I-0000, §86 ; C-558/07 (2009) *SPCM and others*, I-0000, §41 ; C-170/08 (2009) *Nijemeisland*, I-0000, §41 ; C-534/06 (2008) *Industria Lavorazione Carni Ovine*, I-4129, §25; C-189/01 (2001) *Jippes and Others*, I-5689, §81; C-67/97 (1998) *Bluhme*, I-8033 ; C-415/93 (1995) *Urbsfa v Bosman*, I-4921; C-137/85 (1987) *Maizena and Others*, 4587, §15 ; C-40/82 (1984) *Commission v. United Kingdom*, 2793, §24 ; C-124/81 (1983) *Commission v. United Kingdom*, 203, §16; C-104/75 (1976) *Officier van Justitie v De Peijper*, 613, §32.

En ce qui concerne le sous-principe de proportionnalité dit *stricto sensu*, la Cour répète fréquemment, comme ce fût le cas dans l'affaire *Pfizer Animal Health SA v. Council*²⁷⁷, que « le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, exige que [...] les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés ». L'affaire *Pfizer* est intéressante à plusieurs égards car cette affaire explicite le raisonnement judiciaire européen, précisément sur le test de proportionnalité *stricto sensu*, et plus généralement sur le principe de proportionnalité. En effet, dans cette affaire, la Cour a explicitement accepté le fait que le principe de proportionnalité comporte ces trois sous-principes et que ceux-ci, au final, soient synonymes d'une analyse coût-bénéfices. Ainsi, le principe de proportionnalité doit être envisagé comme tel lorsque les mesures contestées sont portées à la lumière du principe de proportionnalité:

Pfizer fait valoir que le règlement attaqué a été adopté en violation du principe de proportionnalité dans la mesure où cet acte constitue une mesure manifestement inappropriée pour la réalisation de l'objectif poursuivi et que les institutions, qui disposaient d'un choix entre plusieurs mesures, n'ont pas pour autant choisi la moins contraignante d'entre elles. En avançant, en substance, les mêmes arguments, Pfizer estime encore que le règlement attaqué constitue une violation du droit de propriété et un détournement de pouvoir.

De plus, selon Pfizer, les institutions communautaires ont commis des erreurs dans l'évaluation, dite « évaluation coûts/bénéfices », dans le cadre de laquelle les coûts et bénéfices attendus pour la société, de l'action envisagée, sont comparés avec les coûts et bénéfices qui résulteraient d'une absence d'action.

Sans contester que, dans un contexte comme celui du cas d'espèce, les institutions communautaires étaient tenues de procéder à une telle évaluation, le Conseil considère qu'aucune erreur n'a été commise à cet égard.

277 T-13/99 (2002) *Pfizer Animal Health SA v. Council*, II-03305, §12.

Le Tribunal considère que l'évaluation coûts/bénéfices constitue une expression particulière du principe de proportionnalité dans le cadre de dossiers impliquant la gestion de risques. Il estime dès lors opportun d'examiner le bien-fondé des arguments se référant à cette évaluation, avec celui des arguments ayant trait à la violation du principe de proportionnalité (§407-410).

Aussi, l'Avocat Général Ruiz-Jarabo a fait référence au principe de proportionnalité comme étant tridimensionnel, en soulignant l'importance de la notion de proportionnalité *stricto sensu* équivalent à une analyse coûts-bénéfices. En effet, celui-ci affirme que « le principe de l'intervention minimale, qui reflète le principe de proportionnalité, dont les contours ont depuis longtemps été délimités par la jurisprudence de la Cour fondée sur le caractère approprié, la nécessité et le rapport entre les coûts et les bénéfices, incite à ne pas appliquer erronément l'obligation de négocier, en tant que mesure *ex lege*, à des organismes autres que les opérateurs de réseaux publics »²⁷⁸.

Même si la cohérence interne du principe de proportionnalité est établie et ne saurait être questionnée, le degré d'intensité du contrôle juridictionnel exercé par la Cour dans son application du principe européen de proportionnalité varie selon la source de la mesure contestée en l'espèce. En effet, la Cour a développé une jurisprudence sur le principe de proportionnalité de telle sorte que les individus et entreprises soient protégées d'ingérences trop grandes dans leurs droits, que ce soit de la part des institutions européennes ou des Etats Membres (Tridimas 2006 : 176), mais en pratique, la Cour a appliqué le principe de proportionnalité avec davantage d'exigences vis-à-vis des Etats Membres.

278 Opinion de l'Avocat Général Ruiz-Jarabo Colomer pour *Telia Sonera Finland Oyj*, I-10717, §72.

Ainsi, un double standard²⁷⁹ d'application du principe européen de proportionnalité émerge et constituera dès lors la structure de notre propos à suivre. Ce double standard est une telle ligne de partage distinctive que nous aborderons les deux cas successivement, d'autant plus que cette ligne distinctive confirme notre représentation initiale d'un principe de proportionnalité comme principe d'efficacité économique. Ainsi, la justice déléguée adoptée par la Cour, lorsque celle-ci contrôle la proportionnalité des mesures des institutions européennes (a), sera étudiée après avoir détaillé la jurisprudence européenne de la proportionnalité appliquée aux mesures nationales (b).

a. Efficacité économique et contrôle juridictionnel de la proportionnalité des mesures nationales

La mise en balance inhérente au principe de proportionnalité ne saurait être épargnée au nom de la recherche de la réalisation d'un intérêt public et au détriment d'autres droits fondamentaux. La valeur intrinsèquement protectrice des droits fondamentaux du principe de proportionnalité a été affirmée notamment par l'arrêt *Liselotte Hauer*²⁸⁰ :

« Même si l'on ne saurait contester, dans son principe, la possibilité, pour la communauté, de restreindre l'usage du droit de propriété dans le cadre d'une organisation commune de marché et aux fins d'une

279 Voir Jacobs (2000 : 21).

280 C-44/79 (1979) *Liselotte Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, 03727 ; C-265/87 (1989) *Hermann Schraeder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG Hauptzollamt Gronau*, 02237 ; C-62/90 (1992) *Commission v. Germany*, I-02575 ; C-404/92 (1994) *X v. Commission*, I-04737.

politique de structure, il convient encore d'examiner si les restrictions instituées par la réglementation litigieuse répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la communauté et si elles ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable dans les prérogatives du propriétaire, qui porterait atteinte à la substance même du droit de propriété » (§23).

La proportionnalité s'applique généralement et indépendamment de la nature des droits impliqués. Ainsi, le principe de proportionnalité met en balance les droits fondamentaux entre eux, les droits fondamentaux avec des objectifs de politiques publiques ou des objectifs de politiques publiques entre eux. Mais dans tous les cas, le principe de proportionnalité, comme compris par la Cour, n'amène certainement pas à considérer une prédominance absolue de certains droits sur d'autres, et si prédominance casuistique il doit y avoir, cette prédominance doit être justifiée par la mise en balance des bénéfices et des coûts impliqués. La solution juridique peut seulement être celle minimisant le coût social par la mise en balance, et ainsi atteindre les conséquences sociales optimales.

Néanmoins, lorsque le principe de proportionnalité est invoqué afin de censurer des mesures nationales²⁸¹ néfastes pour l'exercice de droits fondamentaux ou de libertés fondamentales (au sens des libertés de circulations inscrites dans les Traités européens), la CJUE a tendance à considérer l'importance des coûts de ces mesures nationales au détriment de leurs bénéfices potentiels. En d'autres termes, la motivation potentiellement protectionniste de telles mesures nationales, examinées par la Cour, amène celle-ci à adopter une approche très sceptique vis-à-vis des bénéfices (s'ils existent) de telles mesures. L'intensité du contrôle juridictionnel est alors accrue (Tridimas 1999 : 66) et les coûts sont soulignés, tandis que les bénéfices négligés. Cette attitude jurisprudentielle est possible grâce, précisément, à l'usage que la Cour fait du principe de

281 Voir *Jans* (2000).

proportionnalité qui fonctionne comme un outil juridique de mise en balance destiné à censurer les inefficiences du (supposé) protectionnisme des mesures nationales.

Nous allons à présent explorer cette ligne de jurisprudence qui concourt à utiliser (effectivement²⁸²) le principe de proportionnalité comme un outil juridique antiprotectionniste au nom de la défense de l'efficacité économique attendue du Marché Unique.

Alors que les premières décisions concernant le principe de proportionnalité, appliqué aux mesures des Etats Membres, impliquait des matière de droit pénal et plus précisément la proportionnalité des pénalités et sanctions imposées²⁸³, la plupart des affaires, impliquant le principe de proportionnalité des mesures nationales, comportent une balance des intérêts européens avec ceux de l'Etat Membre concerné. Plus particulièrement, la liberté de circulation des biens (Article 34 du TFUE) s'oppose souvent aux législations nationales destinées à réguler la production et la vente de biens à l'intérieur de juridictions nationales. Comme l'Avocat Général Jacobs (2000 : 40-41) l'a affirmé, la Cour a explicitement lié le principe de proportionnalité avec le contrôle du respect de la liberté de circulation, dans un sens où les Etats Membres sont autorisés à restreindre le commerce intra-européen, tant que ceci est strictement nécessaire et que les bénéfices à la liberté de circulation ne sont pas sacrifiés :

« Appraising the proportionality of national rules which pursue a legitimate aim under Community law involves weighing the national interest in attaining that aim against the Community interest in ensuring the free movement of goods. In that regard, in order to verify that the restrictive effects on intra-Community trade of the rules at issue do not exceed what is necessary to achieve the aim in view, it must be considered whether those effects are direct, indirect or purely speculative and whether those

282 Voir *Jacobs* (1999 : 8).

283 C-265/88 (1989) *Criminal proceedings against Messner*, 4209.

effects do not impede the marketing of imported products more than the marketing of national products ». ²⁸⁴

De cette description donnée ci-dessus du principe de proportionnalité, il semble alors que la Cour entreprenne, seulement implicitement, les deux premiers sous-principes (nécessité et moyen le moins restrictif), tout en rendant explicite le troisième sous-principe de proportionnalité comme analyse coûts-bénéfices, dans laquelle les coûts des effets restrictifs de la mesure nationale sont examinés à la lumière des bénéfices attendus de la réalisation de l'objectif de l'intérêt national en jeu. Cette lecture du principe de proportionnalité est confirmée par la Cour lorsque celle-ci affirme, lors des fameuses affaires dites *Sunday trading*²⁸⁵ que :

« Il convient de vérifier, en second lieu, si les effets d'une telle réglementation nationale ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé. En effet, comme l'indique l'article 3 de la directive 70/50 de la Commission, du 22 décembre 1969 (JO 1970, L 13, p.29), les mesures nationales régissant la commercialisation des produits relèvent de l'interdiction de l'article 30, lorsque leurs effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce ».

Le coût de la diminution du volume d'échanges intra-européen doit être compensé pour que la mesure soit compatible avec l'Article 34 du TFUE, en ayant les bénéfices dérivés de l'objectif en vue qui était, en l'espèce, la réglementation des heures d'ouverture des boutiques. Or, cette réglementation, restreignant le commerce intra-européen, est nécessaire car de telles réglementations constituent l'expression de certains choix politiques et économiques, en ce qu'elles

284 C-169/91 (1992) *Council of the City of Stoke on Trent and Norwich city Council v. B&Q plc*, I-6635, §15.

285 C-145/88 (1989) *Torfaen borough Council v. B&Q plc*, 03851.

visent à assurer une répartition des heures de travail et de repos, adaptée aux particularités socioculturelles nationales ou régionales dont l'appréciation appartient, dans l'état actuel du droit communautaire, aux États membres. Au surplus, de telles réglementations n'ont pas pour objet de régir les courants d'échanges entre ces États.²⁸⁶

En langage économique, nous pouvons affirmer que la Cour a décidé que coût de la régulation, en termes de commerce intra-européen perdu, étaient extrêmement limités car la régulation s'appliquait indistinctement aux commerçants étrangers et nationaux et que cette réglementation concernait seulement les heures d'ouverture situés à l'intérieur de la juridiction d'un Etat Membre. D'autre part, les bénéfices sont importants car cette régulation concerne la limitation des heures d'ouvertures selon des préférences socio-culturelles. L'affaire *Torfaen* ainsi que les autres affaires dites « *Sunday Trading* » prirent en considération les préférences locales des citoyens qui valorisaient les bénéfices escomptés des réglementations contestées²⁸⁷. L'interdiction de servir les consommateurs les dimanches a des justifications religieuses (ce que les Cour appelle les « raisons socio-culturelles ») qui peuvent être présumées être de fortes préférences pour les individus, et difficilement négociables. Ainsi, mettre en balance les coûts cumulés d'une très limitée restriction au commerce avec les bénéfices cumulés ressentis par l'ensemble des citoyens, qui voient la régulation comme reflétant leurs préférences, conduit à adopter une solution juridique maximisant l'utilité agrégée.

Cette ligne de jurisprudence, bien que particulière car toutes ces affaires concernent seulement de fortes préférences locales sur la réglementation du travail le dimanche, n'a pas

286 C-145/88 (1989) *Torfaen borough Council v. B&Q plc*, 03851, §14.

287 C-145/88 (1989) *Torfaen borough Council v. B&Q plc*, 03851 ; C-312/89 (1991) *Conforama*, I-997 ; C-332/89 (1991) *Marchandise*, I-1027 ; C-169/91 (1992) *Council of City of Stoke-on-Trent and Norwich City Council v. B&C plc*, I-06635. Voir Barnard (1994 : 454).

empêché la Cour de restreindre la portée de l'Article 34 du TFUE en excluant d'examiner la disproportion de certaines mesures nationales²⁸⁸. De telles préférences locales fortes sont plutôt rares lorsque la mise en balance se fait à travers du contrôle de la proportionnalité de la mesure nationale avec le commerce intra-européen : souvent les justifications sont d'ordre plus économique ou de protection sociale. Or, ce genre de justifications fait supporter des coûts élevés pour la diminution du volume d'échanges intra-européens, tout en créant des bénéfices locaux limités. Dans son ambition de déceler toutes les mesures nationales pouvant emporter des effets antiprotectionnistes, la Cour a utilisé le principe de proportionnalité comme un « *legal argumentation framework* »²⁸⁹ qui justifie les analyses coûts-bénéfices²⁹⁰.

Dans l'affaire *Beer*²⁹¹, la Commission engagea une action contre l'Allemagne pour une incompatibilité présumée, avec le droit européen, d'une réglementation allemande interdisant la vente de bières légalement produites et vendues dans un autre Etat Membre, si ces bières ne se conformaient pas avec une loi de 1952 sur la bière en Allemagne. De plus, les importations de bières en Allemagne, contenant des additifs, étaient interdits *prima facie* pour des raisons de protection de la santé publique selon une loi sur les produits alimentaires de 1974. La Commission critiqua ces règles allemandes sur la pureté des bières qui, selon elle, étaient destinées à créer d'importantes barrières à l'importation. Cette allégation a été considérée comme incontestable par la Cour (§29), mais l'objectif de protection du consommateur soulevé par l'Allemagne (bien que légitime, §35), qui exigeait que les bières importées ne pouvaient porter l'appellation « *bier* » aurait,

288 Similairement, voir C-155/80 (1981) *Oebel*, 1993; C-75/81 (1982) *Belgium v. Blesgen*, 1211; C-148/85 (1986) *Direction Générale des Impôts et Procureur de la République v. Forest*, 3449; C-69/88 (1990) *H.Krantz GmbH & Co. Ontvanger der Directe Belastingen et al.*, I-583; C-23/89 (1990) *Quietlynn & Richards v. Southend Borough Council*, I-3059.

289 *Stone Sweet et Mathews* (2008 : 89).

290 Concernant l'inefficacité du protectionnisme, voir *Pelkmans* (2006) et *Feenstra* (1992).

291 C-178/84 (1987) *Commission v. Germany*, 01227.

selon la Cour, pu être rempli différemment selon le sous-principe de proportionnalité du moyen le moins restrictif. En effet,

« Pareille possibilité [de protéger les consommateurs] peut être assurée par des moyens qui n'entravent pas l'importation de produits légalement fabriqués et commercialisés dans d'autres Etats membres, et notamment, par l'apposition obligatoire d'un étiquetage adéquat concernant la nature du produit vendu. En indiquant les matières premières utilisées dans la fabrication de la bière, un tel procédé permettrait au consommateur de fixer son choix en toute connaissance de cause et assurerait la transparence des transactions commerciales et des offres au public [...] Contrairement à ce qu'a soutenu le gouvernement allemand, pareil système d'information peut parfaitement fonctionner même pour un produit qui, comme la bière, n'est pas nécessairement livré aux consommateurs en bouteilles ou en boîtes pouvant être pourvues des mentions appropriées. Cela est à nouveau confirmé par la réglementation allemande elle-même » (§35-36).

La protection des consommateurs contribue au renforcement de l'efficacité économique²⁹². Des consommateurs informés contractent de façon plus appropriée par rapport à leurs préférences que ne le feraient des consommateurs ignorants qui contracteraient en espérant avoir des bénéfices, alors même que ceux-ci sont accompagnés de coûts cachés inattendus et qui peuvent dépasser le montant des bénéfices attendus²⁹³. En ce qui concerne la compatibilité des règles allemandes sur la pureté des bières avec le droit européen, le principe de proportionnalité est non respecté car les règles allemandes sur les additifs sont acceptés pour les bières. En effet, ceci « aboutit à une exclusion de tous les additifs autorisés dans les autres Etats membres, et non à une

292 Voir Sun et Pelkmans (1995 : 85).

293 En effet, « *fraud reduces allocative efficiency. So too does any deficiency of information. Accurate information is necessary to ensure that money moves to those who can use it most effectively and that investors make optimal choices about the contents of their portfolios* ». (Easterbrook et Fischel 1984 : 673).

exclusion de certains d'entre eux justifiée concrètement par les dangers qu'ils comporteraient eu égard aux habitudes alimentaires de la population allemande et, d'autre part, ne comporte aucune procédure qui permette aux opérateurs économiques d'obtenir que tel additif déterminé soit admis par un acte de portée générale dans la fabrication de la bière » (§47), et par conséquent, cette interdiction « [elle]est contraire au principe de proportionnalité » (§53).

L'effet en pratique de cette interdiction aurait été une interdiction totale de toute bière importée, alors même que les risques encourus par une mesure plus proportionnée n'auraient pas augmenté²⁹⁴. Les bénéfices attendus (c'est-à-dire la diminution de la probabilité d'allergies dues aux additifs) ne valent pas les coûts d'efficience (c'est-à-dire l'interdiction totale de toute bière importée en Allemagne). Le principe de proportionnalité fonctionne comme une limitation des restrictions posées par les Etats Membres en ce qui concerne leurs importations : aucune restriction, au-delà de ce qui est proportionné, ne saurait être autorisée afin de combattre les biais protectionnistes envers les produits importés. En effet, les mesures nationales ne doivent pas constituer un moyen de discrimination arbitraire ou de restriction déguisée sur le commerce²⁹⁵, et la charge de la preuve de cette conformité repose sur les autorités nationales²⁹⁶.

L'arrêt *Cassis de Dijon*²⁹⁷ de 1979 fût un tournant dans la pertinence de l'image d'un principe de proportionnalité comme principe d'efficience économique. Ce jugement a déplacé le débat d'une analyse de la non-discrimination des mesures, qui ont un effet équivalent à des mesures

294 Opinion de l'Avocat Général Sir Slynn pour *Commission v. Germany*, 01227 affirmant « *it Voirms to me disproportionate to Voirk to justify rules which exclude the whole of society from beer other than nationally produced beer because some additives may constitute a risk for a person who drinks in excess of 1000 litres of beer a year or for an alcoholic already suffering from cirrhosis of the liver. Accepting that such persons may need protection there are other ways of achieving it, medical advice as to quantum and self-restraint to name only two* ».

295 Voir également l'affaire C-174/82 (1983) *Sandoz*, 2445.

296 Affaire 227/82 (1983) *Van Bennekom*, 03883.

297 Affaire 120/78 (1979) *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung fur Branntwein*, 649.

restrictives en faveur d'une analyse fondée, davantage, sur les coûts et bénéfices des mesures nationales (ou mises en balance en termes juridiques). L'arrêt *Dassonville*²⁹⁸, concernant la liberté de circulation des biens, a été précisé par *Cassis de Dijon*, lui-même délimité par l'exception posée dans l'affaire *Keck et Mithouard*²⁹⁹. Logiquement, nous discutons maintenant de chacun de ces arrêts du point de vue de la pertinence pour notre propos sur le principe de proportionnalité, sans que des affaires illustrantes ne soient évincées.

Dans *Dassonville*, la Cour a défini ce qui doit être compris comme les « mesures ayant des effets équivalents à des restrictions quantitatives » par ce que d'aucuns appellent la *règle de Dassonville* formulée comme ci-après :

« Toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire, est à considérer comme mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives » (§5).

Cette formule générale³⁰⁰ est destinée à comprendre une définition économique des mesures ayant un effet équivalent à des mesures restrictives, et pose les fondements d'un contrôle juridictionnel des mesures nationales basé sur le critère de la non-discrimination. Cette définition est intrinsèquement économique, en cela qu'elle ne se préoccupe pas des différentes qualifications juridiques qui pourraient être exploitées par les Etats Membres. C'est une définition économique portant son attention sur les conséquences matérielles basées sur des faits qui constituent des

298 C-8/74 (1974) *Procureur du Roi v. Benoit et Gustave Dassonville*, 00837.

299 Voir aussi l'Opinion de l'Avocat Général Trstenjak pour C-531/07, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft v. LIBRO Handelsgesellschaft mbH*, §46.

300 Voir *White* (1989).

mesures ayant des effets équivalents à des restrictions quantitatives³⁰¹. Cette interprétation de l'Article 34 du TFUE est une interprétation conséquentialiste car les coûts potentiels (mais pas nécessairement actuels) de ces mesures sont considérés³⁰². Par conséquent, la situation la plus évidente dans laquelle la mesure contestée se trouve censurée, selon la formule de *Dassonville*, est lorsque la mesure s'applique uniquement aux produits importés³⁰³. Par exemple, il est légitimement considéré que l'environnement est un bien public que les Etats Membres peuvent poursuivre comme objectif, tant que les mesures adoptées de la sorte ne créent pas de coûts disproportionnés par rapport aux bénéfices, et donc se conforment au principe de proportionnalité³⁰⁴.

Dans l'affaire *Tasca*³⁰⁵, la Cour décida, qu'en ce qui concerne la compatibilité d'une mesure nationale, fixant le prix minimum du sucre indistinctement pour les importations et les produits nationaux, une telle mesure discrimine en défaveur des importations au bénéfice des produits nationaux, parce que ce prix maximum « pour autant, en tout cas, qu'il s'applique à des produits importés, constitue donc une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, notamment lorsqu'il est fixé à un niveau tellement bas que - compte tenu de la situation générale des produits importés comparée à celle des produits nationaux - les opérateurs, désirant importer le produit dont s'agit dans l'Etat membre concerné, ne pourraient le faire qu'à perte » (§13).

301 Voir Chalmers (1993 : 271) et Snell (2002 : 55).

302 C-12/74 (1975) *Commission v Germany*, 181 ; C-249/81 (1982) *Commission v. Ireland*, 4005 ; C-124/85 (1986) *Commission v Greece*, 3935 ; C-320/03 (2005) *Commission v. Austria*, I-9871, §67 ; C-272/95 (1997) *Deutsches Milch-Kontor*, I-1905, §23 et 24. Voir aussi C-112/00 (2003) *Schmidberger*, I-5659, §56.

303 C-59/82 (1983) *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft v. Weinvertriebs-GmbH*, 1217 ; C-72/83 (1984) *Campus Oild Ltd v. Minister for Industry and Energy*, 2727.

304 C-302/86 (1988) *Commission v Denmark*, 4607 ; C-389/96 (1998) *Aher-Waggon*, I-4473, §20 ; Affaires jointes 34, 35 et 36/95 (1997) *KO v De Agostini et TV-shop*, I-3843, §45 ; C-189/95 (1997) *Franzen*, I-5909, §75.

305 C-65/75 (1976) *Riccardo Tasca*, 00291. Voir également l'Opinion de l'Avocat Général Reischl pour *Riccardo Tasca*.

Les coûts artificiellement créés par la fixation administrative des prix empêchent que des producteurs non nationaux, plus efficaces, puissent vendre leurs produits à l'intérieur de l'Etat Membre, et ceci bénéficie aux producteurs nationaux moins efficaces. La Cour regarde les effets pratiques (augmentation artificielle et disproportionnée des coûts d'entrée sur le marché) afin de condamner la mesure nationale³⁰⁶.

La portée de la formule énoncée par *Dassonville*³⁰⁷ a permis à la Cour³⁰⁸ d'examiner les mesures nationales, à la lumière de la proportionnalité des intérêts légitimes de l'Article 36 du TFUE acceptés, pour justifier les mesures nationales. Chaque fois qu'une mesure nationale est portée devant la CJUE, afin d'en vérifier sa compatibilité avec le droit européen, elle doit être jugée proportionnée lorsque qu'elle n'est pas discriminatoire (si elle est discriminatoire, la disproportion est présumée être constituée par la seule discrimination). Cette exigence de proportionnalité des mesures nationales par *Dassonville* peut être perçue comme une « proto-analyse coûts-bénéfices », avant que cette analyse ne soit précisée avec *Cassis de Dijon*.

306 Affaire jointes C-88 to 90/75 (1976) *Societa SADAM and others v. Comitato Interministeriale dei Prezzi and others*, 00323, §15 ; C-74/76 (1977) *Iannelli v. Meroni*, 557, §8.

307 Voir les affaires C-178/84 (1987) *Commission v Germany*, 1227, §27 ; C-192/01 (2003) *Commission v Denmark*, I-9693, §39 ; C-322/01 (2003) *Deutscher Apothekerverband*, I-14887, §66 ; C-420/01 (2003) *Commission v Italy*, I-6445, §25 ; C-24/00 (2004) *Commission v France*, I-1277, §22.

308 Pour des exceptions d'affaires s'étant éloignées de *Dassonville*, voir C-75/81 (1982) *Belgium v Blesgen*, 1211 ; C-69/88 (1990) *H. Krantz GmbH & Co v Ontvanger der Directe Belastingen et al*, I-583 ; C-23/89 (1990) *Quietlynn & Richards v. Southend Borough Council*, I-3059.

D'une part, la Cour prend en considération le coût d'efficience allocative créé par la perte de l'avantage compétitif du fait du poids régulateur³⁰⁹. Lorsque les réglementations nationales cherchent à résoudre des externalités de marché, les pertes d'efficience sont supposées être réduites par les décideurs. Alors, la CJUE adopte une approche restrictive du principe de proportionnalité (Chalmers *et al.* 2006 : 833). D'autre part, la Cour prend en compte les bénéfices octroyés par la réalisation de biens publics par les réglementations nationales. La Cour entreprend alors une balance des coûts et des bénéfices de manière plutôt implicite, et seulement après que le critère de la nécessité, et celui du moyen le moins restrictif, aient été considérés remplis par la mesure nationale contestée. Ainsi, dans les affaires telles que celles ayant amené au jugement *Dassonville*, la Cour censure les restrictions nationales au commerce intra-européen, mais seulement en cela que ces mesures restreignent le commerce à un tel point qu'elles sont disproportionnées par rapport aux bénéfices escomptés ou réalisés³¹⁰.

Par conséquent, le principe de proportionnalité est un outil juridique cardinal à la mise en balance de certains coûts (les pertes d'efficience du fait de la distorsion de l'efficience allocative entre producteurs), avec certains bénéfices (les biens publics énumérés à l'Article 36 du TFUE). L'approche par la discrimination caractérisée par la ligne jurisprudentielle, adoptée après *Dassonville*, permet à la Cour de supprimer, du droit positif, les éléments discriminatoires des mesures nationales, mais ne lui permet pas, en revanche, d'aller plus loin, en opérant un contrôle juridictionnel de la proportionnalité de mesures non-discriminatoires. Cette possibilité sera offerte seulement à partir de l'arrêt *Cassis de Dijon*, dans lequel la Cour a introduit la pratique d'une

309 Voir les affaires C-287/89 (1991) *Commission v. Belgium*, I-2233, §17 ; Affaires jointes 80 et 159/85 (1986) *Nederlandse Bakkerij Stichting and others v Edah BV*, 3359, §11 ; Affaire 82/77 (1978) *Ministère Public du Kingdom of Netherlands v Jacobus Philippus van Tiggele*, 00025 ; Affaire 65/75 (1976) *Riccardo Tasca*, 291.

310 C-40/82 (1982) *Commission v. United Kingdom*, 2793 ; Affaires jointes C-1 et 176/90 (1991) *Aragonesa de Publicidad v. Departamento de Sanidad*, I-4151 ; C-95/81 (1982) *Commission v. Italy*, 2187, §27 ; C-7/61 (1961) *Commission v. Italy*, 317.

approche pleine et entière de la mise en balance d'une grande variété de coûts, avec une plus grande acceptation de la notion de bénéfices.

Cassis de Dijon fût l'avancée jurisprudentielle nécessaire pour la Cour pour que celle-ci puisse scruter plus en profondeur et détails les différents coûts créés par les réglementations nationales, dans la mesure où celles-ci interviennent sur le marché³¹¹. Les mesures nationales proportionnées peuvent, par rapport à la réalisation de biens publics, limiter le commerce intra-européen à cause des barrières réglementaires à l'entrée créées pour l'accès au marché. Cependant, cette restriction peut être acceptable car les préférences locales sont satisfaites, sans que l'accès au marché pour les non-nationaux devienne pour autant impossible. Mais, les mesures nationales disproportionnées, adoptées pour la réalisation de biens publics, peuvent être amendées afin que les bénéfices marginaux, générés par la réduction de poids réglementaire, soient plus importants que les coûts marginaux liés à cette réduction.

Par ailleurs, corrélativement à la plus grande précision de l'analyse de la Cour vis-à-vis des coûts réglementaires des mesures nationales, la Cour élargit l'étendue des bénéfices acceptés pour justifier les mesures nationales, grâce à la création des « exigences impératives » qui incluaient au moment de *Cassis de Dijon* la lutte contre l'évasion fiscale, la protection des consommateurs, la protection de la santé publique et la protection de la loyauté des transactions commerciales. Les développements jurisprudentiels subséquents ont inclus la protection de l'environnement³¹², l'amélioration des conditions de travail³¹³, et la protection des cultures locales³¹⁴. Ces exigences impératives sont la nécessaire marge d'appréciation accrue du contrôle juridictionnel opéré par la

311 Voir C-29/83 *Leclerc*, 1; C-369/88 (1991) *Delattre*, I-4187; C-145/88 (1989) *Tofaen Borough Council*, 3851.

312 C-302/86 (1988) *Commission v. Denmark*, 4607.

313 C-155/80 (1981) *Oebel*, 1993.

314 Affaire jointes C-60 et 61/84 (1985) *Cinéthèque v. Fédération Nationale des Cinémas Français*, 2605.

Cour que celle-ci s'accorda, afin de légitimer sa plus grande critique des mesures nationales créant des coûts disproportionnés pour les importateurs au bénéfice des producteurs nationaux³¹⁵. Une mesure nationale dérogeant à la liberté de circulation des biens, par le recours à l'une de ces exigences impératives, exprimées dans *Cassis de Dijon*, peut être dite compatible au droit européen, si et seulement si, cette mesure nationale est applicable indistinctement³¹⁶ aux produits nationaux et importés (alors que les dérogations énumérées à l'Article 36 du TFUE s'appliquent aux mesures opérant une distinction entre produits importés et nationaux), et est proportionnée. L'autre conséquence juridique de *Cassis de Dijon* a été d'introduire le principe de reconnaissance mutuelle en droit européen selon lequel, en absence de règles harmonisées, le producteur de l'Etat Membre d'origine n'est plus obligé de se conformer avec le droit de l'Etat Membre d'accueil, si ses produits sont légalement commercialisés dans son Etat Membre d'origine et que ceux-ci sont équivalents avec ceux désignés par la réglementation de l'Etat Membre d'accueil, à laquelle l'importateur se conforme déjà³¹⁷. Par rapport au principe de proportionnalité, cette évolution jurisprudentielle a débouché sur un accroissement de l'intensité du contrôle juridictionnel de la CJUE, appliqué aux mesures nationales relevant de la liberté de circulation des produits. Devient disproportionnée, avec *Cassis de Dijon*, la double exigence d'autorisation de commercialisation pour des produits similaires³¹⁸. Etant donné que différentes réglementations sont adoptées pour des biens publics similaires, le coût marginal, supporté par les producteurs, n'est pas le plus souvent compensé par

315 De façon intéressante, Emiliou (1996 : 235) appelle « *rule of reason* » les exigences impératives développées dans *Cassis de Dijon*. Or, la règle de raison est considérée par Posner (1977) comme étant une mise en balance promouvant l'efficacité économique.

316 C-2/90 (1992) *Commission v. Belgium*, I-4431, §34.

317 C-120/78 (1979) *Rewe Zentrale v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (« *Cassis de Dijon* »), 649, §14.

318 C-788/79 (1980) *Italian State v. Gilli et Andres*, 2071 ; C-261/81 (1982) *Walter Rau Lebensmittelwerke v. de Smedt Pvbba*, 3961 ; C-178/84 (1987) *Commission v. Germany*, 1227.

un quelconque bénéfice marginal pouvant être attendu par une double exigence réglementaire. Ces contraintes juridiques, établies par les réglementations nationales, concernent les produits (tels que l'emballage, l'étiquetage...) et sont des obstacles à la liberté de circulations des produits équivalent à des restrictions quantitatives selon l'Article 34 du TFUE, si ces exigences sont disproportionnées et si elles ne peuvent être justifiées, ni par l'Article 36 du TFUE, ni par les exigences impératives, indépendamment de leur caractère discriminatoires ou pas. En effet, il est très fréquent que cette exigence « entraîne des frais supplémentaires pour l'importateur, ce qui rend l'importation plus difficile et plus coûteuse », et dans le cas où il existerait une règle harmonisée (en l'espèce, la Directive 93/43), une mesure nationale est jugée proportionnée : « seul un motif extrêmement important pourrait justifier l'adoption d'une telle disposition nationale spécifique. Un État membre doit alors démontrer que la réglementation est effectivement nécessaire »³¹⁹.

Dans *Schwarz*³²⁰, la Cour décida que les bénéfices escomptés (ou réels) des mesures nationales doivent être si importants qu'ils dépassent les coûts d'opportunités liés à l'absence d'un marché unique parfaitement harmonisé, alors même que de telles règles d'harmonisation existent dans un domaine particulier. Mais, en l'espèce, la Cour s'en est remise à la cour nationale pour affirmer si l'interdiction nationale « augmente considérablement la sécurité des denrées alimentaires en question » (§35), avant de conclure que cette interdiction est « une mesure adéquate et proportionnée pour protéger la santé publique » (§37). Cette affaire est l'une de ces affaires, peu nombreuses, dans lesquelles la Cour autorisa une mesure nationale interdisant la vente d'un produit particulier (friandises au sucre vendues sans emballages dans des distributeurs automatiques), peut-être parce que, précisément, cette interdiction n'est pas réellement une interdiction du produit mais plutôt une réglementation de la manière de vendre un produit

319 Opinion de l'Avocat Général Geelhoed pour *Georg Schwarz v. Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg*, §38.

320 C-366/04 (2006) *Schwarz v. Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg*, I-10139.

(nécessité d'emballage afin de protéger la santé publique). Quoiqu'il en soit, au vu des éléments qu'elle avait en sa possession, la Cour considéra que cette mesure était la moins restrictive possible et qu'elle générait des bénéfices en termes de santé publique qui dépassaient les coûts additionnels d'emballage. Au-delà des exigences juridiques liées aux produits qui doivent être proportionnées, la Cour déclara dans l'affaire *Oosthoek*³²¹ que, même en l'absence de discrimination et en l'absence d'exigence juridique, tenant au produit, de la part de l'Etat Membre d'accueil envers l'importateur, la nécessité pour cet importateur de modifier ses méthodes de commercialisation, afin de vendre son produit dans l'Etat Membre d'accueil, était équivalente à un obstacle à l'importation³²². Aussi, la Cour considéra que la compatibilité d'une mesure nationale avec le principe de proportionnalité, peu importe que cette mesure soit discriminatoire ou non, est la condition *sine qua non* de la légalité avec le droit européen des droits nationaux³²³.

Dans l'affaire *Cinéthèque*³²⁴, la Cour confirma cette approche jurisprudentielle en intégrant, dans le champ d'application de l'Article 34 du TFUE, les mesures nationales qui sont ni discriminatoires, ni applicables distinctement aux produits, selon que ceux-ci sont produits dans l'Etat d'origine ou d'accueil. La Cour se focalisa sur les coûts d'opportunités du commerce intra-européen manqué du fait de l'adoption de la mesure contestée, et procéda à une mise en balance des coûts actuels avec les bénéfices potentiels, conformément à la substance du principe de proportionnalité. Les mesures nationales sont contrôlées par rapport à leur caractère disproportionné dans les droits des acteurs privés, de telle manière qu'un ordre concurrentiel est façonné, pas seulement avec les notions de concurrence régulatrice, mais également du fait de la

321 C-286/81 (1982) *Criminal Proceedings against Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV.*, 4575.

322 C-286/81 (1982) *Criminal Proceedings against Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV.*, 4575, §15.

323 C-382/87 (1989) *R. Buët and Educational Business Service (EBS) Ministère Public*, 1235, §11.

324 Affaires jointes C-60 et 61/84 (1985) *Cinéthèque SA et autres v. Fédération nationale des cinémas français*, 2605.

tendance intrinsèquement dérégulatrice de la Cour, pour préserver le bon fonctionnement du (des) marché(s) au sein de l'UE.

Par conséquent, avec l'arrêt *Cassis de Dijon*, le principe de proportionnalité, comme interprété par la Cour dans son contrôle juridictionnel des mesures nationales, peut être vu comme participant, aussi bien (sinon plus), à la réforme de l'Etat qu'à la réforme du marché.

Lorsque Maduro (1998 : 164) affirme que la « *question is when can the Court legitimately apply the balance test* » (compris, à la fois, comme une analyse coûts-bénéfices et comme une application partielle du principe de proportionnalité), nous répondons que la Cour est apte à employer un test de la mise en balance (et plus généralement, le principe de proportionnalité), dans toutes les situations où son exercice du contrôle juridictionnel des mesures nationales, à la lumière des libertés de circulation, est en cause. En effet, c'est précisément la force et la valeur juridique du principe de proportionnalité que d'être applicable de façon générale et cohérente, quelque soient les faits de l'espèce, par opposition aux différents standards de contrôle de la Cour Suprême des Etats-Unis qui s'appliquent de façon spécifique et variable. Nier à la Cour sa capacité de mettre en balance des intérêts (donc coûts et bénéfices) divergents, dans certains cas (mais pas dans d'autres), donne lieu (i) à une distinction arbitraire entre mesures nationales, qui sont considérées comme sujettes à cette mise en balance par la CJUE et celles qui ne sont pas considérées comme telles, et (ii) une incompréhension de la cohérence et de la généralité du principe de proportionnalité comme outil juridique européen³²⁵.

En revanche, cette généralité et cette cohérence du principe de proportionnalité n'empêchent pas que ce principe juridique soit sujet à des redéfinitions ou, plus précisément, des affinements par lesquels l'analyse coût-bénéfices, décrite plus haut comme inhérente au principe de

325 A l'opposé, Maduro (1998 : 170) affirme que, bien que « *a balance will always be made* », la Cour devrait mettre en balance seulement « *when it is legitimate for the Court to replace the balance of Member States* ».

proportionnalité, se trouve précisée du point de vue des bénéfices (ceux-ci même qui sont souvent sous-estimés car difficilement quantifiables) émanant de la satisfaction des préférences locales des individus. C'est cet affinement qui a précisément été avancé dans l'arrêt *Keck et Mithouard*³²⁶. L'analyse coûts-bénéfices, légitimant la logique d'efficacité de l'interprétation du principe de proportionnalité, n'est pas fragilisée par cette évolution, au contraire. Bien que *Keck* ne renverse pas l'approche générale adoptée par la Cour concernant l'Article 34 du TFUE³²⁷, nous pouvons affirmer que cet arrêt renforce et démontre l'exactitude de l'interprétation par l'analyse coûts-bénéfices de cet Article, grâce au principe de proportionnalité. En effet, les mesures nationales, réglementant les modalités de ventes des produits, peuvent légitimement être supposées comme ne constituant pas d'obstacles au commerce intra-européen. Mais, cela ne signifie pas pour autant que ces mesures ne rentrent pas dans le champ d'application de l'Article 34 du TFUE : ces mesures sont considérées comme des coûts potentiels au commerce intra-européen et donc, rentrent dans le champ d'application de cet Article, mais les bénéfices locaux, générés par ces mesures, sont tels que seules les mesures discriminatoires, en droit comme en fait, pourront être censurées, car ne répondant pas à une mise en balance appropriée des intérêts en présence³²⁸.

Après avoir élargi la catégorie des coûts inclus dans le « calcul jurisprudentiel » la Cour entreprit d'élargir la catégorie des bénéfices, afin de rendre plus juste l'analyse coûts-bénéfices. Ceci est nécessaire, précisément du fait de la nature même de l'analyse coût-bénéfices. Cet outil économique a un biais inhérent à sa mise en pratique qui consiste à pouvoir mesurer, avec une relative aisance, les coûts réglementaires, mais est confronté à une extrême difficulté pour la mesure des bénéfices d'une réglementation, d'où une sous-estimation fréquente de ces bénéfices.

326 Affaires jointes C-267 et 268/91 (1993) *Criminal proceedings against Keck and Mithouard*, I-6097.

327 Voir *Weatherhill* (1996); *Gormley* (1996); *Ross* (1996).

328 Affaires jointes C-267 et 268/91 (1993) *Criminal proceedings against Keck and Mithouard*, I-6097, §16.

Les bénéfices, résultant d'une réglementation, peuvent être monétaires, mais sont souvent intangibles et exprimés en termes de satisfaction de préférences subjectives par les populations locales sujettes à ces réglementations.

La Cour a incorporé cette difficulté économique, de la mesure des bénéfices, en opérant une distinction jurisprudentielle entre les mesures touchant aux produits (*products requirements*), qui rentrent dans le champ d'application de l'Article 34 du TFUE, même sans que les mesures nationales ne soient discriminatoires, et les mesures touchant à l'environnement dans lequel ces produits sont commercialisés et vendus (*selling requirements*), et qui rentrent dans le champ d'application de l'Article 34 du TFUE seulement si ces mesures nationales sont discriminantes, que ce soit en droit ou en fait. Les préférences locales (ce que le juge Lenaerts appelle « *fundamental local values* »³²⁹) peuvent être mieux appréciées par les réglementations locales/nationales, et ainsi maximiser les différentes utilités. Or, ces différentes préférences sont souvent intrinsèquement liées à des territoires spécifiques. Les gens donnent de la valeur au fait que les produits soient fabriqués selon un processus particulier qui corresponde à leurs préférences. Ainsi, les exigences réglementaires liées à la vente et à la commercialisation des produits concernent, non seulement marginalement le commerce intra-européen, mais surtout contribue à la maximisation des utilités locales qui sont des bénéfices conséquents, sans que l'accès au marché pour les importateurs soit rendu impossible. L'Avocat Général Resauro a résumé le dilemme inhérent à l'Article 34 du TFUE en ce qui concerne sa fonction, en demandant :

« Is Article [34 TFUE] a provision intended to liberalize intra-Community trade or is it intended more generally to encourage the unhindered pursuit of commerce in individual Member State ?³³⁰ »

329 *Lenaerts* (1992 : 12)

330 Opinion de l'Avocat Général Tesaro pour *Huenermund*, §1.

Nous pensons que le « supranationalisme économique », correspondant à la première alternative, et que le « constitutionnalisme économique », correspondant à la seconde alternative³³¹, n'est pas véritablement dichotomique. La Cour interprète, précisément, le principe de proportionnalité, lorsqu'elle applique l'Article 34 du TFUE, comme prenant en compte les circonstances de marché (avec un contrôle juridictionnel plus restreint) – et donc se rapprochant de la notion de constitutionnalisme économique – mais dans un sens qui ne néglige pas les grands bénéfices escomptés et réalisés par la satisfaction des préférences locales en ce qui concerne les circonstances de marché, sans que cela ne crée de coûts disproportionnés, et donc, se rapprochant également de la notion de supranationalisme économique. En d'autres termes, la Cour a appliqué le principe de proportionnalité différemment aux *product requirement* et aux *selling requirements*, non pas en termes de nature du contrôle juridictionnel, mais seulement en termes d'intensité de celui-ci³³².

Ce contrôle juridictionnel est le même (les trois sous-principes de proportionnalité) car la rationalité de l'efficacité prévaut (notamment par l'analyse coûts-bénéfices), seulement les bénéfices, que d'aucuns pourraient qualifier de subjectifs rendent plus difficile la censure juridictionnelle de mesures nationales, par rapport aux situations où ces dernières réglementent le produit en tant que tel. Les possibles différences d'importance entre les préférences des citoyens, à travers l'Union, en ce qui concerne la détermination des mesures tenant à la vente et à la commercialisation des produits, amènent à ce que la logique de décentralisation l'emporte selon l'économie du fédéralisme³³³ ou, du moins, en faveur d'une autonomie locale préservée sur ces

331 Voir Barnard (2007 : 138-139).

332 Voir aussi Gormley (1990),

333 Van den Bergh (1997) et Leebron (1996).

questions, tant que l'accès au marché pour les producteurs non-nationaux n'est pas rendu plus difficile de façon disproportionnée.

Dans l'affaire *Keck*, les requérants (Messieurs Keck et Mithouard) vendaient des biens à perte en France, en violation d'une loi française interdisant indistinctement toute vente de produits à perte. La Cour a pris l'opportunité, qui lui était offerte par cette requête, pour redéfinir (ou plutôt préciser seulement) son exercice de la mise en balance des intérêts que la Cour entreprend habituellement lorsque celle-ci applique le principe de proportionnalité aux mesures nationales contestées, selon l'Article 34 du TFUE (§14). La jurisprudence constante de *Cassis de Dijon* est réaffirmée, mais est précisée aux mesures limitant ou interdisant les règles de vente des produits :

« Contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici, n' est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce entre les États membres, au sens de la jurisprudence *Dassonville* [...], l'application à des produits en provenance d'autres États membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres » (§16).

Les règles nationales interdisant la revente à perte ne rentrent pas dans le champ d'application de l'Article 34 du TFUE, tant que ces règles sont non-discriminatoires, ni en droit ni en fait. Alors que certains considèrent que cette approche de la Cour va en faveur d'une lecture par le « supranationalisme économique » de l'Article 34 du TFUE, plutôt qu'une lecture par le « constitutionnalisme économique » (Barnard 2007 : 145), en ce qui concerne plus particulièrement le principe de proportionnalité, ces règles nationales de nature non-discriminatoire sont sujettes à leur nécessaire compatibilité avec le principe de proportionnalité.

Par exemple, dans *Heimdienst*³³⁴, la Cour confirma, lorsqu'il s'agit d'une disposition réglementant la vente et la commercialisation de produits, la règle nationale au sens de *Keck* selon laquelle les boulangers, les bouchers et les commerçants ne doivent pas vendre de façon ambulante dans une circonscription administrative, s'ils ne possèdent pas un établissement permanent dans cette même circonscription ou dans une commune limitrophe. Or, cette règle a été jugée incompatible avec l'Article 34 du TFUE car excessive et disproportionnée (§34), et les bénéfices trop infimes pour justifier la création de coûts d'opportunité au commerce intra-européen. Une mesure nationale considérée comme un *selling arrangement* peut, dès lors, être censurée par la Cour du fait de son incompatibilité avec le principe de proportionnalité. Le principe de proportionnalité s'applique aux mesures réglementant la vente et la commercialisation des produits, et avec lui, la logique de l'analyse coûts-bénéfices qui contribue, aussi, à ce qu'il soit interprété comme un principe d'efficacité économique. Ces mesures concernent la localisation des produits³³⁵. Elles sont présumées, en droit comme en fait, ne pas empêcher l'accès au marché au sein même du Marché Unique. Mais cette présomption, issue de *Keck*³³⁶, qui protège le plus souvent ces mesures de la censure de la Cour, ne permet pas aux Etats Membres d'adopter des *selling arrangement* qui interviendraient sur le marché de façon si importante qu'elles en deviendraient disproportionnées car créant des barrières injustifiables au commerce.

334 C-254/98 (2000) *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb v. TK-Heimdienst Sass GmbH*, I-151.

335 Ont été considérées comme des modalités de ventes, diverses mesures nationales réglementant les produits. Pour des illustrations, voir : C-20/03 (2005) *Burmanjer, Van der Minden, De Jong*, I-4133 ; Affaires jointes C-418/93, 419/93, 420/93, 421/93, 460/93, 461/93, 462/93, 464/93, 9/94, 10/94, 11/94, 14/94, 15/94 (1996) *Semeraro Casa Uno Srl and others*, I-2975 ; C-412/93 (1995) *Leclerc-Siplec v. TFI Publicité SA*, I-179 ; C-387/93 (1997) *Criminal proceedings against Nilsson*, I-7477 ; C-254/98 (2000) *Heimdienst Sass GmbH*, I-151.

336 Cette présomption n'a pas été étendue à la libre prestation de services : C-384/93 (1995) *Alpine Investments BV v. Minister van Financien*, I-1141.

Dans *Familiapress*³³⁷, la Cour explicita le fait que la mise en balance des coûts et des bénéfices de ces mesures supposerait que les bénéfices locaux escomptés soient opposés aux coûts agrégés, à la fois d'un point de vue national, mais également à l'échelle européenne. Comme conséquence, il s'ensuit que cette balance est rarement trouvée au détriment (même avec *Keck*) de l'autonomie nationale, étant donné que les bénéfices locaux sont comparés aux coûts généraux. Il a été dit que dans *Familiapress*, la Cour « *imposes on the national courts a far-reaching balancing test, in that not only means employed to achieve a (legitimate) objective of national law are to be weighed but also the national aim so pursued against the Community law objective of free movement of goods and the freedom of expression, as enshrined in the Article 10 of the ECHR* » (Van Gerven 1999 : 42)³³⁸.

Le raisonnement par l'entrave à l'accès au marché, développé après *Keck*, où le contrôle juridictionnel du caractère disproportionné de la mesure³³⁹ devient la pierre angulaire de cette

337C-368/95 (1997) *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags-und vertrieb GmbH v. Heinrich Bauer Verlag*, I-3689.

338 Cette analyse de *Familiapress* s'oppose à celle donnée par Maduro (1998b : 306-309) qui y voit, plutôt qu'une application de la mise en balance, un test de la discrimination.

339 Voir affaires jointes C-267/91 et 268/91 *Criminal Proceedings against Keck and Mithouard*, I-6097, §17. *Keck* a influencé la jurisprudence concernant la libre prestation de services, encore qu'une traduction de *Keck* au secteur des services ne s'est pas faite entièrement. En effet, dans des affaires telles que *Alpine Investments*, *Bosman* et *Evora*, la Cour adopta une approche légèrement différente de l'accès au marché, concernant le principe de proportionnalité car la Cour censure des mesures nationales créant des barrières à l'accès au marché (au lieu de censurer les mesures nationales créant des barrières disproportionnées au marché) : C-384/93 (1995) *Alpine Investments BV v. Minister van Financien*, I-1141; C-415/93 (1995) *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL and others v. Jean-Marc Bosman*, I-4921 ; C-337/95 (1997) *Parfums Christian Dior SA et Parfums Christian Dior BV v. Evora BV*, I-6013. Voir *Snell* (2002 : 104). Cette approche a été formulée dans l'Opinion de l'Avocat Général Jacobs pour C-412/93 (1995) *Société d'Importation Edouard Leclerc-Siplec v. TFI Publicité SA et M6 Publicité SA*, I-6097, où il affirme que « *if the principle is that all undertakings should have unfettered access to the whole of the Community market, then the appropriate test in my view is whether there is a substantial restriction on that access. That would of course amount to introducing de minimis test into Article [34 TFUE]. [But] there [must] be a per se prohibition of overtly discriminatory measures* » (§42).

logique d'efficacité, est équivalent à une lecture économique, selon laquelle, les coûts des barrières à l'entrée sur le marché (mais également les bénéfices des objectifs poursuivis), ainsi que le critère général de l'accès au marché, se sont vus généralisés au domaine des biens³⁴⁰.

Cette dynamique jurisprudentielle correspond à une logique économique car, avec la « *rediscovery of the market access approach* » (Tridimas 2006 : 205), non seulement les coûts d'opportunité au commerce intra-européen et les coûts des mesures discriminatoires sont considérés, mais également les coûts réglementaires, en tant que tels, sont intégrés au raisonnement judiciaire européen. D'autre part, les bénéfices sont constitués par les dérogations énoncées à l'Article 36 du TFUE et les exigences impératives créées par la jurisprudence³⁴¹. Ces coûts et bénéfices sont mis en balance, après que la Cour ait contrôlé la légalité et la légitimité des mesures contestées, par le principe de proportionnalité garantissant l'efficacité régulatrice des mesures des Etats Membres, et ainsi, l'efficacité économique au sein de l'UE.

Le principe de proportionnalité, appliqué aux mesures nationales, a permis à la Cour de développer l'ordre concurrentiel au sein de l'UE par le développement de la logique d'efficacité inhérente à chaque sous-principe du principe de proportionnalité. Bien qu'hautelement politisé (Snell 2002 : 71), l'exercice de la mise en balance du principe de proportionnalité a été, et continue d'être, la seule caractéristique assurant l'efficacité, au sens de Kaldor-Hicks, des décisions de jurisprudence de la Cour. La CJUE favorisa, par le biais du principe de proportionnalité, une approche développant la liberté économique et, ainsi, le principe de d'efficacité économique, plutôt que la simple interprétation antiprotectionniste du principe de proportionnalité lorsque

340 Affaires jointes C-158 et 159/04 (2006) *Alfa vita Vassilopoulos AE, formerly Trofo Super-Markets AE v. Elliniko Dimosio and Nomarkhiaki Aftodiikisi Ioanninon* ; *Carrefour Marinopoulos AE v. Elliniko Dimosio and Nomarkhiaki Aftodiikisi Ioanninon*. Voir plus généralement, Tryfonidou (2007).

341 Voir aussi Tridimas (2006 : 206).

celui-ci est appliqué pour mettre en oeuvre l'Article 34 du TFUE. En d'autres termes, Snell (2002 : 127) affirme que « *a step is taken towards the economic freedom model and a more centralised Community where the Court determines the optimal regulation of the internal market* ». Ce que Snell appelle la liberté économique peut être traduit comme efficacité économique pour notre propos en cela que, non seulement les pertes d'efficacité des mesures discriminatoires sont examinées, mais également et surtout, les pertes d'efficacité des mesures non-discriminatoires (au regard de l'accès au marché). Et ce que Snell appelle un modèle plus centralisé, par lequel la Cour recherche l'« *optimal regulation of the internal market* », peut être traduit comme étant l'application « rigoureuse »³⁴² du principe de proportionnalité, selon lequel les coûts marginaux des mesures nationales ne doivent pas être plus importants que les bénéfices marginaux de ces mêmes mesures.

Par conséquent, le principe de proportionnalité est appliqué comme si une analyse coûts-bénéfices des mesures nationales était opérée par la Cour (bien que les jugements de la Cour peuvent être laconiques sur ces points et suivent souvent les recommandations plus détaillées des Avocats Généraux). Les intérêts en présence sont balancés afin que, dans le respect de l'autonomie régulatrice des Etats Membres, la liberté économique soit promue et, avec elle, l'efficacité économique. Ainsi, nous ne pouvons nous retrouver avec l'opinion de River lorsque celui-ci affirme que « *all the court does I maintain an efficiency-based oversight to ensure that there is no unnecessary costs to rights, that sledgehammers are not used to crack nuts, or rather, that sledgehammers are only used when nutcrackers prove important* » (Rivers 2006 : 177-182).

Mais, cette application large du principe de proportionnalité trouve-t-elle son corollaire sans le contrôle juridictionnel des mesures des institutions européennes ? C'est cette interrogation qui occupera la dernière partie de notre propos sur le principe de proportionnalité.

342 De Burca (1993 : 111).

b. (In)efficacité économique et contrôle juridictionnel des mesures des institutions européennes

Tandis que le contrôle juridictionnel de la Cour, concernant la proportionnalité des mesures nationales, est caractérisé, nous venons de le voir, par un examen rigoureux menant à ce qu'elle censure de nombreuses mesures nationales sur le motif de leurs disproportions, un contrôle juridictionnel caractérisé par une justice déléguée est observé, dès lors que la Cour doit juger de la proportionnalité des mesures des institutions européennes. Ce double standard de contrôle juridictionnel sera démontré avant d'être critiqué en fin de propos. Le contrôle juridictionnel des mesures des institutions européennes, en ce qui concerne le principe de proportionnalité, conduit inévitablement à la protection de la « *rule of law* » (ou Etat de droit) en droit européen, et à une plus grande redevabilité des institutions européennes dans leurs actions (Bermann 2002 : 76). Afin d'être concis, nous nous limiterons à représenter la tendance jurisprudentielle principale de la Cour dans ce domaine. Une tendance forte est le recours, par la Cour, à un langage juridique dominé par le concept de mesure « manifestement disproportionnée » qu'elle exige pour que la règle européenne contestée puisse être censurée sur le fondement du principe de proportionnalité.

L'approche de déférence choisie par la Cour est bien illustrée avec des affaires telles que *France et Irlande v. Commission*³⁴³ et *Roquettes Frères*³⁴⁴ qui recouvrent le raisonnement judiciaire européen fondamental dans différents domaines du droit. La Cour résuma son approche comme suit :

343 Affaires jointes C-296 et 307/93 (1996) *French Republic and Ireland v. Commission*, I-795.

344 Affaire 29/77 (1977) *Roquettes Frères v. Administration des Douanes*, 1835.

« Il résulte également de la jurisprudence de la Cour [...] que, s'agissant de l'évaluation d'une situation économique complexe, la Commission et le comité de gestion jouissent d'un large pouvoir d'appréciation. Ainsi, en contrôlant la légalité de l'exercice d'une telle compétence, le juge doit se limiter à examiner si elle n'est pas entachée d'une erreur manifeste ou de détournement de pouvoir ou si cette institution n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation³⁴⁵ ».

Cette approche jurisprudentielle de justice déléguée adoptée par la Cour, dès lors qu'une « situation économique complexe » est soulevée, doit être mise en parallèle avec la très grande audace jurisprudentielle de cette même Cour, s'il s'agit de contrôler la proportionnalité des mesures nationales impliquant des situations économiques au moins aussi « complexes ». Dans ce cas, la Cour ne se refuse pas à s'engager dans une analyse coûts-bénéfices des mesures nationales, en la substituant à celle des décideurs publics. Néanmoins, la dichotomie de cette interprétation, entre l'application du principe de proportionnalité pour les mesures nationales et celle pour les mesures des institutions européennes, est évidente. En effet, la définition donnée par la Cour du critère de proportionnalité, lorsque les mesures des institutions européennes sont contestées, est constante³⁴⁶. Nous pouvons déjà affirmer que la terminologie de l'« erreur manifeste », ou même de l'« abus de pouvoir », semble être directement influencée par la tradition juridique issue du droit français dans son élaboration du contrôle de proportionnalité.

La première affaire, dans laquelle les juges européens eurent à déterminer si une mesure des institutions européennes était conforme au principe européen de proportionnalité, a été l'affaire

345 Affaires jointes C-296 et 307/93 (1996) *French Republic and Ireland v. Commission*, I-795, §31.

346 Affaires jointes C-133, 300 et 362/93 (1994) *Crispoltoni and others*, I-4893, §41.

*Allemagne contre Conseil*³⁴⁷. En l'espèce, l'Allemagne affirma que le principe de proportionnalité a été violé par les institutions européennes, ce que la Cour réfuta : la mesure, imposant aux Etats Membres l'obligation d'organiser la collecte des informations statistiques sur les entreprises commerciales au bénéfice de la Commission Européenne, n'est pas manifestement disproportionnée jugea la Cour. Le requérant fonda son argumentation, d'une part, sur le caractère non-nécessaire de la mesure pour atteindre les objectifs poursuivis et, d'autre part, sur la disproportion entre les coûts et les bénéfices dégagés par la mesure contestée. La Cour décida néanmoins que :

« Il y a lieu d'observer à cet égard que le gouvernement allemand n'a pas démontré la pertinence de l'étude [...] qui a été réalisée en fonction de données établies en 1977 dans certains secteurs de l'économie au regard de la mise en oeuvre du règlement litigieux, alors notamment que les progrès de l'informatique permettront de réduire considérablement les frais de personnel impliqués dans l'établissement et la mise à jour des répertoires d'entreprises visés par le règlement. Par ailleurs, ainsi que le Conseil l'a relevé à juste titre, l'article 7 du règlement, en autorisant chaque institut statistique national à recueillir, à des fins statistiques, les informations qu'il vise, dans les fichiers administratifs ou juridiques constitués sur le territoire national, permettra également de réaliser une diminution très importante des coûts d'installation des nouveaux répertoires. Enfin, le gouvernement allemand n'a pas réussi à démontrer que les coûts liés à la création et à la mise à jour desdits répertoires d'entreprises sont manifestement disproportionnés par rapport aux avantages que procure à la Communauté la disponibilité de données statistiques fiables en vue de la réalisation des différents objectifs qui lui sont assignés par le traité. Le moyen tiré de la violation du principe de proportionnalité doit, dès lors, être écarté » (§49-51).

Ainsi, le contrôle juridictionnel de la conformité des mesures des institutions européennes avec le principe de proportionnalité ne saurait censurer une mesure légèrement disproportionnée :

347 C-426/93 (1995) *Germany v Council*, ECR I-3723.

seules les disproportions graves et manifestes entre les coûts des moyens engagés et les bénéfices des fins poursuivies pourraient légitimer la censure juridictionnelle de la mesure en question³⁴⁸. Fréquemment, la Cour se réfère à une application en deux étapes du principe de proportionnalité. Ceci est illustré par le passage suivant issu de l'arrêt *Fromançais*³⁴⁹:

« Afin d'établir si une disposition de droit communautaire est conforme au principe de proportionnalité, il importe de vérifier, en premier lieu, si les moyens qu'elle met en oeuvre pour réaliser l'objectif qu'elle vise s'accordent avec l'importance de celui-ci et, en second lieu, s'ils sont nécessaires pour l'atteindre » (§8).

Néanmoins, une définition plus englobante du principe de proportionnalité est formulée par la Cour (c'est-à-dire l'approche en trois étapes) dans des jugements tels que *Fedesa*³⁵⁰ où la Cour précisa que :

« Le principe de proportionnalité est reconnu par une jurisprudence constante de la Cour comme faisant partie des principes généraux du droit communautaire. En vertu de ce principe, la légalité de l'interdiction d'une activité économique est subordonnée à la condition que les mesures d'interdiction soient appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés » (§13)³⁵¹.

348 C-206/94 (1996) *Brennet v Paletta*, ECR I-2357 ; C-84/94 (1996) *United Kingdom v Council*, ECR I-5755 ; C-233/94 (1997) *Germany v Parliament and Council*, ECR I-2405;

349 C-66/82 *Fromançais v. FORMA*, 395.

350 C-331/88 (1990) *Fedesa and others*, I-4023.

351 Voir plus généralement, C-343/09 (2010) *Afton Chemical Limited v. Secretary of State for Transport*, §45; C-189/01 (2001) *Jippes and others*, I-5689, §81 ; C-558/07 (2009) *SPCM and others*, I-0000, §41 ; Affaires jointes C-379/09 et C-380/08 (2010)

En l'espèce, la Directive 88/146 de 1988 interdisait l'utilisation de certaines substances à effet hormonal par les éleveurs. Fedesa et d'autres éleveurs contestèrent la mesure nationale transposant partiellement cette directive sur le fondement, notamment, du principe de proportionnalité. La Cour délivra la définition ci-dessus du principe de proportionnalité qui comprend explicitement les trois sous-principes décrits plus haut.

En effet, « [...] mesures d'interdiction soient appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis » fait référence au critère de nécessité ou exigence d'effectivité, tout en soulignant que la légitimité, en tant que telle des objectifs, n'est pas contrôlée par les juges : elle est acceptée en soi par les juges européens. De plus, la référence à la mesure « la moins contraignante » fait évidemment allusion au second sous-principe de moyen le moins restrictif. Enfin, exiger que les « inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés » correspond à la proportionnalité *stricto sensu* selon laquelle une analyse coût-bénéfices doit être entreprise.

Cette formulation explicite du principe de proportionnalité dans ses trois éléments a très certainement été influencée par l'Opinion de l'Avocat Général Mischo rendu pour *Fedesa*³⁵². Il considère que la Directive en cause « n'est pas manifestement inadéquate pour atteindre l'objectif recherché » (§33). Il examine ensuite le second sous-principe de proportionnalité : « Quant à la possibilité d'atteindre le but recherché à l'aide d'une mesure moins contraignante... » (§39). L'Avocat Général Mischo considère que les obligations d'étiquetage proposées par les requérants « ne constitue pas une réelle alternative » parmi celles envisageables (§41), ainsi, l'interdiction de

ERG and others, I-0000, §86 ; C-534/06 (2008) *Industria Lavorazione Carni Ovine*, I-4129, §25 ; C-170/08 (2009) *Nijemeisland*, I-0000, §41.

352 Opinion de l'Avocat Général Mischo pour *Fedesa and others*, I-04023.

substances hormonales est la solution la moins contraignante pour atteindre l'objectif fixé. Enfin, l'Avocat Général Mischo examine l'application de la proportionnalité *stricto sensu*, mais avec une analyse restreinte telle qu'il est possible d'affirmer que ce test est alors dépourvu de sa signification originelle :

« En ce qui concerne la proportionnalité au sens étroit, c'est-à-dire la mise en balance des préjudices causés à des droits individuels et les avantages créés en contrepartie dans l'intérêt général, il y a lieu de constater que la préservation de la santé publique doit l'emporter sur toute autre considération. Du moment que le Conseil était d'avis, en vertu de son pouvoir d'appréciation, de ne pas pouvoir passer outre aux doutes éprouvés par la plupart des États membres et par une large partie de l'opinion publique au sujet de l'innocuité de ces substances, il était en droit d'imposer des sacrifices financiers aux milieux concernés » (§42).

Cette justice déléguée extrême, proposée par l'Avocat Général, n'a pas été entièrement suivie par la Cour dans sa décision en cela que la justice déléguée adoptée par la Cour est plus modérée et moins détaillée dans son contrôle de la proportionnalité des mesures européennes. En effet, la Cour n'a pas exagéré le fait que la santé publique doive prendre le dessus sur toute autre considération. Ceci aurait contredit l'esprit même de la proportionnalité *stricto sensu* qui est une analyse coûts-bénéfices où la mise en balance des intérêts, et des coûts et bénéfices, est la pierre angulaire du raisonnement judiciaire. Il ne serait ni efficient ni justifié de protéger la santé publique à n'importe quel coût.

Premièrement, les coûts superficiels générés conduiraient à ce que d'autres intérêts soient limités : au-delà d'un niveau optimal, les coûts marginaux pour une protection plus grande de la santé publique sont plus importants que les bénéfices marginaux escomptés de cette plus grande protection de la santé publique. Deuxièmement, cette vision, d'une protection illimitée de la santé publique, est incompatible avec le principe de proportionnalité qui est précisément forgé afin de

limiter tout « extrémisme » dans la poursuite d'objectifs de politiques publiques. Après tout, si le principe de proportionnalité signifiait réellement « protection de la santé publique sans limite », alors pourquoi l'Avocat Général Mischo n'a-t-il pas proposé une interdiction totale des substances hormonales (plutôt que l'interdiction de certaines substances seulement), étant donné que des considérations de santé publique ont été soulevées pour des substances cependant autorisées par la même Directive ? Accepter que la Cour donne aux institutions européennes une large marge d'appréciation, lorsqu'elle contrôle la conformité des mesures européennes avec le principe de proportionnalité, ne signifie pas pour autant qu'une ligne de jurisprudence aussi excessive que celle proposée par l'Avocat Général Mischo doit être adoptée de façon inconditionnelle. En cela, la Cour doit être saluée pour avoir utilisé les trois éléments du principe de proportionnalité dans son examen de la proportionnalité de la Directive (comme le suggérait l'Avocat Général Mischo), mais en excluant une justice déléguée extrême (contrairement à ce que proposait l'Avocat Général Mischo).

A l'opposé, dans l'affaire *Commission v Germany*³⁵³, la Cour rejeta la vision selon laquelle le principe de proportionnalité peut être assimilé à un principe d'intervention minimum concernant les mesures adoptées par les institutions européennes. Ce jugement va à l'encontre de l'essence même du principe de proportionnalité qui exige que les restrictions minimum - car strictement nécessaires - soient tolérées par le juge et par les décideurs publics. De plus, cette décision est incohérente avec la jurisprudence européenne sur l'application du principe de proportionnalité appliqué aux mesures nationales. Cette différence d'appréciation dans le raisonnement judiciaire européen peut être interprétée du point de vue de la théorie des choix publics.

En effet, la lecture étendue qui est faite par la Cour du principe de proportionnalité, dès lors qu'il s'agit de mesures nationales, conduit à penser que les juges européens ont bel et bien

353 C-280/84 (1985) *Commission v Germany*, ECR 3097.

compris le principe de proportionnalité, dans ce cas-là, comme n'autorisant pas les Etats Membres à intervenir davantage que le minimum nécessaire sur le marché. A l'opposé, la lecture restrictive du principe de proportionnalité, concernant les mesures des institutions européennes, amène les juges européens à rejeter toute réduction de la marge d'appréciation du législateur européen. Cette ligne de jurisprudence peut être expliquée par le fait que les mesures nationales sont légitimement présumées être des mesures n'allant pas dans le sens de davantage d'intégration européenne, tandis que les mesures des institutions européennes sont présumées être pro-intégrationnistes. Ainsi, ce double standard permet aux juges européens d'étendre le corpus juridique européen, et par là même, l'autorité et la légitimité de la Cour comme ultime interprète de ce corpus, tout en réduisant les obstacles juridiques nationaux à cette extension de l'autorité du droit européen. Les juges européens, en tant qu'acteurs institutionnels parmi les institutions européennes, maximisent leurs intérêts par ce double standard du contrôle juridictionnel de la proportionnalité, car cette position jurisprudentielle réduit à presque néant toute possibilité d'annulation, par la Cour, de mesures européennes, tout en maximisant la potentialité de censure, par cette même Cour, des mesures nationales.

De plus, l'existence même du principe européen de proportionnalité, comme appliqué par la jurisprudence européenne, peut être expliquée par le fait que le recours aux principes généraux du droit permet à la jurisprudence d'accéder à davantage de « neutralité » par l'objectivisation relative de son raisonnement jurisprudentiel. Un raisonnement judiciaire européen, fondé sur les principes généraux de droit, contribue à renforcer cette autorité, la légitimité et finalement le prestige de la Cour élaborant ces principes. Appliqué à la CJUE, le principe européen de proportionnalité, à la fois dans son origine et dans son interprétation, légitimise les décisions de la CJUE. L'intérêt personnel des juges européens dans cette évolution est à la fois évident et légitime.

Quoiqu'il en soit, ce minimalisme jurisprudentiel, lorsque le contrôle juridictionnel porte sur la proportionnalité des mesures européennes, ne veut pas dire nécessairement que ce contrôle

n'existe pas, et surtout qu'il ne pourrait pas, dans certains cas, mener à l'annulation de mesures européennes, encore que cette éventualité reste encore rare comme nous allons le voir.

Dans *Jippes*³⁵⁴, la Cour s'intéressa de manière rigoureuse à la proportionnalité de la Directive contestée et qui était destinée à combattre la fièvre aphteuse. La Cour jugea cette Directive de ne pas être entachée de disproportions suffisamment importantes pour renverser la tendance générale, consistant à confirmer les mesures européennes sur le fondement de la proportionnalité. La Cour rappela sa jurisprudence constante, concernant le principe de proportionnalité pour les mesures européennes, particulièrement lorsqu'il s'agit de la politique agricole commune. Dans la ligne du jugement *Fedesa*³⁵⁵, la Cour réitéra, en ce qui concerne le principe de proportionnalité :

« Il convient de rappeler que le législateur communautaire dispose en matière de politique agricole commune d'un large pouvoir d'appréciation [...] Par conséquent, le contrôle du juge doit se limiter à vérifier si la mesure en cause n'est pas entachée d'erreur manifeste ou de détournement de pouvoir ou si l'autorité en question n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation [...]. *S'agissant du contrôle de proportionnalité, il convient de rappeler que le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, exige que les actes des institutions communautaires ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés [...].* En ce qui concerne le contrôle juridictionnel des conditions de la mise en oeuvre d'un tel principe, eu égard au large pouvoir d'appréciation dont dispose le législateur communautaire en matière de politique agricole commune, seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure arrêtée en ce domaine, par rapport à l'objectif que l'institution compétente entend poursuivre, peut affecter la légalité d'une telle mesure [...]. Ainsi, il ne

354 C-189/01 (2001) *Jippes and others v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer*, I-5689.

355 C-331/88 (1990) *Fedesa and Others*, I-4023, §8 et §14.

s'agit pas de savoir si la mesure adoptée par le législateur était la seule ou la meilleure possible, mais si elle était manifestement inappropriée » (§80-83, italiques ajoutés).

Ainsi, même si la Cour adopte une position de justice déléguée, le langage de la Cour semble être très clair en ce qui concerne l'interprétation du principe de proportionnalité lorsque celui-ci est appliqué aux mesures européennes : ce principe implique toujours une analyse coûts-bénéfices entreprise par les juges et peut se substituer, le cas échéant, à celle des décideurs politiques.

En effet, il a pu être affirmé dans *Pfizer*³⁵⁶ que « l'évaluation coûts/bénéfices constitue une expression particulière du principe de proportionnalité dans le cadre de dossiers impliquant la gestion de risques. La Cour estime dès lors opportun d'examiner le bien-fondé des arguments se référant à cette évaluation avec celui des arguments ayant trait à la violation du principe de proportionnalité » (§410). La Cour cherche ainsi à préserver la cohérence de ce principe tout en offrant au législateur européen une position de justice déléguée. Il est légitime de penser que démontrer, pour un requérant, qu'une mesure européenne est manifestement disproportionnée, est une tâche ardue et donc rare³⁵⁷.

356 T-13/99 (2002) *Pfizer Animal Health SA v. Council*, II-3305.

357 Voir notamment C-41/03 (2005) *Rica Foods (Free Zone) NV v. Commission*, I-6875, §85 et 86 ; C-452/00 (2005) *Netherlands v. Commission*, I-6645, §101-102 ; C-171/03 (2004) *Maatschap Toeters and M.C. Verbek v Productschap Vee en Vlees*, I-10945, §52 ; C-434/02 (2004) *Arnold NAdre GmbH & Co KG v. Landrat des Kresies Herford*, I-11825 ; C-4/96 (1998) *Northern Ireland Fish Producers' Federation and Northern Ireland Fishermen's Federation v. Department of Agriculture for Northern Ireland*, I-681 ; C-8/89 (1990) *Zardi v. Agrario Provinciale di Ferrara*, I-2515.

Si cette tâche est rare, elle n'en est pas pour autant impossible. En effet, la Cour a récemment rendu des décisions plus ambitieuses, telles que les affaires dites³⁵⁸, *Publicité sur le tabac*³⁵⁹, et *Kadi II*³⁶⁰. Dans les affaires dites « *Lait écrémé* »³⁶¹, le Règlement 563/76 était en cause car il obligeait les agriculteurs à acheter, à un prix qui était trois fois supérieur à des produits similaires, du lait en poudre pour aliments pour animaux. La Cour considéra que cette disposition était, non seulement discriminante, mais également disproportionnée dans sa fixation du prix et non-nécessaire pour atteindre les objectifs de politiques publiques recherchées :

« Le régime institué par le Règlement n°563/76 était une mesure temporaire, destinée à remédier aux conséquences d'un déséquilibre persistant dans l'organisation commune du secteur du lait et des produits laitiers. [...] ce régime se caractérisait par l'imposition, non seulement aux producteurs du secteur laitier mais aussi et notamment à ceux d'autres secteurs agricoles, d'une charge économique ayant la forme, d'une part, d'un achat obligatoire de certaines quantités d'un produit fourrager et, d'autre part, de la fixation d'un prix d'achat pour ce produit à un niveau trois fois plus élevé que celui des matières auxquelles ce produit se substituait [...]. L'obligation d'achat à un prix si disproportionné constituait une répartition discriminatoire des charges entre les différents secteurs agricoles [...] au surplus, une telle obligation n'était pas nécessaire pour atteindre l'objectif visé, à savoir l'écoulement des stocks de lait écrémé en poudre [...]. Elle ne pouvait donc pas se justifier dans le cadre de la réalisation des objectifs de la politique agricole commune » (§7).

358 C-114/76 (1977) *Bela-Muhle v. Grows-Farm*, 1211; C-116/76 (1977) *Granaria*, 1247 ; Affaires jointes C-119 et 120/76 (1977) *Olmuhle and Becher*, 1269.

359 C-376/98 (2000) *Germany v. Parliament and Council*, I-08419

360 T-85/09 (2010) *Kadi v. Commission*, 29.

361 C-114/76 (1977) *Bela-Muhle v. Grows-Farm*, 1211; C-116/76 (1977) *Granaria*, 1247 ; Affaires jointes C-119 et 120/76 (1977) *Olmuhle and Becher*, 1269.

Comme le décrit Tridimas (2006 : 153), l'affaire du « Lait écrémé » « *illustrate that the Court is prepared to engage in a cost-benefit analysis even in areas where the Community institutions enjoy a wide discretion*³⁶² ». Par ailleurs, dans le jugement de la Publicité sur le tabac³⁶³, la Cour annula la Directive 98/43 concernant le rapprochement des dispositions réglementaires des Etats Membres relatives à la publicité de produits du tabac. Cette annulation était due au fait que la Directive posait des interdictions trop générales pour qu'elles soient considérées proportionnées. La Cour usa, implicitement, de la technique de la mise en balance des intérêts en présence, ainsi que des coûts et bénéfices (Kumm 2006 : 522).

L'Allemagne, la requérante, affirmait, parmi d'autres critiques, que l'Article 114 du TFUE (ex. Article 100a) sur le rapprochement des législations ne constituait pas une base juridique adéquate pour l'adoption de la Directive contestée et que les principes de proportionnalité et de subsidiarité étaient violés par cette même Directive. La Cour s'accorda sur cette analyse et jugea que cet Article n'était pas une base juridique appropriée car, ni l'objectif de supprimer des obstacles au commerce, ni même la réduction des distorsions de concurrence, pouvaient être effectivement atteints par cette Directive, alors que ces objectifs sont la condition d'action du législateur européen sur le fondement de l'Article 114 du TFUE. La Cour a ensuite affirmé que, étant donné que la Directive fut adoptée selon une base juridique erronée, « il n'y a pas lieu d'examiner les autres moyens invoqués par la requérante » (§118), notamment la violation des principes de proportionnalité et de subsidiarité. Nous pouvons voir dans ce jugement une volonté de la Cour de ne pas annuler des mesures européennes sur le fondement des principes de

362 Voir par ailleurs, Affaires jointes C-279/84, 280/84, 285/84 et 286/84 (1987) *Walter Rau Lebensmittelwerke and others v. Commission*, 1069, §37.

363 C-376/98 (2000) *Germany v. Parliament and Council*, I-08419.

proportionnalité ou de subsidiarité, mais plutôt sur le fondement d'une base juridique erronée, un motif d'annulation moins controversé mais ayant les mêmes effets juridiques d'annulation de l'acte.

Dans « *Kadi II* »³⁶⁴, une affaire qui fait suite à l'affaire « *Kadi I* »³⁶⁵, le Tribunal annula le Règlement 1190/2008 du 28 Novembre 2008 amendant, pour la 10ème fois, le Règlement 881/2002 imposant des mesures restrictives spécifiques en direction de certaines personnes et entités associées à Oussama Ben Laden, le réseau Al-Qaïda et les Talibans. Le Tribunal justifie son annulation du Règlement par le fait que la restriction des droits de propriété du requérant par ce Règlement était encore plus importante que celle qui était contestée dans *Kadi I*, et devenait alors disproportionnée. Le requérant avançait que la restriction imposée était injustifiée car ce Règlement a été adopté avec aucune des garanties que la Cour de Justice considère comme fondamentales en droit européen et que les preuves avancées n'étaient pas au-delà de tout doute mais de simples présomptions (§190). La Cour affirma ensuite que :

« Il résulte de l'examen du deuxième moyen que le règlement attaqué a été adopté sans fournir aucune garantie réelle permettant au requérant d'exposer sa cause aux autorités compétentes, et ce dans une situation dans laquelle la restriction de son droit de propriété doit être qualifiée de considérable, eu égard à la portée générale et à la persistance des mesures de gel dont il fait l'objet [...]. Dès lors, il doit être conclu que, dans les circonstances de la présente affaire, l'imposition au requérant des mesures restrictives que comporte le règlement n° 881/2002, du fait de son inclusion dans la liste contenue à l'annexe I de celui-ci, opérée par le règlement attaqué, constitue une restriction injustifiée de son droit de propriété [...]. Partant, les griefs du requérant relatifs à une violation du principe de proportionnalité, dans l'atteinte portée par le règlement attaqué à son droit fondamental au respect de la propriété, sont fondés [...] » (§192-194).

364 T-85/09 (2010) *Kadi v. Commission*, 29.

365 T-315/01 (2005) *Yassin Abdullah Kadi v. Council*, II-3649, confirmé dans les Affaires jointes C-402/05 et 415/05 *Yassin Abdullah Kadi and Al Brakaat International Foundation v. Council*, I-6351.

Cette décision innovante du Tribunal, consistant à censurer une mesure européenne sur le fondement de la disproportion de la restriction des droits de propriété par un Règlement, ne doit pas conclure à un abandon, par la Cour, de l'approche par la justice déléguée, adoptée dans ce domaine et dans tous domaines du droit tels que, par exemple, le droit du travail³⁶⁶, la publicité sur le tabac³⁶⁷, les règles anti-dumping³⁶⁸, le droit de la politique agricole commune³⁶⁹, le droit de l'environnement³⁷⁰, la politique sociale³⁷¹, la politique de transports³⁷², la santé publique³⁷³, le droit

366 C-84/94 (1996) *United Kingdom v. Council*, I-5755.

367C-491/01 (2002) *R v. Secretary of State for Health, ex p British American Tobacco (Investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd*, I-11453.

368 C-255/84 (1987) *Nachi Fujikoshi Corporation v. Council*, 1861, §21 et 22.

369 C-265/87 (1989) *Scharaeder v. Hauptzollamt Gronau*, 2237 ; C-179/84 (1985) *Bozzetti v Invernizzi*, 2301 ; C-59/83 (1984) *Biovilac v. EEC*, 4057 ; C-138/78 (1979) *Hans-Markus Stolting v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, 713 ; C-114/76 (1977) *Bela-Muhle v. Grows-Farm*, 1211 ; C-116/76 (1977) *Granaria*, 1247 ; Affaires jointes C-119 et 120/76 (1977) *Olmuhle and Becher*, 1269.

370 C-27/00 et C-122/00 (2002) *Omega Air and Others*, I-2569.

371 C-84/94 (1996) *United Kingdom v. Council*, I-5755.

372 C-27/00 (2002) *R (on the application of Omega Air Ltd) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*, I-2569, §62 to 64 ;

373C-376/98 (2000) *Germany v. Parliament and Council*, I-8419 ; C-377/98 (2001) *Netherlands v. Parliament and Council*, I-7079 ; C-419/01 (2002) *The Queen v. Secretary of State for Health ex p British American Tobacco Ltd*, I-11453.

de la consommation³⁷⁴, la politique internationale de lutte contre le terrorisme³⁷⁵, ou encore la politique de la pêche³⁷⁶.

Le test de la disproportion manifeste adoptée par la Cour pour les mesures européennes, Craig l'affirme (2006 : 669), implique le test de la proportionnalité *stricto sensu* mais « *the fact that the Community courts are willing to consider the stricto sensu proportionality inquiry does not, however, tell one how they undertake this balancing exercise* ». Comme illustré, par exemple, dans *Pfizer*, la Cour opère une telle mise en balance, mais lorsqu'il s'agit des mesures européennes, il est vrai que les « *applicants face an uphill battle convincing the Community courts that a measure should be struck down as being stricto sensu disproportionate* », même si « *balancing of this kind is inherently contestable* » (Craig 2006 : 672). Si le principe de proportionnalité, tel qu'interprété par la Cour, n'autorise pas celle-ci à adopter des décisions de façon positive car elle utilise la proportionnalité « *mainly negative in application* » (Emiliou 1996 : 173), le test de la disproportion manifeste permet à la Cour de délimiter, avec relativement de précisions, la marge d'appréciation du législateur européen de manière à censurer les règles juridiques manifestement inefficaces, laissant cependant ces règles simplement inefficaces hors de portée du juge européen.

En cela, le principe de proportionnalité, lorsqu'il est appliqué aux mesures européennes, peut être appréhendé comme un principe d'efficacité économique, comme nous l'avons fait en ce qui concerne les mesures nationales, mais seulement dans une acceptation beaucoup plus large et tolérante.

374 C-233/94 (1997) *Germany v. European Parliament and Council*, I-02405.

375 T-315/01 (2005) *Yassin Abdullah Kadi v. Council*, II-3649, confirmé dans les Affaires jointes C-402/05 et 415/05 *Yassin Abdullah Kadi and Al Brakaat International Foundation v. Council*, I-6351.

376 Affaires jointes C-20/00 et 60/00 (2003) *Booker Aquaculture Ltd, trading as « Marine Harvest Mc Connell » Hydro Seafood GSP Ltd v. The Scottish Ministers*, 1.

Pour résumer, la Cour a été historiquement réticente à entreprendre un véritable contrôle juridictionnel de la proportionnalité des mesures issues des institutions européennes, une attitude explicable par l'intérêt personnel des juges européens de maximiser leur corpus juridique dont ils ont le monopole d'interprétation. La Cour ne s'engage que très légèrement dans une analyse coûts-bénéfices (et le plus souvent l'évince), de telle sorte que des mesures potentiellement inefficaces sont protégées par cette attitude jurisprudentielle regrettable. En conséquence, la logique d'efficacité du principe de proportionnalité et le contrôle juridictionnel associé à celui-ci sont contrariés. Néanmoins, une évolution jurisprudentielle récente semble s'ébaucher et se distinguer de cette approche historique en faveur d'une attitude moins retenue à l'égard de la proportionnalité des mesures européennes, unifiant ainsi cette jurisprudence avec celle concernant la proportionnalité des mesures nationales. Pour cette seconde ligne de jurisprudence, une analyse coûts-bénéfices, pour appréhender le principe de proportionnalité, s'est révélée être constante par la Cour. En cela, la Cour a compris la nature même du principe de proportionnalité qui est d'être un principe d'efficacité économique, et a interprété le principe de proportionnalité comme si la Cour souhaitait promouvoir l'efficacité économique.

4. Conclusion

Nous avons esquissé, dans ce chapitre, une reformulation du principe de proportionnalité en droit européen en démontrant que ce principe est mieux appréhendé dès lors que la logique d'efficacité inhérente à celui-ci est soulignée, à la fois d'un point de vue théorique par les analyses philosophiques et comparatives, mais également d'un point de vue empirique par l'analyse jurisprudentielle. Ce principe si fondamental au droit européen qu'est le principe de

proportionnalité comprend et représente le principe d'efficacité économique sur lequel nous portons notre étude.

Si l'efficacité inhérente au principe de proportionnalité a pu être démontrée dans ce chapitre, nous nous intéresserons dans le suivant au troisième et dernier principe général de droit européen auquel nous confrontons le principe d'efficacité économique, le principe de sécurité juridique. Notre lecture économique des principes de subsidiarité et de proportionnalité saurait-elle être transposée au principe de sécurité juridique ? Si tel est le cas, pouvons-nous affirmer que le principe de sécurité juridique a été interprété par la Cour dans le sens de la promotion de l'efficacité économique ? Ces questions occuperont notre propos qui conclura cette première partie consistant en l'analyse des principes juridiques qui incarnent le principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne.

Chapitre 3/ Le Principe de Sécurité Juridique

comme Principe d'Efficiace Economique

1. Introduction

Qu'est ce que le droit ? A cette question, les juristes réalistes ont, de façons répétées, répondu que le droit est simplement la prédiction de droits et obligations positifs alloués à des individus dans des situations spécifiques. Le droit est alors prédiction. En effet, Holmes affirma que « *the primary rights and duties with which jurisprudence busies itself [...] are nothing but prophecies [...] that if a man does or omits certain things he will be made to suffer in this or that way by judgments of the court [...]* »³⁷⁷. De même, Douglas (dans Allen 1940 : 280) enchérit en déclarant que « *law is neither more nor less than a prediction of what governmental agency or other agency of control will do under a given situation* ».

La théorie de la prédiction du droit, plus récemment adoptée par Posner (1993 : 220-244), place la notion de prévisibilité du droit au cœur de la définition même et de la pratique du droit. Un droit qui serait entièrement imprévisible ne serait pas du droit. Paradoxalement, la jurisprudence américaine n'a pas reconnu, comme nous le démontrerons plus loin, une version « principielle » de cette prévisibilité du droit, autrement dit, le principe de sécurité juridique. Plus encore, si la jurisprudence européenne a reconnu un tel principe, il est intéressant de s'apercevoir

377 Holmes (1897 : 72).

que le principe de sécurité juridique, en tant que tel, a été accueilli de façon très timide par les systèmes juridiques nationaux, bien que la sécurité du droit puisse être vue comme étant l'essence même de cette norme institutionnalisée qu'est le droit.

La sécurité juridique (ou certitude juridique de l'anglais « *legal certainty* »), au-delà de la cohérence requise dans l'application du droit et de son rattachement aux libertés fondamentales des individus, peut être appréhendée comme la valeur essentielle d'une idéologie liant la décision juridictionnelle comme l'affirme Wroblewski (1992 : 272-283). La sécurité juridique est alors issue, selon cette vision, de la nature secondaire de la valeur juridique relative à la décision juridictionnelle, par rapport à la valeur accordée aux règles juridiques d'origine législative qui sont présumées avoir une plus grande validité comme source du droit (dans l'héritage de la vision des juges de Montesquieu). La sécurité juridique est alors l'outil pour uniformiser l'application juridictionnelle du droit (et ainsi restreindre la marge d'appréciation des juges). Par ailleurs, les cours suprêmes sont tentées d'invoquer le principe de sécurité juridique comme étant un outil juridique pour exiger et produire un droit cohérent et intelligible³⁷⁸.

Le principe de sécurité juridique, comme principe du droit, est en cela concomitant avec l'idée même de démocratie car le respect du principe de sécurité juridique comprend le respect de valeurs démocratiques comme la protection d'intérêts privés contre les desseins de l'Etat (Peczenik 1989 : 40). Peczenick (1989) distingue entre la sécurité juridique formelle (ou prévisibilité) et substantive (ou acceptabilité) : alors que la première fait appel à la notion d'immobilité et de vue

378 Voir Dutheillet de Lamothe (2005) affirmant que « face au désordre du droit, le principe de sécurité juridique apparaît comme la dernière branche à laquelle s'accrochent les juridictions suprêmes pour maintenir un semblant d'ordre, et permettre au droit de remplir la mission qui est normalement la sienne ».

statique des normes juridiques, la seconde acception concerne la nécessaire flexibilité du droit appréhendé de façon contextuelle³⁷⁹.

De plus, la sécurité juridique, une caractéristique de l'Etat de droit³⁸⁰, constitue une exigence pour les interactions entre individus dans une économie de marché. En effet,

« Liberalism and the free market economy call for legal certainty, not least because the rational decision-making of the companies or individuals operating in the single market of the EC presupposes foreseeability and legal guarantees to mitigate against surprises in administrative decision-making [...]. On the other hand, the functioning of the market must be ensured by legal norms which have been drafted under democratic control. The rule of law and the idea of *Rechtsstaat* are thus closely related to the concept of legal certainty » (Raitio 2003 : 127).

Mais la compatibilité du principe de sécurité juridique, avec les idéaux libéraux et d'économie de marché, ne doit pas pour autant conduire à la conclusion hâtive selon laquelle ce principe) est compatible et équivalent au principe d'efficacité économique. Ce dernier principe est autrement plus fort et exigeant que la simple compatibilité de la sécurité juridique avec le libéralisme ou l'économie de marché. En effet, le principe d'efficacité économique se réfère à l'efficacité optimale des ressources, que ce soit sous l'angle de l'allocation, de la production ou de l'évolution dynamique de celles-ci. A l'opposé, l'économie de marché fait référence à la possibilité d'échanges volontaires entre individus prenant place dans un marché. Ainsi, le principe de sécurité juridique peut dès lors être analysé comme ayant une rationalité anti-éfficace du fait de sa rigidité

379 Voir également Paunio (2009).

380 Le Conseil d'Etat (2006 : 281) affirme que « l'exigence de sécurité juridique, fondement de l'Etat de droit, doit être confortée ».

(Graetz 1985 ; Kaplow 1986). Se référant à la justice sociale (communément vue comme étant anti-
efficente) de la sécurité juridique, Jowell (2008 : 175) affirme alors que :

« Certainty in that sense has an instrumental value in that it allows decisions to be planned in advance
and people to know clearly where they stand. However, the value of legal certainty is also based in
substantive *fairness*. It is unfair to penalize someone for an action which was lawful when it was carried
out and it is unfair to punish someone for the breach of a law which they were not able to discover ».

La première phrase de cet extrait semble très bien faire référence à l'efficacité économique,
une impression confirmée par « *however* » qui souligne la distinction faite entre justice sociale
(« *fairness* ») du principe de sécurité juridique. Cette opposition classique, entre efficacité et équité,
est artificielle, en l'espèce, car il s'agit davantage d'une complémentarité que d'une opposition. Il
est « efficace » de ne pas « *penalize someone for an action which was lawful* » et de ne pas « *punish someone
for the breach of a law which they were not able to discover* ». D'autre part, il est équitable que les « *decisions
to be planned in advance and people to know clearly where they stand* ».

L'insécurité juridique peut être définie comme étant la conséquence inconnue de
l'application du droit dans une situation factuelle. Cette définition conséquentialiste de l'insécurité
juridique est essentielle pour les développements qui vont suivre où le principe de confiance
légitime jouera un rôle crucial dans la compréhension du principe européen de sécurité juridique.
Avant d'entrer dans la nécessaire analyse économique du principe juridique de sécurité du droit, il
convient de clarifier ce que nous comprenons par sécurité juridique dans l'UE et, accessoirement,
d'avoir une approche comparée avec le droit américain emportant une acception de ce principe
plus faible et éparé.

a. Le principe européen de sécurité juridique

La sécurité juridique appelle à une application du droit pour des situations factuelles qui sont prévisibles³⁸¹. La prévisibilité est au « cœur » de ce principe (Hartley 2010 : 146) et c'est une notion qui recouvre les différentes dimensions de ce principe³⁸² qui sont : « (1) *a great reluctance for crafting retrospective laws* ; (2) *the eagerness to have clear and determine laws*; and finally but most importantly ; (3) *the willingness to elaborate reliable laws from a dynamic viewpoint*³⁸³ ».

Reconnue expressément pour la première fois dans *SNUPAT*³⁸⁴ et *Bosch*³⁸⁵, le principe de sécurité juridique joue un rôle structurel dans la jurisprudence de la CJUE en tant que « principe fondamental du droit de l'Union »³⁸⁶. Ainsi, le principe de sécurité juridique est considéré par certains comme étant « *one of the most important general principles recognised by the European Court* » (Hartley 2010 : 146). Quoiqu'il en soit, ce principe n'est pas interprété par la Cour de manière formaliste, où il jouirait d'une protection absolue en tant qu'impératif catégorique, mais est plutôt

381 Voir Raitio (2003 : 128).

382 C-63/93 (1996) *Duff*, I-569.

383 Raitio (2003 : 382) considère que le principe de sécurité juridique comporte « *the principle of non-retroactivity, protection of legitimate expectations, protection of vested rights, issues of procedural time limits and immediate application of law as well as the use of comprehensive language in the administration of the EC* ». Etant donné ce large éventail, Pescatore (1986 : 33) affirme que le principe de sécurité juridique est la « bonne à tout faire » .

384 Affaires jointes C-42 et 49/59 (1961) *SNUPAT v. High Authority*, 103.

385 C-13/61 (1962) 13/61, *De Geus en Uitdenbogerd/Bosch*

386 C-77/09 (2010) *Gowan Comercio Internacional e Servicos Lda contre Ministero della Salute*; C-169/80 (1981) *Gondrand et Garancini*, 1931; C-110/03 (2005) *Belgique contre Commission*, I-2801 ; C-308/06 (2008) *Intertanko e.a.*, I-4057.

interprété, comme nous le détaillerons plus bas, de façon pragmatique où les effets pratiques du manque de prévisibilité du droit sont considérés dans une perspective conséquentialiste³⁸⁷.

Une définition du principe de sécurité juridique est donnée dans *Tagaras*³⁸⁸. Ce principe est perçu comme étant un « *guidant* »³⁸⁹ et « *multi-faceted principle* »³⁹⁰. Tout en étant la voûte sous-jacente à tout système juridique³⁹¹, le principe de sécurité juridique comprend, à la fois, la notion de confiance légitime (ou « *legitimate expectations* », mieux traduit par « attentes raisonnables »), et la notion de non-rétroactivité (ou « *non-retrospectivity* »)³⁹². Par ailleurs, le principe de sécurité juridique s'illustre de différentes façons, telles que la cohérence du langage juridique, la non-rétroactivité ou encore la notion de *res judicata* selon laquelle une décision juridictionnelle, par laquelle un litige a été tranché, ne saurait être contestée. Par ailleurs, le principe de sécurité juridique ne concerne évidemment pas que les décisions juridictionnelles mais également le droit européen secondaire³⁹³, que ce soient les Directives ou les Règlements qui se réfèrent explicitement à ce principe.

Reconnu pour la première fois dans *Firma August Toepfer*³⁹⁴, le principe de confiance légitime est considéré comme essentiel au système juridique européen³⁹⁵ en tant que partie

387 En effet, Schwarz (1994 : 202) affirme que « la prévisibilité ne constitue pas un but absolu dont la méconnaissance invaliderait tous les actes concernés, mais ce sont les retombées d'un tel manque de clarté quant à la situation des administrés qui en déterminent les conséquences ».

388 C-18/89 (1991) *Tagaras c/ Cour de justice*.

389 Salviejo (2003 : 225)

390 Raitio (2003 : 125)

391 « *Underpinning any legal system* » comme l'affirment Schermers et Waelbroeck (2001 : 64)

392 Voir Barling, Davies et Startford (1998 : 89).

393 C-70/83 (1984) *Kloppenbergh v. Commission*, 1075 §11.

394 C-81/72 (1973) *Commission v. Council*, 575.

395 C-112/77 (1978) *Firma August Toepfer*, 1019

intégrante du principe de sécurité juridique³⁹⁶. Cette place importante réservée au principe de confiance légitime fait de lui un principe invocable, à la fois, contre les actes européens et les actes des Etats Membres³⁹⁷, qu'ils soient de portée générale ou pas³⁹⁸. Ce principe affirme que l'annulation ou la réformation de mesures juridiques, dès lors que celles-ci ne sont pas jugées être raisonnables eu égard aux attentes légitimes des individus vis-à-vis du droit, sous peine de devoir octroyer des dommages et intérêts aux parties lésées par le changement (ou l'ambiguïté) juridique.

En droit européen, il est communément entendu que l'existence d'une véritable doctrine de la *stare decisis* (ou respect des précédents juridictionnels) est peu claire (Barcelo 1997 : 415). Cependant, il nous semble exagéré (ou du moins dépassé) d'affirmer que « *precedents in Community law have only a persuasive authority but no binding force [...] the case-law of the European Court of Justice cannot, strictly speaking, be regarded as a formal source of Community law* » (Toth 1985 cité dans Barcelo 1997 : 415). Mackenzie Stuart et Warner (1981 : 276) affirment pour leur part que « *the European Court is not bound by its own decisions in the way the English Court of Appeal is [...] All courts throughout the Community are bound by the ratio decidendi of a judgment [of the ECJ]* ». Or, selon l'Article 65 des Règles de Procédure, les jugements de la CJUE sont contraignants dès le moment de leur rendu.

La clarté et la cohérence du droit³⁹⁹, et particulièrement dans son interprétation, sont des exigences de sécurité juridique⁴⁰⁰. Cette clarté et cette cohérence recherchées du droit participent à la réduction des coûts de transactions pour les acteurs économiques car, lorsque le droit est

396 C-112/80 (1981) *Firma Anton Durbeck v. Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen*, 1095.

397 C-107/97 (2000) *Criminal Proceedings against Mac Rombi and Arkopharma SA*, I-3367.

398 T-123/89 (1990) *Jean-Louis Chomel v. Commission*, II-131 ; C-120/86 (1988) *J. Mulder v. Minister of Agriculture*, 2321.

Voir C-T-115/94 §125.

400 C-245/97 (2000) *Germany v. Commission*, I-; C-169/80 (1981) *Gronrand Frères*, 1931 ; C-354/95 (1997) *Common Agricultural Policy*, I-4559 ; C-63/93 (1996) *Duff*, I-569.

interprété de façon cohérente, « *contradictory judgments by the same or different courts concerning the same or a similar legal issue may create a state of uncertainty that will result in increased social (transaction) costs* » (Fix-Fierro 2003 : 121). En cela, le principe de sécurité juridique, appliqué de façon nécessairement casuistique⁴⁰¹, nécessite à la fois du législateur et du juge d'élaborer des règles juridiques d'une précision optimale⁴⁰². La carence de précision juridique crée, non seulement de l'incertitude juridique, mais également, dans le contexte d'un accroissement des coûts associés aux risques dus aux relations juridiques, peut être considérée comme une entrave injustifiée aux règles touchant aux libertés économiques au sein du Marché Unique. Ceci a été établi notamment dans l'arrêt *Safir*⁴⁰³. En cela, la valeur d'efficacité du principe de sécurité juridique peut, dès à présent, être perçue car le principe de sécurité juridique assure que les acteurs économiques sont incités à s'engager dans le commerce intérieur au sein de l'UE. Pour résumer, les trois exigences dérivées du principe de sécurité juridique⁴⁰⁴ sont :

Précision et prévisibilité du droit : Cette exigence est illustrée par exemple dans l'affaire *Irlande contre Commission*⁴⁰⁵ où la CJUE rappela que « la législation communautaire doit être certaine et son application prévisible pour les justiciables ».

401 C-5/75 (1975) *Deuka v. Einfuhrund Vorratsstelle fur Getreide*, 773 ; C-310/97 P (1999) *Commission v. AssiDoman Kraft Products aB and others*, I-5363.

402 Voir, notamment, Masson (2008 : 212) ; Ehrlich et Posner (1974) ; Kaplow (1992) ; Schwartz et Scott (1995) ; Kennedy (1976 : 1710) ; Dari-Mattiacci et Deffains (2006).

403 C-118/96 (1998) *Safir*, I-1897.

404 *Puissochet et Legal* (2001).

405 C-325/85 (1987) *Ireland v. Commission*, 05041.

Application reportée du droit : L'idéal de non-rétroactivité des règles juridiques et des décisions judiciaires est un standard juridique respecté par la CJUE, même si celle-ci n'exclut pas (pour ne serait-ce que des questions de faisabilité du changement juridique) des cas exceptionnels ou des justifications pour atténuer ce standard juridique existant. Par exemple, dans *Decker*, les juges européens conclurent que bien qu'en règle générale, « le principe de la sécurité des situations juridiques s'oppose à ce que la portée dans le temps d'un acte communautaire voit son point de départ fixé à une date antérieure à sa publication, il peut en être autrement, à titre exceptionnel, lorsque le but à atteindre l'exige et lorsque la confiance légitime des intéressés est dûment respectée »⁴⁰⁶.

Cohérence juridique : L'unité du droit européen est menacée, dès lors que d'importantes divergences d'interprétation du droit européen font jour entre Cour nationales, affaiblissant ainsi davantage le principe de sécurité juridique en ce qui concerne le droit européen. Dans *Gaston Schul*⁴⁰⁷, la Cour déclara que « des divergences entre les juridictions des États membres quant à la validité des actes communautaires seraient susceptibles de compromettre l'unité même de l'ordre juridique communautaire et de porter atteinte à l'exigence fondamentale de la sécurité juridique ».

Si le principe général de droit européen a émergé en tant que principe complexe et hétérogène, une approche semblable (encore que non conceptualisée autour d'un principe défini) a amené le droit américain à évoluer vers l'adoption de standards juridiques promouvant la confiance légitime des acteurs économiques envers les institutions.

406 C-99/78 (1979) *Weingut Gustav Decker KG v. Hauptzollamt Landau*, 101.

407 C-461/03 (2005) *Gaston Schul Douane-expéditeur BV v. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, I-10513.

b. La sécurité juridique en droit américain

En ce qui concerne le droit américain constitutionnel, parce qu'il n'existe pas de théorie structurée des précédents (Easterbrook 1988 : 422), il n'y a pas d'approche véritablement cohérente pour la sécurité juridique (garantie dans les pays de la *Common law* principalement par les décisions juridictionnelles). Le réalisme juridique a certainement été le mouvement académique ayant le plus fortement attiré par la réduction de l'insécurité juridique de façon pragmatique⁴⁰⁸. Cette approche tranche avec les juristes du droit naturel plus sensible à un respect formaliste des précédents au nom de l'intégrité du droit (Rumble 1964 : 50).

Bien que la sécurité juridique ne soit pas un principe jurisprudentiel en tant que tel aux Etats-Unis, l'importance de la doctrine de la *stare decisis* est suffisamment forte pour rapprocher le droit américain du principe européen de sécurité juridique. Plus spécifiquement, la doctrine de la *stare decisis* est vue comme étant une « politique sage »⁴⁰⁹ à la fois « fonctionnelle et rationnelle » (Stone 1985 : 219). Plus la doctrine de la *stare decisis* est forte, plus les juges font preuve de justice déléguée⁴¹⁰, car cette doctrine contribue à limiter le pouvoir discrétionnaire du juge⁴¹¹ : il n'est

408 Scott Johnson (1991 : 341) affirme que « *One of the central concerns of contemporary post-Realist jurisprudence is legal determinacy – the ability to formulate legal rules that yield certain or at least predictable outcomes at least some of the time* ».

409 *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 US 393 §406 (1932, Brandeis).

410 *Mapp, v. Ohio*, 367 US 643 §672 (1961, Harlan).

411 Van Alstine (2002 : 862).

possible, pour un juge, de se départir d'une ligne de jurisprudence qu'avec des arguments suffisamment convaincants.

Les mérites de cette doctrine sont de trois ordres : elle rend le travail des juges plus aisé (donc économise les coûts associés au processus de prise de décision juridictionnelle) ⁴¹²; elle accroît la certitude dans le droit (donc économise sur les coûts associés à l'imprévisibilité des règles juridiques régissant les comportements économiques) (Easterbrook 1988 : 423) ; enfin, la doctrine améliore la légitimité publique en contraignant les possibilités de choix politiques dans le rendu des décisions judiciaires (Powell 1989 : 72). Cette doctrine conceptualise la valeur normative des précédents judiciaires, définis comme étant « *any past constitutional opinions, decisions, or events which the Supreme Court of nonjudicial authorities invest with normative authority* » (Gerhardt 2008 : 3). Les précédents sont suivis ou devraient l'être selon Stone (1985 : 228) aux vues de critères suivants :

1. maximization of the certainty felt by members of society and those who advise them as to their legal rights and obligations ;
2. optimization of the image of the judiciary as reliable decisionmakers free of caprice and corruption ;
3. maximization of the appearance of fairness and equal protection, or minimisation of the appearance of arbitrariness, in the operation of the law ;
4. maximization of judicial resources, and thus of efficiency, by not reconvassing unnecessarily issues already judicially settled.

A l'opposé, Hart (1961 : 131-132) considère que « *first, there is not single method of determining the rule for which a given authoritative precedent is an authority* » ; « *secondly, there is no authoritative or uniquely*

⁴¹² Cardozo (1921 : 149) affirmait autrefois que sans la *stare decisis*, « *the labor of the judges would be increased almost to the breaking point* ».

correct formulation of any rule to be extracted from cases » ; « *thirdly, whatever authoritative status a rule extracted from precedent may have, it is compatible with the exercise by the court that are bound by it of the following two type of creative or legislative activity* ». Selon cette perspective, l'autorité des précédents, et donc la force de sécurité juridique, est quelque chose de davantage constatée plutôt qu'expliquée.

Des auteurs dits « attitudinalistes »⁴¹³ (affirmant que l'idéologie politique personnelle du juge détermine son jugement), tels que Epstein et Knight (1996), affirment que « *precedent can serve as a constraint on justices acting on their personal policy preferences* ». Par ailleurs, selon la théorie des choix rationnels (aussi appelée, dans ce domaine, la « théorie politique des précédents »), les précédents sont simplement des moyens pour des fins, précisément, la satisfaction des préférences des juges étant donné le cadre institutionnel. Les juges maximisent leur utilité en considérant un faisceau de facteurs qui constituent la « fonction d'utilité » des juges tels que « *money income, leisure, power, prestige, reputation, self-respect, the intrinsic pleasure (challenge, stimulation) of the work, and the other satisfactions that people seek in a job* » (Posner 2008 : 36)⁴¹⁴. D'autre part, la théorie des choix rationnels explique la volonté de suivre des précédents, et plus généralement les changements incrémentaux faits dans le droit par la jurisprudence, du fait que les cours supérieures sont enclines à casser les décisions de cours inférieures, dès lors que ces dernières ignorent une jurisprudence constante. Ainsi, les juges de ces cours inférieures maximisent leur utilité en évitant que leurs décisions soient censurées. Ils tendent dès lors à influencer les cours supérieures, par des changements marginaux plutôt que radicaux, qui pourraient ne pas être confirmés (Gely et Spiller 1990 : 265 ; Posner 2008).

Fix-Fierro (2003 : 121) résume justement la cohérence juridique, résultant de la doctrine *stare decisis*, lorsqu'il affirme que « *hierarchy and the binding force of precedents, where they exist, are the principle means by which the consistency between judicial decisions has traditionally been controlled* ». Or, la

413 Segal et Spaeth (1993 ; 2002) pensent pour leur part que « *Justices are rarely influenced by stare decisis* ».

414 Gebhardt (2008 : 70).

précision du droit, une caractéristique essentielle de la sécurité juridique, contribue à la réduction des coûts de transactions. Les changements juridiques radicaux créent d'importants coûts de transactions du fait de la transition, rendue difficile, de l'ancien au nouveau régime juridique. En comparaison, les changements juridiques incrémentaux limitent les coûts de transactions car les modifications sont faites à la marge⁴¹⁵. L'efficacité de la doctrine de la *stare decisis* s'est développée comme partie intégrante de la doctrine concernant « l'hypothèse de l'efficacité de la Common Law » (Landes et Posner 1979 ; Macey 1989). La doctrine est ainsi vue comme « *an enormously efficient mechanism for conveying information [...] [enabling] judges to leverage a single skill – the ability to tell when like cases are alike – into a facility for deciding a wide variety of cases that involve substantive legal issues about which the judges may know next to nothing* » (Macey 1989 : 95). De plus, cette doctrine maximise les effets externes des jugements rendus, en cela que les décisions judiciaires délivrent de l'information utile pour les parties à un litige à propos de l'état du droit, tout en minimisant les effets internes de ces mêmes jugements du fait que les transferts anti-éfficaces de richesses, parmi les parties au litige, sont limités (Landes et Posner 1979). Heiner (1986) développe un modèle intéressant dans lequel les coûts d'erreurs, créés par les décisions judiciaires imparfaites, sont compensés par un agencement où les modifications juridiques incrémentales prennent place dès lors que les analogies, dans le raisonnement juridique, deviennent inappropriées du fait des modifications sociales.

Quoiqu'il en soit, l'« extrême formalisme juridique » (Caldarone 2004) de la *stare decisis* au Royaume-Uni n'a pas son parallèle aux Etats-Unis du fait de l'influence du pragmatisme juridique.

415 Georgakopoulos (1997 : 481) affirme ainsi que « *the legal system that is more flexible is also, in the long term, more predictable. Under common law, individuals know they cannot plan with the utmost precision but can more or less rely that the essence of their planning will not disappear overnight. In civil law individuals may think they can plan with precision, but this precision is illusory in legal systems that do not have the flexibility to follow the change of society* » .

Ainsi, entre 1789 et 2004, 208 précédents ont été explicitement abandonnés dans 133 affaires⁴¹⁶. Une trop grande conformité à la *stare decisis* pourrait alors s'apparenter à un formalisme juridique comme illustré par la théorie de Dworkin, selon laquelle, il y aurait une bonne solution à chaque question juridique posée. Néanmoins, il peut arriver que la Cour Suprême s'attache excessivement (bien que rarement) à un de ses précédents tandis que la société a de fortes préférences pour une solution juridique différente, alors, seuls des amendements constitutionnels peuvent contrarier des décisions de la Cour Suprême⁴¹⁷.

Dans *Garcia v San Antonio Transit Authority*⁴¹⁸ et *Payne v. Tennessee*⁴¹⁹, la Cour Suprême renversa ses propres précédents en décidant, dans la première affaire, que les institutions fédérales puissent intervenir « *in areas of traditional governmental functions* » afin d'établir des salaires minimum pour les employés d'Etats selon la *Commerce Clause*, tandis que, dans la seconde affaire, il a été décidé que le huitième amendement permette la présentation aux jurys des conséquences d'un crime à la famille de la victime et ce, même dans la phase de la délivrance de la sentence. Au cœur de ces décisions se trouvait la question de la valeur juridique et l'importance de la doctrine de la *stare decisis*. Justice Powell dans *Garcia* critiquait le fait que cette décision fasse partie de ces « *few cases [...] in which the principle of stare decisis and the rationale of recent decisions were ignored as abruptly as we now witness* ». A l'opposé, Chief Justice Rehnquist considérait dans *Payne* que la *stare decisis* était « *a principle of policy and not a mechanical formula of adherence to the latest decision* ». Dans cette affaire, Justice Scalia a eu l'opportunité d'affirmer que ce n'est pas ce revirement qui affaiblit la doctrine de la *stare*

416 Gebhardt (2008 :10).

417 La Cour Suprême a été contrarié seulement quatre fois dans son histoire par des amendements constitutionnels : *Chisholm v. Georgia* (US 419 (1793)) ; *Dred Scott v. Sandford* (US 393 (1856)); *Pollock v. Farmers' Loan and Trust Co.* (US 601 (1895)) ; *Oregon v. Mitchell* (US 112 (1970)).

418 469 US 528 (1985).

419 501 US 808 (1991).

decisis, mais plutôt que ce jugement rétablit une jurisprudence antérieure qui a été ignorée, et ainsi viola le « *general principle that the settled practices and expectations of a democratic society should generally not be disturbed by the courts* »⁴²⁰. Ce principe général, considéré comme tel par Justice Scalia, est ce que les européens considéreraient comme similaire au principe de sécurité juridique, au-delà de la référence aux « *expectations* » qui correspondent au principe de confiance légitime (ou « *legitimate expectations* »).

Dans *Casey*⁴²¹, la Cour Suprême jugea positivement de la viabilité de la décision *Roe v. Wade*⁴²² (légalisant l'avortement) en cela que, ni contestation doctrinale, ni changement factuel n'intervinrent entre cette décision et la présente affaire. La force dérivée de *Roe v. Wade* est même considérée comme ayant été renforcée par le fait même que des Présidents républicains ont nommé respectivement 8 et 11 juges de la Cour Suprême afin que ceux-ci reviennent (en vain) sur *Roe v. Wade*⁴²³. Ceux-ci n'ont pas annulé cette décision car les coûts de confiance, ou dépendance (« *reliance* »), générés par cette jurisprudence de la Cour Suprême, sont trop importants pour annuler cette jurisprudence. En effet, ces arguments tirés de la dépendance économique ou confiance contre ce revirement rétrospectif « *against overruling [that] are at their strongest in common law and statutory precedents because of the direct practical effects on an potential unfairness to private parties who may have arranged their affairs in reliance on the previous rule* » (Sampford 2006 : 203). Ce scepticisme, envers la rétroactivité du droit, vient de l'exigence que le peuple peut avoir en une « sécurité raisonnable » des conséquences juridiques régissant leurs conduites (Hochman 1960 : 692). Les décisions judiciaires prospectives plutôt que rétroactives sont des déclarations du droit qui valent pour l'avenir et sont à privilégier comme l'affirmait déjà Cardozo (1960 : 142) :

420 501 US 808 (1991, Scalia).

421 112 S Ct 2791 (1992)

422 410 US 113 (1973).

423 Gebhardt (2008 : 4).

« The effect of such a declaration would be to leave the law uncertain. [...]. But the effect of not making such a declaration is to leave the law much more uncertain. Moribund rules have no certainty in them. They are too likely to be overruled without warning for any good counsellor to build upon them ».

Néanmoins, et malgré la réticence exprimée envers l'adoption d'un droit rétroactif⁴²⁴, la Cour Suprême affirma que, même si la législation d'application rétroactive est présumée être inconstitutionnelle, il peut y avoir des situations exceptionnelles dans lesquelles une telle législation est validée au regard de la Constitution. Ce qui détermine la constitutionnalité de la législation rétroactive est le caractère raisonnable de cette rétroactivité⁴²⁵. Autrement dit, les coûts associés à cette rétroactivité (en termes d'attentes frustrées) sont plus faibles que les bénéfices attendus (en termes de cohérence juridique).

Il serait déraisonnable de protéger toutes les attentes issues de droits acquis sans discernement de la nécessité d'un changement juridique. La Cour Suprême cherche alors à atteindre un niveau optimal de sécurité juridique en général, et de rétroactivité des jugements en particulier, en jugeant précisément du caractère raisonnable du changement juridique. Ce caractère raisonnable se base sur trois facteurs, selon Heckman (1944 : 697) : « *the nature and strength of the public interest served by the statute*⁴²⁶, *the extent to which the statute modifies or abrogates the asserted preenactment right*⁴²⁷, and *the nature of the right which the statute alters*⁴²⁸ » .

424 Fuller (1964 : 53).

425 *Chase Sec. Corp. v. Donaldson*, 325 U.S. 304 (1945) ; *League v. Texas*, 184 U.S. 156 (1902).

426 *American Power & Light Co. v. SEC*, 329 U.S. 90, 106-07 (1946)

427 *Lynch v. United States*, 292 U.S. 571, 582

428 *Chase Securities Corp. v. Donaldson* 325 U.S. 304 (1945).

Comme souligné plus haut, le caractère raisonnable ramène à la notion même de la légitimité du changement juridique ou, vu différemment, de la légitimité des attentes revendiquées par les requérants, une notion alors très proche sinon similaire au principe de protection de la confiance légitime (ou des attentes raisonnables). S'il apparaît évident, dès lors, que les différentes caractéristiques du principe de sécurité juridique (telles que la non rétroactivité des lois et des jugements et la clarté du langage juridique) sont plutôt bien partagées dans les systèmes juridiques européen et américain, il est en revanche plus correct d'affirmer qu'une approche conceptuellement plus cohérente a été adoptée en droit européen. En effet, parce que le principe européen de sécurité juridique est invoqué en tant que tel par les requérants et qu'il est susceptible d'être une cause d'invalidité des lois européennes, cette approche est davantage principielle, d'où l'analyse méthodique de ce principe entreprise maintenant.

2. Le Principe de Sécurité Juridique comme Principe d'Efficiences Economique

Le principe de sécurité juridique est d'habitude envisagé dans une dimension qui est double, sa logique d'efficiences et sa logique liée à la notion d'Etat de droit. En effet, si la sécurité juridique fait référence à la bonne production du droit et des décisions judiciaires, en cela que les situations juridiques arbitraires et injustes sont évitées, le principe de sécurité juridique devrait néanmoins ne pas être simplement appréhendé dans sa seule relation avec la notion de justice. Pour sa part, Fuller affirmait dans son *American Legal Philosophy* que « *legal security [...] occupies a*

curious middle ground between the values of utility and justice, being demanded on the one side by utility or the common welfare and on the other by justice ». ⁴²⁹

a. Le principe de sécurité juridique comme principe de confiance légitime

Dans cette section, il sera avancé d'un point de vue théorique que le principe de sécurité juridique se résume au principe de confiance légitime, mais également que le principe de confiance légitime suppose en soi une logique d'efficacité, celle-ci touchant ainsi le principe de sécurité juridique.

i) Importance du principe de confiance légitime au sein du principe de sécurité juridique

Connu en Allemagne comme « *Vertrauensschutz* » ou en Angleterre comme principe de « *legitimate expectations* », le principe de la confiance légitime exige souvent des mesures transitoires pour permettre des modifications dans le droit⁴³⁰, mais également la protection des attentes légitimes du fait du droit positif antérieur. Le principe de confiance légitime émergea dans la

⁴²⁹ Cité par Hinton (1997 : 8).

⁴³⁰ Voir C-60/98 (1999) *Butterfly Music*, I-3939 ; C-11/82 (1985) *Piraiiki-Patraiki*, 247 ; C-127/80 (1982) *Vincent Grogan v. Commission*, 869 ; C-40/82 (1982) *Commission v. United Kingdom*, 2793 ; C-42/82 (1983) *Commission v. France*, 1013 ; C-74/74 (1975) CNTA, 550.

jurisprudence européenne avec la décision *Algera*⁴³¹, avant d'être explicitement reconnu en 1973⁴³². Parce que ce principe est un principe général de droit, il concerne tous domaines de contentieux portés devant la CJUE, que ce soit en ce qui concerne les droits acquis par les individus⁴³³, le contentieux touchant à la fonction publique européenne⁴³⁴, ou plus fondamentalement d'un point de vue quantitatif, le contentieux concernant les subventions agricoles⁴³⁵.

La définition du principe de confiance légitime, communément admise, est donnée par l'Avocat Général Cosmas dans l'affaire *Duff*⁴³⁶ où il définit ce principe comme imposant « au législateur communautaire et aux autres autorités communautaires (ou aux organes nationaux lorsqu'ils agissent sur la base de dispositions de droit communautaire) d'exercer leurs compétences au fur et à mesure d'une manière telle que cela n'affecte pas, d'une manière imprévisible pour un particulier avisé, des situations et des relations juridiques, créées en vertu de la réglementation communautaire.»

Le principe européen de protection de la confiance légitime des administrés est très fréquemment cité par la CJUE⁴³⁷. Cependant, souvent cité mais plus rarement la clef du succès d'une requête contre l'administration, le principe de confiance légitime peut se voir être invoqué

431 C-7/56 (1957) *Algera c/ Assemblée commune de la CECA*.

432 C-81/72 (1973) *Commission contre Conseil* ; C-112/77(1978) *Töpfer c/ Commission*.

433 C-90/95 (1997) *De Compte c/ Parlement*.

434 C-289/81 (1983) *Mavridis c/ Parlement*.

435 C-74/74 (1975) CNTA.

436 Opinion de l'Avocat Général Cosmas dans l'affaire C-63/93 (1996) *Duff and others v. Minister for Agriculture and Food, Ireland, and the Attorney General*, I-569

437 Puissachet et Legal (2001) affirment que le « *most well-known and the most stringent quantitatively because it is frequently invoked even more is than the principle of legal certainty, is the principle of legitimate expectations* ».

seulement dans les actions concernant les conduites et normes produites par les institutions qui sont présumées être la cause première des attentes légitimes (Tridimas 2006 : 252).

La légitimité de la protection de la confiance donnée ne peut pas être une raison, la Cour l'affirma, pour une compensation illimitée des droits et intérêts en présence⁴³⁸. En effet, si la protection des droits est existentielle à l'UE⁴³⁹, la protection des droits et des intérêts (ou attentes⁴⁴⁰) peut varier selon l'importance que les juges accordent respectivement à chacun de ces droits et intérêts.

ii) Confusion des deux principes dans la jurisprudence européenne

Le principe de sécurité juridique implique une certitude relative du droit en termes de prévisibilité en ce qui concerne les acteurs économiques sujets à ce droit, afin de prédire le droit applicable à leurs conduites. Par ailleurs, le principe de confiance légitime peut être vu comme étant « l'aspect de prévisibilité » du principe de sécurité juridique (Raitio 2003 : 200). Le principe de sécurité juridique et le principe de confiance légitime sont tous deux vus par la CJUE comme étant « une règle supérieure de droit »⁴⁴¹. De plus, le principe de confiance légitime peut sensiblement être envisagé comme étant le « *corollary of the principle of legal certainty* » (Schwarze 1992 : 872). En effet, à la lumière de la jurisprudence européenne, Reynolds (2011) conclut que « *legal certainty and*

438 Affaires jointes C-161 et 162/80 (1981) *Carbognani*, 543.

439 C-26/62 (1963) *Van Gend & Loos*, 1.

440 Prechal (2011 : 160).

441 C-182/03 et 217/03 (2006) *Belgique et Forum 187 ASBL contre Commission*, I-05479.

legitimate expectations [are] being extremely closely related, almost to the point of considering them to be the same thing ».

La Cour utilise de façon interchangeable ces deux principes et ce, légitimement, car ceux-ci sont synonymes. La Cour se réfère au principe de confiance légitime régulièrement comme ce « corollaire » du principe de sécurité juridique :

« Ce principe [de confiance légitime] qui fait partie de l'ordre juridique communautaire [...] est le corollaire du principe de sécurité juridique qui exige que les règles de droit soient claires et précises, et vise à garantir la prévisibilité des situations et des relations juridiques relevant du droit communautaire⁴⁴² ».

La protection des droits acquis et le principe de confiance légitime ont été, peut-être exagérément, distingués par Raitio (2003 : 253), lorsque celui-ci souligne que, dans l'affaire *Cam*, la CJUE affirma que « la requérante fait enfin valoir que la disposition litigieuse violerait les droits acquis qu'elle tiendrait de l'article 16 du Règlement N°120/67 [...] ou tout au moins la confiance légitime qu'elle pouvait avoir dans le maintien de cette réglementation pour l'avenir »⁴⁴³. Néanmoins, étant donné que les droits acquis ont créé des attentes en ce qui concerne la certitude de la conduite des individus, tout autant que d'autres règles juridiques, le principe de confiance légitime comprend la nécessité même de prévisibilité des droits acquis par les individus. Les attentes émergent car les droits sont juridiquement protégés. Ainsi, les droits acquis sont des attributs normatifs permettant à son détenteur d'avoir quelque chose à partir de rien (Veblen 1923 : 281). Ces droits sont des droits de propriété des individus car, comme Bentham le pensait (1978 :

442 C-63/93 (1996) *Fintan Duff v. Minister for Agriculture and Food, Ireland*, I-569, §20 ; C-358/08 (2009) *Aventis Pasteur SA v. OB*, I-11305.

443 C-100/74 (1975) C.A.M., 1393 §30.

51-52), la propriété est «*nothing but a basis of [...] an established expectation, in the persuasion of being able to draw such and such advantage from the thing possessed* ». Cette vision des attentes comme propriété est fondamentale pour l'analyse adoptée dans la section suivante où la notion de coût de dépendance au droit («*reliance costs*») a une importance particulière.

Pour résumer, comme Robert (2001 : 113) l'affirme, la «*doctrine of legitimate expectation is based upon the principle of legal certainty* ». Il est, dès lors, inutile de distinguer artificiellement le principe de confiance légitime du principe de sécurité juridique car ni la doctrine ni la jurisprudence ne semblent trouver cette distinction opportune. Ainsi, nous étudierons la jurisprudence européenne du principe de confiance légitime dans la section suivante, après avoir entrepris une approche économique de ce principe.

iii) Modéliser le principe de confiance légitime

L'insécurité juridique est principalement due au fait qu'il y ait une insécurité factuelle : les nouvelles situations de fait se présentant devant les juges où le législateur les amène à ajuster régulièrement le droit à ces faits nouveaux et, plus fréquemment, à interpréter le droit à la lumière de ces faits nouveaux. Il est évident que, en ce qui concerne les ajustements jurisprudentiels aux changements sociaux, au plus ces changements seront rapides, au mieux le système de la *Common law* sera supérieur grâce à sa plus grande capacité de changer, de façon marginale mais rapidement, le droit (Georgakopoulos 1997 : 485-486). La carence à modifier le droit peut conduire à des inefficiences, dès lors que les différences entre les changements sociaux et les changements juridiques deviennent trop importantes. En effet, «*reliance on existing rules [...] must be sacrificed to some extent to the need for change* », affirmait Slawson (1960 : 226). Ainsi, les systèmes juridiques de tradition civiliste sont mieux adaptés pour une société dans laquelle les changements sociaux

seraient moins fréquents, car cette tradition civiliste permet des changements juridiques de plus grande ampleur mais entrepris moins régulièrement. Si les coûts de dépendance augmentent avec l'incertitude juridique parce qu'une disposition normative est ensuite abrogée, un trop grand attachement au droit positif conduit à ce que des règles juridiques se trouvent figées et mènent, ainsi, à une inefficience sur le long terme au regard des changements sociaux⁴⁴⁴.

Du point de vue de l'analyse économique du droit, les changements juridiques devraient avoir lieu, non seulement lorsqu'il y a des bénéfices nets (bénéfices moins les coûts) à escompter de la nouvelle situation juridique, mais également lorsque ceux-ci sont plus importants que les bénéfices nets de la situation juridique actuelle et que des bénéfices sont escomptés, même après avoir pris en compte les dommages et intérêts accordés du fait des attentes frustrées des parties lésées par ce changement juridique (Graet 1985 ; Kaplow 1986). Par conséquent, d'affirmer que les bénéfices escomptés sont plus importants que les coûts actuels ne constitue pas une argumentation fondée pour justifier le changement juridique⁴⁴⁵.

La question de l'information détenue par les individus, concernant les conséquences juridiques, est ici cruciale : il suffit de démontrer que les conséquences juridiques, issues du changement dans le droit, auraient pu être raisonnablement prévues pour que ce changement soit confirmé. La rétroactivité alléguée du droit est nécessaire pour y démontrer l'incertitude afin qu'une violation du principe de sécurité juridique soit constatée. Il est dès à présent nécessaire de détailler la nature et la portée des coûts et bénéfices impliqués dans ces changements juridiques pouvant contribuer à l'incertitude juridique. L'analyse économique de ce principe consiste tout d'abord à souligner que, du point de vue de l'efficacité économique, le coût social est constitué de trois catégories de coûts qui sont les suivants :

444 MacHugh (1988 : 124).

445 Voir Chirico et Larouche (2011 : 466).

Tout d'abord, les *coûts de transactions* sont constitués pour que les institutions proposent, décident et surveillent la bonne application des changements juridiques. Ici, l'article de référence est celui de Van Alstine (2002) dans lequel l'auteur parle de « coûts de transition juridique » qui pourraient être décrits comme étant les coûts de changement (« switching costs ») du marché des biens appliqués au marché de la production du droit. En langage économique, les coûts de changement générés par les changements juridiques soulignent l'importance de l'historicité (ou « *path-dependency* »), conduisant à ce que des changements juridiques bénéfiques ne se produisent pas du fait des coûts trop importants liés aux changements⁴⁴⁶. Il est coûteux, en ressources, de continuellement, et de façon appropriée, de faire correspondre l'environnement juridique avec l'environnement social (Parisi *et al.* 2004). Bien que ces ajustements puissent possiblement contribuer à l'accroissement du bien-être social, et ainsi de l'efficacité économique (Georgakopoulos 1997 : 478), cette promotion de l'efficacité économique ne va pas sans générer des coûts de transactions, une caractéristique trop souvent négligée expliquant les persistances juridiques. Enfin, les coûts de transactions, associés à l'incertitude juridique, touchent aux coûts d'erreurs associés avec ces changements juridiques : alors que les effets du droit actuel sont connus (d'où la volonté de changer le droit), il y a une grande possibilité que les nouvelles mesures juridiques ne produisent pas les effets escomptés, et il est encore moins certain qu'elles les produisent au moment voulu.

Ensuite, le principe de sécurité juridique implique des *coûts de dépendance* (« *reliance cost* ») envers le droit positif pour les acteurs économiques en termes d'investissement dans les biens, selon l'environnement juridique connu. Les modifications de ce droit sont, la plupart du temps, synonymes de perte économique en ce qui concerne les investissements précédemment engagés. Ici, la notion de Bentham de l'analogie des attentes avec la propriété, signalée plus haut, est

446 Posner (2001 : 156).

opportune dès lors que les coûts de dépendance sont importants. S'il advenait que ces coûts de dépendance étaient perdus du fait de changements juridiques abrupts sans compensation prévue, alors cela signifierait que les acteurs économiques subiraient des pertes économiques pures sur leur droit de propriété⁴⁴⁷. Ceci conduirait les parties à sous-investir selon une perspective de l'efficacité dynamique. Les coûts de dépendance sont accrus car les coûts *ex post* d'interprétation du droit sont plus importants que les coûts *ex ante* de meilleure production d'un droit plus clair (Van Alstine 2002 : 833). En cela, des règles juridiques précises peuvent être préférées, du point de vue de la minimisation des coûts, à des standards plus vagues et des règles confuses (créant davantage de coûts de contentieux et d'interprétation)⁴⁴⁸. Les coûts de dépendance au droit, une illustration du cas de la sécurité juridique des coûts d'incitations freinant l'efficacité dynamique du marché, sont certainement la catégorie de coûts les plus importants en ce qui concerne la sécurité juridique.

Troisièmement, le principe de sécurité juridique crée des *coûts liés au risque* (« *risk cost* ») car l'aversion au risque des individus, par rapport à l'imprévisibilité des changements juridiques, accroît les coûts pour la société de s'assurer contre les événements imprévus, augmentant ainsi le coût social agrégé, relatif aux interactions économiques prenant place dans le cadre juridique actuel. Aussi, les personnes réticentes aux risques (« *risk-averse* »), en ce qui concerne la sécurité juridique, conduisent à ce que les bénéfices escomptés du changement juridique soient négligés, bien qu'ils soient idéalement efficaces. Ainsi, les coûts du risque de la sécurité juridique sont ceux supportés par les individus pour s'assurer contre les changements juridiques imprévisibles, mais également vis-à-vis de la réticence d'avoir ces changements, quand bien même ceux-ci seraient désirables d'un point de vue économique. Parce que les comportements d'opportunité

447 535 US 722 (2002) §739. Plus généralement, voir *Casey Mullally* (2010).

448 *Kaplow* (1986).

(inefficients) sont possibles du fait de l'incertitude, l'imprévisibilité et l'inefficience de ces comportements conduisent à ce que les individus réticents aux risques soit, n'entrent pas dans les relations juridiques, soit préfèrent entrer dans ces relations juridiques, à la seule condition que les coûts associés à une sorte d'assurance envers le droit soient intégrés. Les personnes réticentes aux risques le sont ainsi aux changements juridiques et préfèrent, s'il doit y avoir modification du droit, répartir les risques dans le temps, et entre acteurs, plutôt que de supporter ces seuls coûts. Polinsky (1983) affirme, pour les dommages et intérêts accordés du fait de la violation du droit des contrats, qu'étant donné la supposition réaliste que les personnes sont réticentes aux risques, le partage optimal du risque (ou minimisation des coûts liés aux risques) est atteint dès lors que des dommages et intérêts, tels que consentis mutuellement par les parties (plutôt que ceux liés aux attentes), sont accordés. Mais, parce que les coûts liés aux risques ne sont pas les seuls coûts engendrés par l'incertitude juridique et parce que ces dommages et intérêts sont hors de propos, dans le cas de la sécurité juridique (car aucun contrat n'a réellement été conclu), la solution optimale peut diverger de celle qui est d'accorder des dommages et intérêts, mutuellement consentis, en faveur de dommages et intérêts correspondant aux attentes frustrées. En effet, comme il sera avancé plus loin, afin d'inciter de façon optimale et de minimiser les coûts de transactions, la solution désirable serait d'octroyer des dommages et intérêts en fonction des attentes frustrées sans que cela soit inefficace. Ainsi, la rétroactivité du droit n'incite pas les investissements car les risques d'imprévisibilité du droit sont accrus (Kaplow 1986 : 527). Néanmoins, les lois et jugements rétroactifs, appliqués à des personnes réticentes aux risques, peuvent être souhaitables dès lors que ceux-ci ne créent que des bénéfices pour les individus (par exemple, des exemptions fiscales ou des limitations de peines).

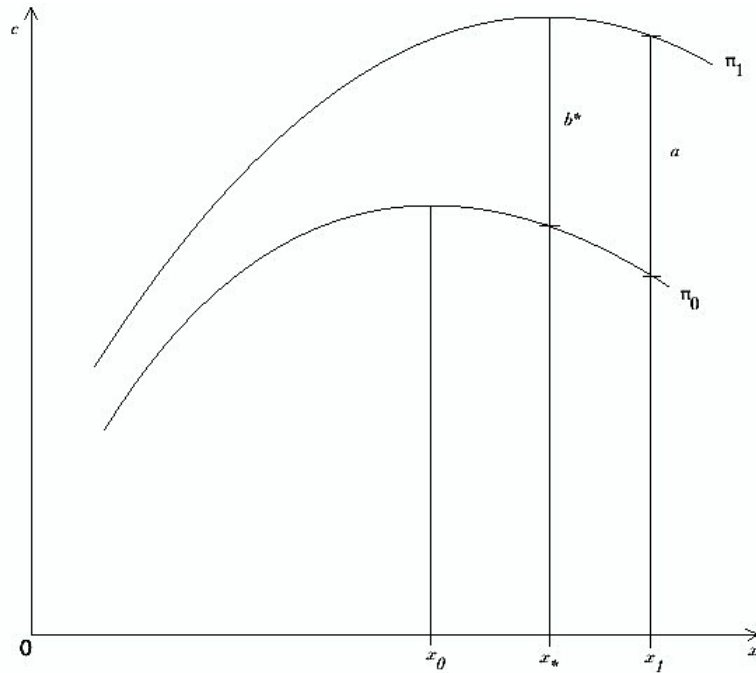
Etant donné ces trois catégories de coûts que l'incertitude juridique génère, et étant donné que la somme agrégée de ces coûts équivaut au coût social de l'incertitude juridique, notre préoccupation subséquente est, dès lors, de déterminer comment les minimiser afin de promouvoir

l'efficacité économique. Deux cadres théoriques permettent potentiellement de saisir la nécessité économique d'un degré raisonnable d'incertitude juridique :

Tout d'abord, le coût social de l'incertitude juridique peut être appréhendé par le droit des contrats. Le principe de confiance légitime, étant la quintessence du principe de sécurité juridique, a émergé comme développement de la doctrine de *estoppel* que l'on trouve en droit anglais des contrats. Ainsi le principe de confiance légitime est indirectement issu du droit des contrats. Par ailleurs, le principe de confiance légitime appliqué au droit administratif trouve sa logique dans la condamnation de possibles violations graves du « Contrat Social », établi entre les citoyens et l'Etat, lorsque ce dernier n'honore pas ses engagements juridiques. Ainsi, le principe de confiance légitime est au droit administratif ce que le respect des termes du contrat est au droit des contrats. Weinrib (2003) assimile les dommages et intérêts, selon les pertes du manque à gagner (bien que se situant dans le contexte du droit des contrats), à la notion Kantienne de contrats et d'engagements déontologiques. Plus généralement, dans le contexte de la sécurité juridique, la perspective dite contractualiste des institutions pourrait amener à penser que leur carence d'honorer les engagements juridiques équivaut à une violation de ce Contrat Social à l'égard des citoyens. Une telle violation conduit à l'octroi de dommages et intérêts ce qui est efficient dès lors que les institutions et la société sont mieux loties après le changement juridique, mais surtout après avoir octroyé les dommages et intérêts adéquats pour les parties lésées. Cette analogie d'une violation d'un contrat avec la violation du principe de sécurité juridique peut ainsi s'inspirer de la classification du point de vue de l'efficacité des dommages et intérêts pouvant être accordés. Ces possibilités sont l'exécution forcée, les dommages et intérêts couvrant les gains espérés (ou « *expectation damages* »), et les dommages et intérêts couvrant les coûts supportés (ou « *reliance damages* ») (Rogerson 1984). Shavell (1980) montre que pour les contrats, les « *expectations damages* » sont à privilégier en termes d'efficacité.

D'autre part, le coût social lié à l'incertitude juridique peut être apprécié par le droit des obligations. Juridiquement parlant, la relation juridique entre l'institution et les acteurs économiques, sujets au droit, ne peuvent être que de nature extra-contractuelle car aucun contrat formel n'a été signé entre ces parties. Il n'y a pas de possibilité, pour les acteurs économiques, d'éviter d'être soumis aux changements juridiques, une fois que ceux-ci sont adoptés. La violation du droit est plutôt celle de la confiance plutôt que celle d'un contrat. Cette approche semble plus appropriée, non seulement parce qu'elle est plus juste juridiquement, mais également parce le respect de la confiance octroyée par les individus aux citoyens fait écho au principe de confiance légitime inhérent au principe de sécurité juridique.

Ceci étant précisé, il convient dès à présent de formuler l'optimalité recherchée dans le principe de sécurité juridique, avant de vérifier si cette optimalité est présente dans la jurisprudence européenne. Un droit totalement incertain est décrit par π_0 où l'institution ignore ses promesses juridiques. Un droit totalement certain est décrit par π_1 où l'institution conserve son droit sans aucune modification et en l'interprétant de façon identique. Le principe de confiance légitime correspond à la différence $\pi_1 - \pi_0$, avec les deux courbes de profits ($\pi_0; \pi_1$) qui illustrent l'absence de dépendance et la totale dépendance au droit respectivement. Les acteurs économiques, \mathcal{A} , sont sujets à de tels modifications. Les coûts, c , de dépendance, x , sont fonction croissante de telle sorte que $c(x)$ et où $c(x) = 0$ signifie que \mathcal{A} ne fait pas confiance et/ou considère le changement juridique alors que $c(x) = 1$ signifie que \mathcal{A} fait totalement confiance à la préservation du changement juridique. L'institution, D , peut conserver ce changement et alors \mathcal{A} jouit des bénéfices de π_1 , alors que si D change de façon imprévisible le droit \mathcal{A} jouit seulement de π_0 . La dépendance efficiente des acteurs économiques à l'égard du changement juridique peut alors être représentée comme il suit :



La dépendance optimale est atteinte, dès lors que le critère dit de la « légitimité » (qui n'est pas différent de la notion de « caractère raisonnable » dans d'autres domaines du droit et d'économie) est introduit au sein du principe de sécurité juridique, à travers le principe de confiance légitime. Seuls les coûts de dépendance considérés comme légitimes seront couverts par cette responsabilité « extra-contractuelle » pour l'insécurité juridique créée.

En réalité, la notion de légitimité introduite dans le principe de sécurité juridique correspond à un basculement de x_i à x^* car les dommages et intérêts accordés à un niveau optimal, b^* , sont octroyés ce qui conduit les parties (institutions et acteurs économiques) à minimiser les coûts d'externalités en ayant raisonnablement confiance dans le droit. L'optimalité est ici la capacité à changer le droit, tout en octroyant des dommages et intérêts minimisés au strict nécessaire, pour internaliser les coûts supportés par les acteurs économiques.

Par ailleurs, Parisi et Fon (2009 : 31) affirment que « *lawmaking shares three critical characteristics with investment in physical assets : (1) irreversibility of investments (sunk costs); (2) uncertainty about future*

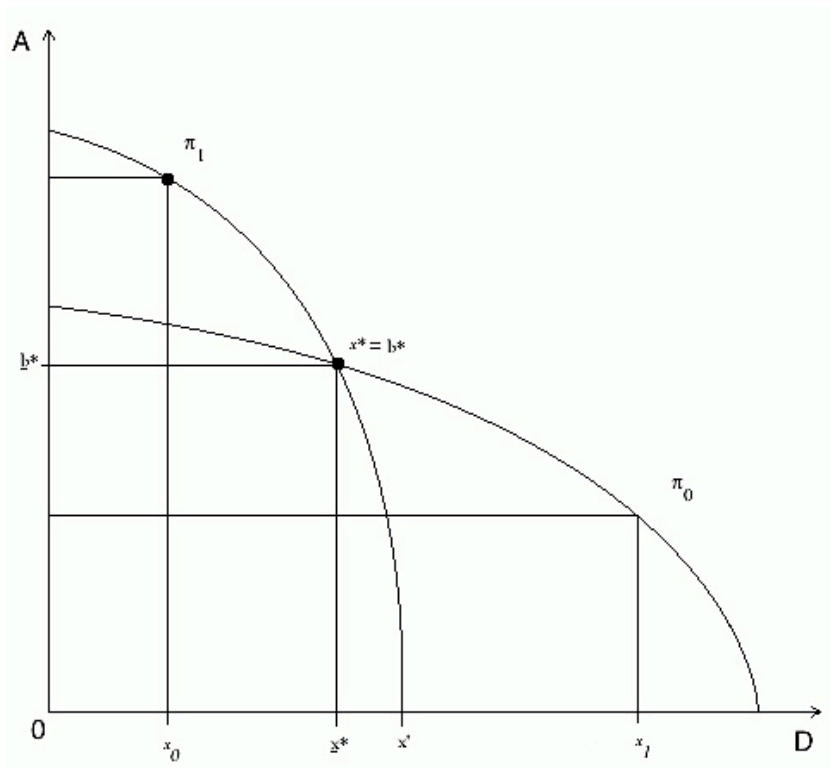
returns; and (3) discretion with respect to the timing of the investment ». Ainsi, la garantie offerte par les institutions de compenser tout coût généré par le changement juridique devrait légitimement amener à penser que cette garantie serait pour tout investissement privé. Cette garantie gouvernementale de tous les risques n'est naturellement pas souhaitable car cela inciterait les acteurs économiques à surinvestir sans internaliser les risques. En effet, « *the efficient level of investment* », Kaplow (1986 : 529) affirme, « *is that induced when investors bear all costs and benefits of their decisions. Therefore, the encouragement resulting from the assurance that compensation or other protection will be provided in the event of change results in overinvestment* ».

A l'opposé, il peut être avancé que, d'un point de vue conséquentialiste, les dommages et intérêts octroyés selon les bénéfices escomptés permettent, non seulement, que les décideurs internalisent entièrement les coûts générés du fait de ne pas honorer les engagements juridiques, mais également, induisent ces mêmes décideurs à honorer ces engagements, seulement si cela est efficient, après avoir compensé les coûts supposés par la société⁴⁴⁹. Les dommages et intérêts doivent alors être égaux aux attentes raisonnables des parties lésées, afin que le décideur politique ait le choix entre, changer le droit avec l'octroi de tels dommages et intérêts ou, exécuter ses engagements juridiques s'ils sont moins coûteux.

En d'autres termes, l'introduction de la notion de légitimité dans le principe de sécurité juridique reflète un mouvement en direction de l'optimalité, dans la dépendance des acteurs économiques envers le droit, et ainsi promeut l'efficacité dans les changements juridiques. Ainsi la notion de légitimité ou de caractère raisonnable se retrouve dans le fait que la CJUE, nous le verrons, est favorable à la protection de dépendance légitime au droit et correspond à ce qui peut être décrit, dans le graphique ci-dessous, comme un positionnement du droit à x^* où seules les

⁴⁴⁹ Cet argument est analogue à celui formulé par Polinsky (2003 : 33-36) dans le domaine des contrats.

attentes légitimes sont compensées, plutôt que x_1 (où les attentes illégitimes sont compensées) ou x_0 (où les attentes légitimes ne sont pas compensées) :



Avec b^* représentant l'octroi optimal de dommages et intérêts ; x^* correspondant à la confiance optimale dans le droit étant donné l'incertitude juridique. Par conséquent, la notion de légitimité (ou caractère raisonnable de la confiance portée par les acteurs économiques au droit) est la préoccupation la plus importante afin de déterminer si le niveau d'incertitude juridique incite, de façon efficiente, les institutions à changer le droit, seulement quand cette « violation de la confiance » est efficiente.

Ainsi, il apparaît que le principe de sécurité juridique, comme il a émergé du droit européen par l'importance donnée au principe de confiance légitime, recouvre en son sein une logique

d'efficacité. En effet, le critère de la légitimité permet de distinguer les requêtes irraisonnables de celles raisonnables en ce qui concerne les investissements entrepris du fait du droit positif. Ce principe exige que des dommages et intérêts couvrant les gains espérés (« *expectation damages* ») des acteurs économiques soient octroyés.

Cette description du principe de sécurité juridique, comme pouvant être potentiellement compatible avec le principe d'efficacité économique, bien qu'établi par cette section, reste à vérifier dans la pratique même de ce principe par la Cour, une vérification qui est faite maintenant par l'analyse jurisprudentielle du principe de sécurité juridique à la lumière du principe d'efficacité économique.

3. Le Principe de Sécurité Juridique comme Principe d'Efficiency Economique dans la Jurisprudence Européenne

Parce que le principe de sécurité juridique n'offre pas de réponses évidentes dans des litiges (comme tout principe juridique), il peut ainsi être considéré que ce principe est un « *conceptual tool which must not be viewed in isolation but in context of judicial reasoning taken as a whole* ». (Tridimas 2006 : 244).

Pour sa part, Tridimas différencie le principe de sécurité juridique et le principe de confiance légitime selon un « facteur temps ». La sécurité juridique aurait une connotation statique, en exigeant que les droits et obligations des individus soient déterminés, alors que le principe de confiance légitime serait appréhendé de façon dynamique en exigeant que les attentes soient

satisfaites dans le futur. Cette distinction expliquerait les différentes fonctions de chacun des deux principes : le principe de confiance légitime contribue à la protection des droits substantiels, tandis que le principe de sécurité juridique contribue à la protection des droits procéduraux. Bien que cette distinction soit intéressante, une autre distinction nous semble plus opportune et dans laquelle le principe de confiance légitime procède des deux versants de l'approche.

Cette distinction est verticale plutôt qu'horizontale (ou temporelle) : la sécurité juridique fait référence à une approche descendante selon laquelle les acteurs institutionnels doivent assurer la confiance nécessaire dans les relations juridiques établies, tandis que le principe de confiance légitime fait référence à une approche ascendante selon laquelle les acteurs économiques doivent pouvoir invoquer la légitimité des relations économiques entreprises. Alors que l'approche descendante fait partie d'un discours argumentatif des institutions pour justifier (ou pas) les pratiques juridiques actuelles et passées, l'approche ascendante fait partie d'une stratégie défensive de la part des individus pour que ceux-ci s'assurent de la réalisation de leurs calculs économiques.

Ainsi, le principe de confiance légitime serait le versant « subjectif »⁴⁵⁰ de la conceptualisation des intérêts privés, alors que le principe de sécurité juridique *stricto sensu* serait la version objective du point de vue institutionnel. Le principe de confiance légitime met l'accent sur les intérêts des acteurs de marché afin de juger si la nécessaire incertitude juridique est raisonnable. C'est selon cette ligne analytique que l'analyse jurisprudentielle ci-dessous sera entreprise.

450 Simon (2000) affirme que le principe de confiance légitime est le « *subjective side of the objective principle of legal certainty* ».

The former principle is tantamount to legal certainty but "approached from the individuals" perspective ».

a. Obligation de délivrer un droit de qualité : la promotion de l'efficacité productive par la sécurité juridique

L'efficacité du changement juridique est pris en compte avec le principe de confiance légitime en tant que condition implicite à la validité du changement au regard du principe de sécurité juridique (les personnes lésées, par exemple, par l'application rétroactive du droit doivent être compensées par les personnes bénéficiant de ce changement). En termes d'efficacité, cela signifie que le principe de confiance légitime requiert que seuls les changements dits Kaldor-Hicks efficaces sont adoptés car ils génèrent des bénéfices nets. Précisément, l'efficacité au sens de Pareto, selon laquelle un changement juridique doit rendre tous les intéressés mieux lotis pour que ce changement soit acceptable, est trop stricte comme condition d'efficacité pour qu'elle soit opérante dans le cadre du principe de sécurité juridique. La CJUE a justement rejeté d'avaliser les seuls changements juridiques compatibles avec l'efficacité au sens de Pareto, pour accepter que les changements efficaces au sens de Kaldor-Hicks soient acceptés. Cette approche est illustrée par la jurisprudence de la Cour.

En ce qui concerne le principe de sécurité juridique en termes d'ambiguïté du langage juridique, la CJUE a régulièrement précisé que l'interprétation des termes juridiques doit être suffisamment prévisible afin de permettre une certitude relative dans les relations entre acteurs économiques⁴⁵¹. Néanmoins, parce qu'une sécurité absolue concernant l'interprétation ne saurait être atteinte, la nécessaire marge d'appréciation du juge dans son travail d'interprétation ne

451 C-63/93 (1996) *Duff and others v. Minister of Agriculture and Food, Ireland and the Attorney General*, I-569 §20.

contredit pas nécessairement le principe de sécurité juridique⁴⁵². Les mesures juridiques doivent être écrites dans un langage qui doit, clairement et de façon cohérente, préciser les éléments de faits et de droit nécessaires à la bonne application et compréhension du droit⁴⁵³. En effet, cette exigence, posée par la Cour, est bien résumée dans *Commission contre Danemark*⁴⁵⁴ où la Commission Européenne critiqua le Danemark pour ne pas avoir convenablement appliqué la Directive sur l'égalité de traitement de 1975, au motif que le droit danois n'exige pas un traitement égal pour les travaux d'égales valeurs. L'ambiguïté du langage juridique utilisé en droit danois a été critiquée à bon droit par la Commission, la Cour affirmant :

« Les principes de sécurité juridique et de protection des particuliers exigent donc une formulation non équivoque qui permet aux personnes concernées de connaître leurs droits et obligations d'une manière claire et précise et aux juridictions d'en assurer le respect » (§10).

Si les institutions doivent produire des règles juridiques claires et précises concernant le langage juridique, c'est précisément cette exigence qui, une fois respectée, permet aux parties au litige d'invoquer leur confiance légitime envers leur compréhension du droit. Parce que les règles sont claires et contraignantes, les acteurs économiques s'en remettent à la constance présumée des choix et ainsi sont de « nature à fonder la confiance légitime » :

452 C-377/98 (2001) *Pays-Bas contre Parlement Européen*, I-07079 ; C-354/95 (1997) *The Queen contre Minister for Agriculture, Fisheries and Food*, I-04559.

453 C-55/69 (1972) *Cassella Farbwerke Mainkur AG v. Commission*, 887 §22.

454 C-143/83 (1985) *Commission v. Denmark*, 427.

"Conformément à une jurisprudence constante, à laquelle le Tribunal s'est d'ailleurs référé à bon droit au point 146 de l'arrêt attaqué, le droit de se prévaloir du principe de protection de la confiance légitime appartient à tout justiciable dans le chef duquel une institution de l'Union, en lui fournissant des assurances précises, a fait naître à son égard des espérances fondées [...]. Constituent de telles assurances, quelle que soit la forme sous laquelle ils sont communiqués, des renseignements précis, inconditionnels et concordants [...] ⁴⁵⁵".

L'exigence d'un langage juridique clair accroît la prévisibilité des relations juridiques pour les individus, mais également, réduit l'information asymétrique qui peut survenir entre le décideur et les administrés. En cela, la Cour a continuellement et fermement réaffirmé sa position comme illustré dans *Akzo*⁴⁵⁶ lorsqu'elle affirme :

« Il y a lieu de rappeler que la sécurité juridique constitue un principe général du droit de l'Union qui exige notamment qu'une réglementation entraînant des conséquences défavorables à l'égard de particuliers soit claire et précise et son application prévisible pour les justiciables » (§100).

Concernant l'application immédiate du droit, cette application aux situations actuelles découlant d'évènements passés est acceptée. Le délai raisonnable dans l'application du droit est inhérent au principe de sécurité juridique comme Schermers et Waelbrock (2001 : 63-65) l'ont rappelé.

455 C-537/08 (2010) *Kahla Thuringen Porzellan GmbH v. European Commission*, §63 ; C-506/03 (2005) *Germany v. Commission*, §58 ; C-47/07 (2008) *Masdar (UK) v. Commission*, I-9761 §34 et 81 ; C-143/93 (1996) *van Es Douane Agenten*, I-431 §27 ; C-110/03 (2005) *Belgium v. Commission*, I-2801 §30.

456 C-550/07 (2010) *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission*. Voir aussi C-63/93 (1996) *Duff and others*, I-569 §20 ; C-226/08 (2010) *Stadt Papenburg*, §45 ; C-76/06 (2007) *Britannia Alloys & Chemicals Ltd v. Commission of the European Communities*, I-04405 §75.

Pareillement, il est accepté que « *transitional measures adequately safeguard the principle of legal certainty and the legitimate expectations of those concerned* » (Raitio 2003 : 189)⁴⁵⁷. Cette recherche d'une application médiate du droit se retrouve dans la jurisprudence européenne. Ainsi, dans l'affaire Sofrimport⁴⁵⁸ les mesures européennes contestées par un importateur français étaient les Règlements de la Commission 962/88 et 984/88 suspendant les licences d'importation pour les pommes du Chili, et le Règlement 962/88 (amendant le Règlement 962/88) fixant les quantités d'importations. Les requérants invoquèrent l'Article 3(3) du Règlement du Conseil 2707/72 de 1972 qui pose les conditions d'application des mesures protectionnistes pour les fruits et légumes qui permettent, selon la Cour, à « un importateur dont les marchandises se trouvent en cours d'acheminement de se prévaloir d'une confiance légitime excluant, sauf intérêt public péremptoire, l'application à son égard des mesures de suspension »⁴⁵⁹, et donc « cette disposition crée une confiance légitime dont la méconnaissance constitue une violation d'une règle supérieure de droit »⁴⁶⁰. Or, la Commission « n'a, en l'espèce, fait valoir l'existence d'aucun intérêt public supérieur justifiant l'application des mesures de suspension à l'égard des marchandises en cours d'acheminement ». Destiné à protéger la confiance légitime des importateurs, l'Article 3(3) ne saurait être ignoré sans violer le principe de confiance légitime. En effet, « le dommage allégué par Sofrimport dépasse les limites des risques économiques inhérents aux activités dans le secteur concerné dès lors que ladite disposition a justement pour but de limiter ces risques à l'égard des marchandises en cours d'acheminement », et par conséquent, « il y a donc lieu de conclure que la

457 Voir Salviejo (2003 : 238).

458 C-152/88 (1990) *Sofrimport SARL v. Commission*, I-2477.

459 C-152/88 (1990) *Sofrimport SARL v. Commission*, I-2477 §16.

460 C-152/88 (1990) *Sofrimport SARL v. Commission*, I-2477 §26.

Communauté doit réparer les dommages causés à Sofrimport par l'adoption des règlements contestés ». ⁴⁶¹

Dans l'affaire *Continentalen Produkten*⁴⁶², l'absence de mesures transitoires dans le domaine de la défense contre les pratiques de dumping, mais également l'effet rétroactif de certaines mesures anti-dumping, ont été considérés comme pouvant être compatibles avec le principe de confiance légitime. Au-delà de cette rétroactivité légale de certaines mesures anti-dumping, du fait d'effets rétroactifs couvrant une « période d'application du droit antidumping provisoire instauré par un Règlement précédent » ⁴⁶³, le fait de ne pas prévoir des mesures transitoires, afin que les acteurs économiques s'adaptent à partir des anciens contrats aux nouveaux, n'empêche pas pour autant un individu raisonnable de prévoir une issue prévisible à sa situation juridique :

"Pour ce qui est ensuite, de l'absence, dans le règlement en cause, d'une disposition transitoire réservant un traitement particulier aux importations qui ont été effectuées en exécution des « contrats anciens », il convient de dire qu'une telle absence de disposition transitoire ne saurait être contraire au principe de la confiance légitime. En effet, dans la mesure où une procédure antidumping était en cours, un opérateur prudent et avisé savait, ou aurait dû savoir, que l'institution d'un droit antidumping était possible et pouvait, dès lors, tenir compte de cette possibilité en signant des contrats avec ses fournisseurs. Par conséquent, il n'apparaît pas qu'une atteinte ait été portée à la confiance légitime des opérateurs. ⁴⁶⁴"

461 C-152/88 (1990) *Sofrimport SARL v. Commission*, I-2477 §28-29.

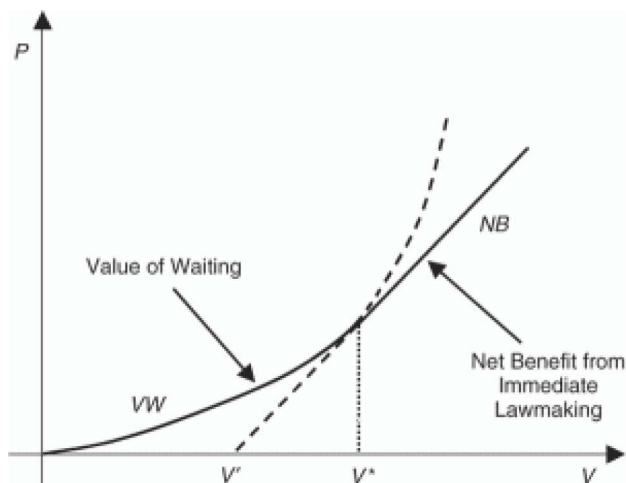
462 C-246/87 (1989) *Continentalen Produkten-Gesellschaft Erhardt-Renken GmbH & co. v Hauptzollamt Munchen-West*, 1151.

463 C-246/87 (1989) *Continentalen Produkten-Gesellschaft Erhardt-Renken GmbH & co. v Hauptzollamt Munchen-West*, 1151 §16.

464 C-246/87 (1989) *Continentalen Produkten-Gesellschaft Erhardt-Renken GmbH & co. v Hauptzollamt Munchen-West*, 1151 §17. Voir également affaires jointes C-211 et 260/80 (1989) *Advernier v. Commission*, 137 ; C-26/81 (1982) *SA Oleifici Mediterranei v. EEC*, 3057 ; C-127/78 (1979) *Spitta and Co v. Hauptzollamt Frankfurt/Main-Ost*, 171.

Raitio (2003 : 231) affirme également que « *it is in the public interest of the Community that one might have to take into consideration the principle of efficiency and the full functioning of the internal market while weighing the possibility of an ex tunc [i.e. retrospective] withdrawal* ».

Par ailleurs, la doctrine économique recommande de rechercher, dans chaque cas, la période optimale « d'attente » pour l'intervention juridique (ou l'applicabilité du droit). Comparé aux investissements dans les biens, l'applicabilité du droit implique des pertes sèches (« *sunk costs* »), mais également des bénéfices qui peuvent être maximisés si la valeur de l'attente est plus importante que les bénéfices nets de l'intervention juridique (Parisi et Fon 2009 : 40; Parisi *et al.* 2004). Au-delà du point (V^* ci-dessous) où les bénéfices nets d'une applicabilité immédiate du droit sont égaux aux bénéfices nets de l'application reportée du droit (dès lors que $V \geq V^*$), il devient souhaitable d'appliquer immédiatement le droit (Parisi et Fon 2009 : 40) :



Avec V la valeur du droit ; V' est la valeur nette du droit : avec P qui sont les avantages à l'opportunité d'adopter le droit ; avec la ligne pointillée représentant VW qui est la valeur de

l'attente⁴⁶⁵ tandis que la ligne continue représente NB qui sont les bénéfices nets à une applicabilité juridique immédiate⁴⁶⁶. Les points situés avant V' correspondent au caractère non souhaitable de l'intervention juridique tandis que les points situés entre V' et V^* correspondent à l'intervention juridique souhaitable sans pour autant que le droit soit d'application immédiate. Seuls les points situés au-delà de V^* représentent le caractère souhaitable à la fois de l'intervention juridique et de son applicabilité immédiate.

A partir de ce modèle proposé par Parisi et Fon (2009), il est possible d'apercevoir qu'au plus les bénéfices s'accroissent, $P(V)$, au plus la courbe VW se redresse, réduisant ainsi l'optimalité d'un report dans l'application du droit. Ainsi, au plus la sécurité juridique est forte en ce qui concerne la clarté et la non-rétroactivité du droit, au plus les changements juridiques peuvent prendre place avec une applicabilité immédiate dans une perspective d'accroître l'optimum social. Ainsi, il apparaît que même dans les meilleures situations, un léger délai dans l'application du droit est souhaitable, ce qui est d'ailleurs accepté par la Cour :

« On ne pourrait, sans porter atteinte à un légitime souci de sécurité juridique, recourir sans motif au procédé de la mise en vigueur immédiate ».⁴⁶⁷

La détermination du caractère raisonnable de ce délai se fait par une mise en balance des intérêts en présence, et notamment les coûts et bénéfices⁴⁶⁸. Cette mise en balance, pour déterminer le caractère raisonnable (ou légitime) de ce report de l'applicabilité du droit, est

465 $VW = AV\beta$ où $P(V) = AV\beta$ où $\beta > 1$.

466 $NB = V - I$ où I est le coût d'investissement direct de la production du droit.

467 C-17/67 (1967) *Neumann*, 441.

468 C-248/89 (1991) *Cargill*, I-2987; C-159/82 (1983) *Verli-Wallace*, 2718.

indispensable car l'immédiateté viole souvent le principe de confiance légitime comme illustré dans l'affaire *CNTA* :

« La responsabilité de la Communauté serait donc engagée si, en l'absence d'un intérêt public péremptoire en sens contraire, la Commission supprimait, avec effet immédiat et sans avertissement, l'application des montants compensatoires dans un secteur déterminé sans prendre de mesures transitoires qui, au moins, permettraient à un opérateur économique soit d'éviter la perte qui lui aurait été causée dans l'exécution de contrats d'exportation dont la réalité et l'irrévocabilité sont établies par la préfixation des restitutions, soit d'être dédommagé de cette perte.⁴⁶⁹ »

De façon similaire, dans l'affaire *Campo Elbro*⁴⁷⁰, la Cour a déclaré que « l'absence d'un intérêt public péremptoire en sens contraire abolit, avec effet immédiat et sans avertissement, un avantage spécifique digne de protection pour les entreprises concernées sans adopter des mesures transitoires appropriées » et conduit à la violation du principe de confiance légitime. Comme précisé graphiquement plus haut, il n'y a aucune raison, dans une perspective économique, d'adopter des changements juridiques de façon immédiate. Par ailleurs, si la CJUE a, il est vrai, posé une sorte de présomption de validité de l'application immédiate du droit par rapport au principe de confiance légitime (*Tridimas* 2006 : 272), il n'en demeure pas moins que la présence de mesures transitoires est souvent exigé par la Cour de la part des institutions européennes et nationales. Cette présomption est enfin renversée en ce qui concerne les changements juridiques rétroactifs. La question de la rétroactivité du droit entretient des rapports étroits avec la question de l'immédiateté de l'application du droit car une mesure rétroactive à des effets sur les situations actuelles entreprises dans le passé.

⁴⁶⁹ C-74/74 (1975) *CNTA*, 533 §43.

⁴⁷⁰ T-472/93 (1995) *Campo Ebro and others v. Council*, II-421 §52.

La rétroactivité du droit est indubitablement liée au principe de sécurité juridique. La Cour a distingué la rétroactivité matérielle et la véritable rétroactivité (Raitio 2003 : 187-188). La rétroactivité véritable signifie que le droit s'applique à une situation entièrement finie, alors que la rétroactivité matérielle signifie que le droit s'applique pour le futur à une situation survenue avec le droit précédent. Bien que la rétroactivité véritable soit moins acceptée, il n'y a pas pour autant d'interdiction *per se* de celle-ci par la CJUE. Le principe de sécurité juridique, et particulièrement l'exigence de non-rétroactivité du droit, est plus fort dans le domaine du droit pénal⁴⁷¹ et du droit fiscal⁴⁷². Cependant, l'absence de toute rétroactivité du droit est impossible car, par essence, «*judicial interpretation [...] is inherently retroactive* » (Schermers et Waelbroeck 2001 : 75).

La CJUE a régulièrement considéré les interprétations juridictionnelles données par les cours des règles juridiques, mais cela n'empêche pas la CJUE d'exceptionnellement restreindre la rétroactivité des décisions judiciaires :

« Ce n'est qu'à titre exceptionnel que la cour peut [...] par application d'un principe général de sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique communautaire, en tenant compte des troubles graves que son arrêt pourrait entraîner pour les relations juridiques établies de bonne foi, être amenée à limiter la possibilité pour tout intéressé d'invoquer la disposition ainsi interprétée en vue de remettre en cause ces relations juridiques ». ⁴⁷³

Néanmoins, il importe de préciser que la contradiction apparente, entre le principe de sécurité juridique et la rétroactivité des changements juridiques, ne signifie pas automatiquement que tout changement rétroactif viole le principe de sécurité juridique. En effet, le change rétroactif

471 Affaires jointes C-387, 391 et 403/02 (2005) *Berlusconi*, I-3565 ; C-63/83 (1984) *Kirk*, 2718.

472 T-290/97 (2000) *Mehibas Dordtselaan*, II-15.

473 C-309/85 (1988) *Bruno Barra v. Belgian State and City of Liege*, 355 §11.

peut ne produire que des bénéfices pour les individus et ainsi la rétroactivité n'est pas pénalisante pour certains. Deuxièmement, le changement rétroactif peut être toléré lorsque des mesures transitoires sont prévues. Cette approche jurisprudentielle est illustrée récemment par l'affaire *Jakubowska*⁴⁷⁴. Mme Jakubowska contesta une loi italienne qui l'empêcha de bénéficier de ses avocats lors d'une affaire en cours. Le Barreau de Perugia radia les deux avocats du registre selon la loi italienne 339/2003 amendant la loi 662/96 (toutes deux adoptées en application des Directives 77/249 et 98/5 concernant la libre circulation des avocats). La requérante prétendit que la loi 339/2003 viola le principe de sécurité juridique du fait de ses effets rétroactifs de l'interdiction de travailler en parallèle en tant qu'avocat et fonctionnaire. La Cour endossa le raisonnement de la cour nationale et déclara :

« Tout au plus, la juridiction de renvoi a clarifié la question portant sur ce principe en exposant que la loi n° 339/2003 produit des effets rétroactifs, effets auxquels le principe de sécurité juridique s'opposerait. Cette prétendue rétroactivité de la loi n° 339/2003 est, toutefois, manifestement contredite par la constatation, également contenue dans la décision de renvoi, selon laquelle l'entrée en vigueur de cette loi n'affecte pas le droit d'exercice concomitant conféré, jusqu'à cette entrée en vigueur, par la loi n° 662/96, la loi n° 339/2003 instaurant en outre une période transitoire de trois années afin d'éviter que le changement qu'elle introduit soit immédiat » (§43).

Ainsi, la rétroactivité du droit est interdite en droit européen, à moins qu'une précaution particulière ait été portée aux exceptions à ce standard juridique par des considérations suffisantes au regard des attentes raisonnables des parties intéressées⁴⁷⁵. Des affaires telles que *Cripoltoni I*⁴⁷⁶

474 C-225/09 (2010) *Edyta Joanna Jakubowska v. Alessandro Maneggia*, § 42.

475 C-98/78 (1979) *Racke*, 69 §20 ; Affaires jointes 212/80 à 217/80 (1981) *Meridionale Industria Salumi and others*, 2735 §10 ; T-191/07 (2009) *Anheuser-Busch, Inc. v. Office Harmonisation in the Internal Market*, II-00703.

476 C-368/89 (1991) *Cripoltoni I*, I-3691.

ou *Meiko*⁴⁷⁷ démontrent que la conclusion de mesures européennes rétroactives déclarées être illégales n'est possible que lorsqu'il y a une violation manifeste des attentes raisonnables des individus.⁴⁷⁸ Cette position de la Cour est la même selon qu'il s'agisse d'une rétroactivité de droit ou une rétroactivité de fait de la loi contestée⁴⁷⁹. La Cour accepte généralement deux exceptions majeures à l'illégalité de la rétroactivité du droit :

« Lorsque le changement juridique ne crée pas de coûts pour les individus mais seulement délivre des bénéfices, alors ce changement peut être rétroactivement appliqué aux individus car de telles améliorations au sens de Pareto promeuvent l'efficacité économique ».

La non-rétroactivité d'une mesure juridique aurait dû être légitimement anticipée par les acteurs concernés. Ici, la condition est que la rétroactivité prenne place sans pour autant frustrer la confiance légitime des administrés⁴⁸⁰. De la sorte, il devient évident qu'au travers du principe de sécurité juridique et du principe de confiance légitime, la CJUE a réussi à imposer ses exigences juridiques aux législateurs en ce qui concerne la qualité du droit. En cela, la nécessité de lois claires et précises contribue à réduire les coûts d'information pour les individus sujets à ces lois pour comprendre celles-ci et agir en fonction. De façon similaire, l'exigence d'applicabilité non immédiate du droit ainsi que de non-rétroactivité du droit (écartée exceptionnellement) permettent aux individus d'avoir connaissance des changements juridiques et ainsi agir au bon moment. Ces deux exigences se rejoignent pour améliorer la qualité et diminuer l'asymétrie d'information du

477 C-224/82 (1983) *Meiko-Konservenfabrik v. Germany*, 2539.

478 Affaires jointes C-260 et 261/91 (1993) *Diversinée and Iberlacta*, I-1885.

479 C-368/89 (1991) *Cripoltoni*, I-3695 §17 ; Affaires jointes (2004) *Gemeente Leusden and Holin Groep*, I-5337 §59.

480 C-258/80 (1982) *Rumi*, 487 §11-12.

droit européen, contribuant ainsi, pour les juges européens, à promouvoir l'efficacité productive du législateur européen.

Si l'amélioration de l'élaboration du droit européen (et accessoirement des droits nationaux) est rendue possible par le principe de sécurité juridique, la perspective ascendante, à l'opposé de celle décrite jusqu'ici, signifie que les intérêts des individus se voient protégés par le principe de confiance légitime. Selon un point de vue dynamique, cette perspective met l'accent sur la prévisibilité des changements et l'octroi, le cas échéant, de dommages et intérêts afin d'internaliser les coûts engendrés et ainsi faire avancer l'efficacité économique.

b. Droit à avoir confiance dans le droit : les acteurs économiques et la promotion de l'efficacité par la sécurité juridique

Les acteurs économiques cherchent à réduire les incertitudes qui les entourent en limitant les incertitudes juridiques, et ainsi s'en remettent à la confiance légitimement établie du fait des relations juridiques créées par les institutions⁴⁸¹. Cependant, les Etats Membres peuvent également alléguer de la violation de ce principe. En effet, la Cour affirma qu'« il convient de relever, par ailleurs, que le principe du respect de la confiance légitime, corollaire du principe de sécurité juridique, est en règle générale invoqué par les particuliers (opérateurs économiques) se trouvant dans un état de confiance légitime créé par les pouvoirs publics et ne saurait être invoqué par un gouvernement pour échapper aux conséquences d'une décision de la Cour constatant l'invalidité

481 Voir les conclusions de l'Avocat Général Trabucchi pour C-5/75 (1975) *Deuka*, 759.

d'un acte communautaire ». ⁴⁸² *A contrario*, cela signifie que ce principe peut être invoqué par un Etat Membre tant que celui-ci ne l'instrumentalise pas pour échapper à ses propres obligations.

Les parties aux litiges disposent du pouvoir de protéger, par les juges, des intérêts clairs et particuliers. De plus, si les parties au litige peuvent voir leurs intérêts particuliers protégés, elles ne peuvent que recouvrer les coûts imprévisibles supportés. La notion de prévisibilité par une personne raisonnable aide les juges à distinguer les attentes légitimes de celles illégitimes, et ainsi limiter la notion de coûts de dépendance (« *reliance cost* »). Le critère de la prévisibilité n'est cependant pas un critère très exigeant.

Le fait que les coûts soient éloignés n'est pas en soi une excuse pour exclure une indemnisation. En effet, tant que ces coûts distants auraient pu être prévisibles par une personne avisée, alors ils seront recouvrables par l'indemnisation qu'offre le principe de sécurité juridique. Cependant, parce que le principe de sécurité juridique couvre seulement les changements juridiques imprévisibles⁴⁸³ (donc arbitraires et inefficients), le principe de sécurité juridique conduit à ce que les coûts distants prévisibles ne soient pas dédommagés, seulement les coûts imprévisibles (distants ou non) le sont⁴⁸⁴.

Quoiqu'il en soit, la présence même de coûts de dépendance économique supportés par les individus est la principale raison d'être du principe de confiance légitime pour que celui-ci soit opérant. Si la violation est constatée, alors les coûts de dépendance économique sont internalisés

482 C-83/99 (2001) *Commission v. Spain*, I-00445 §24 ; C-44/81 (1982) *Germany v. Commission*, 1855.

483 Cass (1995) affirme à bon droit que « *predictability allows adjustments of individual behaviour that increase societal well-being; increased predictability lowers costs associated with a decision* ».

484 Les bénéfices imprévisibles sont exclus du principe de confiance légitime. Voir C-2/75 (1975) *EVGF v. Mackprang*, 607.

*ex post*⁴⁸⁵. Si les attentes sont protégées dans la jurisprudence européenne, seules celles considérées comme légitimes bénéficient d'une protection juridique. En effet, comme Craig (1996 : 306) l'affirme, « *the mere fact that a trader is disadvantaged by a change in the law will not, in and of itself, given any cause for complaint based upon disappointment of legitimate expectations* ». Précisément, les attentes, pour qu'elles soient considérées légitimes, et donc possiblement compensées, sont évaluées à la lumière de la notion récurrente dans la jurisprudence européenne qui est celle d'« opérateur économique prudent et avisé »⁴⁸⁶. Ainsi, la protection de la confiance légitime garantit les acteurs économiques responsables et prudents contre des comportements excessifs dans leur confiance vis-à-vis du droit adopté.

Par exemple, dans l'affaire *Mulder*⁴⁸⁷ la Cour annula le Règlement en cause du fait de la violation de la confiance légitime des administrés de s'impliquer dans le secteur laitier. Le requérant, M. Mulder, un fermier laitier, contesta le Règlement car celui-ci aurait violé sa confiance légitime, en tant que producteur de lait, de voir sa production reprise avec une période de 5 ans durant laquelle la production et la vente de lait étaient suspendues du fait d'excédents laitiers. Le système initial mis en place par le Règlement 1078/77 a prévu une période de non commercialisation durant laquelle des bonus seraient accordés aux producteurs afin que ceux-ci ne commercialisent pas leur lait, ou pour transformer leur production de lait en production de viande. Pendant cette période, un nouveau Règlement, le Règlement 856/84, a mis en place un système d'interdictions supplémentaires en dépit des investissements déjà réalisés par le requérant concernant la reprise espérée de la production de lait à l'issue de la période de 5 ans. La Cour fit

485 Cependant, pour des actions engagées par les Etats, voir notamment C-278/84 (1987) *Germany v Commission*, 1, §34 et 36; C-203/86 (1988) *Spain v Council*, 4563, §17 et 20 ; C-169/95 (1997) *Spain v Council*, I-135, §49 et 54.

486 C-265/85 (1987) *Van den Bergh BV and Van Dijk Food Products (Lopik) BV v. Commission*, 1155 §44; C-78/77 (1978) *Luehrs v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, 169.

487 C-120/86 (1988) *Mulder v. Minister van Landbouw en Visserij*, 2321.

observer que le producteur « ayant librement arrêté sa production pendant un certain temps ne peut pas légitimement s'attendre à pouvoir reprendre la production dans les mêmes conditions que celles qui prévalaient auparavant ». ⁴⁸⁸. Cependant, la fin de la période de non commercialisation a pu légitimement être perçue comme synonyme de la fin des restrictions imposées sur la production laitière du requérant. Ainsi, étant donné que le nouveau Règlement, entre temps, a posé de nouvelles restrictions, la Cour conclut que :

« Contrairement aux affirmations de la Commission, une telle exclusion totale et permanente, pour toute la durée d'application de la réglementation en matière de prélèvement supplémentaire, qui a pour effet d'empêcher les producteurs concernés de reprendre la commercialisation de lait à la fin de la période de cinq ans, n'était pas prévisible pour ces producteurs au moment où ils prenaient, temporairement, l'engagement de ne pas livrer de lait. En effet, ni les dispositions ni les considérants du Règlement 1078/77 ne font apparaître que l'engagement de non-commercialisation pris au titre de ce Règlement pourrait entraîner, à son expiration, l'impossibilité de reprendre l'activité en cause. Un tel effet porte donc atteinte à la confiance légitime que ces producteurs pouvaient avoir dans le caractère limité des effets du régime auquel ils se soumettaient » (§26).

Ainsi, il est évident qu'il ressort de la conclusion ci-dessus qu'à la fois, les coûts de dépendance économique générés par la confiance portée par le requérant au premier Règlement, ainsi que les coûts d'opportunité générés par l'application de nouvelles restrictions de production, sont pris en considération par la Cour. En effet, « certains investissements » ⁴⁸⁹ conduits par le requérant, selon le Règlement initial, ont créé des droits et intérêts qui, s'ils étaient ignorés, deviendraient des pertes sèches. Afin de préserver les retours sur investissements, la Cour annula le

488 C-120/86 (1988) *Mulder v. Minister van Landbouw en Visserij*, 2321.

489 C-120/86 (1988) *Mulder v. Minister van Landbouw en Visserij*, 2321 §3.

second Règlement qui frustrait les attentes raisonnables du producteur en modifiant l'essence même du Règlement initial qui était de lever toute restriction à l'issue de la période de 5 ans.

En protégeant les coûts de dépendance économique et les coûts d'opportunité, la Cour donne un signal fort, aux cours nationales, pour l'octroi de dommages et intérêts équivalents aux attentes du requérant afin que celui-ci soit placé dans la situation dans laquelle il aurait été si le second Règlement n'avait pas été adopté. De plus, le signal fort est destiné au législateur européen qui se voit contraint de porter le principe de confiance légitime au cœur de l'élaboration du droit européen. De façon similaire, la dépendance légitime d'un acteur économique, à l'égard du paiement d'une aide octroyée par un Règlement, ne saurait être ignorée pour la seule raison que cette aide était conditionnée à l'imposition rétroactive d'un délai pour transmettre les contrats concernés nécessaires à la délivrance de cette aide⁴⁹⁰. En effet, la Cour déclara qu'« en subordonnant, *a posteriori*, le bénéfice de l'aide à la transmission des contrats au plus tard le 31 juillet 1980, la Commission a violé le principe de la confiance légitime des intéressés qui, compte tenu des dispositions en vigueur au moment de la conclusion des contrats, ne pouvaient raisonnablement envisager se voir opposer rétroactivement le respect d'un délai de transmission de ces contrats dont la date limite coïncide avec la date limite de leur signature » (§14). Les investissements engagés par le requérant, afin de se conformer à ses obligations contractuelles, ont pu être « raisonnablement » perçus comme étant conditionnés à une exigence procédurale, à la fois marginale et peu claire. Ainsi, l'opérateur économique a légitimement contracté sans pour autant respecter cette exigence procédurale mineure, mais les bénéfices escomptés de la conclusion du contrat signé par le requérant doivent pouvoir être accordés sans quoi le principe de confiance légitime serait violé.

490 C-224/82 (1983) *Meiko-Konservenfabrik v. Federal Republic of Germany*, 2539 §14.

Dans l'affaire *Sofrimport*⁴⁹¹, un raisonnement similaire a été élaboré. Le requérant, Sofrimport SARL, affirmait que la Commission Européenne n'a pas pu, à bon droit, adopter des mesures protectionnistes contre les importations de fruits et légumes selon le Règlement 2707/72 prévoyant que des raisons d'intérêt général puissent justifier de telles mesures. En l'absence d'une telle justification, les intérêts des importateurs et la protection de leur confiance légitime dérivée dudit Règlement est ignorée et illégitimement frustrée, et par conséquent le principe de confiance légitime est violé⁴⁹². Ainsi, la Commission est déclarée responsable et doit compenser le requérant pour les dommages engendrés par une telle violation⁴⁹³.

Par ailleurs, il importe de préciser que les attentes raisonnables (ou confiance légitime) sont les attentes jugées être raisonnables quand bien même ces attentes sont nées d'un acte juridique non contraignant. Une simple conduite de l'administration est admise⁴⁹⁴. Dès lors, le critère pour déterminer le succès ou l'insuccès d'une demande de protection de la confiance légitime est bel et bien le caractère raisonnable, indépendamment de la nature juridique ou pas de ce qui fonde cette confiance. Ce caractère raisonnable peut très bien être assimilé à une règle de raison selon laquelle, les coûts supportés par les acteurs économiques sont plus importants que les bénéfices escomptés de ne pas honorer ces attentes issues d'un droit précédent. Ainsi, la règle de raison comprend une logique d'efficacité économique. Plus particulièrement, le critère du caractère raisonnable, inhérent au principe de confiance légitime, fait référence à l'optimum social où le coût marginal de l'insécurité juridique, en dénigrant les attentes privées, est égal au bénéfice marginal du changement juridique. Ainsi, une approche modérée et pragmatique du principe de sécurité juridique semble être la stratégie judiciaire la plus directe pour adopter une analyse économique de ce principe en

491 C-152/88 (1990) *Sofrimport SARL v. Commission of the European Communities*, I-02477.

492 C-152/88 (1990) *Sofrimport SARL v. Commission of the European Communities*, I-02477 §26-28.

493 C-152/88 (1990) *Sofrimport SARL v. Commission of the European Communities*, I-02477 §29-32.

494 C-289/81 (1983) *Vassilis Mavridis v. European Parliament*, 1731, §21.

termes d'efficacité économique. Il sera démontré, dans le développement qui suit, que l'interprétation jurisprudentielle qui est donnée du principe de sécurité juridique correspond, à la lumière de notre analyse économique décrite plus haut, à cette logique d'efficacité par le recours au caractère raisonnable des attentes compensées.

Les attentes qui sont recherchées être compensées par les requérants sont celles portées par un individu raisonnable, et plus précisément par « un opérateur économique prudent et avisé », revendiquant des « espérances fondées »⁴⁹⁵. Cette personne prudente et avisée qui, à bon droit, se prétend d'attentes frustrées dès lors que celles-ci sont basées sur « la bonne foi subjective et la diligence objective » (Calmes 2001 : 379). La mauvaise foi du requérant pour sa demande d'octroi de dommages et intérêts, sur le fondement de la violation du principe de confiance légitime, ne saurait être acceptée lorsque ce requérant a interprété de façon erronée et avec peu de précautions une loi valide.⁴⁹⁶

La notion de légitimité dans la confiance légitime n'est pas nécessairement équivalente à la notion de légalité de ces attentes. Elle est plus large que la simple légalité. En effet, une situation illégale, tolérée par une institution pour une certaine période, crée des attentes légitimes pour les individus. La conduite de l'administration, qui se trouve être illégale au regard d'une mesure européenne légale, peut conduire à l'octroi d'une compensation du fait de la confiance légitime qui a pu être créée aux yeux des administrés. Aussi, la carence de la Commission Européenne, suivie par la pratique continue des Etats Membres, de faire respecter une mesure européenne, ne peut pas conduire à la formation d'une confiance légitime. L'Etat Membre, ainsi que les particuliers, ne peuvent pas s'en remettre à cette défaillance pour avancer qu'il était imprévisible qu'une mise en

495 C-265/85 (1987) *Van der Bergh en jurgens*, 1169 §44 ; C-350/88 (1990) *Delacre and others v. Commission*, I-395 ; C-78/77 (1978) *Luehrs v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, 169 §6.

496 Affaires jointes T-34 et 67/89 (1990) *Costacurta v. Commission*, 106 §40.

conformité survenue dès lors que la Commission Européenne n'avait jamais exprimé un changement de position vis-à-vis de cette mesure⁴⁹⁷. La Commission Européenne, ou toute administration, n'est ainsi pas empêchée de garantir l'application du droit ou de changer le droit dans les limites de sa marge d'appréciation⁴⁹⁸. La Cour a ainsi continuellement jugé que le fait, pour un requérant, d'invoquer avec succès la confiance légitime à l'égard d'une non application du droit européen, peut seulement très exceptionnellement être accordée⁴⁹⁹ :

« [C]e n'est qu'à titre exceptionnel que la Cour peut, par application d'un principe général de sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique communautaire, 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 [...] En effet, la Cour n'a eu recours à cette solution que dans des circonstances bien précises, lorsqu'il existait un risque de répercussions économiques graves dues en particulier au nombre élevé de rapports juridiques constitués de bonne foi sur la base de la réglementation considérée comme étant valablement en vigueur, et qu'il apparaissait que les particuliers et les autorités nationales avaient été incités à un comportement non conforme à la réglementation communautaire en raison d'une incertitude objective et importante quant à la portée des dispositions communautaires, incertitude à laquelle avaient éventuellement contribué les comportements mêmes adoptés par d'autres États membres ou par la Commission ».⁵⁰⁰

Ainsi, une pratique administrative ayant clairement été poursuivie, en contradiction avec le droit positif, peut exceptionnellement créer des attentes raisonnables, et ainsi fonder une confiance légitime débouchant sur l'octroi de dommages et intérêts du fait de la violation du principe de

497 C-38/06 (2010) *European Commission v. Portuguese Republic*.

498 Affaires jointes C-189/02 P, 202/02 P, 205/02 P, 208/02 P et 213/02 P (2005) *Dansk Røindustri and others v. Commission of the European Communities*, I-05245; C-315/96 (1998) *Lopez Export GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, I-00317 §27-31.

499 C-239/06 (2009) *European Commission v. Italian Republic*.

500 C-239/06 (2009) *European Commission v. Italian Republic* §57-58.

sécurité juridique. Les conditions pour le succès d'une telle action sont que les coûts de dépendance économiques (« *reliance costs* »), associés avec la pratique administrative, soient très importants pour les opérateurs économiques impliqués (« risque de répercussions économiques graves »), mais conduiraient ainsi à des pertes économiques pures si la requête venait à être rejetée. Aussi, cette pratique généralisée par les administrations de ne pas appliquer le droit positif a pu engendrer des relations juridiques fondées sur la bonne foi.

Par ailleurs, une mesure européenne illégale peut être abrogée – c'est-à-dire rétroactivement annulée – seulement durant une durée raisonnable après son adoption, sans quoi seule une modification ou une annulation pour le futur est tolérée⁵⁰¹. Également, les attentes raisonnables peuvent exceptionnellement conduire la CJUE à déclarer qu'une mesure européenne, incompatible avec les traités, crée néanmoins des attentes raisonnables pour les individus⁵⁰². Ce raisonnement judiciaire est à opposer avec la position de la Cour concernant les mesures nationales où les juges européens considèrent que lorsque celles-ci sont incompatibles avec le droit européen, elles ne peuvent pas créer d'attentes raisonnables⁵⁰³. Dès lors, le principe de sécurité juridique est mis en balance avec le principe de primauté du droit européen, au détriment des attentes raisonnables créées du fait de mesures illégales. Par conséquent, le principe de confiance légitime est interprété avec beaucoup de pragmatisme et avec une approche casuistique :

501 C-15/85 (1987) *Consorzio Cooperative d'Abruzzo c/ Commission*.

502 Voir *Arnulf* (1990 : 246-247) déclarant que « *it is clear that acts adopted by the Community legislature cannot in principle derogate from the rights conferred on individuals by provisions of the Treaty. Such acts may, however, create legitimate expectation among those affected that certain conduct is lawful, even though it later turns out to be contrary to the Treaty. In these circumstances, the Court may decide that the principle of legal certainty requires the strict application of the Treaty to be mitigated, for example by the use of the prospective ruling* ».

503 C-83/99 (2001) *Commission v. Spain*, I-445 §24 ; C-316/86 (1988) *Krucken*, 2213 §23.

« L'existence d'attentes légitimes dignes de protection ne peut être constatée qu'en référence à chaque cas d'espèce, compte tenu des circonstances qui caractérisent objectivement la situation dans le cadre de laquelle les entreprises agissent. En effet, par sa nature même, ce principe ne se prête pas à une application automatique qui, susceptible de conduire à des généralisations indues, ne serait conforme, ni à sa fonction spécifique d'équité, ni à des nécessités fonctionnelles de la réglementation communautaire de l'économie⁵⁰⁴ ».

Cette approche casuistique, illustrée par le fait que la Cour recherche la nature de cet opérateur économique « prudent et avisé », invoquant le principe de confiance légitime, met en balance plus ou moins explicitement les coûts supportés par la dépendance économique au droit, avec l'importance de l'intérêt public recherché par l'administration, pour l'adoption de la nouvelle règle juridique. Cette approche *in concreto* entreprise par la CJUE révèle sa volonté de mettre en balance les coûts et les bénéfices générés par la production et la flexibilité dans le droit⁵⁰⁵. La référence, répétée par la Cour à l'opérateur économique « prudent et avisé », force les acteurs économiques à adapter leurs comportements afin qu'une dépendance optimale de ceux-ci, envers les relations juridiques, soit atteinte. Cette dépendance optimale est, d'un point de vue juridique, contenue dans la notion même de « légitimité » du principe de confiance légitime, comme il a été démontré. Ainsi, ces opérateurs économiques tendent vers la minimisation des coûts de régulation et des coûts de dépendance. De telles restrictions dans l'action de l'administration, ainsi qu'un niveau optimal d'investissements dans le droit par les opérateurs économiques, conduisent à promouvoir l'efficacité économique d'un point de vue dynamique. En d'autres termes, le principe de confiance légitime, tel qu'interprété par les juges européens, accroît l'efficacité économique.

504 Conclusions de l'Avocat Général Trabucchi pour (1975) *Deuka*, 759.

505 Conclusions de l'Avocat Général Cosmas pour (2000) *France v. Ladbroke Racing Ltd and Commission of the European Communities*, I-3271 §89.

4. Conclusion

Salviejo (2003 : 229) considère que l'interprétation jurisprudentielle par la Cour du principe de sécurité juridique est caractérisée par « une forme d'imprévisibilité ou plutôt par une sorte de désordre « logique » », et peut même être « aléatoire ». Cette conclusion sévère est à la fois excessive et non prouvée car nous avons démontré, bien au contraire, qu'une logique d'efficacité inspire l'essence et la pratique du principe européen de sécurité juridique.

Au-delà de possibles critiques sur les fondements du principe européen de sécurité juridique, ce principe peut être loué pour sa protection inhérente de l'Etat de droit mais également, avec notre analyse, pour sa promotion de l'efficacité économique. En cela, notre approche s'apparente davantage à ce que Tridimas (2006 : 242) affirme lorsque celui-ci dit que « *legal certainty may thus be seen as contributing to the production of economically consistent results* ».

Titre II/ La Mise en Œuvre du Principe d'Efficiency Economique : Des Règles Juridiques Irriguées par le Principe d'Efficiency Economique

« Summum ius, summum injuria » (Justice extrême est extrême injustice)

Terence, environ - 100 av. JC.

Annonce des deux Chapitres : Après avoir entrepris de déchiffrer la portée économique des principes généraux du droit européen comme élaborés par la jurisprudence européenne, nous raffinons notre analyse au niveau, non plus des principes juridiques, mais des règles juridiques. En effet, il ne s'agira désormais plus de principes généraux mais des règles juridiques particulières présentes dans des litiges particuliers. Ainsi, nous démontrerons que l'essence même de ces règles juridiques est de manifester une certaine évolution en faveur de davantage d'efficacité économique, soit dans la logique de ce que nous appellerons efficacité transactionnelle (Chapitre I), ou la minimisation des

coûts de transactions, soit dans la logique de ce que nous appellerons efficacité régulatrice (Chapitre II), ou l'imposition de réglementations pour maximiser l'efficacité du marché.

Chapitre I/ Efficience Transactionnelle dans la Jurisprudence Européenne

1. Introduction

L'efficience économique est communément comprise comme l'axiome de politique économique conduisant à la minimisation du coût social. Ce coût social est principalement constitué des coûts de transactions (où coûts induits par la volonté d'échanges ou par la réalisation d'échanges). Parmi les origines des coûts de transactions créés, les coûts de nature réglementaire engendrés par l'Etat sont les plus visibles et les plus « minimisables ». Parce que la recherche d'une efficience économique passe, notamment, par la facilitation des échanges en minimisant les coûts transactionnels, cette perspective particulière de l'efficience économique sera appelée « efficience transactionnelle ».

Cette efficience transactionnelle, versant de l'efficience économique se rapprochant de la notion de Scharpf d' « intégration négative », est promue par la Cour par le biais des libertés de circulation. Il sera démontré dans ce chapitre que, non seulement, l'efficience transactionnelle est la véritable logique sous-jacente aux contentieux attendant aux libertés de circulation (I), mais surtout que cette promotion de l'efficience transactionnelle s'est faite de façon évolutionnaire par une exigence toujours plus élevée d'efficience transactionnelle des règles juridiques. Cette exigence se traduit par un renforcement du contrôle juridictionnel exercé par les juges européens à

l'encontre des règles juridiques soumises à leur prétoire. Ce renforcement consiste en un rétrécissement de leur analyse, s'éloignant progressivement d'une analyse *in abstracto* des règles juridiques où l'efficacité transactionnelle ne restait que grossière et pouvait supporter encore certains coûts d'efficacité (II), en faveur d'une analyse davantage *in concreto* où l'approche casuistique suggère une efficacité transactionnelle certaine, ne supportant que très rarement les coûts d'efficacité engendrés par lesdites règles juridiques (III).

a. Efficacité et union douanière : une efficacité ambiguë

i) Inefficacité et protectionnisme

L'ouverture d'une économie aux échanges internationaux est bénéfique à la fois pour cette économie et pour ses partenaires commerciaux comme le suggèrent la tradition économique formée par les modèles, plus ou moins formels, d'Adam Smith, de David Ricardo et des économistes Heckscher-Olin-Samuelson. Ces auteurs affirment en substance que :

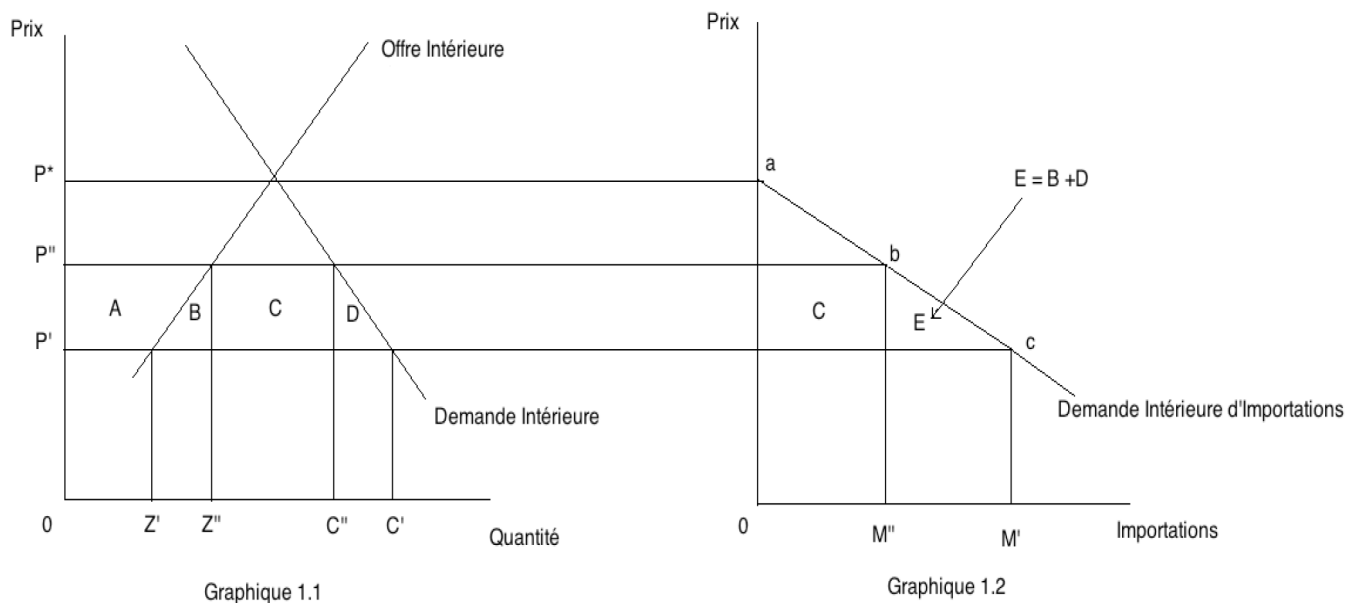
1. l'échange international est plus bénéfique que le protectionnisme car chaque pays gagne à se spécialiser dans le domaine de production pour lequel il est, de façon absolue, le plus performant (les avantages absolus selon Smith)
2. l'échange international est plus bénéfique que le protectionnisme car chaque pays gagne à se spécialiser dans le domaine de production pour lequel il offre un rapport qualité-prix meilleur comparativement aux prix de ses partenaires commerciaux (les avantages comparatifs selon Ricardo)
3. l'échange international est plus bénéfique que le protectionnisme car chaque pays gagne à se spécialiser dans les facteurs de production les plus abondants

comparativement à ceux de ses partenaires commerciaux (la proportion des facteurs de production selon Hechscher-Olin-Samuelson)⁵⁰⁶.

Malgré les limites inhérentes à ces modèles, ceux-ci constituent des arguments essentiels dans la démonstration de l'inefficience de tout protectionnisme. Néanmoins, il convient dès à présent de préciser plus spécifiquement l'inefficience qui est engendrée par le protectionnisme. Ainsi, les coûts d'efficience seront représentés ci-dessous graphiquement avant d'appréhender les limites à la réduction du protectionnisme dans le cadre d'une union douanière.

Le protectionnisme crée des coûts d'efficience en cela que les consommateurs locaux perdent en pouvoir d'achat et les entreprises locales bénéficient de « rentes » commerciales leur permettant d'être moins innovantes et compétitives que dans l'hypothèse où elles seraient mises en concurrence avec les entreprises étrangères. Un modèle économique simplifié permet de rendre compte de ces coûts d'efficience qui sont engendrés par le protectionnisme, à la fois d'un point de vue statique (augmentation de prix et/ou baisse de la qualité des produits) et d'un point de vue dynamique (protection incitant à un investissement moindre dans l'innovation). Ainsi, le graphique 1.1 représente les courbes d'offre et de demande intérieures d'un pays en question.

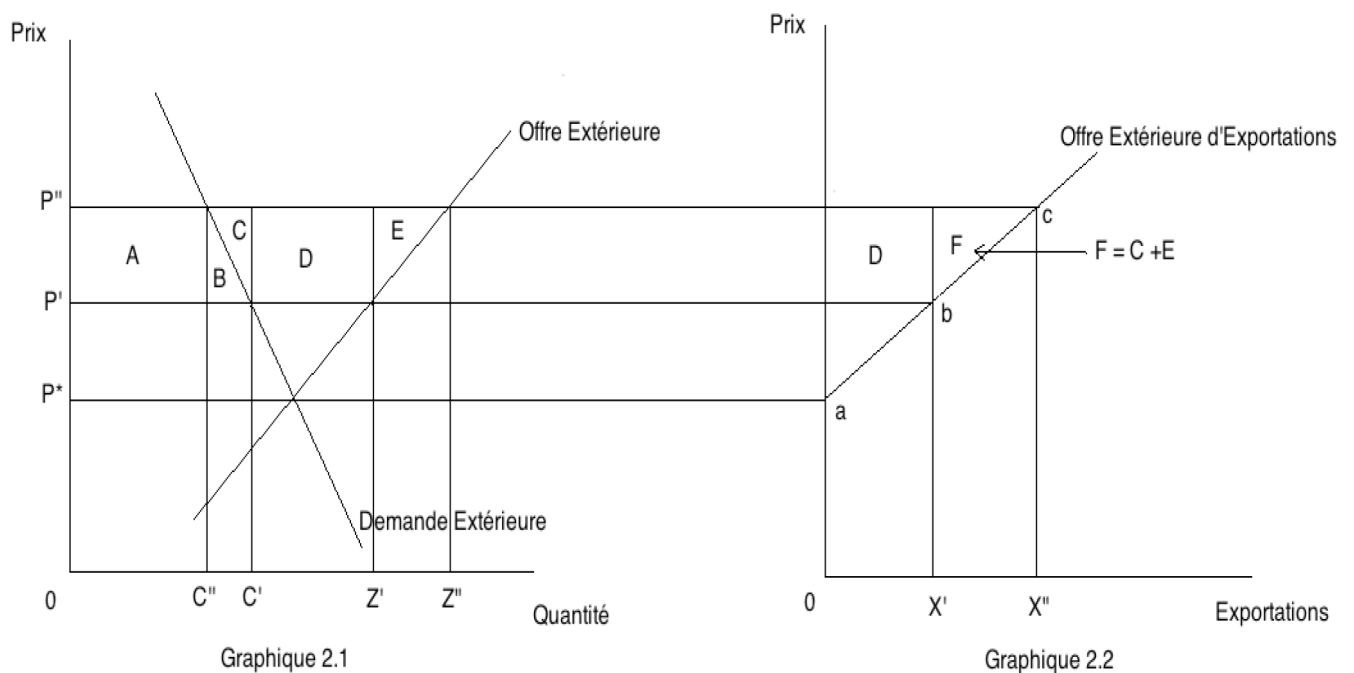
506 Le petit ouvrage de Bhagwati (1988) constitue l'un des meilleurs exposés des effets du protectionnisme au niveau international. Voir également Finger (1982) ; Hufbauer et Schott (1985) ; Kindleberger (1983) et Kemp (1966).



Lorsque, dans une situation théorique, il n'y a pas d'importations de produits, le marché intérieur s'équilibre au point P^* dans la graphique 1.1 car ce point correspond au point de rencontre entre la disposition des consommateurs à acheter le produit et la disposition des producteurs à vendre ce produit. Ainsi, cet équilibre du marché intérieur conduit à ce que les importations soient nulles : c'est pourquoi au point P^* , correspond le point a du graphique 1.2 où les importations sont de zéro. Dès lors que l'économie s'ouvre aux produits de pays tiers, que l'on suppose être moins chers, les consommateurs vont préférer ces produits étrangers à moindre coût, soit P' . A ce prix-là, non seulement la demande intérieure s'accroît (C'), mais la production intérieure décroît au point Z' , d'où la nécessité de compenser ce différentiel par le recours aux importations qui atteignent, ainsi, le point M' (car $0/M' = 0/C' - 0/Z'$). De la même sorte, pour le prix P'' correspondent les importations de niveau M'' , une demande intérieure et une offre intérieure s'établissant à C'' et Z'' respectivement. Ainsi, nous obtenons la trajectoire de la demande intérieure d'importations sur le graphique 1.2. Cette courbe révèle les bénéfices associés aux importations : plus les importations augmentent, plus les prix pour les consommateurs baissent.

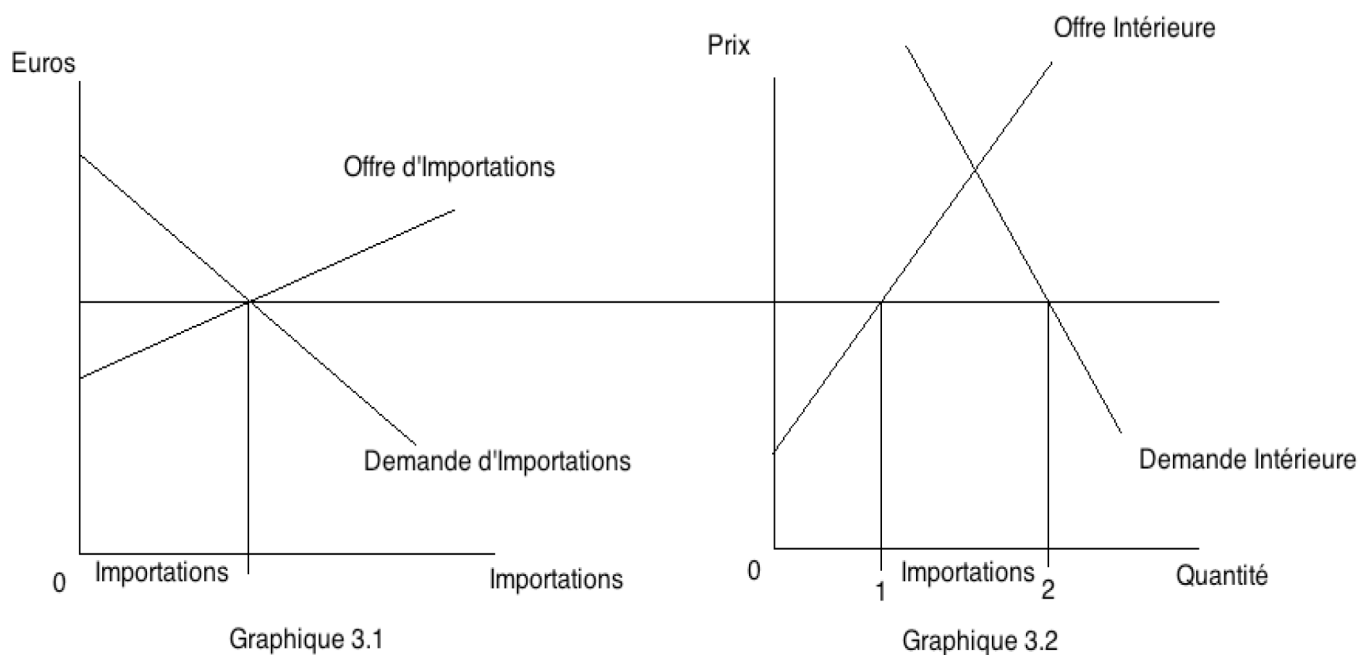
Ainsi, une augmentation des prix du fait de la diminution des importations réduit le surplus des consommateurs des zones correspondantes à $A + B + C + D$ tandis que le surplus des producteurs s'accroît de la zone A . Ainsi, le pays connaît une perte sèche équivalente à la zone $B + C + D$, une zone reproduite dans le graphique 1.2 par $C + E$.

A cette paire de graphiques exposée ci-dessus, permettant de déduire la demande intérieure d'importations, les graphiques 2.1 et 2.2 ci-dessous permettent de révéler selon la même logique la demande extérieure d'exportations. Cette demande extérieure d'exportations est croissante et elle est inversement proportionnée à la demande intérieure d'importations :



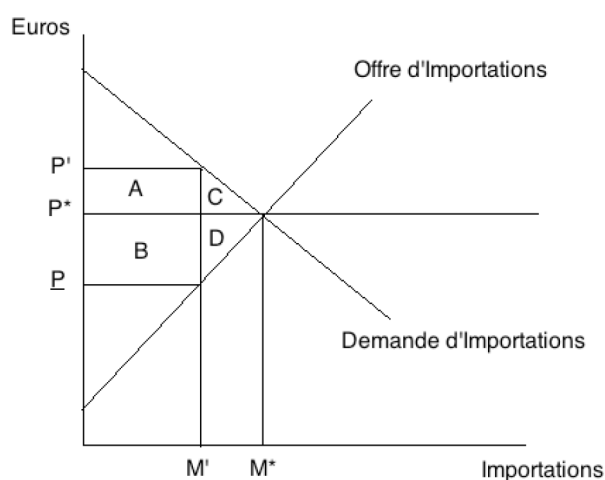
Par conséquent, l'offre extérieure d'exportations du graphique 2.2 correspond à la demande intérieure d'importations du graphique 1.2. Du fait d'exportations croissantes, une augmentation de prix de P' à P'' conduit à une diminution du surplus des consommateurs ($A + B$) dans le pays

exportateur, tandis que les producteurs exportateurs accroissent leur surplus par la zone $A + B + C + D + E$ représentée dans le graphique 2.1. Le gain net pour le pays exportateur correspond à $C + D + E$ représentée dans le graphique 2.2. Les graphiques 2.2 et 1.2 peuvent, par conséquent, être combinés afin de donner un équilibre de l'offre et de la demande des importations. Ainsi, les importations permettent un niveau d'importations qui soit équivalent à l'écart 1 - 2.



Il peut aisément être déduit que toutes barrières tarifaires, ou mesures à effets protectionnistes, seraient de nature à augmenter les prix à l'importation et en réduire ainsi le volume. Ainsi, la courbe de l'offre d'importations se déplacerait vers la gauche, créant ainsi une perte sèche car certaines demandes d'importations ne seraient plus pourvues. En effet, l'optimum ne serait plus atteint car le nouvel équilibre trouvé avec toute mesure protectionniste ne pourra être que sous-optimal en raison de la réduction de la taille des surplus (représentés par le triangle de gauche du graphique 3.1) des « consommateurs » et des « producteurs » d'importations.

Les mesures à effets protectionnistes (barrières tarifaires ou réglementations à effets équivalents) ont ainsi pour conséquences d'augmenter les prix intérieurs et de diminuer les importations, mais également d'accroître la production locale même si la consommation locale faiblit du fait de prix plus élevés. En termes d'efficacité économique, le point de vue général conduit à conclure à l'inefficacité de toute mesure protectionniste, en cela que les coûts créés par celle-ci sont plus importants que les bénéfices que ces mesures octroient. En effet, les mesures protectionnistes sont toujours inefficaces d'un point de vue général, comprenant le pays importateur et le pays exportateur. En revanche, les mesures protectionnistes sont souvent inefficaces pour le pays importateur selon les inclinaisons des courbes de l'offre et de la demande ainsi que l'ampleur du protectionnisme de la mesure. Cette inefficacité absolue du protectionnisme du point de vue de l'économie internationale, et cette inefficacité relative du protectionnisme du point de vue de l'économie nationale, seront simplement démontrées par le graphique ci-dessous qui précise le graphique 3.1 :



Graphique 5

Concernant l'efficacité du point de vue du pays étranger exportateur, les coûts d'efficacité sont constitués des coûts de B (représentant les pertes dues aux prix moindres des producteurs locaux de P^* à \underline{P}) et des coûts de D (représentant la diminution du volume des ventes des exportations étrangères de M^* à M'). Ainsi, l'efficacité économique du point de vue international équivaut à $-B - D$.

Concernant l'efficacité du point de vue du pays importateur, les coûts d'efficacité sont constitués des coûts de A (représentant les pertes pour les consommateurs locaux liées à l'augmentation des prix de P^* à P') et des coûts de C (représentant la diminution du volume de la demande de M^* à M'). Concernant les gains pour le gouvernement adoptant les mesures protectionnistes, les recettes fiscales équivalent à $A + B$. Ainsi, l'efficacité économique du point de vue national (comprenant les pertes privées et les bénéfices fiscaux) équivaut à $(A + B) - (A + C)$.

L'efficacité économique d'un point de vue général recouvre, à la fois, le point de vue du pays importateur, le point de vue du pays exportateur, et celui du gouvernement recouvrant les recettes fiscales. Parce que le point de vue national (pertes privées et recettes fiscales du gouvernement) équivaut à $B - C$, et parce que le point de vue étranger équivaut à $-B - D$, alors le résultat général équivaut à $B - C - B - D$. Par conséquent, l'efficacité économique du protectionnisme d'un point de vue général est toujours négative car équivalente à $-C - D$.

Il vient d'être démontré par un modèle basique que le protectionnisme crée des pertes d'efficacité dans les échanges internationaux et régionaux⁵⁰⁷. Cependant, si ces pertes d'efficacité sont certaines et absolues dans la situation de deux pays ouvrant leurs échanges réciproquement, ces pertes d'efficacité ne sont pas nécessairement évitées dans le cadre de la formation d'union régionale libre-échangiste. Cette nuance est généralement connue sous le nom d'« ambiguïté de

507 Voir Bouët (1998) ; Guillochon (2001) ; Mersselin (2002) pour une analyse chiffrée des pertes sèches du protectionnisme européen à l'égard des pays tiers.

Viner ». C'est cette « ambigüité » que nous étudions à présent, avant de conclure à la nécessaire réduction des coûts de transactions aux échanges par l'oeuvre jurisprudentielle.

ii) L'efficiencia ambigüe des échanges discriminatoires

L'Union Européenne est fondée sur le principe d'une union douanière entre ses Etats Membres⁵⁰⁸. Cette union douanière équivaut à une libéralisation discriminatoire car l'ouverture des échanges intra-communautaires se fait sur la base de traitements préférentiels, en faveur des pays membres de la zone et en défaveur des pays tiers non membres de cette zone. Dès lors, des échanges discriminatoires prennent place car certains biens et services sont avantagés tandis que d'autres souffrent de barrières tarifaires. Ainsi, les importations et exportations ne sont plus seulement le fruit d'avantages comparatifs en termes de prix et de qualité, mais deviennent sujets d'une politique commerciale produisant des distorsions des échanges commerciaux, par rapport à la situation dans laquelle aucune discrimination commerciale ne serait adoptée. Par conséquent, l'efficiencia transactionnelle, si elle est améliorée dans le cadre d'une ouverture discriminatoire des échanges, n'en demeure pas moins non maximisée. Cette efficiencia mitigée des échanges discriminatoires est très bien résumée par Jacob Viner dès 1950 dans son article fondateur, *The Customs Union Issue* (Viner, 1950).

508 Voir Articles 28 à 33 du TFUE. Notamment, l'Article 28 dispose que : « L'Union 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 ».

D'une part, les accords régionaux d'union douanière permettent d'accroître les gains dérivés de l'échange, et donc vont dans le sens d'une efficacité économique par la minimisation des coûts de transactions aux échanges internationaux. En effet, le premier effet de l'union douanière est celui de la création d'échanges (*trade creation*) et poursuit un objectif d'efficacité économique. Cette conséquence est intuitive car elle se déduit des conséquences positives décrites plus haut concernant la simple levée de barrières protectionnistes entre deux pays afin que ceux-ci jouissent des avantages respectifs que le libre-échange leur offre. L'accord régional d'union douanière est avant tout une institutionnalisation du libre-échange entre les pays prenant part à cet accord, et par conséquent cet accord régional contribue à accroître l'efficacité transactionnelle entre ces pays membres. Ainsi, la création d'échanges au sein de l'UE a été spectaculaire car les exportations intra-communautaires sont passées de 36% en 1958 à 62% en 2002 des exportations nationales.

D'autre part, les accords régionaux d'union douanière détournent certains gains dérivés de l'échange des pays tiers à cette zone, en faveur des pays membres de l'union douanière, et donc vont dans le sens d'une réduction de l'efficacité économique car certains biens et services des pays tiers sont discriminés alors même que la compétitivité de ces biens et services feraient supporter un coût moindre aux consommateurs locaux. En effet, le second effet de l'union douanière est celui du détournement des échanges (*trade diversion*) et contredit un objectif d'efficacité économique. Imaginons que la France protège sa production de tomates. Le prix mondial est de 3 euros alors que le prix intérieur est de 6 euros. Pour protéger ses producteurs, la France applique un tarif douanier de 100%, c'est-à-dire de 3 euros. Supposons que la France et l'Espagne décident de former une Union douanière. Les tomates espagnoles sont moins chères que les tomates françaises: 4 au lieu de 6 euros. L'union douanière permet aux consommateurs d'obtenir des tomates à moindre prix et ainsi d'augmenter leur consommation. Les producteurs français non compétitifs disparaissent mais les consommateurs gagnent plus que ce que les producteurs

perdent. Les producteurs non compétitifs se reconvertissent. Les producteurs français vendent alors à l'Espagne un bien ou service que celle-ci s'offre par l'accroissement des exportations de tomates vers la France, et inversement pour la France qui s'offre l'accroissement des importations de tomates par les rentes économiques dérivés de davantage d'exportations du nouveau produit. L'union douanière baisse les prix des tomates et accroît la demande de tomates en France, et les deux pays se spécialisent dans leurs productions respectives. Mais ce gain doit être confronté à une perte. L'économie française s'approvisionnait avant son protectionnisme et avant l'union douanière au prix mondial de 3 euros. Elle se procure maintenant ses tomates au prix de 4 euros. Elle renonce donc à s'approvisionner auprès des producteurs les plus compétitifs. Par un détournement des échanges des pays les plus compétitifs vers les pays moins compétitifs, l'union douanière contribue à diminuer la prospérité de l'économie française.

Dès lors, quel est l'effet net d'une union douanière en général, et de l'union douanière européenne en particulière, en termes d'efficacité économique ? Autrement dit, les bénéfices de l'accroissement de l'efficacité par l'effet de création d'échanges sont-ils plus importants que les coûts issus de l'effet de détournement des échanges ? La réponse tient à différents facteurs, d'où l'ambiguïté mise en exergue par Viner quant aux effets économiques des unions douanières. Plus les membres de l'union douanière sont géographiquement proches, plus ils sont à des niveaux de développements économiques proches, plus le second effet de l'union douanière qu'est le détournement des échanges sera minimisé. En cela, l'union douanière au sein des pays européens semble aller dans le sens d'une telle minimisation des effets nocifs de détournements des échanges. Autrement dit, si l'union douanière n'est pas « Pareto-éfficente » (car des distorsions au commerce sont créées, donc certains acteurs perdent aux changements effectués), l'union douanière peut être dite « Kaldor-Hicks efficace » (les consommateurs locaux y perdent car les prix de l'union douanière restent supérieurs à ceux du reste du monde, mais les économies intégrées y gagnent de façon générale si les différents facteurs énumérés ci-dessus sont réunis).

b. La minimisation graduelle des coûts d'efficience

Que ce soit par des barrières tarifaires ou par des barrières réglementaires ayant des effets protectionnistes, l'efficience n'est aucunement maximisée car une perte sèche est supportée par le pays importateur équivalente à la zone $C + D$ du Graphique 5. Par conséquent, non seulement un accord politique réduisant les barrières tarifaires est souhaitable (ce qui a été mis en place par les décideurs nationaux par le programme de réalisation d'une union douanière dans la phase 1958-1968), mais surtout il est nécessaire qu'une sorte d'activisme jurisprudentiel, à l'échelon supranational, se manifeste afin de réduire les barrières réglementaires ayant les mêmes conséquences protectionnistes et induisant des pertes sèches pour les économies locales. En effet, le coût d'efficience des mesures non tarifaires est estimé varier entre une perte de 2,5% jusqu'à 6,5% du PIB de l'UE (Emerson *et al.* 1988).

La stratégie du Marché Intérieur fût lancée à la suite du Rapport Cecchini dit « Rapport sur les coûts de la non-Europe » de 1988 prévoyant qu'après la suppression des entraves tarifaires entre les Etats membres, la réduction (voire la suppression) des entraves réglementaires et fiscales au sein d'un Marché Intérieur serait de nature à conduire à des gains d'efficience susceptibles d'accroître le PIB européen de l'ordre de 4,5 à 7% à l'horizon 1992. Le Rapport Cecchini estime que le taux de croissance ne peut augmenter sur le long terme que s'il y a des innovations technologiques nombreuses : le Rapport considère que seul le niveau du PIB européen s'accroîtra et non pas le taux de croissance de ce PIB. Or, parce que le Rapport Cecchini est exagérément prudent sur les bienfaits économiques de la suppression de ces entraves, du fait de l'exclusion

d'innovations technologiques suffisamment nombreuses pour impacter le taux de croissance⁵⁰⁹, la nouvelle théorie de la croissance, affirmant que tout accroissement du taux d'investissement est de nature à augmenter le taux de croissance, propose des perspectives plus optimistes pour la réalisation du Marché Intérieur. Ainsi, Baldwin considérait que le PIB européen pourrait s'accroître de 11 à 35% à l'horizon 1992⁵¹⁰. Malgré ces prédictions optimistes, la réalisation du Marché Intérieur par les libertés de circulation ne fût que relative par rapport aux politiques nationales et a donc permis d'accroître, en 10 ans, le PIB européen de seulement 1,8% selon le rapport de la Commission Européenne de 2003 « *The Internal Market - Ten Years Without Frontiers* ».

Par conséquent, il est vrai que les barrières aux frontières et le coût de réglementations nationales ont, en effet, été estimées pour la mise en place du programme de Marché Unique pour 1992. Ensuite, il est communément admis que ces chiffres sont des sous-estimations car ils ne prennent pas en compte des bénéfices difficilement chiffrables, d'un point de vue dynamique, tels que l'innovation et la mise sur le marché de nouveaux produits et services (Jovanovic 2005 : 496).

Il apparaît implicitement que la Cour aura été un acteur institutionnel crucial dans la réduction des coûts d'efficience après la réalisation de l'union douanière. Le moteur, non pas de ce concept vague qu'est l'« intégration », mais de la promotion de l'efficience économique au sein de l'union douanière, avant et après l'établissement du « Marché Unique », sera principalement la Cour de Justice de l'Union Européenne. Si les hommes politiques et les législateurs parlent «intégration», nous démontrerons que seule la Cour recherchera plus ou moins implicitement la promotion de l'efficience économique, notion économique plus précise dans ses exigences mais plus imprécise dans la désignation de ses bénéficiaires que l'« intégration ». Une fois l'union

509 Les barrières réglementaires au commerce intra-européen impacte la productivité et donc l'efficience productive (Del Gatto, Mion, Ottaviano 2007).

510 Voir *The Economist*, 18 Novembre 1989.

douanière réalisée en juillet 1968, la CJUE incarnera cet activisme jurisprudentiel, encore qu'il ne s'affirme que de manière graduelle. Cette évolution jurisprudentielle est fondamentale à deux égards. D'une part, l'approche évolutionnaire adoptée permet de mieux comprendre l'attitude du juge européen, qui a été de rechercher de façon toujours plus poussée ces coûts d'efficacité qui pourraient perdurer au cours de la construction européenne. D'autre part, cette évolution jurisprudentielle suit une logique économique, en cela que la position d'un juge sera de plus en plus identique à celle que l'analyse économique pourrait prescrire. Cette analyse économique recouvre essentiellement une indifférence, quant à la terminologie et aux subtilités juridiques, pour se focaliser sur les conséquences en termes d'efficacité des différentes règles juridiques examinées. De cette indifférence s'ensuit un contrôle économique poussé, ainsi qu'une relative unification des domaines du droit, à l'aune de la promotion de ce que nous appelons l'«efficacité transactionnelle».

Tout détournement d'échanges ne saurait être évité en raison de l'existence même de la discrimination inhérente à toute union douanière. Par conséquent, quand bien même le phénomène de détournement des échanges, entre l'union douanière européenne et les pays tiers, reste limité grâce aux facteurs favorables qui se retrouvent en Europe, il n'en reste pas moins que le juge européen peut être un acteur institutionnel décisif pour contrebalancer la nocivité d'échanges discriminatoires, entre pays membres de l'union douanière et les pays tiers. Ainsi, à la discrimination commerciale institutionnalisée, à l'égard des partenaires commerciaux extérieurs, s'est opposée l'interdiction de toute discrimination commerciale à l'égard des partenaires intra-communautaires. Ce sera la thèse que nous formulerons ci-dessous d'une non-discrimination juridique inversement proportionnée à la discrimination commerciale.

En effet, il sera affirmé, dans un premier temps, que le critère adopté par la jurisprudence européenne d'interdiction des discriminations repose sur une logique d'efficacité : le juge entend faire révéler au marché le fournisseur le plus compétitif au sein de l'union douanière, afin que ce prix « intérieur » soit le plus proche possible du prix mondial qui pourrait être accessible aux

consommateurs locaux. Le prix mondial étant le prix minimisant les coûts pour les consommateurs et maximisant les gains de l'échange, l'efficacité économique est maximisée par l'accessibilité aux prix mondiaux, une accessibilité facilitée par le juge européen par son oeuvre jurisprudentielle comme nous le démontrons à présent (2). Dans un second temps, nous avancerons l'idée, selon laquelle, cette efficacité recherchée par le critère de la non-discrimination se révélera aux yeux des juges européens comme insuffisante et insatisfaisante, ce qui les conduira à resserrer les trames de leur tamis judiciaire, un tamis consistant en la recherche d'une efficacité économique toujours plus poussée et détaillée dans les règles jurisprudentielles. Ainsi, au critère de la discrimination qui recherchait de façon imparfaite davantage d'efficacité économique, les juges européens substitueront de façon progressive et évolutionnaire la notion d'« accès au marché », critère plus exigeant en termes d'efficacité économique et unifiant différentes lignes de jurisprudence (3). Ces deux critères participent à l'évolution jurisprudentielle consistant à la promotion toujours plus grande de ce que nous appelons l'« efficacité transactionnelle ».

2. Efficacité transactionnelle des règles juridiques *in abstracto*

Nous venons de le voir, la création d'union douanière est de nature à aller dans le sens de la promotion de l'efficacité économique au sein de l'UE, encore que cette efficacité économique soit toute relative par rapport à une solution idéale de libre-échange dans laquelle seules les créations d'échanges sont produites sans détournement de certains échanges.

Les juges européens se verront confronter à cette situation dont ils héritent et consacrée dans le droit primaire européen (Articles 28 à 37 du TFUE). Les juges européens vont utiliser les libertés de circulation, par le biais initialement du critère de la non-discrimination, dans un sens empreint de conséquentialisme, et plus particulièrement de la recherche d'une promotion toujours plus renforcée et explicite avec le temps d'une efficacité économique. En effet, comme l'affirme à juste titre Snell (2002 : 1), la question que les juges européens se poseront ne sera pas tellement celle de savoir comment appliquer fidèlement le traité (dans une approche littérale ou « originaliste » au sens de la doctrine américaine), mais davantage de promouvoir ces libertés de circulation seulement pour leurs effets accroissant l'efficacité : ces libertés n'ont de sens, aux yeux des juges européens, que par leur utilité de cette promotion de l'efficacité économique. Ainsi, Snell (2002 : 1-2) résume l'approche jurisprudentielle des juges européens à l'égard de ces libertés en ces termes :

« Thus, the question is how to harness the freedoms so that they best contribute to the achievement of these objectives? The issue is not how to maximize the freedoms but how to use the freedoms and their beneficial effects to reach the aims of the EC Treaty. How to bring about the economic efficiencies, ensure proper scope for competition between legal orders and make sure that the freedoms do not paradoxically undermine the objectives set out in Article 2? »

Nous appellerons cette efficacité économique facilitant les transactions par la minimisation des coûts réglementaires attachés à ces transactions, *efficacité transactionnelle*. La doctrine, généralement, comprend la position jurisprudentielle de la Cour à l'égard des libertés de circulation selon deux approches traditionnelles. Soit certains auteurs voient le positionnement de la Cour comme inspiré par une approche fondée seulement sur la non-discrimination, ce que Snell (2002 : 2) appelle l'approche par « l'anti-protectionnisme » ; soit d'autres auteurs considèrent que la Cour va plus loin et entend activement promouvoir la liberté économique par l'abolition de toute

restriction aux transactions, ce que Snell (2002 : 2) appelle l'approche par « la liberté économique ». La dichotomie doctrinale est souvent irréconciliable. Néanmoins, ce caractère irréconciliable est erroné. En effet, l'objet de ce chapitre sera essentiellement de démontrer que la Cour a adopté une approche initialement fondée sur celle de l' « anti-protectionnisme » où le critère de la non-discrimination joua un rôle cardinal, avant de faire évoluer sa jurisprudence, devant l'impuissance de ce critère, à véritablement promouvoir l'efficacité économique recherchée dans le sens d'une jurisprudence dominée par l'approche de la « liberté économique ». Ainsi, la dichotomie jurisprudentielle ne se fonde ni sur une différence de nature ou même de degré, mais bien sur une différence chronologique : l'évolution jurisprudentielle au fil du temps est fondamentale pour comprendre la politique judiciaire menée par la Cour dans ce domaine, et cette évolution ne s'explique que par la volonté subreptice de promouvoir l'efficacité économique, une promotion rendue plus aisée par l'approche par la « liberté économique ».

Afin de démontrer que l'attitude des juges européens, vis-à-vis du critère juridique de la non-discrimination, a progressivement évolué d'une attraction à l'égard de ce critère jusqu'à considérer que celui-ci était devenu obsolète, nous aborderons la jurisprudence initiale des juges européens concernant la non-discrimination (a), avant d'étudier l'insuffisance de la non-discrimination comme critère juridique permettant la promotion de l'efficacité économique des règles jurisprudentielles (b). Ce constat d'insuffisance que feront les juges européens au bout de quelques décennies nous conduira à décrire leur positionnement comme recherchant de façon évolutionnaire ce que nous avons appelé l'*efficacité transactionnelle* (c).

a. Le critère juridique de la non-discrimination : un critère premier nécessaire dans la promotion jurisprudentielle de l'efficience économique

La réalisation d'un ordre concurrentiel⁵¹¹ n'est possible que lorsque les acteurs économiques disposent d'une égale liberté de commerce. L'égalité, face aux opportunités, est indispensable afin que les acteurs économiques se concurrencent vis-à-vis de ressources rares⁵¹², sans quoi l'inégalité ne permettrait jamais de faire émerger le plus méritant, le plus innovant, le plus productif, en un mot, l'acteur économique bénéficiant des fruits d'une concurrence non faussée⁵¹³. Azoulay (2003 : 278) considère que la « vraie construction du marché commun est « jurisprudentielle » » (et non issue des seuls Traités et de l'action des autorités européennes et nationales), et que l'ordre concurrentiel européen, sublimé par cette création jurisprudentielle, entretient des rapports élaborés avec la logique marchande. Ces rapports sont de trois ordres : « le droit communautaire se

511 Sur la notion, voir Pirovano, A. (2001 : 19) où celui-ci définit « l'ordre concurrentiel » comme inhérent au bon fonctionnement de toute économie de marché : « l'économie de marché est avant tout un ordre concurrentiel et les tables de la loi de la concurrence peuvent être regardées comme le « droit constitutionnel » d'un marché transcendant les frontières nationales ». Nous comprenons l'idée d'ordre concurrentiel à la fois comme impliquant un certain nombre de règles juridiques (positives et naturelles) à la manière de Pirovano (la concurrence soumise à un ordre), mais également comme comprenant un second versant caractérisant, à la manière de Hayek, l'ordre concurrentiel comme étant l'ordre spontané des marchés évoluant dans le cadre de ces normes connues de tous (la concurrence est l'ordre) (Hayek 1985 ; 1992).

512 La concurrence est existentielle de l'ordre naturel (espèce humaine et genre animal) car elle est la conséquence inévitable de la rareté des ressources dans la nature. En effet, « il est dans la nature même des êtres humains d'être en concurrence, parce que les biens sont rares et que tous sont concurrents pour l'usage de ces biens » (Salin 1995 : 107).

513 Concernant particulièrement la notion d'égalité évoluant dans le strict cadre de la liberté, voir Kymlicka (2003 : 109-175).

présente tout à la fois commun à un mode de *représentation* du marché commun, un mode de *production* d'un espace concurrentiel, et un mode *d'intégration* sociale » (Azoulai 2003 : 279). Quoiqu'il en soit, l'ordre concurrentiel européen, voulu par les juges européens, s'est concrétisé dans le droit communautaire initialement par le principe dit d'égalité et de non-discrimination.

En cela, l'égalité et son corrélat, la notion la moins restrictive de non-discrimination⁵¹⁴, préservent d'un faussement de l'ordre concurrentiel européen⁵¹⁵. La non-discrimination est ainsi la

514 Concernant la distinction possible entre non-discrimination et égalité de traitement, il est vrai que cette distinction peut aisément se faire sur un plan conceptuel et philosophique, mais également dans l'approche juridique. Voir en cela la thèse de Hernu (2003). Malgré tout, la pratique jurisprudentielle européenne et, il faut l'avouer, le bon sens, font que ces deux notions sont, si ce n'est synonymes, du moins similaires. Ainsi, nous rejoignons Robin-Olivier (2000 : 6) lorsque celle-ci affirme que le droit européen « définit le principe de non-discrimination comme l'exigence, non seulement, de ne pas traiter différemment des situations comparables mais aussi de ne pas traiter de manière identique des situations différentes, c'est-à-dire de la même façon que le principe d'égalité. L'emploi de l'un ou l'autre terme, que nous utiliserons alternativement, n'entraîne donc aucune conséquence juridique. La Cour de justice le confirme lorsqu'elle souligne que « le principe de non-discrimination de l'article 40 du traité CEE, entre producteurs et consommateurs de produits agricoles, n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité ». De plus, le concept d'égalité et le concept de non-discrimination sont synonymes, selon le point de vue de la Cour, car celle-ci les utilise de façon interchangeable. Voir par exemple l'affaire C-810/71 (1980) *Überschär c/ Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, 2747, p.2764.

515 Voir notamment Shockweiler (1991) ; Azoulai (2003 : 284) ; Robin-Olivier (2000 : 33) soulignant la nécessaire égalité entre opérateurs économiques européens comme « instrument de la réalisation du marché commun » ; Dubout (2006 : 201) affirmant à ce sujet que « la libre concurrence ne saurait exister si les participants à la compétition économique ne sont pas placés et traités dans et selon des conditions identiques ». Tridimas (2006 : 60) affirme, ainsi, que l'égalité, ainsi que la non-discrimination, peuvent être dans le contexte européen analysés comme synonymes d'intégration européenne (« *equality as integration (...)* »).

condition nécessaire à la liberté dans toute économie de marché⁵¹⁶ ; la non-discrimination au niveau européen est nécessaire à la liberté si l'on souhaite l'émergence d'une économie européenne de marché. Mais s'il est communément admis que la non-discrimination conduise à la liberté, la non-discrimination induit-elle nécessairement la promotion de l'efficacité économique, notion plus restrictive et entretenant des rapports ambivalents avec le concept de liberté ? Afin de répondre à cette question, toujours d'un point de vue des juges européens, nous analyserons l'élaboration, par ceux-ci, de règles jurisprudentielles tenant à la non-discrimination à la lumière du principe d'efficacité économique.

Nous démontrerons que le critère de la non-discrimination est la condition nécessaire, mais non suffisante, à la promotion de l'efficacité transactionnelle par le juge européen. Bien qu'étant un puissant outil d'intégration commerciale, notamment par l'interprétation extensive faite par le juge européen de ce critère (a), le critère de la non-discrimination n'en reste pas moins insatisfaisant au vu de l'objectif implicite des juges européens qui est la maximisation de l'efficacité transactionnelle (b).

i) Le critère de la non-discrimination : une interprétation extensive des coûts d'efficacité

Le critère de la non-discrimination a, dans un premier temps, fait l'objet d'une interprétation restrictive de la part des juges européens et, avec cette interprétation, une tolérance plus large des coûts d'efficacité transactionnelle.

⁵¹⁶ Le libre commerce revient à définir le marché, lequel étant défini, selon Cournot, par la formule célèbre: « on sait que les économistes entendent par marché, non un lieu déterminé où se consomment les achats et les ventes, mais tout un territoire dont les parties sont unies par des rapports de libre commerce, en sorte que les prix s'y nivellent avec facilité et promptitude ».

Étaient initialement considérées comme « discriminatoires », les mesures qui étaient « distinctement applicables ». En effet, afin d'être considérées comme étant des « mesure[s] d'effets équivalents à une restriction quantitative » au sens de l'article 34 du TFUE, et ainsi de promouvoir la liberté de circulation des marchandises, l'égalité et la non-discrimination devaient être protégées par l'assimilation de toute mesure discriminatoire à une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative⁵¹⁷. Cette interprétation extensive du critère de la non-discrimination viendra avec le très célèbre arrêt *Dassonville*⁵¹⁸. D'aucuns diront que la « formule » de *Dassonville*, qui sera jurisprudence constante, de manière quasi-incontestée pendant des décennies, sera le prononcé de la Cour le plus célèbre depuis sa création⁵¹⁹. Nous discuterons, seulement brièvement, des arrêts fondateurs tels que *Dassonville* ou « *Cassis de Dijon* » car ce n'est pas tellement la position de la Cour à ces époques (respectivement 1974 et 1981) qui nous importent, mais davantage les raisons de ses évolutions jurisprudentielles à partir de ces arrêts fondateurs. La doctrine concernant ces deux arrêts est pléthorique, seule une analyse de la portée et des limites de ces arrêts sera ici entreprise. L'apport de *Dassonville* a été de formuler clairement une définition des mesures susceptibles d'être censurées par le juge européen au titre de l'article 34 du TFUE. Ces mesures sont définies, contrairement à une approche juridique classique selon une distinction entre mesures ouvertement discriminatoires ou non-discriminatoires, mais plutôt conformément à une approche économique (d'où l'interprétation extensive du critère de la non-discrimination). En effet, les effets économiques sont le critère pertinent pour juger de la compatibilité d'une mesure nationale à la lumière des Traités, l'approche conséquentialiste dominante en sciences économiques prime alors

517 En cela, cette position jurisprudentielle initiale est illustrée par Marenco (1984 : 349) affirmant que « la libre circulation des marchandises est, comme les autres libertés, une expression du principe de non-discrimination ; et (...) tel est le fondement de la notion de mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative ».

518 C- 8/74, (1974) *Dassonville*, 837.

519 Weiler (1999 : 353).

pour le juge européen sur l'approche déontologique et formaliste dominante en sciences juridiques. C'est pourquoi la « formule de *Dassonville* » est la suivante :

« Est interdite, toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire⁵²⁰ ».

Ainsi, il n'est pas nécessaire que l'entrave soit concrètement prouvée ni qu'elle soit ouvertement discriminatoire, dès lors qu'il y a une probabilité suffisamment importante pour que cette entrave se matérialise, ou dès lors qu'il y a entrave *de facto*, ladite mesure sera invalidée. Le raisonnement économique fondé, à la fois, sur l'instrumentalisme du critère de la non-discrimination et sur le raisonnement conséquentialiste, irrigue cette formule de *Dassonville*. Cette interprétation extensive de la non-discrimination issue de *Dassonville*, qui n'est d'autre qu'une interprétation davantage économique, ne saurait être analysée indépendamment de l'arrêt « *Cassis de Dijon* », où l'objet de l'arrêt était davantage les entraves pouvant s'ériger par la seule coexistence de deux réglementations nationales (la réglementation de l'Etat membre d'origine et la réglementation de l'Etat membre où est vendu le produit en cause).

La jurisprudence « *Cassis de Dijon* » implique en substance l'obligation, en principe, d'admettre dans tout Etat membre tout produit ayant été légalement commercialisé dans un Etat membre. De plus, cette jurisprudence implique, également, qu'en l'absence d'une réglementation harmonisant le régime juridique du produit en question et si la coexistence de réglementations nationales est de nature à constituer des obstacles aux échanges, la nécessité pour l'Etat membre de destination de reconnaître les réglementations de l'Etat d'origine dans la satisfaction d'« exigences

520 C- 8/74, (1974) *Dassonville*, 837, §5. Voir notamment C-178/86 (1987) *Commission/Allemagne*, 1227, §27; C-265/95 (1997) *Commission/France*, I-6959, §29 ; C-366/04 (2005) *Schwarz*, I-10139, §28) ; C-265/06 (2008) *Commission/Portugal*, §31.

impératives ». Ces exigences impératives sont, notamment, l'efficacité des contrôles fiscaux, la protection de la santé publique, la loyauté des transactions commerciales et la défense des consommateurs⁵²¹, exigences impératives créées par la jurisprudence et s'ajoutant aux dérogations déjà inscrites à l'Article 36 du TFUE. Afin de se prévaloir de la jurisprudence « *Cassis de Dijon* », il est nécessaire que la réglementation en cause soit indistinctement applicable (l'interdiction de toute discrimination reste une exigence de premier rang)⁵²² et que cette réglementation soit strictement nécessaire à l'exigence impérative qu'elle poursuit (la proportionnalité est une exigence juridique européenne applicable à la fois aux mesures européennes et aux mesures nationales)⁵²³.

En réalité, il ne s'agit plus tellement de censurer une réglementation nationale par l'étude des effets de cette seule réglementation. Il s'agit davantage de concevoir le fait qu'une réglementation nationale pouvant échapper à la censure selon la formule de *Dassonville*, dès lors qu'elle est mis en perspective et analysée à la lumière des deux réglementations nationales applicables (Etat membre d'origine et Etat membre où la vente se matérialise), peut constituer une entrave non par *per se* mais par l'accumulation faite d'une double réglementation. En effet, les coûts d'efficacité supportés par le seul fait de l'hétérogénéité des réglementations nationales, auxquelles le producteur doit se conformer, peuvent être représentés comme suit⁵²⁴ :

521 Ces exigences impératives seront reconnues dès l'arrêt « *Cassis de Dijon* », auxquelles s'ajouteront par la suite la protection de la création et de la diversité culturelle dans le domaine du livre (C-95/84 (1986) Borello, 2253) , la protection de l'environnement (C-302/86 (1988) Commission c/ Danemark, 4607), le maintien du pluralisme de la presse (C-368/95 (1997) *Vereignigte Familienpress Zeitungsverlags*, I-3689), la sécurité routière (C-314/98 (2000) Snellers, I-08633).

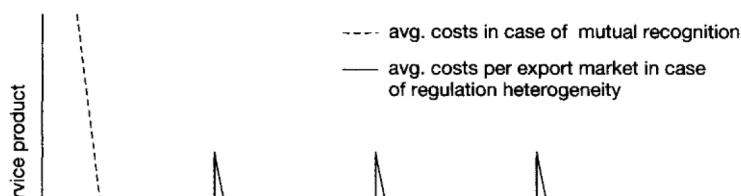
522 C-113/90 (1981) *Commission c/ Irlande*, 1625.

523 C-179/85 (1986) *Commission c/ Allemagne*, 3879.

524 Parce que les économies d'échelle produisent des coûts de production décroissants, en l'absence de « reconnaissance mutuelle », cette efficacité productive ne peut être dégagée du fait de la nécessité de supporter les coûts réglementaires de chacune des réglementations nationales afin de pouvoir exporter dans le marché en question. Ainsi, l'efficacité productive est

production that is destined for other EU markets. It means that the quantitative costs are sunk costs for each national market; they cannot be recovered when market entry is not successful. Figure 1 pictures these effects for a service provider who subsequently enters a number of EU export markets.¹ The implication is that not regulation as such forms a trade barrier, but the fact that regulatory requirements differ by country. It restricts the scope for intra-European economies of scale in complying with regulations.²

Figure 1. Cost effect of regulation heterogeneity in EU internal market (perspective of exporting firm)



Source : Kox et Lejour (2006)

La doctrine a généralement déduit un « principe de reconnaissance mutuelle » de l'affaire « *Cassis de Dijon* ». Mais davantage que la reconnaissance mutuelle qui supposerait que les réglementations nationales se reconnaissent entre elles, à l'instar de la reconnaissance mutuelle des diplômes universitaires (et donc qui impliqueraient une attitude active de la part des autorités nationales), il s'agit de questionner la rationalité économique de l'ajout marginal d'une réglementation pour atteindre l'objectif fixé par cette réglementation (protection des consommateurs, de l'environnement, etc...) dans le cadre de la minimisation des coûts d'efficience. Autrement dit, la question n'est pas celle de savoir si les deux réglementations en cause se reconnaissent mutuellement et ainsi n'entravent pas excessivement le commerce intra-européen, mais de savoir si la seconde réglementation, à laquelle l'opérateur économique doit se conformer,

accrue en reconnaissant mutuellement les réglementations nationale, tandis qu'elle décroît par la seule hétérogénéité et coexistence de réglementations nationales.

se justifie économiquement par la démonstration argumentée que les coûts d'efficacité marginaux qu'elle induit sont inférieurs aux bénéfices marginaux des objectifs que cette réglementation poursuit. Loin d'une consécration textuelle d'un principe de reconnaissance mutuelle en tant que principe général de droit qui se s'est jamais réellement faite dans la jurisprudence européenne, cette analyse marginaliste est celle adoptée par les juges européens et présente dans la jurisprudence *post-« Cassis de Dijon »*.

Par conséquent, la question se pose en termes d'analyse économique marginale davantage qu'en termes de compatibilité juridique. Or, le principe de reconnaissance mutuelle, nous semble-t-il, porte exagérément l'accent sur cette compatibilité juridique (qui n'est que fictive car jamais deux réglementations nationales, adoptées selon des préférences populaires subjectives différentes, ne pourront être strictement identiques). L'apport de « *Cassis de Dijon* » est donc encore de limiter les coûts d'efficacité, non par la « création » d'un principe jurisprudentiel de reconnaissance mutuelle⁵²⁵, mais par la garantie que la réglementation additionnelle, venant s'ajouter à la réglementation de l'Etat membre d'origine, n'est pas de nature, actuellement ou potentiellement, à entraver le commerce intra-européen et aurait des effets discriminatoires prohibés par la formule de *Dassonville*. C'est pourquoi, nous pensons que l'arrêt « *Cassis de Dijon* » ne crée pas véritablement de principe de reconnaissance mutuelle car il s'inscrit dans la lignée de l'interprétation extensive de la formule de *Dassonville* visant à limiter et à contrôler, grâce au critère de la non-discrimination, la création artificielle de coûts d'efficacité sans que les bénéfices actuels ou potentiels n'excèdent ces

525 Si reconnaissance mutuelle il doit y avoir, celle-ci ne saurait être que législative car cela suppose la coordination politique active d'autorités nationales se réunissant pour proclamer et organiser cette compatibilité juridique. En droit international, cela est connu sous la branche du droit qu'est le droit international privé où les traités de taxation organisent cette coordination pour éviter la double taxation (ou double réglementation), tandis qu'en droit européen, cela est connu sous les différentes directives et règlements organisant cette coordination pour éviter les barrières juridiques (reconnaissance mutuelle des diplômes, reconnaissance mutuelle des professions, reconnaissance mutuelle des acquis professionnels, etc...)

coûts. « *Cassis de Dijon* » est, par conséquent, dans la droite ligne de *Dassonville* consistant à s'interroger (et donc pour les juges européens à exiger des justifications) sur les arguments justifiant les coûts d'efficience générés par une réglementation nationale, que ce soit du point de vue des effets discriminatoires *per se* (*Dassonville*) ou de ses effets discriminatoires par accumulation de réglementations (« *Cassis de Dijon* »).

Cette interprétation du socle formé par le duo *Dassonville*-« *Cassis de Dijon* », que l'Avocat Général Bot appelle « la grille d'analyse classique »⁵²⁶, diffère de l'interprétation doctrinale dominante, car elle comprend davantage l'importance de la rationalité économique pour les juges européens. Elle est, non seulement plus éclairante, quant à la continuité jurisprudentielle formée par ce duo, mais également plus éclairante quant à la discontinuité jurisprudentielle formée par des arrêts futurs, comme nous le verrons plus loin. Autrement dit, cette explication par la minimisation des coûts d'efficience (et donc la recherche de l'efficience transactionnelle) permet de mieux rendre compte de la jurisprudence initiale, mais permet également de mieux rendre compte de la jurisprudence future consistant en l'abandon progressif de ce critère pour un autre critère que nous détaillons plus bas, et autrement plus performant dans la minimisation des coûts d'efficience.

L'interprétation extensive que font les juges européens du critère de la non-discrimination implicite dans l'Article 34 du TFUE, mais développé substantiellement par la jurisprudence, est rendue possible par la recherche, de la part des juges européens, que le traitement juridique et fiscal, appliqué aux biens et services, soit « indistinctement applicable » à ce qui est originaire de l'Etat membre avec ce qui est issu de toute autre Etat membre⁵²⁷.

526 Voir Conclusions de l'Avocat Général Bot pour l'affaire CJCE, 10 févr. 2009, *Commission c/ Italie*, C-110/05, §93.

527 C-110/05, (2009) *Commission/Italie*, I-519, point 35

Le critère de la non-discrimination, particulièrement en raison de la nationalité, est non seulement posé en droit primaire (Article 18 du TFUE), mais est surtout interprété de manière instrumentaliste par les juges européens, afin que ce critère soit compatible avec la recherche d'un meilleur fonctionnement de l'ordre concurrentiel européen. Cela apparaît notamment dans l'arrêt *Perfili* où le juge européen affirmera que :

« Les articles 2 et 3 du traité visent, en particulier, la création d'un marché commun où les marchandises, les personnes, les services et les capitaux peuvent circuler librement dans des conditions de concurrence non faussée. Cet objectif est assuré, notamment, par l'interdiction de toute forme de discrimination exercée en raison de la nationalité, prévue par l'article (18 du TFUE) du traité⁵²⁸ ».

Encore plus explicitement, l'ancien Article 12 des Traités, devenu l'Article 18 du TFUE, a pour fonction, selon l'Avocat Général Jacobs, de promouvoir l'efficience d'allocation des ressources par le moyen du critère de la non-discrimination. Il s'ensuit que, non seulement, le but sous-jacent est l'efficience d'allocation et donc l'efficience économique, mais surtout que le critère de la non-discrimination n'a qu'un rôle instrumental, un critère juridique pour une réalisation plus directe et plus efficace d'un objectif économique précis, celui-ci de l'efficience économique. En effet, l'Avocat Général Jacobs affirme en substance que :

« Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi les auteurs du traité ont attaché une telle importance à l'interdiction de discrimination (de l'Article 18 du TFUE). L'objectif fondamental du traité est de réaliser une économie intégrée dans laquelle les facteurs de production, aussi bien que les fruits de la production, peuvent circuler librement et sans distorsion, permettant de la sorte une répartition plus efficace⁵²⁹ des ressources et une meilleure division du travail. Le plus grand obstacle à la réalisation de

528 C-177/94 (1996) *Perfili*, I-161, §11.

529 Dans la traduction française de l'anglais, les traducteurs commettent l'erreur de traduire « efficient » par « efficace » alors que la traduction correcte est bien « efficiente », qui signifie « conduit à minimiser le coût social ». Le mot « efficace » aurait

cet objectif était l'existence de règles et de pratiques discriminatoires par lesquelles les gouvernements nationaux protégeaient traditionnellement leurs propres producteurs et travailleurs de la concurrence étrangère. Bien que l'abolition de règles et de pratiques discriminatoires puisse ne pas suffire en soi à atteindre le degré élevé d'intégration économique envisagé par le traité, il est clair qu'il s'agit d'une condition première essentielle⁵³⁰ ».

Ainsi, alors que le critère de la non-discrimination faisait l'objet d'une interprétation excessivement large de la part des juges européens avec les arrêts fondateurs tels que *Dassonville* et «*Cassis de Dijon*», ce critère va être abandonné par la censure jurisprudentielle de mesures nationales clairement non discriminatoires. Cette solution jurisprudentielle rencontrée avec les arrêts *Cinéthèque*⁵³¹ et *Torfaen*⁵³² avait déjà été rendue possible implicitement par «*Cassis de Dijon* ».

Par conséquent, non seulement le critère de la non-discrimination avait été « tordu » par *Dassonville* et «*Cassis de Dijon* », mais *Cinéthèque* et *Torfaen* finirent de retirer à ce critère toute utilité jurisprudentielle. En réalité, ce choix des juges européens de s'émanciper de la simple interdiction de mesures discriminatoires résulte de leur volonté d'aborder les litiges qui leur sont présentés en terme instrumental. En effet, l'agenda politique des juges européens poussent ceux-ci pas tant à la cohérence juridique et à la préservation d'un raisonnement juridique déterminé, mais davantage à user de leur pouvoir jurisprudentiel d'un point de vue constructif, c'est-à-dire dans la promotion de

nécessité « efficaces » si l'auteur anglais avait voulu signifier ce que l'efficacité veut dire, c'est-à-dire « produire les effets désirés », tandis que l'effectivité (« effectiveness ») signifie simplement « produire des effets ».

530 Conclusions de l'Avocat Général Jacobs pour les affaires jointes C-92 et 326/92 (1993) *Phil Collins c/ Imtrat Handelgesellschaft mbH et Patricia Im-und Export Verwaltungsgesellschaft mbH et Leif Emanuel Kraul c/ EMI Electrola GmbH*, I-05145.

531 C-60 et 61/84 (1985) *Cinéthèque SA v Fédération Nationale des Cinémas Français*, 2605

532 C-145/88 (1989) *Torfaen BC v B&Q Plc*, 3851

leur objectif qui est la censure de mesures pouvant contribuer à l'accroissement injustifié des coûts d'efficacité dans le marché intérieur. Et pour ce faire, peu importe la « pureté » de leur raisonnement juridique tant que leur solution jurisprudentielle s'inscrit dans ce schéma et que, par contre, le raisonnement économique est clair et décelable. Ainsi, les critères juridiques et les classifications juridiques importent bien moins, aux yeux des juges européens désireux de faire avancer l'efficacité transactionnelle au sein du marché intérieur, que les conséquences économiques des mesures qu'ils ont à examiner. En un mot, leur raisonnement est conséquentialiste concernant les règles juridiques qu'ils ont à examiner et instrumentaliste concernant les règles juridiques qu'ils élaborent : la mesure nationale ne va pas être abordée selon sa classification et son objet, mais selon ses conséquences économiques tandis que le critère jurisprudentiel européen ne va pas être abordé comme une création jurisprudentielle à protéger, mais comme un outil jurisprudentiel pertinent tant qu'il sert efficacement une fin de politique judiciaire déterminée.

ii) Le critère de la non-discrimination : les limites de l'interprétation extensive

Le critère de la non-discrimination a été tellement détourné par la Cour que des critiques (légitimes), tant sur le fond des solutions jurisprudentielles élaborées, que sur la cohérence et la sincérité de la Cour dans son raisonnement juridique, se sont exprimées. Comment affirmer toujours adhérer au critère de la non-discrimination et donc ne pas censurer des mesures non discriminatoires lorsque l'on se trouve avec des arrêts tels que *Cinéthèque* ou *Torfaen* qui censurent précisément des mesures non discriminatoires ? Par honnêteté jurisprudentielle, soit la Cour devait changer de critère pour justifier son évolution jurisprudentielle, soit la Cour devait abandonner ces

solutions jurisprudentielles ? La seconde possibilité sera un temps envisagée avec le très critiquable arrêt *Keck et Mithouard*, avant que la Cour ne choisisse la première possibilité, car plus conforme à sa quête de promotion de l'efficience transactionnelle comme nous le verrons plus loin.

Pour ce qui concerne l'affaire *Keck et Mithouard*, nous pouvons affirmer qu'étant donné que l'interprétation extensive de la non-discrimination a eu des effets potentiellement néfastes, les juges européens ont du recourir à la jurisprudence très connue de *Keck et Mithouard*⁵³³ de 1993⁵³⁴. Cet arrêt réaffirme implicitement l'importance du critère de la non-discrimination pour juger de la validité d'une réglementation nationale. En effet, il est communément interprété comme l'arrêt par lequel les juges européens ont établi une distinction entre les règles concernant les modalités de vente (à l'extérieur du champ d'application de l'article 34 du TFUE si celles-ci sont non-discriminatoires) et les règles concernant les modalités de mise sur le marché (entrant dans le champ d'application de l'article 34 du TFUE et censurées même si elles ne sont pas discriminatoires). Or, l'arrêt *Keck et Mithouard* renforce en réalité l'importance du critère de la non-discrimination en l'imposant, également, dans le domaine des modalités de vente qui est celui que cet arrêt fait «sortir» du contrôle juridictionnel européen. Ainsi, quand bien même le juge européen cède aux inquiétudes (légitimes) d'un contrôle juridictionnel trop poussé à l'égard de ces modalités de vente (qui peuvent entraver l'accès au marché sans pour autant être discriminatoire), le juge européen n'est pas prêt à abandonner le critère de la non-discrimination, y compris donc dans les cas où son

533 Affaires jointes C-267 et 268/91 (1993) *Keck et Mithouard*, I-6097.

534 Précédemment, nous pouvons citer les arrêts, de moins grande importance, *Oebel* dans lequel les juges européens ont considéré que la formule *Dassonville* exigeait que ceux-ci se focalisent sur les règles juridiques strictement commerciales, d'où l'exclusion du champ d'application de l'article 34 du TFUE d'une réglementation sociale concernant le temps de travail, et l'arrêt *Blesgen* dans lequel la Cour a considéré que sortait également du champ d'application de l'article 34 du TFUE une mesure nationale réglementant l'usage de boissons alcoolisées, sans lien avec les conditions d'importations de ces boissons. Voir C-155/80 (1981) *Oebel*, 1993 ; C- 75/81 (1982) *Blesgen*, 1211.

contrôle devient davantage indulgent vis-à-vis du régulateur national. En effet, cela se démontre par deux facteurs. Le premier facteur correspond à la volonté de la Cour de régulièrement entendre comme règles concernant la mise sur le marché celles qui pourraient légitimement être comprises comme touchant aux modalités de vente⁵³⁵. Ainsi, la modification de la jurisprudence constante issue de *Dassonville* reste marginale⁵³⁶. Le second facteur démontrant une continuité avant et après *Keck et Mithouard*, dans l'usage du critère de la non-discrimination, est celui de l'illégalité absolue de toute mesure discriminatoire, quelle que soit l'objet de ladite mesure (mesure concernant les modalités de vente ou mesure concernant l'accès au marché).

L'arrêt *Keck et Mithouard* portait sur la validité à la lumière du droit européen d'une réglementation française interdisant les ventes à perte, s'appliquant indistinctement à tout produit vendu en France. La Cour opéra alors une distinction restée célèbre, quoique controversée et

535 Affaire C-390/99, *Canal Satélite Digital*, Rec. 2002, p. I-607, point 29 ; voir également l'affaire C-389/96, *Aher-Waggon*, Rec. 1998, p. I-4473, point 18 ; affaire C-470/93, *Mars*, Rec. 1995, p. I-1923, et l'affaire C-368/95, *Familiapress*, Rec. 1997, p. I-3689, point 11 ; Affaire C-390/99, *Canal Satélite Digital*, Rec. 2002, p. I-607, point 29 ; voir également l'affaire C-389/96, *Aher-Waggon*, Rec. 1998, p. I-4473, point 18 ; Affaires jointes C-158/04 et C-159/04, *Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Marinopoulos*, Rec. 2006, p. I-8135, point 18 dans lequel la Cour rejoint la position de l'Avocat Général Maduro (voir notamment §16).

536 Les domaines dans lesquels la Cour estime que les mesures sont relatives aux modalités de vente et, donc, sont soumises à un contrôle plus conciliant, sont les mesures relatives : aux restrictions en matière de publicité (C-405/98, *Gourmet International Products*, Rec. 2001, p. I-1795, et l'affaire C-292/92, *Hünermund e.a.*, Rec. 1993, p. I-6787) ; aux méthodes de commercialisation (affaire C-412/93, *Leclerc-Siplec*, Rec. 1995, p. I-179, point 22, et l'affaire C-6/98, *ARD*, Rec. 1999, p. I-7599, point 46) ; au contrôle des prix (affaire C-63/94, *Belgapom*, Rec. 1995, p. I-2467.) ; aux lieux (affaire C-391/92, *Commission/Grèce*, Rec. 1995, p. I-1621, point 15, et les affaires jointes C-69/93 et C-258/93, *Punto Casa et PPV*, Rec. 1994, p. I-2355) et temps de la vente (affaires jointes C-401/92 et C-402/92, *Tankstation 't Heukske et Boermans*, Rec. 1994, p. I-2199, point 14, les affaires jointes C-69/93 et C-258/93, *Punto Casa et PPV*, Rec. 1994, p. I-2355).

fragile⁵³⁷ entre, d'une part, les mesures disposant des modalités de vente, et d'autre part, des mesures disposant des caractéristiques du produit en question. Tandis que la catégorie de mesures concernant les caractéristiques du produit devait continuer à être régie par la jurisprudence élaborée jusqu'ici par la Cour, celle-ci considéra que, pour les mesures concernant les modalités de vente du produit, il devenait nécessaire d'adopter une position différente. Cette position différente consistait en la « réutilisation » du critère de la non-discrimination comme critère pertinent : en l'absence de discrimination, ces mesures, tenant aux modalités de vente, sortent du champ d'application de l'article 34 du TFUE, tandis qu'elles sont censurées par ce même article en présence de discriminations. C'est pourquoi l'arrêt *Keck et Mithouard* est fondamental en cela qu'il réaffirme l'importance capitale du critère de la non-discrimination pour les juges européens. Or, c'est cette position excessivement formaliste, fondée sur un raisonnement juridique complexe de catégorisation des mesures par le critère de la non-discrimination, qui annoncera en réalité « le début de la fin » de ce critère pour paraphraser Maduro (1994). L'utilisation excessive de ce critère conduit à l'incongruité de la solution juridique de *Keck et Mithouard*, tout en restant insatisfaisant d'un point de vue économique dans la recherche de la promotion de l'efficacité transactionnelle. L'inadaptabilité juridique et l'inefficacité économique de la solution trouvée dans *Keck et Mithouard* (catégorisation artificielle⁵³⁸ et coûts d'efficacité persistants) auront raison de la longévité et de la pertinence de cette solution jurisprudentielle.

Si *Keck et Mithouard* réaffirme le critère de la non-discrimination en réaffirmant l'interdiction de toute discrimination, il crée également une typologie⁵³⁹ entre les mesures nationales entrant dans le champ d'application de la libre circulation des marchandises et les mesures nationales n'y entrant

537 Voir Mattera (1994) ; Hernu (2003 : 409).

538 Voir Conclusions de l'Avocat Général Le Bot pour l'affaire *CJCE*, 10 févr. 2009, *Commission c/ Italie*, C-110/05, §79-84 ; Voir aussi Conclusions de l'Avocat Général Jacobs dans l'affaire *Leclerc-Siplec*, §38.

539 Ce que Maduro (1994 : 35) pourrait appeler le test « typologique ».

pas. En cela, *Keck et Mithouard* est simplificateur de réalités extrêmement complexes⁵⁴⁰ car il suggère une distinction juridique dénuée de rationalité économique qu'est la distinction entre, d'une part, les règles touchant à la commercialisation du produit et, d'autre part, les règles touchant aux caractéristiques du produit. Cette distinction « excessivement rigide »⁵⁴¹ repose sur l'objet de la mesure (autrement dit, l'intention des juristes ayant rédigé cette mesure), plutôt que sur les effets de la mesure (autrement dit, l'importance des conséquences économiques, pour un économiste, est ignorée). Cette distinction, si elle est aisée pour les juristes, est dénuée de sens pour les économistes qui abordent la question en termes, non pas de classification jurisprudentielle de la mesure en question, mais en termes « conséquentialiste » de coûts d'efficacité plus ou moins importants, et donc en termes d'efficacité transactionnelle⁵⁴². Cette nécessaire perspective économique s'imposera subrepticement auprès des juges européens, et amènera ainsi la Cour à reconsidérer, implicitement, l'affaire *Keck et Mithouard* en limitant sa portée. En effet, cette jurisprudence étant fragile du fait des subtilités qu'elle introduit, la conservation du critère de la non-discrimination, pour favoriser les transactions intra-communautaires, s'est révélée être à la fois insuffisante et inopportune dans cette promotion de l'efficacité transactionnelle. L'Avocat Général

540 Picod (1998) ; Mattera (1994) ; Weatherill (1996) ; Kovar (2006) ; Maduro (1994). Voir la thèse contradictoire de Wils (1993 : 478-486) prônant à la fois une mise en balance pour juger de la compatibilité des mesures nationales (et donc critique la solution dégagée dans *Keck et Mithouard*), tout en conciliant que des classifications juridiques simples peuvent faciliter la tâche de l'administration de la justice. On serait tenté de lui répondre que l'exigence de justice demande que les juges européens ne produisent pas des solutions fondées sur des typologies juridiques confortables mais arbitraires, et qu'ils produisent seulement ce que la justice exige d'eux.

541 Picod (1998 : 172).

542 Des auteurs ont pu critiquer la « *Keckophonie* » (Rigaux 2003) de cette jurisprudence constituant un « recul inattendu et suprenant [...] suscitant perplexité, inquiétude, stupeur et déception » (Mattera 1994 : 117).

Maduro affirmera, ainsi que la jurisprudence de la Cour, « la difficulté de mettre en oeuvre, dans certains cas, la distinction opérée par la jurisprudence *Keck et Mithouard* »⁵⁴³.

En réalité, l'objectif de la solution bancaire, trouvée dans *Keck et Mithouard*, était pour la Cour de limiter la tendance des opérateurs économiques de s'en remettre «de plus en plus à l'article (34 du TFUE) du Traité pour contester toute espèce de réglementations qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si elles ne visent pas les produits en provenance d'autres Etats membres ». Ainsi, à cause de l'interprétation extensive qu'a faite la Cour du critère de la non-discrimination au cours des années précédant l'affaire *Keck et Mithouard*, la Cour a dû atténuer sa jurisprudence face aux contestations des Etats membres. Ceux-ci voyaient en effet d'un mauvais oeil l'interprétation extensive (exagérée ?), de la Cour, du critère de non-discrimination. Alors que ce critère était censé cantonner le rôle de la Cour à garantir le commerce intra-européen en l'absence de toute discrimination fondée sur l'origine nationale, ce critère était devenu l'outil de la Cour au service d'une maximisation du commerce intra-européen et intra-étatique en restreignant la souveraineté réglementaire des Etats membres. Ainsi, l'honnêteté juridique eu raison de l'instrumentalisme de la Cour envers le critère de la non-discrimination : ce critère était devenu inopérant pour aller dans le sens de l'objectif implicite de la Cour qui était, et qui reste, dans ce domaine, la promotion de l'efficacité transactionnelle.

Par conséquent, la Cour adopta la solution insatisfaisante de *Keck et Mithouard* qui semble «réintégrer»⁵⁴⁴ le critère de la non-discrimination dans les libertés de circulation (en l'occurrence, circulation des marchandises). Par exemple, la solution de *Keck et Mithouard* est implicitement discréditée, soit par la confusion de la Cour concernant la qualification d'une mesure en cause dans

543 Conclusions Avocat Général Poiras Maduro, C-158/04 et C-159/04 (2006) *Alfa Vita Vassilopoulos AE et Carrefour Marinopoulos*, I-8135, §19

544 Azoulay (2003 : 302).

l'une des deux catégories de mesures qu'elle a créée⁵⁴⁵, soit par l'abandon de cette catégorisation pour une approche plus économique basée sur l'analyse des effets économiques de la réglementation, plutôt qu'une étude de la nature et de l'objet de la mesure en cause⁵⁴⁶. Par ailleurs, les critiques concernant l'arrêt *Keck et Mithouard* et ses subtilités juridiques, excessivement formalistes et dénuées de rationalité économique, se sont multipliées, y compris au sein même de la Cour⁵⁴⁷.

b. Le critère juridique de la non-discrimination : un critère premier non suffisant dans la promotion jurisprudentielle de l'efficacité économique

Le critère de la non-discrimination a engendré des arrêts tels que *Dassonville* ou « *Cassis de Dijon* », allant dans le sens d'une efficacité transactionnelle, mais également un arrêt tel que *Keck et Mithouard* qui réaffirme implicitement le critère de la non-discrimination, et avec cette

545 Voir arrêt du 18 septembre 2003, *Morellato*, §36 pour des mesures concernant les modalités de ventes considérées être, par la Cour, des mesures tenant aux caractéristiques du produit ; voir également *Mars* (C-470/93 (1995), I-1923), §13 pour des mesures tenant aux caractéristiques du produit considérées être par la Cour des mesures concernant les modalités de vente. Parfois, la Cour exprime clairement ses doutes quant à la définition de la mesure en cause. Voir en cela les affaires C-470/93 (1995) *Mars*, I-1923 ; C-416/00 (2003) *Morellato*, I-9343 ; C-244/06 (2008) *Dynamic Mediem Vertriebs GmbH*, 505.

546 C-323/93 (1994) *Centre d'insémination de la Crespelle*, I-5077, §29 ; C-189/95 (1997) *Franzén*, I-5909, §71.

547 Voir Conclusions de l'Avocat Général Jacobs pour C-412/93 (1995) *Société d'importation E. Leclerc-Spilec c/ TFI Publicité SA et M6 Publicité SA*, I-179 ; Conclusions de l'Avocat Général Lenz pour C-391/92 *Commission c/ Grèce*, I-1621.

réaffirmation, l'incongruité juridique généré par ce critère du fait du formalisme juridique qu'il implique, mais surtout une inefficacité économique de ce même critère par son impuissance à combattre des coûts d'efficience persistants. Ainsi, comme le fait remarquer l'Avocat Général Jacobs dans ses conclusions à l'affaire *Leclerc-Siplec* :

« Le principal souci des dispositions sur la libre circulation des marchandises est d'empêcher l'apparition d'obstacle injustifié dans le commerce entre Etat membres. Lorsqu'il existe un obstacle aux échanges entre Etats, il ne saurait cesser d'exister simplement parce qu'un obstacle identique affecte le commerce national (...) Sous l'angle de la préoccupation qu'a le traité d'établir un marché unique, la discrimination n'est pas un critère utile⁵⁴⁸ ».

Le critère de l'égalité et de non-discrimination n'est pas pertinent pour censurer judiciairement des mesures. Certaines mesures ouvertement discriminatoires peuvent avoir une justification économique (n'accroissant pas automatiquement l'inefficience au sein de l'union douanière), tandis que d'autres mesures dites non-discriminatoires peuvent avoir des effets protectionnistes, accroissant ainsi les coûts d'efficience. Par conséquent, comme l'affirme Dubout (2006 : 209-210), « le caractère discriminatoire d'une mesure ne constitue pas le véritable fondement de l'interdiction de celle-ci en droit communautaire (...) Ce passage de la garantie de l'égalité de traitement entre des produits à celle de la protection de la liberté de circulation de ces produits fait d'ailleurs basculer l'intervention communautaire d'un simple outil de déréglementation vers une forme plus active de régulation ». De plus, la distinction (théorique), entre mesures discriminatoires (parfois appelées « distinctement applicables ») et les mesures non-discriminatoires

548 Conclusions de l'Avocat Général Jacobs pour C-412/93 (1995) *Société d'importation E. Leclerc-Siplec c/ TFI Publicité SA et M6 Publicité SA*, I-179, §39 et 40.

(parfois appelées « indistinctement applicables »), n'est pas fondée et pertinente⁵⁴⁹. D'éminents juristes commencent même à relativiser l'importance de cette distinction trop formelle⁵⁵⁰. Il n'est pas certain que ce changement puisse automatiquement être interprété comme permettant davantage de régulations, mais ce qui peut être affirmé, sans trop d'hésitations, est que ce « basculement » du critère de la non-discrimination était nécessaire car ce critère s'était révélé être insuffisant dans la « chasse » aux inefficiences, mais surtout que ce « basculement » prédit l'utilisation d'un nouveau critère plus efficace dans la recherche d'inefficience. Ce nouveau critère sera celui de l'« accès au marché ».

Concernant toujours le critère de la non-discrimination, ce critère a été adopté, déformé, ensuite réaffirmé, et enfin progressivement abandonné par la Cour tout au long de son évolution jurisprudentielle dans le domaine des libertés de circulation. La question, se posant logiquement, est celle de savoir pourquoi une telle évolution jurisprudentielle, faite de complémentarités (*Dassonville*, « *Cassis de Dijon* ») et de contradictions (*Keck et Mithouard*), s'est construite progressivement ?

Notre réponse explicative est la suivante : parce que la Cour a, de façon continue, recherché l'efficience transactionnelle dans le domaine des libertés de circulation, elle s'est rendue finalement compte que le critère de la non-discrimination ne saurait poursuivre son agenda

549 Voir en cela toute la thèse de Vollot-Bruneau (2007) consistant à démontrer à la fois l'artificialité et l'inutilité d'une théorie juridique distinguant mesures discriminatoires des mesures non-discriminatoires. Cette artificialité et cette inutilité deviennent évidentes dès lors qu'une perspective économique est adoptée, perspective ignorant les subtilités juridiques excessives pour se focaliser sur les effets des mesures en cause quelles que soient leurs appellations.

550 Voir notamment les conclusions de l'Avocat Général Jacobs pour l'affaire C-379/98 (2001) *PreussenElektra*, I-2099, §225 où il affirme que « la question de savoir si une mesure s'applique ou non indistinctement à des produits nationaux et à des produits importés constitue, d'un point de vue logique, une question préliminaire et neutre. Son unique fonction en vertu de la jurisprudence [...] est de déterminer les justifications disponibles ».

politique. Cet agenda politique reste la promotion de l'efficacité transactionnelle, à la fois, afin de poursuivre un objectif économique (l'efficacité économique) et de poursuivre un objectif politique (l'émergence d'un droit supranational, interprété par une seule Cour gagnant en prestige, dans lequel la faculté d'intervention des Etats membres sur leurs marchés respectifs est inexistante, ou du moins, réduite à une portion congrue). Bien plus qu'un simple objectif économique, l'efficacité transactionnelle comporte un objectif politique où la promotion d'un ordre concurrentiel européen impersonnel ne peut que renforcer l'institution incarnant cet ordre, la Cour. Ainsi, il fallait que la Cour abandonne le critère de la non-discrimination après l'avoir « tordu » et l'avoir ramené dans son objet initial avec *Keck et Mithouard*. Cela était indispensable car ce critère était nécessaire mais non suffisant dans la promotion jurisprudentielle de l'efficacité transactionnelle. En effet, ce critère supposait d'accepter des coûts d'efficacité dus à des réglementations nationales échappant à ce critère, des coûts d'efficacité qui auraient été amplifiés si la Cour avait appliqué sa solution dans *Keck et Mithouard* de façon rigide. Par conséquent, à la question posée plus haut, pourquoi la Cour a-t-elle dû abandonner le critère de la non-discrimination ? La réponse est qu'elle ne saurait s'accommoder des coûts d'efficacité entraînés par ce critère par rapport à « l'optimalité » d'un critère alternatif.

Or, ces coûts d'efficacité n'étaient pas négligeables. Parce que ces coûts d'efficacité étaient trop importants pour se conformer à l'agenda politique de la Cour, celle-ci abandonnera subrepticement la jurisprudence *Keck et Mithouard* en particulier, et renforcera son contrôle juridictionnel par une analyse *in concreto* des règles juridiques autour d'une notion intrinsèquement destinée à la maximisation de l'efficacité transactionnelle, la notion d'accès au marché.

3. Efficacité transactionnelle des règles juridiques *in concreto*

Le critère de la non-discrimination n'ayant su s'attaquer efficacement aux coûts d'efficience transactionnelle, ayant été réduit dans son champ d'application par *Keck et Mithouard*, étant donné les nombreuses critiques formulées à l'encontre de l'interprétation détournée qui était faite de ce critère, les juges européens n'ont pourtant pas cessé leur quête dans la promotion de l'efficience transactionnelle. En effet, sur le plan pratique, le critère de la non-discrimination s'est ainsi révélé être un critère largement impuissant face aux coûts d'efficience résiduels, moins flagrants mais plus insidieux et plus nombreux⁵⁵¹. Ainsi, les obstacles au commerce intra-européen demeurent nombreux au tournant du XXIème siècle.

Cependant, la Cour ne faiblira pas dans sa recherche de l'efficience transactionnelle. Au contraire, la Cour ira plus loin par la substitution, au critère de la non-discrimination, d'un nouveau critère revêtant des attributs davantage attrayants car il accentue la recherche d'efficience transactionnelle, et ce, dans tous les domaines des libertés de circulation. Ce renforcement de la logique économique passera donc inévitablement par une érosion lente mais certaine du recours au critère de la non-discrimination. En lieu et place de cet ancien critère, la Cour va, non seulement, adopter un nouveau critère davantage conforme à une logique économique de promotion de l'efficience transactionnelle, la notion de l'« accès au marché », mais également, procéder à la simplification et l'unification des différentes lignes de jurisprudence gardées jusqu'ici artificiellement distinctes par le critère de la non-discrimination.

Nous examinerons successivement ces deux phénomènes récents de la pratique jurisprudentielle européenne. Ainsi, dans un premier temps nous démontrerons que la notion d'accès au marché comble les lacunes de l'ancien critère de la non-discrimination, du point de vue de la promotion de l'efficience transactionnelle, et a été favorisé expressément pour ces

551 Voir en Introduction de ce chapitre les chiffres concernant la faible intégration économique à l'issue de la réalisation du Marché Intérieur du fait de la persistance de barrières réglementaires autorisées car simplement non-discriminatoires.

caractéristiques (a). Dans un second temps, nous montrerons que l'adoption de la notion d'accès au marché ne pouvait conduire qu'à l'unification (et donc la simplification souhaitable) des différentes lignes de jurisprudence entre libertés économiques, et ainsi s'accorder plus aisément avec une logique économique ignorant les subtilités de classifications juridiques inopportunes (b). Enfin, nous concluons en prenant de la hauteur, concernant l'évolution jurisprudentielle, par la caractérisation de cette la recherche continue mais progressive de cette efficacité transactionnelle consistant à la minimisation de coûts de transactions imposées par les réglementations nationales (c).

a. La notion d'accès au marché : un critère second suffisant traduisant juridiquement une rationalité économique

La notion d'accès au marché est le versant positif de la recherche jurisprudentielle de l'efficacité transactionnelle par les juges européens (facilitation constructive de l'efficacité transactionnelle), tandis que la notion d'entrave est le versant négatif de cette même recherche (facilitation déconstructrice de l'efficacité transactionnelle). Parce que la notion d'accès au marché est une idée relativement vague et ambiguë⁵⁵², pour promouvoir dans un second temps l'accès au marché, il était nécessaire pour les juges européens d'appréhender au préalable la notion d'entrave. C'est cette notion d'entrave qui participe à un approfondissement du contrôle juridictionnel en matière de promotion de l'efficacité transactionnelle. En effet, l'« entrave » exige un contrôle

552 « An inherently nebulous idea » (Oliver et Enchelmaier 2007 : 674) ; « As the term lacks a clear content, the Court may use it freely either to approve or to condemn measures that it happens to like or dislike. Market access may simply provide a sophisticated-sounding garb that conceals decisions based on intuition » (Snell 2009).

juridictionnel plus poussé, moins formel que la notion de « discrimination ». Une mesure peut être considérée être une entrave sans pour autant être discriminatoire alors que toute mesure discriminatoire sera une entrave. Par conséquent, étant donné que la notion est plus précise, l'exigence est plus forte, et donc le contrôle juridictionnel est plus poussé⁵⁵³. Cette conséquence se retrouve dans toute une série de décisions de la Cour où les juges européens ont consciemment usé d'une moins grande indulgence à l'égard des mesures examinées, dès lors que la notion restrictive d'entrave était adoptée plus que la notion plus accommodante (même dans son interprétation restrictive) de discrimination.

L'entrave est toute mesure étatique susceptible d'empêcher, gêner ou rendre moins attrayant l'exercice des libertés de circulation (Vollot-Bruneau 2007 : 328 ; Spaventa 2004 : 755). La notion d'entrave est favorisée par la Cour, même si le caractère discriminatoire d'une mesure peut toujours être considéré pour invalider ladite mesure⁵⁵⁴. L'interdiction des mesures excessivement

553 Ce que Barnard (2009) appelle le « *high impact approach* » : « *the high impact approach requires intense intervention by the federal authorities. All state rules which affect inter-state trade constitute a barrier or obstacle to "market access" or a "restriction" on free movement and so are presumptively unlawful [...]* ».

554 Vollot-Bruneau (2007 : 271-272) donne une définition relativement complète de l'entrave en la définissant comme « toute réglementation ou comportement d'origine étatique qui empêche, gêne ou dissuade l'exercice de la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. Cette définition permet d'intégrer pleinement les obstacles nés de la disparité des législations entre Etats membres ». Autrement dit, c'est « l'effet pratique négatif sur la fluidité des échanges, effet nuisible à l'établissement et au bon fonctionnement du marché intérieur » qui importe pour qu'une mesure ou un comportement soit considéré comme constituant une entrave (Vollot-Bruneau 2007 : 272).

entravantes contribue à élargir le champ d'application des libertés de circulation, et plus généralement du droit européen⁵⁵⁵.

Concernant plus spécifiquement la notion d'accès au marché, c'est la notion juridique la plus proche d'une perspective économique par l'efficacité économique. En effet, le critère de la non-discrimination interdisait qu'une réglementation empêche que des produits *similaires* soient mis en concurrence, soit par la fermeture du marché aux produits discriminés, soit par l'accès rendu plus difficile à ce marché. La logique sous-jacente était que les consommateurs (-citoyens) puissent mettre en concurrence ces produits similaires quelque soit leur provenance géographique. La facilitation des échanges par la mise en concurrence restait donc cantonnée aux produits *similaires*. Mais que sont des produits similaires ? Similaires dans leurs caractéristiques physiques, dans leurs usages, dans leurs appellations ?

Ainsi, le critère de la non-discrimination conduisait à deux conséquences néfastes. Premièrement, les juges européens avaient *in fine* la tâche impossible de devenir des spécialistes en marketing afin de savoir si étaient traités différemment des produits qui se devaient de l'être de façon similaire. Deuxièmement, et ce point concerne particulièrement la question de l'efficacité transactionnelle, ce critère supposait que des produits qui ne seraient pas considérés par les juges européens comme similaires, *alors même que les consommateurs pouvaient les considérer comme substituables*, ne seraient pas mis en concurrence car un traitement différencié était justifié, et par conséquent, ces produits ne se retrouveraient pas proposés aux consommateurs de la même manière. Ainsi, par la notion de l'accès au marché, c'est bien la possibilité de mise *de facto* en concurrence des produits similaires (reprenant ainsi les bénéfices du critère de la non-discrimination), mais également et

555 En cela, Robin-Olivier (2000 : 266) considère que l'interdiction d'entraves « accroît sans aucun doute la portée du principe de libre circulation », et « paraît conforme aux objectifs du droit communautaire, et, en particulier, à l'objectif de constitution du marché intérieur ».

surtout, de mise en concurrence des produits supposés être *non similaires* (ajoutant ainsi un degré supplémentaire à l'ouverture des marchés nationaux rendu possible seulement par la notion d'accès au marché). Parce que la notion de l'accès au marché facilite inéluctablement la fluidité des échanges entre produits similaires et produits non similaires (autrement dit, entre tous les produits sans condition superflète de similarité), la notion d'accès au marché contribue indéniablement à la minimisation des coûts des échanges (ou transactions). Par conséquent, la notion d'accès au marché est la notion se rapprochant le plus de cette efficacité transactionnelle, consistant en une minimisation des coûts d'efficacité engendrés par les coûts réglementaires des transactions.

Ainsi, à la « fragmentation du régime de l'entrave dans le marché intérieur »⁵⁵⁶, issue des distinctions artificielles introduites par *Keck et Mithouard* et induites par le critère de la non-discrimination, la Cour va progressivement préférer l'approche unifiante de l'entrave rendue possible par la notion d'accès au marché. Autrement dit, la Cour considère que le critère de la non-discrimination reste pertinent car le fait de relever une discrimination est d'une illégalité telle qu'une analyse grossière suffit pour se prononcer négativement sur la validité de la mesure en question⁵⁵⁷. Néanmoins, la notion d'entrave est nécessaire pour approfondir, préciser un contrôle juridictionnel dans les cas où l'illégalité de la mesure nationale vis-à-vis du droit européen fait davantage débat. Ainsi, si le critère originel de la non-discrimination suggère un examen à œil nu de la validité de la mesure, la notion d'entrave (et donc corrélativement la notion d'accès au marché) suppose que les juges usent de leur microscope afin d'opérer un examen fouillé des conséquences économiques car sont interdites, non seulement les mesures discriminatoires, mais

556 Carpano (2010 : 65).

557 « [L]es droits de douane et taxes d'effet équivalent ne peuvent jamais être justifiés. Or, ceux-ci sont susceptibles d'être considérés comme nécessairement discriminatoires. De même, les impositions intérieures sont automatiquement condamnées, sans aucune justification possible, dès lors qu'elles sont discriminatoires ». (Vollot-Bruneau 2007 : 240-241).

également les mesures non discriminatoires, dès lors que leur impact restrictif, sur la fluidité des échanges, est considérée comme suffisamment important pour être condamné.

Les premières manifestations de l'importance de la notion de l'accès au marché, dans le domaine de la libre circulation des marchandises, se font avec les arrêts *Franzén*⁵⁵⁸ et *Evora*⁵⁵⁹ de 1997⁵⁶⁰. Ainsi, la limitation de la portée de *Keck et Mithouard* de 1994 (si ce n'est son démenti) prit seulement quelques années au profit de la notion d'accès au marché qui était plus conforme à l'agenda politique des juges européens, consistant en une promotion de l'efficacité transactionnelle dans le domaine des libertés de circulation.

Dans les affaires *Franzén* et *Evora*, *Keck et Mithouard* n'était même pas cité et la solution jurisprudentielle de ces décisions semblent directement inspirée d'une approche fondée sur l'accès au marché, peu importe l'existence ou non d'une discrimination. Dans *Franzén*, si la Cour

558 C-189/95 (1997) *Harry Franzén*, I-1141.

559 C-337/95 (1997) *Parfums Christian Dior SA et Parfums Christian Dior BV c/ Evora BV*, I-1063.

560 Il convient de préciser que l'abandon du critère de la non-discrimination, dans le domaine de la libre circulation des marchandises en faveur de la seule notion d'« entrave », s'est fait très tôt concernant les taxes d'effet équivalent. En effet, avec l'affaire *Commission c/ Italie* de 1963. En l'espèce, la Cour va affirmer que, s'agissant des taxes, « une charge pécuniaire, fut-elle minime, unilatéralement imposée, quelles que soient son appellation et sa technique et frappant les marchandises nationales ou étrangères à raison du fait qu'elles franchissent la frontière [...], alors même qu'elle ne serait pas perçue au profit de l'Etat, qu'elle n'exercerait aucun effet discriminatoire ou protecteur et que le produit imposé ne se trouverait pas en concurrence avec une production nationale ». (§9). Clairement, l'absence d'effet discriminatoire est sans conséquence sur la condamnation par la Cour de telles taxes. Ainsi, la Cour passa dès 1963, concernant les taxes, de l'exigence d'un effet discriminatoire à la notion d'entrave à la libre circulation des marchandises. Mais pour certains auteurs, le fait même de condamner ces taxes n'emporte pas l'abandon de la discrimination car il est exigé le franchissement de la frontière par le produit. Or, ce franchissement est intrinsèquement discriminatoire étant donné que la taxe « frappe exclusivement le produit importé », car « il s'agit toujours d'un obstacle qui grève seulement les importations, sans contrepartie en ce qui concerne la production nationale, prise dans sa globalité » (Marengo 1984 : 314).

n'examina quasiment pas le caractère discriminatoire de la mesure (laissant ainsi suggérer à un abandon implicite du critère de la non-discrimination dans le domaine des marchandises), elle ne se référa pas (encore) pour autant explicitement à la notion d'accès au marché. Le recours à la notion unique d'accès au marché a été défendu avec conviction par l'Avocat Général Jacobs en 1995 dans ses conclusions pour l'affaire *Leclerc-Siplec*⁵⁶¹, et il semble ainsi que la Cour donne, avec *Franzén*, raison au raisonnement de l'Avocat Général Jacobs dans ses conclusions. A la fois dans la décision dégagée dans *Franzén* que dans celle dégagée dans *Evora*, la Cour se référa au caractère *substantiel* de l'obstacle à l'accès au marché plutôt qu'au caractère direct de l'obstacle créé par la mesure à l'accès au marché. Ce choix implique qu'il faille, pour les juges européens, déterminer casuistiquement ce qu'est ce caractère substantiel, ce qui implique l'introduction d'une règle *de minimis* : les entraves non substantielles n'étant pas/plus censurées tandis que les entraves substantielles, discriminantes ou pas, seront invalidées. Si cette évolution jurisprudentielle est à saluer, en cela qu'elle participe à une clarification juridique et à un réel raisonnement économique, il n'empêche que cette règle *de minimis* suppose des solutions au cas par cas où l'insécurité juridique est sensiblement accrue au nom d'un raisonnement économique plus construit. Autrement dit, si une simplification juridique se fait dans un sens (abandon de la classification, entre règles discriminatoires ou non, et de la classification de *Kecik* entre modalités de vente et caractéristiques du produit), une complexité juridique accrue est inhérente à l'adoption de la notion de l'entrave substantielle à l'accès au marché (règle *de minimis*)⁵⁶².

En tout état de cause, l'état actuel de la jurisprudence, produit d'une lente évolution tendant vers davantage de logique économique dans le contrôle juridictionnel, est très bien résumé

561 Conclusions de l'Avocat Général Jacobs pour l'affaire C-412/93 (1995) *Société d'Importation Edouard Leclerc-Siplec c/ TF1 Publicité SA et M6 Publicité SA*, I-179, §38-49.

562 Ainsi, en adoptant le test de l'accès au marché proposé par l'Avocat Général Jacobs, la Cour adopte également la règle de *minimis*, comme prévu par l'Avocat Général Jacobs dans ses conclusions sous *Leclerc-Siplec*.

par les affaires *Commission c/ Italie* et *Mickelsson* de 2009⁵⁶³ où l'approche par l'accès au marché est devenu explicite. Ces arrêts furent l'occasion pour la Cour d'abandonner, nous osons le terme⁵⁶⁴, la jurisprudence *Keck et Mithouard*, pour résolument et explicitement adopter une notion de l'accès au marché interdisant que toute réglementation, y compris celle relative aux modalités de vente, restreignant (même indistinctement) l'accès au marché car une telle mesure sera considérée à présent comme une mesure à effet équivalent à une restriction quantitative, et sera donc censurée par le juge européen⁵⁶⁵. En effet, si la Cour se réfère à l'accès au marché encore dans *Commission c/ Italie* à *Keck et Mithouard*, elle ne le fait plus dès *Mickelsson* qui constitue une affirmation encore plus forte de la (seule) pertinence du test de l'accès au marché. Il s'agissait dans ces deux affaires de savoir, en substance, si une mesure nationale restreignant les conditions d'utilisation d'un produit pouvait être considérée comme une mesure tenant aux modalités de vente du produit, une mesure tenant aux caractéristiques de celui-ci selon la typologie dégagée dans *Keck et Mithouard*. La Cour n'a

563 C-110/05 (2009) *Commission c/ Italie* ; C-142/05 (2009) *Mickelsson*, 842.

564 Voir pour une discussion de cet « abandon », Spaventa (2009). Plus timidement, Carpano (2010 : 173) affirme « si la jurisprudence *Keck et Mithouard* n'est pas abandonnée, il est clair que la Cour entend limiter sa portée ». Ceci est erroné car cela méconnaît la volonté de convergence des lignes de jurisprudence concernant les différentes libertés de circulation où les autres libertés de circulation méconnaissent nécessairement la distinction entre modalités de vente et caractéristiques du produit (comment l'appliquer pour les personnes? les services, ou encore les capitaux ?). Ainsi, l'abandon est nécessaire si convergence il y a entre ces lignes de jurisprudence. Or, comme nous le démontrons dans le point suivant, cette convergence est avérée. Pour une opinion affirmant que ces derniers arrêts renforcent le *status quo* de *Keck*, voir Wenneras (2010).

565 Ainsi, la Cour abandonna les deux premières des trois analyses possibles selon Maduro (1998 : 35) que sont i) le test de la discrimination (*Dassonville*, « *Cassis de Dijon* ») ; ii) le test « typologique » (*Keck et Mithouard*), afin d'adopter iii) le test de la mise en balance et de l'analyse coûts-bénéfices. En effet, la notion d'accès au marché suppose la mise en balance (à l'instar d'une règle de raison) des bénéfices de la mesure entravante et des coûts d'efficacité engendrés par ladite entrave. Concernant plus spécifiquement la question de l'analyse coûts-bénéfices des mesures nationales analysées par la Cour, et leur fonction inhérente au sein du principe de proportionnalité, voir notre Section plus haut intitulée « Principe de Proportionnalité comme Principe d'Efficiency Economique ».

pas adressé la question préjudicielle formulée par le juge national, et a préféré directement estimer que la mesure en cause était une mesure à effet équivalent à des restrictions quantitatives (Spaventa (2009 : 914).

Ces arrêts furent également l'occasion pour la Cour d'introduire « une typologie ternaire » des mesures à effets équivalents à des restrictions quantitatives (Sibony et Defossez 2010 : 130). La Cour consacra cette typologie ternaire et considèrera qu'il y a : premièrement, des mesures ouvertement discriminatoires, ne nécessitant pas d'examen plus approfondi pour être censurées ; deuxièmement, des mesures non discriminatoires mais entravant les échanges intra-européens par le seul fait de la coexistence de différentes réglementations nationales (jurisprudence « Cassis de Dijon ») ; troisièmement, des mesures non discriminatoires entravant l'accès au marché⁵⁶⁶. Cette typologie ternaire peut surprendre car d'aucuns peuvent se poser la question, comme le font justement Sibony et Defossez (2010), à savoir : pourquoi la Cour opère-t-elle la distinction tenue entre les mesures non discriminatoires entravantes au sens de « Cassis de Dijon », et mesures non discriminatoires entravantes pour l'accès au marché ? En réalité, cette subtilité relève davantage de l'intérêt doctrinal que d'une pratique jurisprudentielle modifiée. Ainsi, la Cour affirmera plus loin dans l'arrêt *Commission c/ Italie* que :

« L'article (34 du TFUE) reflète l'obligation (...) d'assurer aux produits communautaires un libre accès aux marchés nationaux⁵⁶⁷ ».

566 C-110/09 (2009) *Commission v Italy*, §37 ; C-142/05 (2009) *Mickelsson* §24.

567 C-110/05 (2009) *Commission c/ Italie*, §34.

Avant d'affirmer que des restrictions concernant l'usage des produits sont de nature à limiter le libre accès au marché (même si, en l'espèce, la Cour jugera que l'Etat membre prit une décision proportionnée donc justifiée) :

« À cet égard, il convient de constater qu'une interdiction d'utilisation d'un produit sur le territoire d'un État membre a une influence considérable sur le comportement des consommateurs, lequel affecte, à son tour, l'accès de ce produit au marché de cet État membre⁵⁶⁸ ».

Il ressort de ces extraits que la Cour entend bien s'atteler à la minimisation des coûts d'efficience potentiels entraînés par des mesures nationales, indépendamment du caractère discriminatoire ou non de ces mesures, mais seulement à la lumière de l'effet entravant desdites mesures. Ainsi, dans le domaine de la libre circulation des marchandises, l'entrave peut être le simple fait que la mesure soit discriminatoire⁵⁶⁹. En adoptant une approche par la notion de l'accès au marché (Tryfonidou 2010 : 44-46), l'évolution jurisprudentielle dans le domaine de la libre circulation des marchandises rejoint donc, comme nous le verrons plus loin, l'évolution constatée dans les autres contentieux de libertés de circulation pour se rapprocher toujours davantage d'une

568 CJCE, 10 févr. 2009, *Commission c/ Italie*, C-110/05, §56.

569 Ainsi, Martin (2006 : 104-105) précise que « la Cour admet qu'une mesure qui rend plus difficile la commercialisation des produits importés est discriminatoire, même si elle est formellement indistinctement applicable. Toutefois, elle n'examine le caractère réellement indistinctement applicable de la mesure incriminée que si les parties le lui demandent ou ne sont pas d'accord à ce sujet. Il est surprenant de constater qu'une telle situation se présente rarement. Il semble acquis pour tous, parties au litige, Etats membres et Commission, que la question ne revêt que peu d'importance, sauf exception. La Cour considère donc que, sauf si elle est ouvertement discriminatoire, une mesure doit être présumée indistinctement applicable ». Cette présomption démontre, s'il en était encore besoin, que la Cour scrute l'acceptabilité des conséquences de mesures qui sont, pour leur très grande majorité, non discriminatoires. Ainsi, l'essentiel du contentieux se concentre sur l'analyse conséquentialiste des entraves non discriminatoires.

protection de l'efficacité transactionnelle au sein du marché unique. Cette évolution, quoique subtile et lente, n'en demeure pas moins fondamentale dans l'approche jurisprudentielle : il n'est désormais plus question de classification juridique selon le critère de la discrimination mais davantage d'analyse conséquentialiste de l'impact économique de la mesure nationale appréciée.

Comme nous l'avons vu, le critère de la non-discrimination comme interprété par *Dassonville*, ne pouvait être l'outil efficace, quand bien même celui-ci serait discutablement modifié, de la minimisation des coûts d'efficacité au sein du marché intérieur. Par ailleurs, *Keck et Mithouard* opérait une distinction juridique qui, si elle était strictement suivie, aggraverait ces mêmes coûts d'efficacité, ou qui, si elle était ignorée, n'apporterait rien si ce n'est des subtilités juridiques inutiles pour l'économiste. Ce sont les raisons pour lesquelles la Cour dut réunifier, au-delà des subtilités juridiques, la nature des mesures entrant dans le champ d'application de l'article 34 du TFUE, mais également elle dut offrir un critère alternatif efficace dans sa lutte contre les coûts d'efficacité.

Ainsi, les arrêts *Commission c/ Italie* et *Mickelsson* de 2009 qui donnent l'occasion à la Cour de reformuler de façon « unifiante »⁵⁷⁰ la position jurisprudentielle de droit positif, consistant à affirmer que peu importe l'objet de la mesure non discriminatoire en question (et donc sa catégorisation juridique en tant que mesure tenant aux modalités de vente, ou en tant que mesure tenant aux caractéristiques du produit), seul importe aux yeux des juges européens, désormais, que l'accès au marché soit véritablement garanti⁵⁷¹. Si *Keck* a signifié qu'une approche par la notion

570 Sibony et Desfossez (2011).

571 D'ailleurs, n'est-ce pas Hatzopoulos (2005 : 193), professeur qui allait devenir président de la Cour au moment où celle-ci rendait ces arrêts de 2009 *Commission c/ Italie* et *Mickelsson*, qui affirmait que « même si en pratique la majorité des mesures censurées par la Cour, notamment dans le domaine des libertés personnelles, peuvent être analysées comme étant discriminatoires, la Cour les condamne toutes pour le seul motif qu'elles entravent l'une des libertés fondamentales » ?

d'accès au marché dans la libre circulation des marchandises se faisait moins probable⁵⁷², les arrêts *Commission c/ Italie* et *Mickelsson* prennent explicitement le parti pris de l'unification des lignes de jurisprudence par l'adoption, même dans la libre circulation des marchandises, de la notion d'accès au marché développée dans les autres libertés de circulation. Cette position jurisprudentielle, fruit d'une longue évolution de la part des juges européens, est en conformité avec le raisonnement économique consistant à la maximisation de l'efficacité transactionnelle par la minimisation des coûts de transactions. D'ailleurs, la notion d'accès au marché ne serait-elle pas la véritable notion sous-jacente à l'Article 34 du TFUE, plutôt que la non-discrimination comme l'affirme l'Avocat Général Bot ?⁵⁷³ Ainsi, à la question pertinente posée, il y a de nombreuses années par Maduro, qui était de savoir si l'article 34 du TFUE était destiné à préserver un interventionnisme économique excessif de la part des Etats sur leur marché (supposant un contrôle juridictionnel poussé,

572 Ainsi, avec le tournant (qui ne fut que passager) de *Keck*, il a été possible de croire alors que « *the case law on the free movement of goods is out of line with a broader "market access" approach applied across the other free movement provisions* » (Shaw, Hunt et Wallace 2007 : 122). Ce « *market access approach* » (ou approche par la notion de l'accès au marché) est désormais bel et bien consacré par la jurisprudence à travers toutes les libertés.

573 Voir Conclusions de l'Avocat Général Bot pour l'affaire CJCE, 10 févr. 2009, *Commission c/ Italie*, C-110/05, §107-113 où celui-ci affirme que « l'examen auquel doit procéder le juge communautaire devrait, selon nous, s'exercer sur la base d'un critère formulé à la lumière de l'objectif poursuivi par l'article (34 du TFUE) et commun à l'ensemble des restrictions aux libertés de circulation, à savoir le critère de l'accès au marché (...). Nous rappelons que, aux termes de l'article 28 CE, le traité interdit les « mesures d'effet équivalent » entre les États membres (56). Dans le cadre du contrôle juridictionnel d'une réglementation nationale, il serait donc plus conforme à la lettre et à l'esprit du traité de recourir à une appréciation concrète des effets sur le marché de cette réglementation (...). Quant à la mise en œuvre de ce critère, nous pensons, comme la Commission, que le juge communautaire devrait procéder à un examen au cas par cas. Dans le cadre de ce contrôle, la Cour examinerait *in concreto* l'étendue de l'obstacle au commerce intracommunautaire que cause la mesure limitant l'accès au marché ».

conduisant à une analyse jurisprudentielle coûts-bénéfices par le principe de proportionnalité⁵⁷⁴) ou à simplement interdire toute discrimination entre produits selon leur origine (et ainsi se cantonner à une analyse juridique classique et une analyse économique superficielle tendant à favoriser le commerce entre Etats membres).

b. L'unification progressive des lignes de jurisprudence par la notion d'accès au marché ou la traduction jurisprudentielle d'une logique d'efficience transactionnelle

La Cour va progressivement abandonner la jurisprudence *Keck et Mithouard*⁵⁷⁵, et plus généralement, va se distancier du critère de la non-discrimination, étant donné l'impuissance de celui-ci à atteindre et à promouvoir l'efficience transactionnelle, implicitement inscrite à l'agence politique de la Cour, au profit de la notion d'accès au marché. Cette évolution jurisprudentielle ne va pas se cantonner au domaine de la liberté de circulation des marchandises. En effet, des évolutions similaires vont être constatées dans chacune des libertés de circulation (à savoir, la libre

574 Voir notre chapitre sur le principe de proportionnalité comme principe d'efficience économique où il a été démontré que les juges européens ont progressivement aligné leur raisonnement juridique sur un économique, interprétant le principe de proportionnalité comme une analyse coûts-bénéfices poursuivant le principe d'efficience économique.

575 Voir l'approche restrictive de la notion de mesures relative à la commercialisation des produits dans les affaires jointes C-34-36/95 (1997) *Konsumentombudsmannen (KO) c/ De Agostini (Svenska) Förlag AB, et TV Shop i Sverige AB*, I-3843; C-254/98 (2000) *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb c/ TK-Heimdienst Sass GmbH*, I-151; C-405/98 (2001) *Gourmet International Products*, I-1795.

circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux). Ces lignes de jurisprudence, jusqu'ici relativement distinctes car enclavées dans des subtilités jurisprudentielles dérivées de la prééminence du critère de la non-discrimination, vont se rapprocher, si ce n'est se confondre, autour de la notion unique d'accès au marché, critère juridique le plus proche qu'il soit de la minimisation des coûts de transactions.

Ainsi, d'aucuns affirmeront que la notion d'accès au marché est, dans le domaine de la liberté de circulation des marchandises, « sous-jacente à l'approche jurisprudentielle de la Cour » depuis *Dassonville* jusqu'à *Keck et Mithouard* en passant par « *Cassis de Dijon* »⁵⁷⁶. Or, et sans discuter de cette affirmation quelque peu audacieuse, la notion de l'accès au marché, qui « suppose une analyse économique »⁵⁷⁷, est bel et bien la notion juridique la plus proche de l'approche économique consistant en une minimisation des coûts d'efficience et donc de la promotion de l'efficience transactionnelle. Par conséquent, non seulement les libertés de circulation s'articulent progressivement autour d'une évolution jurisprudentielle, consistant en l'adoption de la notion

576 Il est vrai que la formule *Dassonville* est la suivante « toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intra-communautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives ». Mais cette notion d'entrave était alors destinée à combattre les réglementations entravant le commerce intra-communautaire et ne concerne donc ni les réglementations affectant le commerce dans des affaires purement internes (voir en cela notamment l'arrêt C-152/78 (1980) *Commission c/ France*, 2299), ni les réglementations imposant des discriminations à rebours (voir ainsi C-355/81 (1986) *M. Driancourt c/ Michel Cognet*, 3231). Ainsi, comme l'« avoue » le juge Joliet (Joliet 1994 : 146) ayant participé à la rédaction de *Dassonville*, la formule de *Dassonville* ne visait que les mesures s'appliquant spécifiquement aux produits importés. Néanmoins, une grande partie de la doctrine a toujours adopté une interprétation des plus larges de la formule de *Dassonville*, comme c'est le cas de Hilson (1999 : 446) affirmant : « *In any event, the definition of MEQR laid down by the Court in the case [Dassonville] was sufficiently broad to catch both distinctly and indistinctly applicable rules* ». Par ailleurs, *Keck et Mithouard* écarte bien les mesures concernant la commercialisation des produits parce que ces mesures sont présumées ne pas bloquer l'accès au marché pour les producteurs non nationaux.

577 Vollot-Bruneau (2007 : 273).

unique d'accès au marché, mais cette notion d'accès au marché était déjà implicite avant qu'elle ne devienne expressément utilisée par la Cour et, surtout, cette notion d'accès au marché est synonyme de promotion d'efficacité transactionnelle selon l'agenda politique de la Cour.

Plus généralement, il est relativement rare de trouver dans la doctrine des contributions faisant état de cette évolution jurisprudentielle, consistant non pas seulement à démontrer l'importance grandissante de la notion d'accès au marché dans la jurisprudence européenne, mais surtout de démontrer la capacité unificatrice que cette notion apporte entre les différentes lignes de jurisprudence⁵⁷⁸. Et lorsque ces auteurs étudient et constatent cette convergence, ils ne proposent aucune explication à ce phénomène jurisprudentiel⁵⁷⁹.

578 Les exceptions notables sont Snell (2002) et Tryfonidou (2010).

579 Les seules raisons que ces auteurs donnent concernent seulement la convergence qui prend place dans le contexte de la citoyenneté européenne. Cette convergence survient car la Cour souhaiterait accorder à chaque citoyen européen le bénéfice des libertés économiques, indépendamment de la catégorisation de ces libertés et des mesures en cause. Ainsi, Tryfonidou (2010) affirme que « *(there) is an underlying desire to achieve convergence among the market freedoms. This is not a novel idea. What is novel is the analysis of this move as part and parcel of the broader developments which have taken place in the context of Union citizenship and, in particular, of the re-conceptualisation of the market freedoms as economic rights to which all Union citizens are entitled* ». Ceci ne saurait être considéré comme une explication de l'évolution jurisprudentielle mais seulement comme la raison pour laquelle cette convergence survient. En effet, dire qu'un phénomène survient, parce que son auteur a posé les conditions pour la survenance de ce phénomène, n'explique en rien les motivations sous-jacentes à l'établissement ex ante de ces conditions (pourquoi ces conditions n'auraient-elle pas pu être posées plus tôt ou plus tard, ou encore différemment ?), ni n'explique la volonté politique ayant fait émerger le phénomène à étudier, quand bien même les conditions en étaient posées (la possibilité d'agir n'implique pas l'automatisme d'agir dans un sens autorisé). Il y a donc une carence, dans la doctrine, à expliquer les vraies raisons (les causes) à l'émergence de ce phénomène qu'est la convergence entre libertés de circulation, et non seulement à expliquer les raisons institutionnelles (les symptômes apparents) de cette émergence rendue possible mais non inéluctable. Or, ces vraies raisons sont, dans notre étude des juges européens comme acteurs institutionnels dotés d'une rationalité économique et d'un agenda politique, nécessairement la recherche de la cause de ce phénomène à la lumière de l'agenda politique des juges.

Afin de démontrer la généralisation par la Cour de la notion d'accès au marché, et par là même de sa recherche d'une efficacité transactionnelle au sein de toutes les libertés de circulation, nous démontrerons, par l'analyse successive des libertés de circulation, la convergence des lignes de jurisprudence, par la substitution de la notion d'accès au marché au critère de la non-discrimination. Cette convergence évolutionnaire, autour du critère juridique le plus en adéquation avec l'efficacité transactionnelle qu'est la notion d'accès au marché, fait suite à une période de divergence passée au début des années 90⁵⁸⁰.

i) Liberté de circulation des personnes : le domaine d'émergence d'une citoyenneté européenne

La liberté de circulation des marchandises connut un développement considérable avec les affaires « *Cassis de Dijon* », *Cinéthèque* et *Torfaen* dans les années 80 censurant des mesures sans qu'elles soient discriminatoires. Ce mouvement jurisprudentiel s'est produit dans le domaine de la libre circulation des personnes seulement dans les années 90 et 2000, au moment même où la Cour entamait un mouvement inverse dans le domaine des marchandises, en limitant son audace

Nous démontrerons ainsi que la convergence n'est que la conséquence de l'adoption généralisée de la notion d'accès au marché. Cette notion est, elle-même, la conséquence de l'incapacité du critère de la non-discrimination de poursuivre l'agenda politique des juges européens qu'est la promotion de l'efficacité transactionnelle par la minimisation des coûts d'efficacité. Ce agenda politique a l'avantage, pour les juges européens, de les placer comme interprètes ultimes et incontournables d'une économie européenne compétitive, limitant la souveraineté réglementaire nationale au profit d'un droit supranational véritablement intégré, et où l'innovation juridique provient davantage de la Cour que des autres institutions européennes davantage politisées.

580 Voir Tryfonidou (2010).

jurisprudentielle avec *Keck et Mithouard*⁵⁸¹, une décision qui n'aura jamais son pareil dans le domaine de la liberté de circulation des personnes⁵⁸².

Sera ainsi considérée par la Cour comme entrant dans le champ d'application de la liberté de circulation des personnes (ainsi que ce sera le cas pour la libre prestation de services), toute mesure entravant l'accès au marché d'un autre Etat membre. La Cour a en effet « redéployé » la libre circulation des personnes au tournant du XXIème siècle par la promotion de cette liberté, indépendamment du statut de travailleurs, mais surtout par le statut dérivé de la citoyenneté européenne⁵⁸³. Alors que la libre circulation des marchandises a traditionnellement toujours été plus développée dans la jurisprudence de la Cour⁵⁸⁴, la libre circulation des « citoyens européens » permet d'enrichir cette ligne de jurisprudence afin de la rapprocher de la ligne concernant les marchandises et ce, grâce à la notion d'accès au marché. Aborder la liberté de circulation des

581 L'explication de cette « dissonance » dans les lignes de jurisprudence est peut-être à trouver dans les modifications législatives et constitutionnelles qui eurent lieu avec l'Acte Unique Européen de 1988 et avec le Traité de Maastricht de 1992 (Maduro 2002). Le domaine de la liberté de circulation des marchandises est régi par la majorité qualifiée depuis l'Acte Unique Européen, ce qui expliquerait la plus grande indulgence de la Cour avec son arrêt *Keck et Mithouard*, tandis que l'unanimité était toujours requise pour le domaine de la libre circulation des personnes, d'où l'activisme jurisprudentiel continu dans ce domaine (Maduro 2002).

582 Voir les arrêts dans lesquels la problématique de *Keck et Mithouard* a pu être soulevée sans que la Cour adopte la solution dégagée dans *Keck et Mithouard* : C-415/93 (1995) *Bosman*, I-4921; C-384/93 (1995) *Alpine Investments BV v Minister van Financien*, I-1141; C-98/01 (2003) *Commission v United Kingdom (BAA Golden Share)*, I-4641 ; C-463/00 (2003) *Commission v Spain (Repsol)*, I-4581.

583 Les affaires majeures en l'espèce sont *Martínez Sala v Freistaat Bayern* (C-85/96) [1998] E.C.R. I-2691 ; *Grzelczyk v Centre Public d'Aide Sociale d'Ottignies Louvain la Neuve* (C-184/99) [2001] E.C.R. I-6193 ; [2002] 1 C.M.L.R. 19 ; *Baumbast v Secretary of State for the Home Department* (C-413/99) [2002] E.C.R. I-7091 ; [2002] 3 C.M.L.R. 23 ; *R. (on the application of Bidar) v Ealing LBC* (C-209/03) [2005] E.C.R. I-2119.

584 White (2005) ; O'Leary (2008).

personnes sous l'angle des coûts de transactions nous semble pertinent bien que délaissé⁵⁸⁵. L'idée que la citoyenneté européenne est une réalisation juridique qui a progressivement émergé dans la jurisprudence européenne, autour de l'évolution de la notion de non-discrimination et du développement du principe de libre circulatio, est la thèse d'Anastasia Iliopoulou (2007).

Nous rejoignons entièrement cette idée d'un développement de la notion de citoyenneté européenne par le délitement du critère de la non-discrimination et par le renforcement du principe de libre circulation. Cette thèse est très bien résumée par le professeur Azoulai, alors jury de thèse, affirmant ainsi que « l'idée originale qui soutient cette recherche est que la substance juridique de la citoyenneté européenne ne se trouve point tant dans les dispositions du traité qui y sont consacrées, ni même dans les textes pris pour leur application, mais plutôt dans deux principes classiques du droit économique communautaire, le principe de non-discrimination et le principe de libre circulation. C'est par ces principes que la citoyenneté de l'Union se construit, c'est par eux qu'elle va continuer à évoluer ». (Iliopoulou 2007 : xiii-xiv). En effet, l'évolution vers une citoyenneté européenne a d'abord été l'oeuvre du juge européen.

Cette citoyenneté « avant la lettre » de Maastricht (Iliopoulou 2007 : 39) a émergé par le délitement de l'exigence de travail (et ensuite de ressources) : d'une liberté de circulation du travailleur, la Cour a favorisé la liberté de circulation des simples résidents, et donc de véritables citoyens européens⁵⁸⁶. Afin d'atteindre ce renforcement de la libre circulation des personnes au

585 L'exception notable étant l'article daté de Feldstein (1967).

586 La notion antérieure à celle de citoyen européen créée par la Cour fut initialement celle de « ressortissant communautaire », citée dès l'arrêt Van Gend en Loos où la Cour a affirmé que le droit communautaire s'appliquait, non seulement aux Etats membres, mais également directement aux ressortissant communautaires. Voir C-26/62 (1963) Van Gend en Loos, 1. Préalable nécessaire au délitement de la notion de travailleur inscrite dans les Traités, la Cour a dû autonomiser la notion de travailleur au niveau européen, en faisant fi des définitions nationales. Voir C-53/81 (1982) Levin, 1035 ; C-66/85 (1986) Lawrie-Blum, 2121.

sein de l'Union, la Cour a progressivement interprété le critère de la non-discrimination de manière très large⁵⁸⁷ incluant des avantages sociaux touchant des situations « du berceau à la tombe » (Iliopoulou 2007 : 48). Ce mouvement jurisprudentiel s'est fait, à l'instar de la libre circulation des marchandises, toujours dans le but de maximiser les échanges par la minimisation des entraves possibles à cette liberté⁵⁸⁸. Ainsi, à la notion d'accès au marché, qui s'est substitué au critère de la

587 Dès lors, était considéré comme travailleur, des personnes effectuant des activités à temps partiel (C-53/81 (1982) Levin, 1035) ; des stages (C-197/86 (1988) Brown, 3205) ; et même, laissant présager du délitement du lien avec un travail, les demandeurs d'emplois (C-292/89 (1991) Antonissen, I-745). Au-delà du « travailleur », sa famille bénéficie de cette liberté (C-32/75 (1975) Cristini, 1085, en combinaison avec le Règlement 1612/68), que cette famille comprenne des ressortissants des pays tiers ou pas (C-94/84 (1985) Derek, 1873). Avec l'Article 18 du TFUE interdisant toute discrimination entre personnes de nationalités différentes, la Cour a cherché à inclure les enseignants et les étudiants dans cette liberté de circulation (C-293/93 (1985) Gravier, 806), en considérant audacieusement qu'étudiants comme enseignants s'inscrivaient dans le cadre d'une formation professionnelle, et donc pouvaient se rattacher à la libre circulation des travailleurs. Comme le fait remarquer Iliopoulou (2007 : 45-46) le législateur européen a adopté trois directives en 1990 (Directive 90/364/CEE relative au droit de séjour ; Directive 90/365/CEEE relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle ; Directive 93/96/CE relative au droit de séjour des étudiants), consacrant le droit pour les étudiants, retraités, et les ressortissants européens n'ayant pas de titre de séjour précis de séjourner dans tout Etat membre dès lors qu'ils possèdent des ressources suffisantes et une assurance maladie. Or, ces trois directives viennent au sortir d'une évolution jurisprudentielle marquée par l'affaire Cowan (C-186/87 (1989) Cowan, 195) où la Cour a décidé que rentrait dans la champ d'application de l'Article 18 du TFUE un touriste britannique agressé en France qui n'avait pas pu être indemnisé à cause de sa nationalité

588 Par exemple, au nom de la promotion de la liberté de circulation des travailleurs, la Cour a considéré que rentraient dans l'interdiction de discrimination, tous les avantages sociaux susceptibles d'encourager et de dissuader le travailleur migrant à s'installer dans un autre Etat membre. La formule, donnée à l'occasion de l'affaire Even (C-207/78 (1979) Even, 2019) entend comprendre tous les avantages qui « liés ou non à un contrat d'emploi, sont généralement reconnus aux travailleurs en raison de leur qualité objective de travailleurs, ou du simple fait de leur résidence sur le territoire national, et dont l'extension aux travailleurs ressortissants d'autres Etats membres apparaît dès lors comme apte à faciliter la libre circulation à l'intérieur de la

non-discrimination dans le domaine de la liberté de circulation des marchandises, les juges avaient, dans le domaine de la libre circulation des personnes, et déjà avant Maastricht, substitué la notion de citoyenneté au critère traditionnel mais limité de non-discrimination (promouvant ainsi l'accès non pas aux marchés mais à tout le territoire de l'Union Européenne, encore que certaines parleront de « citoyen de marché »⁵⁸⁹). Si la Cour avait bien avant Maastricht introduit la notion de citoyenneté, une fois que cette notion fut constitutionalisée, la Cour ne manqua pas d'activisme jurisprudentiel aux fins s'écarter toujours plus du critère de la non-discrimination et ainsi censurer des mesures entravantes qui seraient non discriminatoires⁵⁹⁰. C'est ainsi que la Cour a pu formuler, concernant l'utilisation d'un point de vue instrumental de la citoyenneté européenne pour échapper au critère restrictif de non-discrimination⁵⁹¹, des arrêts majeurs tels que *Martinez Sala*⁵⁹², *Bickel et*

Communauté ». Se voyant comme facilitateur des échanges entre personnes et des transactions sur le marché de l'emploi, la Cour privilégie clairement la notion de résidence au sens large plutôt que la notion de travailleur muni d'un contrat d'emploi.

589 Voir Everson (1995) ; Downes (2001).

590 Cette volonté de la Cour de maximiser la liberté de circulation des travailleurs, en minimisant les entraves possibles aux travailleurs migrants, peut parfois aller jusqu'à un raisonnement juridique fragile au profit d'un raisonnement économique certain. Ainsi, la Cour n'a pas hésité à se référer à un texte d'application générale pour écarter un texte d'application particulière, au motif que ce dernier n'allait pas dans le sens de la maximisation de la liberté de circulation des travailleurs (Iliopoulou 2007 : 50).

591 Iliopoulou (2007 : 68) considère que la Cour ne s'est pas émancipée du critère de la non-discrimination mais a plutôt favorisé « un mouvement d'extension du champ personnel du principe de non-discrimination par le biais de la citoyenneté ». Or, nous estimons que la Cour a bel et bien élaboré une jurisprudence s'écarter (et non « étendant ») du principe de non-discrimination car celui-ci s'est révélé, eu égard aux ambitions des juges européens de minimiser les entraves aux échanges, être impotent à cet agenda politique, à l'instar de la jurisprudence européenne dans le domaine de la libre circulation des marchandises. Il est certes vrai que la jurisprudence fait toujours référence à la non-discrimination et particulièrement à l'Article 18 du TFUE. En revanche, cette référence ne saurait être trompeuse. La non-discrimination est désormais toujours analysée en combinaison avec la notion de citoyenneté européenne. La non-discrimination reste pertinente car toute situation ouvertement discriminatoire serait illégale, mais la non-discrimination n'a désormais qu'un rôle largement auxiliaire dans le

*Franz*⁵⁹³, et *Grzelczyk*⁵⁹⁴. En résumé, l'activisme jurisprudentiel de la Cour dans le domaine de la libre circulation des personnes a été illustré par trois étapes majeures qui se retrouvent intégralement dans le domaine de la libre circulation des marchandises. Ces trois étapes sont : 1) l'interprétation très large du critère de la non-discrimination par l'introduction d'un nouveau critère facilitant davantage les échanges ; 2) l'abandon du critère de la non-discrimination par l'interdiction de certaines mesures non discriminatoires ; et enfin, 3) l'adoption de la seule notion d'entrave comme corollaire à l'adoption de la notion d'accès au marché (ici, d'accès à tout territoire de l'UE en tant que citoyen européen) comme seul test jurisprudentiel pertinent.

La première étape fût actée par l'arrêt *Martinez Sala*⁵⁹⁵ où il était question de savoir si une ressortissante espagnole, résidant en Allemagne depuis 1968, s'est vue refuser le bénéfice d'une allocation d'éducation pour son enfant au motif qu'elle ne disposait pas du titre de séjour requis. La Cour va déclarer que cette exigence de titre de séjour est incompatible avec le droit européen et plus particulièrement avec la combinaison des Articles 18⁵⁹⁶ et 20⁵⁹⁷ du TFUE, autrement dit, par

domaine de la liberté de circulation des personnes, à l'instar du statut du critère de la non-discrimination dans le domaine de la liberté de circulation des marchandises : une référence certes, mais le test jurisprudentiel se situe désormais ailleurs.

592 C-85/96 (1998) *Martinez Sala*, I-2691.

593 C-274/96 (2001) *Bickel et Franz*, I-7637.

594 C-184/99 (2001) *Grzelczyk*, I-6193.

595 C-85/96 (1998) *Martinez Sala*, I-2691.

596 Article 18 du TFUE (ex-Article 12 du TCE) : « Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent prendre toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations ».

597 Article 20 du TFUE (ex-Article 17 du TCE) : «1. Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas.

l'adjonction à l'interdiction classique de non-discrimination, la notion de citoyenneté européenne légitimant l'interprétation très large que la Cour fera de la non-discrimination. Le raisonnement est le suivant :

« En application d'une jurisprudence constante, un Etat peut imposer aux ressortissants communautaires la possession d'un titre de séjour dans la mesure où une obligation identique pèse sur les ressortissants nationaux en ce qui concerne leur carté d'identité. Néanmoins, aux fins de la reconnaissance du droit de séjour, la carte de séjour ne saurait avoir qu'une valeur déclaratoire. Dans ces conditions, le fait d'exiger d'un ressortissant communautaire, souhaitant bénéficier d'une allocation d'éducation, qu'il produise un titre de séjour alors qu'aucun document de type analogue n'est demandé au ressortissant national, aboutit à une discrimination interdite par l'article (18 du TFUE)⁵⁹⁸ ».

Par cet extrait, il est clair que la Cour se place dans l'application du critère de la non-discrimination, encore que cette interprétation est large car l'exigence d'un titre de séjour n'est pas une discrimination directe, mais seulement indirecte, et encore, cette exigence pourrait être

2. Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par les traités. Ils ont, entre autres :

- a) le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ;
- b) le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen ainsi qu'aux élections municipales dans l'État membre où ils résident, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État ;
- c) 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 ;
- d) 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. Ces droits s'exercent dans les conditions et limites définies par les traités et par les mesures adoptées en application de ceux-ci ».

598 C-85/96 (1998) *Martinez Sala*, I-2691, §54-55.

considérée comme non-discrimination, même indirectement, car était demandé aux ressortissants nationaux la production de leur carte nationale d'identité. Quoiqu'il en soit, le critère de la non-discrimination énoncé à l'Article 18 du TFUE reste la référence juridique fondamentale. Mais, là où l'arrêt *Martinez Sala* est encore plus novateur, c'est dans sa référence à la citoyenneté européenne de l'Article 20 du TFUE, en combinaison avec l'Article 18 du TFUE. En effet, la Cour affirmera que ce n'est pas tellement l'exigence imposée à la requérante de produire un titre de séjour qui est critiquable (exigence constituant une discrimination indirecte), mais c'est davantage le fait de supposer que la requérant ne réside pas légalement dans le territoire d'un autre Etat membre qui est autrement plus critiquable selon la Cour. Celle-ci affirme qu'« en tant que ressortissante d'un autre Etat membre, résidant légalement sur le territoire d'un autre Etat membre, la requérante au principal relève du domaine d'application *ratione personae* des dispositions du traité consacrées à la citoyenneté européenne⁵⁹⁹ ». Et la Cour de faire jouer de façon cumulée l'interdiction de discrimination et la citoyenneté européenne pour conclure que :

« Or, l'Article (20 du TFUE) attache au statut de citoyen de l'Union les devoirs et les droits prévus par le traité, dont celui, prévu à l'Article (18 du TFUE) de ne pas subir de discrimination en raison de la nationalité dans le champ d'application *ratione materiae* du traité. Un citoyen de l'Union Européenne qui réside légalement sur le territoire de l'Etat membre d'accueil peut se prévaloir de l'Article (18 du TFUE) dans toutes les situations relevant du domaine d'application *ratione materiae* du droit communautaire⁶⁰⁰ ».

Ainsi, la requérante est considérée comme citoyenne de l'Union et, en cela, fait rentrer le litige dans la compétence de la Cour (*ratione personae*) et la discrimination indirecte que la requérante subit, en tant que citoyenne européenne, fait rentrer le litige dans la compétence de la Cour (*ratione*

599 C-85/96 (1998) *Martinez Sala*, I-2691, §61.

600 C-85/96 (1998) *Martinez Sala*, I-2691, §62-63.

materiae). Une fois cette compétence affirmée, il n'y avait plus qu'un pas pour que la Cour censure cette discrimination indirecte imposée à l'encontre d'une citoyenne européenne. L'exigence d'un statut fonctionnel (travail, ressources économiques, études...) n'est plus du tout requis⁶⁰¹ ; seul le statut « existentiel » de la citoyenneté européenne (délivrée automatiquement et non contingente à une activité) est suffisant⁶⁰². On le voit, le critère de la non-discrimination est réinterprété de manière très « large »⁶⁰³ à la lumière du concept de citoyenneté européenne, mais n'est toujours pas abandonné, une étape suivante que la Cour franchira peu de temps après l'affaire *Martinez Sala* de 1998.

La seconde étape viendra avec l'arrêt *Bickel et Franz*⁶⁰⁴, dans lequel la Cour usera d'une rhétorique relevant davantage de « l'égalité entre citoyens européens » que de la simple interdiction de discriminations⁶⁰⁵. Cette affaire souleva la question de savoir si Messieurs Franz et Bickel, ressortissants allemands et autrichiens respectivement, ont été pénalement poursuivis pour infractions dans la région italienne du Trentin-Haut Adige. Les requérants ont demandé, avant d'être déboutés, à utiliser la langue allemande dans la procédure pénale comme le prévoit un décret concernant les résidents germanophones. La question portait alors sur le fait de savoir si la citoyenneté européenne exigeait que le bénéficiaire d'une réglementation nationale, accordant le droit

601 Iliopoulou (2007 : 74) affirmera qu'« après Sala, il semblerait qu'aucun lien (même indirect) avec un statut spécifique n'est requis afin de déclencher la protection contre la discrimination ».

602 Whelan (2000 : 179) affirmant : « *Although the Court has been concerned on many occasions in the past with identifying whether claimants of rights have particular Community-law status, that status (of worker, provider or recipient of services, recipient of vocational training, etc) always derived from an (economic) activity and the scope of their rights could be determined by reference to the requirements of their activity. In the case of Union citizenship, a particular Community-law status is acquired automatically* ».

603 Voir conclusions de l'Avocat Général La Pergola sous l'affaire C-85/96 (1998) *Martinez Sala*, I-2691, §23.

604 C-274/96 (2001) *Bickel et Franz*, I-7637.

605 Voir également C-224/98 (2002) *D'Hoop*, I-6191.

à ce qu'une procédure se déroule dans une langue différente de la langue principale de l'Etat, soit accordé à des non-résidents en vertu des Articles 18 du TFUE (non-discrimination), 21 du TFUE (liberté de circulation des citoyens européens) et 56 du TFUE (libre prestation de services). Alors qu'un tel bénéfice avait déjà été accordé par la Cour à un travailleur⁶⁰⁶, l'arrêt *Bickel et Franz* va plus loin en accordant ce bénéfice⁶⁰⁷, alors même que les requérants sont simplement en visite en Italie, sur le seul fondement de la citoyenneté européenne. L'Italie affirmait qu'il n'y avait pas de discriminations car, si les requérants avaient été résidents de la région, alors ils auraient pu bénéficier de cette réglementation. Or, la Cour va contester l'exigence même de résidence⁶⁰⁸ en affirmant que :

« Les ressortissants de langue allemande des autres Etats membres, qui circulent et séjournent dans la province de Bolzano, sont désavantagés par rapport aux ressortissants italiens de langue allemande qui résident dans cette même région. En effet, tandis qu'un ressortissant italien de langue allemande résidant dans la province de Bolzano peut, s'il est inculpé dans cette province, obtenir que la procédure se déroule en allemand, ce droit sera refusé à un ressortissant de langue allemande d'un autre Etat membre, circulant dans la même province⁶⁰⁹ ».

Or, ce n'est pas tellement le critère de la non discrimination qui est ici pertinent car la solution jurisprudentielle crée, de fait, une discrimination positive parce que les allemands et les autrichiens sont avantagés par rapport aux ressortissants italiens de langue allemande ne séjournant

606 Voir C-137/84 (1985) *Mutsch*, 2681.

607 Un bénéfice similaire avait déjà été accordé mais aux victimes engagées dans une procédure pénale et non aux personnes faisant l'objet de poursuites pénales. Voir C-186/85 (1989) *Cowan*, 195.

608 Ainsi, la Cour va encore plus loin que dans *Sala* où cette exigence était acquise, seule la production d'une preuve de résidence était contestée.

609 C-274/96 (2001) *Bickel et Franz*, I-7637, §24.

pas dans la province de Bolzano⁶¹⁰ (encore que la différence de traitement est sous-jacente dans la condamnation). En réalité, c'est l'entrave à la circulation qui est condamnable en soi⁶¹¹, entrave appréciée davantage sous l'angle de la citoyenneté européenne⁶¹² ne supposant aucune exigence de résidence, plutôt que sous l'angle de la non-discrimination consistant à comparer en vain deux situations différentes entre des non-résidents et des résidents⁶¹³. Le recours à la notion de

610 Cet argument a été cependant rejeté par l'Avocat Général dans ses conclusions sous l'arrêt C-274/96 (2001) *Bickel et Franz*, I-7637, §37-38.

611 Ainsi, il sera explicitement dit par la Cour, dans les arrêts *Terhoeve* et *Sehrer*, qu'il n'est pas « nécessaire de s'interroger sur l'existence d'une discrimination fondée sur la nationalité » pour constater la présence d'une entrave à la libre circulation. Voir C-18/95 (1999) *FC Terhoeve*, I-345, §41; C-302/98 (2000) *Sehrer*, I-4585, §35.

612 Une analyse confirmée lorsque la Cour affirme, à l'occasion d'une autre affaire, que « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats 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 ». Voir C-184/99 (2001) *Grzelczyk*, I-6193, 31. Ainsi, on le voit, la citoyenneté est substituée progressivement (« à vocation») à la simple discrimination, encore que l'exigence de traiter de façon similaire des situations similaires est la quintessence de la non-discrimination. Par conséquent, comme pour la notion d'accès au marché, la notion de citoyenneté européenne comprend l'interdiction de discrimination et va beaucoup plus loin, tandis que l'interdiction de discrimination ne comprend pas la citoyenneté européenne. Cette approche sera communément reprise par la Cour dans une série d'arrêts. Voir C-224/98 (2002) *D'Hoop*, I-6191 ; C-413/99 (2002) *Baumbast*, I-7091; C-148/02 (2003) *Garcia Avello*, I-11613 ; C-138/02 (2004) *Collins*, I-2703 ; C-482 et 493/01 (2004) *Orfanopoulos et Oliveri*, I-5257 ; C-224/02 (2004) *Pusa*, I-5763 ; C-502/01 et C-31/02 (2004) *Gaumain-Cerri et Barth*, I-6483 ; C-456/02 (2004) *Trojani*, I-7573.

613 Ilopoulou (2007 : 79) affirme ainsi que c'est la « connexion linguistique » transcendant les frontières nationales qui importe aux yeux de la Cour en cela que les italiens de langue allemande sont rapprochés des allemands et autrichiens plutôt que d'être comparés aux autres italiens, ou plutôt de comparer les allemands et autrichiens aux italiens ne parlant pas l'allemand. C'est ainsi qu'elle considère, à juste titre, que ces « considérations transnationales au centre desquelles se trouve la notion de citoyenneté européenne au sens large du terme, sont certainement très présents » dans la solution jurisprudentielle. Nous ajouterons qu'à cette citoyenneté européenne interprétée au sens large s'accompagne l'exigence, pour la Cour, de faciliter la

citoyenneté européenne est, tout comme l'est le recours à la notion d'accès au marché, purement instrumental, en cela que cette notion sert à libérer les territoires de l'UE accessibles aux citoyens européens, par l'abolition de toute restriction qui leur serait imposée sans s'imposer aux résidents de ces territoires. En substance, il s'agit bel et bien de combattre toute entrave, réelle ou potentielle, susceptible de rendre moins attractif la jouissance de la liberté de circulation. C'est cette notion d'entrave qui restait donc à définir avec précision, afin de procurer à la notion de citoyenneté européenne toute sa fonctionnalité de facilitateur d'accès à des territoires européens. Ce sera la troisième étape de l'évolution jurisprudentielle tendant à aborder la libre circulation des personnes sous l'angle du libre accès au territoire, dans une logique similaire à celle de la promotion d'efficacité transactionnelle reconnue dans la notion d'accès au marché concernant les autres libertés de circulation.

La troisième étape sera celle, au delà de l'importante décision *Baumbast*⁶¹⁴ de la Cour de rendre l'article 18 du TFUE directement applicable par les citoyens européens à l'encontre de leurs Etats, du recours à la notion unique d'entrave⁶¹⁵ à la liberté de circulation des personnes (et plus précisément des citoyens européens). Or, cette notion entrave suppose le recours à son corollaire unique qui n'est autre que la notion d'accès au marché (ici, de libre accès à tout territoire de l'UE

libre circulation des personnes comme le démontre cet extrait où la notion de « circulation » est mise en avant plutôt que la notion de discrimination qui suppose une comparaison.

614 C-413/99 (2002) *Baumbast*, I-7091.

615 La Cour utilise indistinctement les expressions « entraver » (C-425/93 (1995) *Bosman*, I-4921); « de nature à entraver » (C-190/98 (2000) *Graf*, I-493).

pour les citoyens européens). Ainsi, le rapprochement entre libre circulation des personnes et les autres libertés de circulation est évident depuis l'arrêt *De Cuyper* de 2006⁶¹⁶.

Monsieur De Cuyper était un ressortissant belge bénéficiant des allocations chômage belges pendant un certain temps, jusqu'à ce qu'il n'ait plus eu à se présenter aux autorités compétentes et avait reçu le statut de chômeur de longue durée. Mais, lorsque les autorités belges ont voulu vérifier la domiciliation de M. De Cuyper, elles se sont rendues compte que celui-ci vivait désormais en France, et ont ainsi exigé le remboursement par le requérant des allocations chômage versées. Quand bien même la Cour va considérer que l'exigence de résidence était en l'espèce légitime car proportionnée⁶¹⁷, celle-ci va, dans ses points 39 et 40, prendre l'occasion de se prononcer concernant la liberté de circulation des personnes dans des termes très similaires à ceux employés pour les autres libertés de circulation. En effet, la notion de restriction ou « entrave » se rapproche insidieusement de celle rencontrée dans les autres libertés de circulation. Ainsi, Timmermans (2010) affirme légitimement, concernant *Tas-Hagen*, que « *the notion of restriction is rather widely construed in terms which echo the definition of restriction ("entrave") in the context of the economic fundamental freedoms (...)* »⁶¹⁸. Par ailleurs, Iliopoulou (2007 : 601) considère à bon droit, que « le concept d'entrave (non-discriminatoire) a alors émergé au sein de sa jurisprudence relative à la libre circulation des personnes. Plus précisément, la Cour a procédé à une transposition de ce concept, déjà élaboré en matière de libre circulation des marchandises et des services, au domaine des

616 Confirmée immédiatement par *Tas-Hagen* de 2006 également. La notion d'entrave a pu faire l'objet d'analyses doctrinales antérieures plus spécifiquement par la lutte contre les obstacles non-discriminatoires dans le domaine de la libre circulation des personnes, avec particulièrement *Johnson et O'Keefe* (1994) et *Minor-Depaw* (1994).

617 Concernant la question de proportionnalité de la restriction en cause, voir Collins ; et plus généralement notre chapitre traitant du Principe de Proportionnalité comme Principe d'Efficiency Economique.

618 Voir également Bidar, Ioannidis.

personnes ». Le pouvoir unificateur au travers des libertés de circulation du raisonnement économique basé sur l'entrave (et donc implicitement sur l'accès au marché) était à l'oeuvre.

La doctrine conclut, quasi-unaniment, que la Cour, parce qu'elle n'exigerait plus que les ressortissants établissent un lien « économique » avec l'Etat d'accueil pour avoir un droit à circuler, que celle-ci serait plus « sociale », ou du moins aurait transformé les considérations de marché par des considérations plus prosaïques de citoyenneté⁶¹⁹. Or, nous affirmons, à contre-courant de cette doctrine majoritaire, que ne plus exiger de condition économique avec l'Etat d'accueil n'est pas la résultante d'un raisonnement « social », ou philosophique, mais bien la résultante d'un raisonnement économique. En effet, la Cour ne considère plus la citoyenneté comme une citoyenneté *de* marché (ce que la doctrine appelle « *market citizenship* »), par l'abandon de cette condition économique, afin d'achever une citoyenneté *pour* le marché (ce que nous appelons « *market's citizenry* »). Lorsque la Cour place, aux cotés des arguments tirés de la libre circulation des travailleurs, dans l'arrêt *Elsen*⁶²⁰, « la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de

619 Iliopoulou (2007 : 577) affirmant ainsi que « le changement qualitatif de la liberté de circulation apporté par l'article (21 du TFUE) implique l'affaiblissement du paramètre économique en tant que critère de délimitation du domaine personnel et matériel de cette liberté ». Plus loin, l'auteure affirme, en faisant cette confusion largement répandue, entre exigence d'un lien économique et raisonnement économique de la Cour, en affirmant que « si le juge communautaire n'a pas méconnu, par le passé, la dimension sociale et humaine de la libre circulation des personnes, il existe, toutefois, des cas où l'aspect économique de cette liberté l'a emporté sur ladite dimension » (Iliopoulou 2007 : 577-578). Cette « dimension sociale et humaine » n'a jamais existé car le juge européen a toujours raisonné en droit et non en équité, mais surtout parce que cette « dimension sociale et humaine » n'est autre que la facilitation transactionnelle de la liberté, pour les ressortissants d'un Etat member, de circuler par la diminution, voire la suppression, des obstacles érigés par d'autres Etats membres pour des considérations protectionnistes et/ou sociales. Encore une fois, la suppression des restrictions économiques à la libre circulation des personnes est le résultat, non pas de considérations humanistes ou sociales, mais bien de considérations d'une efficience économique portée par une justice supranationale, incarnée par les juges européens au détriment des justices nationales.

620 C-135 : 99 (2000) *Elsen*, I-10409.

séjourner sur le territoire des Etats membres »⁶²¹, elle consacre seulement l'interdiction de restrictions disproportionnées à cette liberté, pouvant affaiblir les échanges entre personnes, et non une vision « humaniste et sociale » de la libre circulation des personnes par la notion de citoyenneté européenne⁶²². Cette notion n'est que l'instrument à la légitimation d'un raisonnement économique promouvant l'efficacité transactionnelle au sein de la libre circulation des personnes par le dépassement des restrictions économiques, pouvant être exigées par les Etats membres. En effet, ne plus exiger cette condition économique, c'est véritablement minimiser les restrictions à l'efficacité transactionnelle, et ainsi promouvoir l'efficacité économique au sein d'un marché unique de l'emploi, du tourisme et de la résidence où les ressources humaines seraient allouées là où celles-ci seraient le mieux utilisées. L'efficacité d'allocation des ressources humaines (des personnes ou « citoyens ») est alors accrue par la suppression des entraves à cette minimisation des coûts de franchissements des frontières. Par conséquent, pour adopter un raisonnement économique qui fasse sens concernant l'efficacité économique, il convenait d'abandonner ce « paramètre » économique, ce que la Cour fit, légitimement, dans son évolution jurisprudentielle.

Concernant la liberté d'établissement, se situant à l'intersection de la libre prestation de services et de la liberté de circulation des personnes, il suffira simplement de renvoyer aux arrêts majeurs tels que *Bosman*⁶²³ et *Graf*⁶²⁴. Précisément, à l'occasion de *Graf*, la Cour aura cette formule

621 C-135 : 99 (2000) *Elsen*, I-10409, §33.

622 C-456/02 (2002) *Trojani*, I-7573.

623 C-425/93 (1995) *Bosman*, I-4921 où la Cour initiera la rhétorique de *Dassonville* au sein de la libre circulation des personnes en affirmant que « des dispositions qui empêchent ou dissuadent un ressortissant d'un Etat membre de quitter son Etat d'origine pour exercer son droit à la libre circulation constituent, dès lors, des entraves à cette liberté même si elles s'appliquent indépendamment de la nationalité des travailleurs concernés ».

624 C-190/98 (2000) *Graf*, I-493.

révélatrice de l'imprégnation en particulier de *Dassonville* dans toutes les libertés de circulation, et plus généralement de l'importance cardinale de la notion d'entrave et donc d'accès au marché :

« Il en résulte de la jurisprudence de la Cour et notamment de l'arrêt *Bosman*, que l'article (45 TFUE) n'interdit pas seulement toute discrimination, directe ou indirecte, fondée sur la nationalité, mais également les réglementations nationales qui, bien qu'applicables indépendamment de la nationalité des travailleurs concernés, comportent des entraves à la libre circulation de ceux-ci » (§18).

Par conséquent, au-delà de l'interdiction de discrimination dans le domaine de la libre circulation des personnes (citoyens, travailleurs salariés ou indépendants), la Cour démontre sa volonté affirmée de garantir la « liberté d'accès » aux marchés (Ilioupoulou 2007 : 606) par une approche jurisprudentielle la plus proche possible de la promotion de l'efficacité transactionnelle dans tous les litiges concernant les libertés de circulation. *Bosman*, intervenu plus tôt avant *Graf*, peu de temps après la décision *Keck et Mithouard*, prouve s'il en était encore besoin, que *Keck et Mithouard* n'est ni une affaire devenue jurisprudence constante dans le domaine des marchandises, ni une affaire inspirant la position de la Cour dans les autres libertés de circulation, et en particulier la libre circulation des travailleurs. En effet, *Bosman* invalide *Keck et Mithouard* (Snell 2002 : 98-99), en considérant que la mesure nationale en cause (une règle subordonnant le transfert international de joueur de football à la délivrance par la fédération nationale d'un certificat de transfert), discriminante ou pas, peu importait la Cour, réduisait l'accès au marché de façon substantielle et en cela suffisait à conclure à l'incompatibilité de cette mesure avec le droit européen.

Une analyse comparée avec la liberté de circulation des personnes aux Etats-Unis démontre la pertinence de l'évolution jurisprudentielle européenne en la matière, et le chemin qui reste à parcourir aux juges européens pour minimiser les entraves à cette liberté. En effet, si le «*right to travel* » n'est pas constitutionnellement protégé, il n'en demeure pas moins que ce droit est

substantiel car il est inhérent à la notion de citoyenneté américaine⁶²⁵. Tandis que les juges européens ont progressivement accepté que les migrants puissent librement circuler sans entrave, sans avoir à démontrer une activité professionnelle ou même des ressources financières suffisantes, afin de ne pas devenir un fardeau déraisonnable pour l'Etat d'accueil, la Cour Suprême a évolué dans ce sens, par l'affaire *Edwards v. California*⁶²⁶, en exigeant des Etats fédérés que ceux-ci ne pouvaient plus se prévaloir de la situation financière défavorable du migrant pour refuser à celui-ci la liberté de mouvement. Dans cette affaire, le Juge Jackson affirmera, dans une opinion concurrente, que « *it is a privilege of citizenship of the United States protected from State abridgment, to enter any State of the Union either for temporary sojourn or for the establishment of permanent residence therein and for gaining resultant citizenship thereof. If national citizenship means less than this it means nothing* »⁶²⁷. Ainsi, les Etats fédérés ne sauraient limiter l'accès à leur territoire aux citoyens en raison de leurs faibles ressources financières. De plus, ils ne sauraient imposer une résidence minimum d'un an afin de bénéficier des prestations sociales accordées aux autres citoyens de l'Etat⁶²⁸. Enfin, ils ne sauraient restreindre aux nouveaux arrivants le bénéfice des services publics au nom de la plus grande

625 Voir en cela le Juge Brennan affirmant, à l'occasion de *Shapiro v. Thompson* (394 US 618, §629) de 1969, « *the nature of our Federal Union and our Constitutional concepts of personal liberty unite to require that all citizens be free to travel throughout the length and breadth of our land uninhibited by statutes, rules, or regulations which unreasonably burden or restrict this movement* ».

626 *Edwards v. California* (314 US 160 (1941)).

627 Le juge Douglas quant à lui, dans une opinion concourante, considèrera que « *the right of persons to move freely from State to State occupies a more protected position in our constitutional system than does the movement of cattle, fruit, steel and coal across the state lines* ».

628 *Shapiro v. Thompson* (394 US 618 (1969)) ; *Saenz v. Roe* (110 SCt 1518 (1999)).

proportion d'impôts payés par les résidents car cela conduirait à fractionner les services publics selon la contribution fiscale passée de chaque citoyen⁶²⁹.

Il a été avancé à diverses reprises qu'un droit fondamental d'un « *right to interstate travel* » découlait de la *Commerce Clause* de l'Article I.8 de la Constitution⁶³⁰, d'autres droits garantis au niveau constitutionnel⁶³¹, ou encore de la pérennité même de la fédération américaine⁶³², ou enfin des deux raisons cumulées⁶³³. Quoiqu'il en soit, l'absence de fondement juridique clair de ce *right to interstate travel* n'empêche pas d'en avoir fait, par la jurisprudence, un droit hautement protégé allant jusqu'à restreindre toute conditionnalité imposé par les Etats fédérés à l'égard des citoyens migrants pour que ceux-ci bénéficient des avantages de l'Etat fédéré d'accueil. Cette situation juridique issue de l'expérience américaine devrait être source de bien des leçons pour l'expérience européenne.

ii) Libre prestation de services : le domaine de prédilection de la notion d'accès au marché

629 *Shapiro v. Thompson* (394 US 618 (1969)): « *We have difficulty Voiring how long-term residents who qualify for welfare are making a greater present contribution to the State in taxes than indigent residents who have recently arrived. If the argument is based on contributions made in the past by the long-term residents, (...) appellants' reasoning would logically permit the State to bar new residents from schools, parks and libraries or deprive them of police and fire protection. Indeed, it would permit the State to apportion all benefits and services according to the past tax contributions of its citizens. The Equal Protection Clause prohibits such an apportionment of state services* ».

630 *Smith v. Turner* (48 US 283 (1849)) ; *Edwards v. California* (314 US 160 (1941)); *Camps Newfound v. Town of Harrison* (520 US 564 (1997)).

631 *Kent v. Dallas* (357 US 116) invoquant la *Due Process Clause* du Vème Amendement ; *Paul v. State of Virginia* (75 US 168 (1868)) invoquant la *Privileges and Immunities Clause* de l'Article IV.2 de la Constitution ; *Attorney General of NY v. Soto-Lopez* (476 US 898 (1986)) où le Juge Burger, dans une opinion concurrente, invoqua l'*Equal Protection Clause* du XIVème Amendement.

632 *United States v. Guest* (383 US 745 (1966)).

633 *Shapiro v. Thompson* (394 US 618).

La libre prestation de services dans l'Union Européenne est difficilement rencontrée car les services restent, comparativement au marché des biens, très régulés avec des Etats Membres réglementant les fournisseurs de services plutôt que les services eux-mêmes. Quoiqu'il en soit, il est très difficile d'ériger des barrières à la libre prestation de services au niveau des frontières, c'est pourquoi les réglementations incombant aux fournisseurs de services peuvent très probablement être perçues comme des mesures ayant un but protectionniste, si ce n'est comme seul but la protection des fournisseurs nationaux d'un service particulier (Snell 2002 : 18-19). Bien sûr, les justifications d'intérêt général peuvent venir protéger certaines réglementations⁶³⁴, tout comme des justifications économiques peuvent expliquer objectivement ces réglementations⁶³⁵. Néanmoins, il n'empêche que les économies européennes sont à environ 70% basées sur une économie de services, alors même que c'est ce secteur des services qui connaît les réglementations les plus fortes⁶³⁶. La Cour va se montrer extrêmement sceptique à l'égard de ces justifications, qu'elles soient d'intérêt général ou économique, et consacrer une jurisprudence énonciatrice de la nouvelle approche globale de la Cour par la notion d'accès au marché à l'égard de toutes les libertés de circulation.

634 En l'occurrence, il s'agit essentiellement des raisons d'ordre public, de protection des consommateurs, et de fourniture d'un service public.

635 Les justifications économiques sont principalement l'asymétrie d'information entre consommateur et fournisseur (conduisant les autorités publiques souvent à exiger des niveaux de qualification pour fournir un service particulier, comme pour les avocats ou les docteurs), et la « captation réglementaire » (*regulatory capture*) est un phénomène où les destinataires de la réglementation sont en réalité devenus les rédacteurs de cette réglementation et en profitent pour se protéger et limiter toute concurrence.

636 Snell (2002 : 19) affirmant ainsi que dans le domaine des services : « *(T)he heavy regulatory burden and the danger of protectionism, as a result of regulatory capture, mean that free trade may bring about great efficiency gains* ».

En effet, à une période où la Cour rendait sa décision *Keck et Mithouard* dans le domaine de la libre circulation des marchandises, dans le domaine de la libre prestation de services, elle imposa une ligne jurisprudentielle nouvelle avec *Säger*⁶³⁷. Cette arrêt est l'exact opposé de la (présumée) justice déléguée caractéristique de *Keck et Mithouard* : *Säger* s'illustre par l'activisme judiciaire de la Cour, décidant ainsi de « lutter » contre les obstacles non-discriminatoires dans la provision et la réception de services. En effet, la Cour affirmera en substance que le traité doit être interprété comme exigeant

Non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des services analogues⁶³⁸.

En s'attaquant à « toute discrimination », le juge européen entend bien souligner que toute entrave, résultant soit d'une discrimination directe ou indirecte, entre dans le champ d'application de l'Article 56 du TFUE régissant la libre prestation de services. Toute entrave discriminatoire (la discrimination étant entendue comme toute situation dans laquelle le prestataire de service serait

637 C-76/90 (1991) *Manfred Säger c/ Dennemeyer & Co. Ltd*, I-4221. L'affaire *Säger* fait partie d'un groupe de trois décisions toutes rendues le 25 juillet 1991, visant explicitement à faire rentrer dans le champ d'application du droit européen les entraves non discriminatoires à la libre prestation de services. Les deux autres affaires étant : C-288/89 (1991) *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et autres c/ Commissariaat voor de Media*, I-4007 ; C-353/89 (1991) *Commission c/ Royaume des Pays-Bas*, I-4069. Voir en cela Art (1992)

638 C-76/90 (1991) *Manfred Säger c/ Dennemeyer & Co. Ltd*, I-4221, §12. Voir également pour une formulation similaire : C-4/93 (1994) *Van der Elst c/ Office des migrations internationales* ;

désavantagé, même indirectement, par rapport aux prestataires nationaux) est susceptible de rendre moins attractif l'entrée de ce prestataire sur le marché, et devient donc sujette à la censure possible du juge européen. Bien sûr, le langage de la discrimination reste encore chez *Säger* largement prédominant. Néanmoins, d'aucuns ne sauraient se méprendre et considérer que le critère de la non-discrimination est interprété de façon identique dans le domaine des services. En effet, le véritable point d'ancrage de l'analyse n'est plus la discrimination mais davantage la restriction, qui deviendra plus tard « entrave ». C'est cette restriction à la libre prestation de services qui est considérée comme discriminatoire plutôt que classiquement comprise comme étant la discrimination qui est considérée être restrictive. Par conséquent, même si la rhétorique jurisprudentielle reste quasiment inchangée, la perspective sous-jacente est entièrement revue : en effet, le rattachement (bon gré mal gré) de la solution jurisprudentielle, dégagée de la notion de discrimination, devient dès lors, pour les juges européens, la condition nécessaire à l'acceptabilité juridique d'un raisonnement essentiellement économique où les coûts d'efficience, entraînés par la mesure restrictive, deviennent l'objet d'analyse. Il ne s'agit alors plus de donner un sens économique à un raisonnement économique, mais bien l'inverse.

Alors qu'elle recherche toute entrave discriminatoire pouvant rendre moins attractif l'accès au marché, la Cour ira encore plus loin avec l'affaire *Alpine Investments*⁶³⁹ où elle explicitera son abandon du critère de la non-discrimination en adoptant le simple critère de l'entrave à l'accès au marché. En effet, bien que la restriction en cause (interdiction d'appels téléphoniques non sollicités) soit « non discriminatoire et qu'elle n'a ni pour objet ni pour effet de procurer un avantage au marché national par rapport aux prestataires de services d'autres Etats membres (...) est susceptible de constituer une restriction à la libre prestation des services transfrontaliers »⁶⁴⁰.

639 C-384/93 (1995) *Alpine Investments BV*, I-1141.

640 C-384/93 (1995) *Alpine Investments BV*, I-1141, §35.

Ici, il n'est désormais plus question d'analyser, d'un point de vue relatif, la possible entrave à l'accès au marché par comparaison avec les prestataires locaux, mais il s'agit, d'un point de vue absolu, de savoir si la réglementation en cause est entravante *per se*. Le potentiel déréglementaire est dès lors démultiplié en raison de l'absence même de comparaison avec les situations des prestataires locaux, mais également en raison de l'abandon express de la formule de *Dassonville* dans le domaine de la libre prestation de services (l'objet et l'effet de la réglementation étaient jusqu'ici les paramètres pertinents pour analyser la compatibilité d'une réglementation nationale vis-à-vis du droit européen).

Les décisions développées dans *Alpine Investments* et *Säger* sont d'autant plus remarquables qu'elles rompent clairement avec la position initiale de la Cour dans le domaine des services, une position initiale caractérisée par le critère traditionnel de la non-discrimination exprimée depuis l'affaire *Van Binsbergen*⁶⁴ en 1974, quelques mois après *Dassonville*. *Van Binsbergen* concernait un avocat représentant un client devant une cour néerlandaise ayant déménagé pour la Belgique et s'étant vu refuser le droit de représenter son client du fait de sa résidence permanente à l'extérieur des Pays-Bas. La Cour conclut à la discrimination de cette règle procédurale imposant une résidence permanente aux Pays-Bas pour représenter un client devant une cour néerlandaise. La Cour se référa directement à l'exigence de résidence permanente pour établir une discrimination, et ainsi adopta une approche initialement restrictive, concernant l'acceptation d'une discrimination dans le domaine de la libre prestation de services. Cette approche restrictive est d'autant plus étayée que dans le même arrêt, la Cour se montrera conciliatrice envers l'Etat membre imposant la restriction, une position à opposer à l'interprétation large de la non-discrimination dans *Dassonville*. En effet, la Cour affirmera ainsi, pour accepter la restriction nationale en cause, que lorsque le fournisseur de service s'établit dans un autre Etat membre dans le seul but d'échapper à ladite

641 C-33/74 (1974) *Van Binsbergen c/ Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, 1299.

réglementation, alors l'Etat membre où le service est rendu est en droit de contrôler ces activités de service⁶⁴². L'opposition initiale entre, d'une part, *Dassonville* dans le domaine des marchandises, et *Van Binsbergen* dans le domaine des services, est notable⁶⁴³. C'est en cela que les arrêts *Säger* et *Alpine Investments* sont remarquables : non seulement la discrimination est entendue au sens large, mais surtout c'est la notion d'accès au marché qui prédomine car l'entrave (plutôt que la discrimination) devient l'objet d'analyse de la Cour. Plus tard, la Cour acceptera d'affaiblir le critère de la non-discrimination dans le domaine des services avec la censure d'une mesure nationale qui, bien qu'ouvertement non discriminatoire, sera considérée comme étant une restriction injustifiée et injustifiable, selon la Cour, à la libre prestation de services. Cette solution jurisprudentielle sera formulée à l'occasion de *Van Wesemael*⁶⁴⁴, préfigurant d'un mois la décision « *Cassis de Dijon* » dans le domaine des marchandises et, ainsi, un rapprochement qui était inéluctable à l'avenir entre ces lignes de jurisprudence. *Van Wesemael* peut être considéré comme le « *Cassis de Dijon* » des services », encore que des différences entre les deux solutions existent (Snell 2002 : 57-58). La solution dégagée dans *Van Wesemael* affirme en substance que la Belgique ne saurait à bon droit exiger d'un particulier des licences d'autorisations à des artistes pour exercer en Belgique, alors que ceux-ci avaient des licences similaires du gouvernement français, lui-même responsable de ces artistes, sans créer une double charge réglementaire qui soit *per se* injustifiable. Sans qu'il n'y ait besoin de constater une discrimination, la Cour estime que le seul fait de constater cette double réglementation suffit à conclure à l'invalidité de la mesure nationale du fait de l'importance de

642 C-33/74 (1974) *Van Binsbergen c/ Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, 1299, §13.

643 Snell (2002 : 54) rapporte cette opposition à celle des approches doctrinales, avec *Dassonville* se rattachant, selon lui, davantage à une approche par la liberté économique tandis que *Van Binsbergen* se rattachant davantage à une approche par l'anti-protectionnisme.

644 Affaires jointes C-110 et 111/78 (1979) *Ministère Public et Chambre Syndicale des Agents Artistiques et Impresarii de Belgique, ASBL c/ Willy van Wesemael et autres*, 35.

ladite restriction (bien qu'elle soit non discriminante). De *Van Wesemael*⁶⁴⁵ à *Alpine Investments* et *Säger*, il n'y avait dès lors qu'un pas que la Cour a décidé de franchir à une époque où elle semblait (en apparence) faire marche arrière avec *Keck et Mithouard*.

Cependant, loin des conclusions hâtives pouvant laisser penser que la Cour opéra un revirement de jurisprudence avec *Keck et Mithouard*, *Säger* est une preuve supplémentaire que la Cour considéra, relativement tôt, que la notion d'accès au marché était celle qui devait s'imposer à terme. De plus, après avoir rendu sa décision *Keck et Mithouard*, la Cour s'illustra dans le domaine des services par son attachement à sa ligne traditionnelle et ambitieuse exprimée par *Säger*⁶⁴⁶. En effet, non seulement la notion d'accès au marché se développa parallèlement à la justice déléguée post-*Keck* dans le domaine des marchandises, mais surtout, l'unification des lignes de jurisprudence achève de démontrer l'approche évolutionnaire de la Cour, consistant à unifier toute sa jurisprudence autour de l'approche favorisant l'efficacité transactionnelle, composante majeure de l'efficacité économique.

Concernant plus particulièrement *Säger*, il convient de détailler désormais la solution jurisprudentielle, et la portée de celle-ci, afin de dépeindre la logique d'efficacité à l'oeuvre au sein

645 Voir également les affaires suivantes, confirmant et précisant *Van Wesemael* : C-279/80 (1981) *Alfred John Webb*, 3305 ; C-205/84 (1986) *Commission c/ Allemagne*, 3755.

646 Voir en cela l'affaire *Schnidler* décidée quatre mois après *Keck et Mithouard* dans laquelle la Cour se réfère exclusivement à *Säger* et conclut qu'une mesure nationale non-discriminatoire rentrait dans le champ d'application de la libre prestation de services, car celle-ci constituait un obstacle, encore qu'en l'espèce cet obstacle trouvait une justification. Voir C-275/92 (1994) *Gerbhart Schnidler and Jörg Schnidler*, I-1039, §43. Voir également l'affaire *De Agostini* : affaires jointes C-34, 35 et 36/95 (1997) *Konsumentombudsmannen c/ De Agostini (Svenska) Förlag AB et TV shope i Sverige AB*, I-3843.

de la Cour dans le domaine de la libre prestation de services dès le début des années 90⁶⁴⁷. La Cour affirmera que l'article 56 du TFUE :

« Exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des services analogues » (§12)⁶⁴⁸.

Les arrêts tels que *Alpine Investments* et *Säger* allant dans le sens de davantage de raisonnement économique fondé sur l'efficacité transactionnelle, au-delà des subtilités des classifications juridiques et contribuant à unifier les différentes lignes de jurisprudence entre libertés de circulation, autour de la notion d'accès au marché, sont confirmés notamment par les affaires *Gebhard*⁶⁴⁹, *Van der Elst*⁶⁵⁰ ou encore *Gourmet International*⁶⁵¹. En effet, l'abandon du

647 Pour une introduction des gains d'efficacité espérés par la facilitation de la libre prestation de services, voir Dubos et Kauffmann (2009 : 13-15).

648 La Cour aura une formulation semblable dans l'affaire *Gouda* (C-288/89 (1991) *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et autres c/ Commissariaat voor de Media*, I-4007), lorsqu'elle affirmera que l'article 56 du TFUE « implique, en premier lieu, l'élimination de toute discrimination exercée à l'encontre du prestataire, en raison de sa nationalité ou de la circonstance qu'il est établi dans un Etat membre autre que celui où la prestation doit être exécutée » (§10), et « qu'en l'absence d'harmonisation des règles applicables aux services, voire un régime d'équivalence, des entraves à la liberté garantie par le traité dans ce domaine peuvent, en second lieu, provenir de l'application de réglementations nationales, qui touchent toute personne établie sur le territoire national, à des prestataires établis sur le territoire d'un autre Etat membre, lesquels doivent déjà satisfaire aux prescriptions de la législation de cet Etat » (§12).

649 C-55/94 (1995) *Reinhard Gebhard c/ Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, I-4165.

650 C-43/93 (1994) *Raymond Van der Elst c/ Office des Migrations Internationales*, I-3803.

critère de la non-discrimination se fait toujours plus explicite afin d'adopter, progressivement et finalement, la notion d'entrave (qu'elle soit discriminatoire ou non) à l'accès au marché.

Enfin, nous achèverons notre étude de la notion d'accès au marché, concernant la libre prestation de services, avec les deux arrêts qui, ces dernières années, ont certainement suscité la plus grande critique doctrinale mais qui, au-delà de la désirabilité ou de l'illégitimité des décisions dans leur portée, conforte encore davantage notre explication de la ligne jurisprudentielle évoluant dans le sens de la promotion de l'efficacité transactionnelle. Ces deux arrêts sont évidemment *Viking*⁶⁵² et *Laval*⁶⁵³. Nous tenterons d'être succincts concernant ces deux arrêts (car leurs ramifications vers les autres libertés de circulation sont certaines mais surtout parce que leurs implications dépassent largement l'objet de notre propos ici). Ces arrêts démontrent que l'agenda politique de la Cour peut sembler obscur (voire choquant) pour une partie de la doctrine, car il est nécessaire de comprendre que cet agenda politique est essentiellement celui de l'efficacité économique, et par conséquent, ces deux arrêts ne peuvent être compris (sans pour autant être justifiés) que si l'on comprend que la raison d'être sous-jacente à ces arrêts n'est que la promotion indéfectible de l'efficacité économique (ici, aux prix de certains droits fondamentaux). En l'espèce, l'affaire *Viking* concernait la société finlandaise Viking qui contestait la légalité d'actions collectives menées par des ouvriers finlandais à son encontre, en raison de la volonté d'enregistrer ses navires sous pavillon estonien et de recruter de la main d'oeuvre estonienne à bas coûts. L'affaire *Laval*, relativement similaire, révélait le litige opposant une société lettone subissant les actions collectives d'un syndicat suédois après que celui-ci ait échoué à contraindre la société à convenir d'un salaire minimum, concernant le détachement par la société Laval de travailleurs lettons, afin de mener à

651 C-405 /98 (2001) *Konsumentobudsmannen c/ Gourmet International Products Aktiebolag*.

652 C-438/05 (2007) *ITWF e.a.c Viking*.

653 C-341/05 (2007) *Laval un Partneri*.

bien un projet de construction en Suède. La Cour considéra que la société Viking s'était vue imposer une restriction à la liberté d'établissement, tandis que la société Laval s'était vue imposer une restriction à la libre prestation de services. Bien que concédant que le droit de grève est un droit fondamental à garantir⁶⁵⁴ et donc que ce droit constitue au sens du droit européen un intérêt légitime justifiant une restriction⁶⁵⁵, ce droit doit néanmoins être concilié avec les libertés de circulation⁶⁵⁶.

Or, si, dans l'affaire *Viking*, la Cour est réticente à imposer sa vue (qui aurait certainement été celle allant dans le sens de la minimisation des coûts aux échanges résultant des actions collectives) et laisse ainsi au juge national la difficile tâche d'opérer cette mise en balance, la Cour aura, dans l'affaire *Laval*, beaucoup moins de retenue et révélera sa volonté jurisprudentielle sous-jacente, dans laquelle les considérations tirées de l'efficacité transactionnelle, prennent un poids considérable (d'aucuns pourront dire exagérés). En effet, la Cour conclut sa décision *Laval* par l'affirmation, selon laquelle, les actions collectives en l'espèce sont clairement incompatibles avec la libre prestation de services. Cette incompatibilité est due au fait que ces actions collectives constituaient des restrictions assimilables à des entraves, ayant pour effet de fermer l'accès au marché, et ne pouvant être justifiées pour des raisons soit d'ordre public, soit de sécurité publique,

654 Le droit de grève « devait (...) être reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect », voir C-438/05 (2007) *ITWF e.a.c Viking*, §44 ; C-341/05 (2007) *Laval un Partneri*, §91.

655 «(L)e droit de mener une action collective qui a pour but la protection des travailleurs constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction à l'une des libertés fondamentales garanties par le traité », voir C-438/05 (2007) *ITWF e.a.c Viking*, §77 ; C-341/05 (2007) *Laval un Partneri*, §103.

656 «(L)a Communauté ayant (...) non seulement une finalité économique, mais également une finalité sociale, les droits résultant des dispositions du traité relatives à la libre circulation (...) doivent être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale », voir C-438/05 (2007) *ITWF e.a.c Viking*, §79 ; C-341/05 (2007) *Laval un Partneri*, §105.

soit encore de santé publique. Par conséquent, la Cour souligne les coûts supportés par la société (*et a contrario* les gains d'efficacité potentiels qui ont été perdus), en reléguant au second rang les considérations tirées des actions collectives menées par les syndicats ayant un rôle, en droit suédois, d'élaborer et de faire respecter le droit social applicable dans le pays⁶⁵⁷.

L'interprétation évidente, bien que peu présente, dans les discussions doctrinales animées que cet arrêt a pu susciter, est celle par l'efficacité transactionnelle : en effet, les coûts d'efficacité supportés par la société étaient plus importants que les gains potentiels espérés par les syndicats par leurs actions. Ainsi, selon la perspective implicite de la Cour, le désordre créé n'était pas, en termes d'analyse coûts-bénéfices, à l'avantage des syndicats, et donc les pertes supportées sont plus importantes que les gains espérés, ce qui conduisit, en autres choses, la Cour à conclure à l'incompatibilité de ces actions avec le droit européen. Cette incompatibilité d'apparence strictement juridique n'est donc en réalité que la traduction jurisprudentielle d'un raisonnement économique fondé sur l'analyse coûts-bénéfices, où les considérations de gains et de pertes d'efficacité furent primordiales.

c. Une recherche évolutionnaire de l'efficacité transactionnelle par le critère renouvelé de l'accès au marché

En conclusion, il est possible d'affirmer qu'au sortir des développements jurisprudentiels sinueux des décennies 90 et 2000, l'évolution jurisprudentielle est clairement marquée par une

⁶⁵⁷ Ainsi, le défendeur, en l'occurrence l'Etat membre, est en position défensive en ayant à justifier des mesures souvent perçues par la Cour comme présumées être incompatibles avec le droit européen (Barnard 2009 : 576).

convergence entre ces lignes de jurisprudence. Historiquement, les différentes libertés de circulation ont été marquées par des divergences notables entre les lignes de jurisprudence ; évolutionnairement, les différentes libertés de circulation ont, plus récemment, vu leurs destins converger (Tryfonidou 2010). Ainsi, l'analyse de l'évolution de la jurisprudence démontre une convergence incrémentale mais certaine en faveur de la défense de l'efficacité transactionnelle⁶⁵⁸. Quelle est la raison profonde de cette unification des lignes de jurisprudence ? Tryfonidou (2010) répond classiquement que l'explication est à trouver dans le concept juridique de citoyenneté européenne. Nous avons répondu et démontré que la véritable explication est la volonté de promouvoir l'efficacité transactionnelle par la notion unique et unifiante d'accès au marché. L'explication par la citoyenneté européenne ne constitue que la nécessaire argumentation juridique ; l'explication par l'efficacité transactionnelle constitue, en revanche, la véritable explication socio-économique sous-jacente contribuant à la réalisation de l'agenda politique des juges européens.

En effet, parce que promouvoir l'efficacité transactionnelle ne signifie pas nécessairement promouvoir seulement le commerce. Promouvoir l'efficacité transactionnelle, c'est garantir le maximum de transactions consenties mutuellement par les parties prenantes à l'échange. Cette garantie maximale passe, par conséquent, par la minimisation des coûts de transactions aux

658 Maduro (1998 : 153) fut précurseur chez les juristes pour considérer que l'évolution de la jurisprudence de la Cour (concernant seulement la libre circulation des marchandises) pouvait peut-être s'expliquer par le principe d'efficacité économique, non sans scepticisme à l'époque où il écrivait, concernant la notion même d'efficacité et concernant ce qu'impliquerait une véritable mise en balance par la Cour des intérêts en présence en termes de légitimité politique : « *We may even agree that the aim of regulatory policies to be reviewed under Article [34 TFUE] is efficiency but this will not tell us much if we do not clarify to which type of efficiency are we referring and which is the better institution to perform that test of efficiency and balance the costs and benefits of regulations. To review national measures according to a goal of efficiency under cost/benefit analysis is in reality to replace one judgment of efficiency (that of national governments) for another judgment of efficiency (that of the European Court of Justice)* ».

échanges. Or, exiger des « citoyens européens » qu'ils se conforment à des exigences particulières de l'Etat d'accueil, pour pouvoir voyager et bénéficier des services dans cet Etat, c'est accroître les coûts de transactions à la mobilité et, derechef, réduire l'efficience transactionnelle de l'exercice de cette mobilité. Ainsi, des relations (apparemment) non commerciales comme la volonté d'un citoyen européen de s'installer dans un autre Etat membre pour du bénévolat, une retraite paisible sont des échanges qui sont promus par la Cour, non pas pour la raison largement invoquée par la doctrine qui serait l'abandon d'un raisonnement économique pour des considérations davantage « citoyennes » ou misanthropiques, mais bien au nom de la facilitation de *toutes* les transactions prenant place au sein du marché unique et étant consensuellement établies.

La justification par la « citoyenneté européenne » est consubstantielle à l'argumentation juridique avancée par les juges européens. Mais, toute justification juridique ne saurait constituer le raisonnement jurisprudentiel sous-jacent : la justification juridique est simplement et seulement une argumentation légitimante. Afin de promouvoir la minimisation des coûts à l'échange issus des exigences nationales imposées comme conditions à la mobilité, la Cour a recours à la notion de citoyenneté européenne qui est la plus puissante dans la déconstruction des barrières à la mobilité, c'est-à-dire la plus puissante dans la minimisation des coûts de transactions engendrés par la mobilité⁶⁵⁹. La notion de citoyenneté européenne n'est, ainsi, que le moyen juridique légitimant la réalisation d'une fin économique qu'est la promotion sans cesse accrue de l'efficience transactionnelle.

Ainsi, la raison par l'efficience transactionnelle est le raisonnement acheminé aux parties au litige et au public, par un langage juridique justificateur de citoyenneté européenne puisant ses sources dans les traités européens. Il n'en demeure pas moins que s'arrêter à l'invocation, par la

⁶⁵⁹ En cela, la levée des exigences nationales imposées à la mobilité participe au « dé-conditionnement » de l'accès au marché, et donc à favoriser l'accès au marché.

Cour, dans son processus argumentatif à la citoyenneté, ne participe en rien au déchiffrement de son raisonnement (explicite et implicite) et de la mise en exergue de son agenda politique. Or, c'est ce déchiffrement qui nous importe et qui nous conduit à percevoir une ligne directrice qui est celle de l'efficacité transactionnelle, dans l'évolution des lignes de jurisprudence élaborées par les juges européens dans les domaines des libertés de circulation.

Ainsi, nous rejoignons l'Avocat Général Maduro lorsque celui-ci affirme que la jurisprudence concernant les libertés de circulation ne saurait être réduite à la simple promotion du commerce interétatique. Mais, nous divergeons avec son point de vue lorsqu'il continue pour affirmer que des considérations « sociales » et « citoyennes » doivent avoir leur importance : ni l'état de l'évolution de la jurisprudence ne confirme ce point de vue, ni ce n'est recommandable que de telles considérations prennent le pas sur le raisonnement complexe élaboré par les juges européens jusqu'ici :

« It would be neither satisfactory nor true to the development of the case law to reduce freedom of movement to a mere standard of promotion of trade between Member States. It is important that the freedoms of movement fit into the broader framework of the objectives of the internal market and European citizenship. At present, the freedoms of movement must be understood to be one of the essential elements of the “fundamental status of nationals of the Member States”. They represent the cross-border dimension of the economic and social status conferred on European citizens⁶⁶⁰.

Une approche comparée de l'approche jurisprudentielle des libertés de circulation, comme interprétée par la Cour de Justice avec la jurisprudence de la Cour Suprême américaine, concernant

660 Conclusions de l'Avocat Général Póitares Maduro pour l'affaire C-158/04 et C-159/04 (2006) *Alfa Vita Vasilopoulos AE et Carrefour Marinopoulos*, I-8135, §40.

la *Commerce Clause*⁶⁶¹ et la *Dormant Commerce Clause*⁶⁶², révèle que la Cour de Justice va bien plus loin que la Cour Suprême américaine dans cette promotion de l'efficacité transactionnelle, car la jurisprudence américaine reste toujours caractérisée par une approche via le critère de la non-discrimination⁶⁶³. En effet, la jurisprudence américaine n'a pas (encore ?) évolué dans le sens d'un critère de l'accès au marché qui pourrait limiter les coûts d'efficacité de mesures étatiques non-discriminatoires, mais restreignant l'accès au marché⁶⁶⁴.

661 L'Article 1, section 8, clause 3 de la Constitution américaine affirme : « *The Congress shall have Power [...] to regulate Commerce with foreign Nations, and among the several states [...]* ».

662 La Cour Suprême a limité le champ d'intervention des Etats fédérés dans la sphère économique en lisant *a contrario* la *Commerce Clause* comme impliquant une nécessaire retenue de la part des Etats fédérés d'intervenir pour le commerce interétatiques et pour tout domaine dans lequel le pouvoir fédéral serait déjà intervenu. Voir *Gibbons v. Ogden* 22 US (9 Wheat.) 1 (1824) ; cf. *Tribe, above n.46, 1030 citing Colley v. Board of War- dens* 53 US (12 How) 299, 318 (1852) ; *United Haulers Association, Inc v. Oneida-Herkimer Solid Waste Management Authority et al.* 127 S.Ct 1786, 1792-3.

663 Evidemment, les mesures des Etats fédérés qui sont directement (« *facially* ») ou indirectement (« *in effect* ») discriminatoires sont censurées par la Cour Suprême. Voir par exemple *Hughes v. Oklahoma*, 441 US 322, 337 (1979), 337 ; *Dean Milk v Madison* 340 US 349 (1951). Cette interdiction est moindre qu'en droit européen car ces mesures ne sont pas *per se* interdites mais seulement *de facto* quasiment toujours interdites. Voir *West Lynn Creamery Inc v. Healy*, 512 US 186, 192 (1984) ; *Granholm v. Heald* 544 US 460, 476 (2005).

664 La décision qui pourrait, de façon erronée, laisser penser que la Cour Suprême s'attaque aux mesures non-discriminatoires est *Pike v. Bruce Church Inc* 397 US 137 (1970). Alors que d'aucuns affirment que cet arrêt institue une mise en balance par la Cour Suprême des avantages et inconvénients des mesures non-discriminatoires, en réalité, *Pike* n'a seulement conduit qu'à éviter des mesures clairement protectionnistes (« *purposeful economic protectionism* ») sans divergence évidente avec le critère classique de la non-discrimination. Voir pour une discussion *Regan* (1985). Quoiqu'il en soit, l'approche consacrée par la Cour Suprême est indéniablement moins stricte que celle adoptée par la Cour de Justice car si, concernant les mesures discriminatoires, la Cour de Justice les interdit *per se* tandis que la Cour Suprême les interdit seulement *de facto*, et concernant les mesures non-discriminatoires, la Cour a adopté l'approche par la notion de l'accès au marché conduisant à présumer l'illégalité de la mesure nationale (sauf exceptions), tandis que la Cour Suprême a conservé l'approche par la non-

La convergence des lignes de jurisprudence, que nous avons établie et étudiée, n'a pu être possible que par l'adoption d'une notion unique - l'accès au marché - au contrôle juridictionnel de la garantie des libertés de circulation⁶⁶⁵. Or, ce n'est pas tellement les bienfaits théoriques de cette convergence qui était souhaitée par la Cour, mais davantage les bienfaits instrumentaux escomptés de l'adoption d'une notion dépassant les limites du critère de la non-discrimination, afin de s'attaquer à des mesures échappant jusqu'ici au contrôle juridictionnel de la Cour, alors même que ces mesures faisaient supporter des coûts d'efficacité non négligeables. Cette notion convient parfaitement à la Cour dans son ambition d'être facilitateur de la promotion de l'efficacité transactionnelle. Cette notion suppose également un contrôle juridictionnel renforcé et une place de choix pour la Cour dans l'ordre juridique européen (par le raisonnement économique de la Cour et son « avant-gardisme » dans ses solutions) et dans les ordres juridiques nationaux (par la limitation de la souveraineté réglementaire des Etats membres et l'exigence élevée de justification *a*

discrimination conduisant à présumer de la légalité des mesures étatiques (sauf exceptions). Voir en cela *Beard v. Alexandria*, 341 US 622 (1951). Le renversement de la charge de la preuve de la part de la Cour de Justice signifie que celle-ci est moins indulgente à l'égard des coûts d'efficacité que les réglementations nationales peuvent induire sur les échanges, par rapport à la tolérance relative démontrée par la Cour Suprême, une tolérance pouvant probablement s'expliquer par le fait que les échanges sont déjà plus nombreux dans un cadre qui est national avec une langue unique et des institutions fédérales. Pour un argument semblable, concernant le contrôle juridictionnel plus lâche de la Cour Suprême envers les réglementations des Etats fédérés comparé au contrôle exercé par la CJUE, voir *Maduro* (1998 : 92-96) invoquant que « *market integration has reached a "point of no return" in the USA* », d'où cette justice américaine relativement retenue dans ce domaine.

665 Martin (2006 :125) souligne, plutôt que la notion positive d'accès au marché, le versant négatif d'interdiction de conditionner l'accès au marché, et conclue qu' « il est aujourd'hui accepté qu'une mesure étatique ayant cet effet de conditionner l'accès au marché des produits, du travail ou des services de l'Etat membre d'accueil constitue une entrave interdite dans le domaine de la libre circulation des marchandises, de la libre circulation des personnes et de la libre prestation des services ». Il n'existe cependant aucune différence tangible entre promouvoir l'accès au marché et interdire de le conditionnement de l'accès au marché.

priori et *a posteriori* de leurs réglementations nationales). Ainsi, au sortir de l'évolution jurisprudentielle dessinée par la Cour empreinte d'efficience transactionnelle, c'est surtout une Cour renforcée, plus puissante et incontournable que jamais qui se dresse dans l'ordre juridique européen.

Nous concluons ce chapitre concernant l'efficience transactionnelle en nous demandant si l'unification des lignes de jurisprudence entre libertés de circulation, au-delà des avantages certains de clarification juridique autour d'un critère simple et unique, ne serait pas une exigence éthique dérivée de l'émergence d'une citoyenneté européenne, méconnaissant les subtilités jurisprudentielles et désireuse de bénéficier, dans la plus grande proportion, des libertés qui lui sont offertes dans le cadre du marché intérieur. Nous rejoignons entièrement l'Avocat Général Le Bot répondant par l'affirmative à cette question lorsqu'il avance:

« L'emploi d'un critère unique et simple, relatif à l'accès au marché, permettrait de rapprocher les régimes de contrôle des restrictions aux différentes libertés de circulation. En effet, ainsi que nous l'avons indiqué, les critères dégagés dans la jurisprudence *Keck et Mithouard*, précitée, ont entraîné une différenciation dans la manière dont sont appréhendées les restrictions à la libre circulation des marchandises par rapport aux autres libertés. Or, une approche commune entre ces différentes libertés s'impose au regard, notamment, des exigences liées à la construction du marché unique européen et de l'émergence d'une citoyenneté européenne⁶⁶⁶ ».

Avec beaucoup de courage (d'aucuns considèreront cela comme un excès de témérité), les juges européens ont implicitement considéré qu'ils étaient relativement aptes à opérer des analyses économiques à l'égard des mesures nationales portées à leur prétoire, et ainsi s'adonner à des raisonnements économiques, tout autant (sinon davantage) qu'au classicisme d'un raisonnement

666 666 Conclusions de l'Avocat Général Bot pour l'affaire CJCE, 10 févr. 2009, *Commission c/ Italie*, C-110/05, §118.

juridique voulu par les juristes des gouvernements des Etats membres. En effet, les juges européens revendiquent leur recours quasi-exclusif à cette notion économique qu'est la notion d'accès au marché, en dépit des avertissements et des tiédeurs au sein de la communauté de juristes européens, y compris au sein de la Cour elle-même. C'est ainsi que l'Avocat Général Le Bot, dans ses conclusions à l'affaire dont il est ici question, l'affaire *Commission c/ Italie* de 2009, a fait part de son scepticisme, même s'il considère paradoxalement que la notion d'accès au marché est la plus pertinente⁶⁶⁷, quant à la capacité des juges européens à opérer un tel raisonnement économique et, quand bien même cette capacité serait avérée, de son scepticisme quant à la désirabilité d'une telle analyse par la Cour :

« En ce qui concerne, ensuite, les autres catégories de mesures (les mesures non-discriminatoires), il est nécessaire d'examiner leur impact concret sur les courants d'échanges, mais l'analyse à laquelle devrait procéder la Cour ne devrait pas entraîner d'appréciation économique complexe. En effet, selon la Cour, l'article 28 CE ne fait pas de distinction entre les réglementations qui peuvent être qualifiées de mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative selon l'intensité de leurs effets sur les échanges intracommunautaires (...) L'emploi d'un critère unique et simple, relatif à l'accès au marché, permettrait de rapprocher les régimes de contrôle des restrictions aux différentes libertés de circulation. En effet, ainsi que nous l'avons indiqué, les critères dégagés dans la jurisprudence *Keck et Mithouard*, précitée, ont entraîné une différenciation dans la manière dont sont appréhendées les restrictions à la libre circulation des marchandises par rapport aux autres libertés. Or, une approche commune entre ces différentes libertés s'impose au regard, notamment, des exigences liées à la construction du marché unique européen et de l'émergence d'une citoyenneté européenne. Évidemment, les analogies entre les libertés de circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux ne sont pas parfaites.

667 Conclusions de l'Avocat Général Bot pour l'affaire CJCE, 10 févr. 2009, *Commission c/ Italie*, C-110/05, §136 où il conclut, au sortir d'une analyse succincte de la jurisprudence, que « nous sommes donc d'avis qu'une réglementation nationale est susceptible de constituer une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, contraire au traité, si celle-ci entrave l'accès d'un produit au marché, et ce quel que soit l'objet de la mesure en cause ».

Néanmoins, la manière dont sont appréhendées les restrictions à ces différentes libertés a ceci de commun qu'elle se fonde sur l'existence d'une entrave à l'accès au marché⁶⁶⁸ ».

Ce passage, issu du raisonnement de l'Avocat Général Le Bot, est caractéristique de l'ambivalence que peuvent ressentir les juristes à l'égard de la notion de l'accès au marché, et corrélativement de la notion d'entrave, comme notion unificatrice des lignes de jurisprudence et supposant un contrôle juridictionnel poussé (une analyse « *in concreto* » dira l'Avocat Général Le Bot⁶⁶⁹). En effet, l'attrait de cette notion pour les juristes se situe dans son pouvoir unificateur : les différentes libertés de circulation seraient appréhendées de façon cohérente, dans l'esprit des Traités, en conformité avec une logique économique de recherche de l'efficacité économique, et satisfaisante d'un point de vue pratique pour les agents économiques. D'autre part, la réticence que peuvent avoir les juristes, partagée par l'Avocat Général Le Bot, se situe dans le contrôle juridictionnel poussé que cette notion implique. Non seulement le contrôle juridictionnel poussé suppose une immixtion dans la « souveraineté » réglementaire des Etats membres, mais surtout, ce contrôle juridictionnel poussé se fait sur la base d'arguments exclusivement économiques et suppose donc la compétence économique des juges européens.

4. Conclusion

668 Conclusions de l'Avocat Général Bot pour l'affaire CJCE, 10 févr. 2009, *Commission c/ Italie*, C-110/05, §116-119.

669 Conclusions de l'Avocat Général Bot pour l'affaire CJCE, 10 févr. 2009, *Commission c/ Italie*, C-110/05, §113.

Ce chapitre a permis de mettre en lumière l'action des juges européens comme moteurs de l'efficacité transactionnelle. Celle-ci est définie comme étant la recherche de l'efficacité économique par la minimisation des coûts transactionnels aux échanges. Se distinguant des analyses doctrinales classiques voyant dans l'évolution de la jurisprudence tantôt une confusion inexplicable et inexplicée, tantôt une volonté de promouvoir la citoyenneté européenne, notre analyse a démontré que l'explication par l'efficacité transactionnelle de l'évolution de toutes les lignes de jurisprudence, concernant les libertés de circulation, est la plus argumentée et la plus convaincante. Quand bien même cette explication reste implicite et l'évolution jurisprudentielle se faisant dans ce sens subreptice, il n'en demeure pas moins que la dynamique enclenchée par les juges européens traduit une volonté réelle de renforcer leur contrôle juridictionnel et d'unifier leur perspective autour de la notion d'accès au marché, critère juridique s'accommodant au mieux de la logique d'efficacité. Ainsi, à la fois l'évolution (parfois confuse) de la jurisprudence européenne dans le domaine des libertés de circulation, et l'unification des lignes de jurisprudence ne peuvent s'expliquer de façon convaincante que par cette logique d'efficacité transactionnelle que nous avons introduite. Par conséquent, le juge européen, de par son agenda politique l'incitant à promouvoir cette efficacité transactionnelle, a été, et reste, l'acteur institutionnel européen fondamental de la consolidation du marché intérieur, même si cette consolidation doit se faire souvent à l'encontre des gouvernements nationaux, et parfois à l'encontre des autres institutions européennes.

Quoiqu'il en soit, le juge européen s'est positionné, d'un point de vue évolutionnaire, comme l'acteur incarnant la minimisation des coûts de transactions par une argumentation juridique renouvelée, une audace judiciaire réaffirmée, et une évolution jurisprudentielle allant souvent au-delà même de la pratique de la Cour Suprême américaine. Ainsi, le juge européen manie les notions et critères juridiques sans donner à ceux-ci une valeur en soi, mais en les utilisant pour leur efficacité dans la réalisation des conséquences souhaitées par le juge européen. Ces

conséquences sont bien entendu socio-économiques, mais pas seulement. L'agenda politique des juges européens les conduit à promouvoir l'efficacité transactionnelle pour la désirabilité économique de cet objectif, mais également pour l'intérêt politico-institutionnel que cet objectif leur procure à long terme. En renforçant l'efficacité transactionnelle au sein du marché intérieur, les juges européens font de la Cour un organe supranational de dernier ressort toujours plus puissant en cela que la souveraineté réglementaire des Etats membres est largement réduite au profit d'une supervision juridico-économique exercée par les juges européens, mais également en cela que les institutions européennes, elles-mêmes, doivent en amont intégrer ce contrôle juridictionnel renforcé emportant une analyse économique et juridique propre aux juges européens.

Cette double conséquence de limitation du pouvoir discrétionnaire des Etats membres et des institutions européennes est de nature à renforcer la place cardinale qu'occupent la Cour et les juges européens dans l'émergence d'un véritable ordonnancement constitutionnel économique en Europe.

S'il est désormais acquis que les juges européens ont été le moteur principal de la promotion de l'efficacité économique par la défense de l'efficacité transactionnelle, ils ont également su promouvoir l'efficacité économique par une approche diamétralement opposée. Cette approche consiste, non pas à la facilitation des échanges par la minimisation des coûts de transactions, mais par l'addition de coûts de transaction, dès lors que ces transactions sont néfastes pour la défense de l'efficacité économique. En cela, c'est un véritable pouvoir régulateur que les juges européens ont élaboré, afin de faire avancer l'exact opposé de l'efficacité transactionnelle, que nous nommerons *efficacité régulatrice*.

Chapitre 2/ Efficience Régulatrice dans la Jurisprudence Européenne

L'objet de ce chapitre sera d'introduire le concept d'« efficience régulatrice » en droit européen afin de démontrer la propension du droit européen en général, et de la jurisprudence européenne en particulier, à évoluer en faveur d'une régulation de la concurrence qui soit favorable au principe d'efficience économique. La jurisprudence européenne contrôlant la régulation de la concurrence a évolué, au sortir d'influences importantes du droit américain de *l'antitrust*, vers l'incitation toujours plus grande de comportements concurrentiels qui aient pour conséquence l'accroissement de l'efficience économique au sens de Kaldor-Hicks.

En effet, un véritable bilan concurrentiel s'est élaboré dans la jurisprudence où les gains d'efficience sont mis en balance avec les pertes d'efficience des comportements concurrentiels en question. Ce bilan concurrentiel a été rendu possible par l'avènement généralisé de la règle de raison, traduction jurisprudentielle de ce bilan concurrentiel issu d'une analyse économique favorisant les gains nets d'efficience. Cette règle de raison s'est progressivement imposée comme substitut aux interdictions *per se*⁶⁷⁰.

670 Nous adopterons ce que Black (1997 : 152) appelle la vision de la règle de raison dans sa « vision simple » : l'application de la règle de raison, par opposition aux interdictions *per se*, est exhaustive et exclusive. Néanmoins, cette distinction claire théorique souffre d'un flou relatif dans la pratique comme le rappelle la Cour Suprême : « *there is often no bright line separating per se from rule of reason analysis* », *NCAA v. Broad of Regents of the University of Oklalhoma*, 468 US 85 §104 (1984).

Néanmoins, nous soulignerons les obstacles et les réticences du juge européen à pleinement et exclusivement intégrer une analyse par l'efficacité, dans son contrôle juridictionnel du droit de la concurrence. Il sera démontré que, paradoxalement à ce qu'intuitivement d'aucuns pourraient penser, au vu de l'intégration du raisonnement économique en droit de la concurrence (Sibony 2008), la jurisprudence européenne contrôlant la concurrence n'est pas si concordante avec des seules préoccupations d'efficacité que ce que peut l'être la jurisprudence américaine. Ainsi, en dépit de l'influence notoire de la jurisprudence américaine et du poids historique qu'a eu l'analyse économique en droit de la concurrence, les juges européens démontrent une attirance mesurée pour avancer vers la recherche explicite (et exclusive) de l'efficacité économique en droit de la concurrence. Cet attrait relatif se traduit par l'émergence lente et difficile de la règle de raison dans la jurisprudence européenne de la concurrence, par rapport à l'affirmation relativement tôt et non-équivoque de la règle de raison dans la jurisprudence américaine.

Ce sera l'objet de ce chapitre, après avoir introduit le concept d'efficacité régulatrice et divisé les différentes infractions possibles à la concurrence par la référence à la justice correctrice (I), que de démontrer l'évolution de la jurisprudence européenne vers une recherche évolutionnaire de l'efficacité économique en droit de la concurrence⁶⁷¹ (III), une évolution rendue possible par les travaux précurseurs des juges américains (II).

671 L'intérêt de la perspective évolutionnaire, concernant spécifiquement l'approche comparée du droit de la concurrence, était déjà évoquée par Vogel (1988 : 402) en soulignant « l'apport de l'interprétation «évolutionniste» à la théorie générale du droit de la concurrence [...] ».

1. Introduction

Lorsque le marché lui-même ne conduit pas à des résultats favorisant l'efficacité économique, il ne s'agit plus, à l'instar de la notion d'efficacité transactionnelle abordée plus haut, de minimiser les coûts de transactions afin de permettre aux agents économiques de pouvoir agir au plus près de ce qu'auraient été leurs comportements dans un marché dit « efficace ». À l'inverse de l'efficacité transactionnelle, participant à la minimisation des coûts de transactions pour les échanges prenant place sur le marché, l'efficacité que nous appelons « efficacité régulatrice » consiste à accroître les coûts de transactions pour les échanges ayant des conséquences néfastes sur l'efficacité économique en général⁶⁷². Cela s'explique par l'inefficacité inhérente à un marché particulier : la régulation vient, dès lors, non plus comme une source d'inefficacité, car limitant des échanges bénéfiques, mais comme une source d'efficacité minimisant les échanges néfastes. La régulation, ou plus généralement l'imposition par le droit de principes généraux, tels que les droits de propriété et la liberté contractuelle, permet d'atteindre un ordre concurrentiel participant à l'établissement d'une solution « efficace »⁶⁷³. En cela, si l'efficacité transactionnelle promeut la

672 La distinction entre efficacité transactionnelle et efficacité régulatrice a déjà pu être utilisée par le passé. Ainsi, en ce qui concerne plus spécifiquement le droit européen de la concurrence, Lianos (2007 : 729) affirme pertinemment : la Commission souhaite « améliorer la qualité du droit communautaire de la concurrence en raison de la variété et de la multitude des autorités de la concurrence le mettant en oeuvre (efficacité dynamique de la régulation) et combattre la lourdeur de l'action publique en allégeant les contraintes pesant sur les opérateurs économiques (efficacité transactionnelle) ».

673 En cela, notre conception de l'efficacité régulatrice peut très aisément être compatible avec la recherche hayekienne d'un résultat « efficace » par l'établissement d'un ordre concurrentiel fondé sur les droits de propriété et la liberté contractuelle. En effet, voir Hayek (1960) lorsque celui-ci affirme notamment : « *the case for a free system is not that any given system will work satisfactorily where coercion is confined by general rules, but that under it such rules can be given a form that will enable it to work. If there is to be an efficient adjustment of the different activities in the market, certain minimum requirements must be met; the more important of these* ».

maximisation des échanges efficients, « l'efficacité régulatrice » promeut la minimisation des échanges inefficients. C'est le cas au premier rang du droit concernant la régulation de la concurrence⁶⁷⁴ car « le droit de la concurrence est devenu un droit de la *régulation* » (Farjat 2006 : 5).

En effet, il est tentant de penser que la concurrence tend naturellement à l'efficacité économique et donc, assimiler la concurrence à l'efficacité, serait une tautologie⁶⁷⁵. Or, il convient de souligner que si la concurrence, en effet, promeut l'efficacité économique en cela que l'ordre concurrentiel émergent renforce l'efficacité allocative et l'efficacité productive⁶⁷⁶, il n'en demeure pas moins que l'émergence d'un tel ordre concurrentiel souhaitable n'est en rien naturel. Il y a donc une nécessité de réguler la concurrence afin de reproduire ce qu'auraient été les conditions idéales d'une libre concurrence⁶⁷⁷.

are [...] the prevention of violence and fraud, the protection of property and the enforcement of contracts, and the recognition of equal rights of all individuals to produce in whatever quantities and sell at whatever prices they choose ».

674 Le droit de la concurrence a toujours été le domaine du droit le plus enclin à intégrer une analyse économique, d'où la doctrine pléthorique des deux cotés de l'Atlantique. Par ailleurs, le droit de la concurrence est condamné à l'analyse économique. Voir Bork (1985 : 23) affirmant : « *Faustian pact or not, antitrust has no alternative, as I have said, to do anything but rest on economics* ».

675 Sur ce point, la doctrine est pléthorique, il suffit de renvoyer à Posner (2001) ; Bork (1978) et Sibony (2008 : 88-91).

676 « [Un] raisonnement simple montre que le processus concurrentiel conduit à la fois à l'efficacité allocative (l'égalité des prix et des coûts) et à l'efficacité productive (les coûts de production sont réduits au minimum compte tenu de la technologie et du coût des ressources) » (Sibony 2008 : 89).

677 La concurrence est efficace au sens de maximisation des richesses dès lors qu'elle est réelle et libre. Et, comme l'affirme Sibony (2008 : 92) c'est « seulement sous l'hypothèse selon laquelle la fin recherchée est la production de la plus grande richesse possible que l'« économie permet de conclure que la concurrence est efficace ». L'efficacité économique est le moyen (objectif premier) d'une fin (objectif ultime) qui est la maximisation de la richesse : la concurrence permet d'atteindre ces deux objectifs lorsqu'elle est réelle, ce qui n'est en rien naturel.

En effet, la concurrence n'est pas automatique et tend à se réduire par la simple conduite d'échanges sur le marché⁶⁷⁸. Que les échanges soient volontaires (au sens de consensuel entre les parties prenantes comme les cartels), ou que les échanges soient involontaires comme les abus de position dominantes, ceux-ci se doivent d'être régulés, dès lors que l'efficacité économique est considérée être un objectif en soi. Ainsi, la régulation de la concurrence peut être considérée de prime abord comme concourant à la promotion de l'efficacité économique⁶⁷⁹.

Or, il sera démontré dans ce chapitre qu'il se peut que la régulation de la concurrence ne recherche pas l'efficacité économique, dès lors que l'analyse économique traditionnelle est adoptée, c'est-à-dire l'analyse dite structuraliste. Ainsi, la régulation de la concurrence, pour promouvoir l'efficacité économique, et la recherche d'une régulation qui soit (exclusivement) tournée vers la promotion de l'efficacité économique, correspondront à ce que nous appellerons « l'efficacité régulatrice ». L'efficacité régulatrice consiste à accepter, non seulement, que l'essence du droit de la concurrence soit la promotion de l'efficacité économique, mais surtout que l'existence de la régulation de la concurrence doive être de rechercher constamment l'efficacité économique dans chacune des décisions rendues dans ce domaine. Il ne suffira pas, pour que la régulation de la concurrence soit dite « efficace », qu'elle soit régulation de la concurrence, il

678 Voir Adam Smith soulignant la volonté des producteurs de comploter contre les consommateurs et pour un faible niveau de concurrence.

679 Ainsi, Motta (2004 : xvii) définit la politique de concurrence comme « *the set of policies and laws which ensure that competition in the marketplace is not restricted in such a way as to reduced economic welfare* ». Ainsi, plutôt que de faciliter les échanges sans interventions, à l'instar de l'efficacité transactionnelle, l'efficacité régulatrice consiste, particulièrement dans le domaine de la concurrence, à constater que les échanges prenant place sans régulation sont de nature à réduire l'efficacité économique, d'où la nécessité de régulation au service d'une efficacité économique contrariée dans une économie « naturelle ».

s'ajoutera à cette raison d'être un volontarisme jurisprudentiel concernant la recherche de l'efficacité économique dans le rendu de décisions⁶⁸⁰.

Nous postulons que l'efficacité correctrice (ou rectificatrice) formulée par Aristote conduit, à l'instar de ce qu'a pu régulièrement affirmer Posner, à davantage d'efficacité économique⁶⁸¹. En effet, la correction par le juge d'échanges, ayant des conséquences inefficaces, participe à une « régulation jurisprudentielle » de ces échanges. Il ne s'agit ici plus de faciliter, au nom de l'efficacité économique, ces échanges, mais bien de réguler et limiter ceux-ci au nom de cette même efficacité économique. Cette attitude diamétralement opposée pour un objectif partagé s'explique par la notion d'efficacité régulatrice définie plus haut par opposition à l'efficacité transactionnelle.

La régulation et la « correction » d'échanges peuvent concerner, à la fois, les échanges dits involontaires et les échanges volontaires. Les échanges involontaires s'apparentent à des externalités dues, soit à des accidents, soit à des comportements fautifs emportant l'engagement

680 Nous nous focaliserons, comme le reste de notre recherche, sur le raisonnement économique dans la jurisprudence spécifiquement et non pas sur les institutions et organes exécutifs. Pour une étude détaillée de l'analyse économique dans la DG Concurrence de la Commission Européenne, nous renverrons au travail de Neven (2006).

681 La réinterprétation de la justice correctrice, à la lumière de l'efficacité économique, nous permettra d'aborder la régulation de la concurrence dans la perspective de l'efficacité économique. La seule contribution reprenant la notion de justice correctrice pour aborder le droit de la concurrence, qui entend paradoxalement justice correctrice comme antinomique de l'efficacité économique, est l'article de Robertson (2000). Dans cet article, l'auteur affirme que le droit américain de la concurrence devrait moins s'intéresser à la promotion de l'efficacité économique en faveur de la défense de la justice correctrice, suggérant ainsi, de façon erronée, que la correction de dommages extra-contractuels puisse ne pas être « efficace » ou que l'efficacité économique s'oppose à une prévention ex ante, ou une correction ex post de ces dommages. Nous ne discuterons pas davantage cet article qui fait figure d'exception dans la doctrine juridique et économique comprenant le principe de justice correctrice comme compatible (si ce n'est similaire) à l'efficacité économique.

d'une responsabilité civile et/ou pénale. Les échanges volontaires s'apparentent à des transactions dans lesquelles les gains d'efficacité espérés par les parties au contrat sont moindres que les pertes d'efficacité que la société doit supporter.

2. L'affirmation du principe d'efficacité économique en droit américain de la concurrence

Le droit américain de la concurrence est dominé par le *Sherman Act* de 1890⁶⁸² ayant valeur quasi-constitutionnelle⁶⁸³ et par le *Clayton Act* de 1914. Il sera démontré dans cette section que la jurisprudence de la Cour Suprême en droit de la concurrence tend, évolutionnairement, à favoriser la promotion d'une efficacité régulatrice par la recherche de solutions jurisprudentielles garantissant des gains nets d'efficacité. En effet, l'importance progressive de la mise en balance des pertes d'efficacité et des gains d'efficacité s'est faite par une consécration de la règle de raison. Cette consécration n'a pu se réaliser que par le changement de paradigme de l'analyse économique du droit de la concurrence. Alors que la théorie des prix (vision structuraliste du marché) a largement prédominé et, avec elle, les interdictions *per se*⁶⁸⁴, l'économie des coûts de transactions

682 26 Stat 209 (1890), amendé en 1959 (15 U.S.C. §§ 1-7). Pour une introduction aux origines du *Sherman Act* et du droit de la concurrence plus généralement, voir Stigler (1982).

683 *Sugar Institute, Inc vs US* (1936).

684 En réalité, la théorie des prix appliquée par les économistes tels que Coase et Stigler supposait la mise en place d'une règle de raison avec sa mise en balance. Mais l'interprétation que vont en faire les cours sera telle que l'application de la théorie des

(vision davantage comportementaliste) s'est peu à peu imposée par le biais de la règle de raison (Meese 2003 : 114).

En effet, l'interprétation jurisprudentielle du *Sherman Act* et du *Clayton Act* a évolué d'une interprétation dite structuraliste (analysant la structure du marché en termes de parts de marché), où l'efficacité économique ne jouait quasiment pas de rôle dans la pratique du droit⁶⁸⁵ (a), à une interprétation dite comportementaliste (analysant les comportements des opérateurs économiques en termes conséquentialiste)⁶⁸⁶ où l'efficacité économique émergea progressivement comme l'objectif et le critère de référence dans l'adjudication du droit américain de la concurrence⁶⁸⁷ (b).

prix conduira à une règle de raison limitée avec, en réalité, des interdictions *per se* pour des cas présumés être anticoncurrentiels. Cette présomption d'illégalité, dans l'application d'une règle de raison, rapproche davantage cette pratique aux interdiction *per se* qu'à une règle de raison stricto sensu. Ainsi, par simplicité de présentation de notre argument, consistant à démontrer l'avènement de la règle de raison par la prise en considération de l'efficacité économique par les juristes et économistes, il suffira de faire correspondre théorie des prix avec application concrète d'interdiction *per se* et économie des coûts de transactions avec règle de raison.

685 La régulation de la concurrence était alors destinée à protéger les concurrents des opérateurs économiques plus efficaces.

686 Le conséquentialisme du droit est parfaitement reflété dans l'instrumentalisme du droit de la concurrence auquel le principe d'efficacité économique conduit par sa place grandissante. Ainsi Lianos (2007 : 29) considère à juste titre que « l'importance récente accordée à l'efficacité économique confirme la vision instrumentaliste du droit de la concurrence, considéré comme une forme de politique industrielle, dont l'objectif ultime serait l'amélioration de la compétitivité des entreprises».

687 La régulation de la concurrence devient alors destinée à protéger l'efficacité économique, indépendamment de la structure du marché et des acteurs économiques.

a. Structuralisme économique et interdiction *per se* dans la jurisprudence initiale

Le droit américain de la concurrence a initialement eu des visées davantage politiques et sociales que des visées portant sur la promotion de l'efficacité dans la régulation de la concurrence. Ces considérations initiales qui étaient relativement anti-économiques étaient considérées comme « populistes » (Lande 1988 : 430). Il y avait une volonté affichée de « restructurer » le marché, en limitant le pouvoir (préssumé être nocif) des grandes entreprises et en renforçant le pouvoir (préssumé être bénéfique) des petites entreprises⁶⁸⁸. C'est cette volonté de « structurer » la concurrence dans le marché, plutôt que d'opérer un raisonnement économique indiscriminé, concernant la taille et la nature des agents économiques en question, qui donna lieu à ce que l'on a appelé la perspective « structuraliste » du droit de la concurrence. Ainsi, Motta (2004 : 7) affirme très justement que « [...] *until the mid-70s, there was a period of intense anti-trust activity, characterised probably more by the desire to restrain large firms than by the objective of increasing economic efficiency, an attitude which was consistent with the dominant economic thinking of the period* ». Cette perspective, contrariant l'efficacité économique ou du moins ne cherchant pas à la promouvoir explicitement, est le structuralisme économique.

688 Cette perspective politique se traduira, comme nous le verrons plus bas, par l'interdiction *per se* de certains comportements, dès lors qu'ils sont le fait de grandes entreprises et également par l'immunité de comportements pourtant questionables sur le plan de l'efficacité du fait qu'ils émanent de petites entreprises. Ainsi, avec la vision politique initiale du droit américain de la concurrence, aux interdictions *per se* concernant les grandes entreprises s'ajoutait une règle de minimis concernant les petites entreprises. Il faut comprendre Lande qui considère cette perspective de « populiste » en cela que ces deux règles juridiques ne reposaient sur aucune rationalité économique.

Cette perspective en substance prône un interventionnisme important des autorités de la concurrence (organes exécutifs et Cours) (Lande 1988 : 431). Selon cette perspective, il est communément admis que les monopoles créent de l'inefficience d'allocation du fait de leur nature. En effet, parce qu'elle est en situation de monopole, l'entreprise en question augmentera les prix de ces produits et services au-delà du prix concurrentiel, ce qui aura pour conséquence d'empêcher des acheteurs potentiels d'acheter aux prix non-concurrentiels proposés. Ainsi, le volume d'échanges diminue ce qui contribue à accentuer l'inefficience d'allocation du fait de l'entreprise en situation de monopole. Par conséquent, selon l'école structuraliste (ou école de Harvard, par opposition à l'école de Chicago dite « comportementaliste »), la présence même du monopoleur constitue un cas d'inefficience d'allocation et doit, ainsi, être combattue par une régulation interventionniste condamnant les monopoles et préservant une « structure » compétitive du marché où plusieurs entreprises de tailles comparables se concurrencent idéalement de façon effective. Il n'est pas ici question de promouvoir l'efficacité économique par la minimisation du coût social que peut engendrer certains comportements anti-concurrentiels indépendamment de la nature de leurs auteurs. Il est question de protéger la structure compétitive du marché en freinant l'émergence de monopoles, en favorisant l'émergence de concurrents sérieux, et en incitant au regroupement de petites entreprises afin que celles-ci rendent effective la concurrence dans un « marché pertinent ». Cette vision structuraliste a traditionnellement été confirmée par la Cour Suprême⁶⁸⁹.

689 Ainsi, nous pouvons citer l'extrait du célèbre arrêt *Standard Oil v. Federal Trade Commission* de 1951 dans lequel la Cour Suprême affirme clairement que « *Congress was dealing with competition, which it sought to protect, and monopoly, which it sought to prevent* ». Ainsi, la Cour Suprême envisageait son rôle à cette période comme étant la garante des lois antitrust qui visaient à éviter la formation de monopoles. Voir *Standard Oil v. Federal Trade Commission* (340 US 241).

i) Approche structuraliste et abus de position dominante

L'affaire *Standard Oil*⁶⁹⁰ de 1911 est l'arrêt par lequel la Cour Suprême posera sa ligne jurisprudentielle, pour les années, à venir par le biais d'une règle de raison mitigée avec certaines interdictions *per se*. En effet, quand bien même *Standard Oil* posa la nécessité d'analyser le caractère raisonnable des comportements concurrentiels en question⁶⁹¹, il sera considéré par la suite que des comportements sont *per se* interdits car menant à la monopolisation:

« *Per se* rules are no exception to the approach articulated in *Standard Oil*. To the contrary, such rules simply implement the overarching Rule of Reason [...] A conclusion that a particular class of restraint is unlawful *per se* rests upon a determination that a thoroughgoing examination of the reasonableness of such restraints will always or almost always result in a conclusion that they exercise or create market power and thus restrain competition (rivalry) unduly. In this way, *per se* rules replicate the result that full blown analysis would produce while at the same time avoiding the administrative costs of such an inquiry⁶⁹² ».

690 *Standard Oil Company v. United States*, 221 US. 1 (1911).

691 Selon le Chief Justice White, il est nécessaire de trouver un critère pour déterminer la légalité du contrat en question à l'égard du *Sherman Act*, et ce critère doit être celui de la « raison » : « *And as the contracts or acts embraced in the provision were not expressly defined, since the enumeration addressed itself simply to classes of acts, those classes being broad enough to embrace every conceivable contract or combination [...] it inevitably follows that the provision necessarily called for the exercise of judgment which required that some standard should be resorted to for the purpose of determining whether the prohibition contained in the statute had or had not in any given case been violated [...] it follows that it was intended that the standard of reason which had been applied at the common law and in this country in dealing with subjects of the character embraced by the statute was intended to be the measure used for the purpose determining whether, in a given case, a particular act had or had not brought about the wrong against which the statute provided* » *Standard Oil Company v. United States*, 221 U.S. 1 §61 (1911).

692 Meese (2003 : 93).

Ainsi, par opposition de ce que la règle de raison adviendra plus tard, lorsqu'interprétée à l'aune de l'efficacité économique, la règle de raison de *Standard Oil* est en réalité un contrôle juridictionnel supposant deux étapes. La première étape n'est rien d'autre qu'une règle *per se* : la qualification du contrat en cause doit aboutir à savoir si celui-ci est interdit *per se* ou pas⁶⁹³. La seconde étape porte sur la règle de raison où la Cour juge du caractère « raisonnable » du contrat à l'aune du risque de monopolisation (et non pas encore de l'efficacité économique). Ainsi, si la première étape est purement juridique, la seconde étape est davantage factuelle. Par conséquent, certaines restrictions pouvaient ne pas être analysées concrètement si elles ont au préalable été considérées comme illégales *per se*. Des erreurs économiques peuvent alors se produire car toute règle *per se* suppose à la fois une trop grande inclusion (certaines restrictions seront autorisées alors même qu'elles sont indésirables), ou une trop grande exclusion (certaines restrictions ne seront même pas factuellement analysées si elles sont catégorisées comme illégales).

L'affaire *Standard Oil* révèle l'importance de la théorie économique des prix dans l'analyse jurisprudentielle. Cette vision aura pour paradoxe de conduire à des interdictions *per se*, alors même que la théorie des prix, prônée par les économistes à l'époque, défendait une règle de raison (Meese 2003 : 124-125). La théorie des prix était censée promouvoir la règle de raison car cette théorie aborde les contrats comme légitimes bien que restreignant nécessairement la concurrence. Mais les Cours vont interpréter cette théorie comme interdisant ainsi toute restriction de concurrence, afin de ne pas détourner l'allocation efficiente des ressources rendue possible par les interactions entre entreprises entièrement autonomes.

693 Voir *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pac. Stationery & Printing Company*, 472 U.S. 284, 290 (1985) : « *are so likely to restrict competition without any offsetting efficiency gains that they should be condemned as per se violations* » ; Voir aussi *State Oil Company v. Khan*, 522 U.S. 3 §10 (1997) : « *Some types of restraints, however, have such predictable and pernicious anticompetitive effect, and such limited potential for procompetitive benefit, that they are deemed unlawful per se* ».

Cette mauvaise interprétation de la théorie des prix est issue de l'importance exagérée donnée aux hypothèses de départ de la théorie des prix, principalement l'autonomie pleine et entière des entreprises, et l'allocation efficiente des ressources. Tout contrat ou pratique qui pourrait être considérée comme ne participant pas à l'allocation efficiente des ressources, car contraignant l'autonomie des entreprises, serait perçu comme suspect. C'est cette suspicion qui se transformera rapidement en interdiction *per se*⁶⁹⁴.

Selon cette approche, les pratiques inexplicables, selon le paradigme de la théorie des prix, ne pouvaient qu'être des pratiques anti-concurrentielles destinées à accroître le pouvoir de marché et donc assimilables à des tentatives de monopolisations (dans une vision largement structuraliste). Ainsi, en soi, certaines pratiques étaient illégales sans scruter les possibles gains d'efficience de ces pratiques⁶⁹⁵ (Arthur 2000).

694 C'est cet état d'esprit des cours qui sera considéré être comme démontrant une « inhospitalité » : « *I approach territorial and customer restrictions not hospitably in the common law tradition, but inhospitably in the tradition of antitrust law* ». (Turner 1966 : 1-2) ; « *[The] "inhospitality tradition of antitrust"... called for courts to strike down business practices that were not clearly procompetitive. In this tradition an inference of monopolization followed from the courts' inability to grasp how a practice might be consistent with substantial competition. The tradition took hold when many practices were genuine mysteries to economists, and monopolistic explanations were congenial. The same tradition emphasized competition in the spot market. Long-term contracts, even those arrived at by competitive processes, were deemed anticompetitive because they shut off day-to-day rivalry* ». (Easterbrook 1982:715); « *What followed was the so-called inhospitality tradition of antitrust, which manifested itself in the form of extreme hostility toward any contractual restraint on the freedom of individuals or firms to engage in head-to-head rivalry* ». (Meese 2003 : 124).

695 Voir notamment *United States v. Topco Associations Inc.*, 405 U.S. 596 (1972) ; *United States v. Sealy, Inc.*, 388 U.S. 350 (1967) considérant que les pratiques en question « *their anticompetitive nature and effect are so apparent and so serious that the courts will not pause to assess them in light of the rule of reason* » (§355). En ce qui concerne les restrictions verticales, celles-ci étaient illégales quelles que soient leurs natures spécifiques. Voir *United States v. Gen. Motors Co.*, 384 U.S. 127,145-48 (1966) ; *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967) *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145,152-53 (1968)..

Enfin, l'approche structuraliste dans l'abus de position dominante a longtemps perduré, avant d'être abandonnée, comme nous le verrons plus loin, par la «doctrine *Alcoa*. Cette doctrine fait référence à une affaire de 1945⁶⁹⁶ dans laquelle il était affirmé que le seul fait d'être structurellement un monopoleur (en l'espèce 90% du marché détenu par l'entreprise défenderesse), ou de tendre vers la monopolisation, alors même qu'aucune pratique anti-concurrentielle n'avait été constatée par cette entreprise, suffisait à sanctionner celle-ci à l'aune de la Section 1 du *Sherman Act*. Le fait que le marché concerné fonctionne plus efficacement avec une seule ou peu d'entreprises, ou que ladite entreprise vende ses produits à des coûts compétitifs, favorisant l'efficience, est indifférent pour les juges s'inspirant dans cette doctrine *Alcoa* (Posner 2001 : 262-263). Cette doctrine pousse à l'inefficience en cela que le monopoleur a des incitations à perdre volontairement des parts de marché, en augmentant notamment ses prix, afin d'échapper à la censure de « monopolisation ». En cela, « la "structuralisation" du contrôle illustrée par l'arrêt *Alcoa* » (Vogel 1988 : 133) favorise les comportements inefficients⁶⁹⁷, et a été abandonnée ainsi à juste titre⁶⁹⁸.

696 *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F2d 416 (2d Cir. 1945).

697 En effet, tout développement économique de l'entreprise dominante, conduisant à une structure moins idéale du marché, conduira à une interdiction *per se*. Vogel (1988 : 143) affirme justement : « Dans la logique de l' « abus de structure », tout comportement de l'entreprise dominante, quel que soit semble-t-il le marché sur lequel ses effets se manifestent, est susceptible de constituer un abus dès lors qu'il tend au maintien ou au renforcement de cette position. Dans ces conditions, l'exigence d'un comportement abusif perd sa signification puisque toute action contribuant au développement de l'entreprise sera susceptible de le constituer. Pour éviter la prohibition, il faudrait que l'entreprise dominante demeure inactive ou adopte des comportements irracionnels ».

698 Voir notamment *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum*, 495 US 328, §340-341 (1990) ; *Cargill Inc. v. Montfort of Colorado Inc.* 479 US 104, §116 (1986).

Ceci est le résultat de la pensée économique du moment caractérisée par l'école de Harvard (Mason 1939 ; Bain 1956). En effet, la suspicion *a priori* à l'égard des entreprises, ayant un pouvoir important de marché, conduisait les défenseurs de cette approche à favoriser une « structure » concurrentielle où différentes entreprises de tailles égales se font concurrence. Cette structure optimale était supposée être le gage d'une concurrence effective. Ainsi, une entreprise importante était présumée avoir des comportements anticoncurrentiels, tandis qu'une petite entreprise était présumée ne pas avoir de tels comportements⁶⁹⁹. Ce sera l'analyse comportementaliste qui viendra battre en brèche ces analyses « à tendance paranoïdes »⁷⁰⁰. L'analyse comportementaliste souligne, en effet, l'inopportunité d'une telle distinction stricte. Elle souligne également le fait que des entreprises dominantes pouvaient avoir des comportements concurrentiels (donc sans nécessairement d'« abus »), tant que le marché était ouvert à de nouveaux entrants pouvant contester la position dominante de cette entreprise.

699 Par conséquent, les ventes liées (tying-in) seront pour longtemps traitées par une règle d'interdiction *per se* dans une série d'affaires. Voir notamment *Jefferson Paris Hospital District N°2 v. Edwin G. Hyde*, 466 US 1 ; *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film*, 243 US 502 ; *United States Steel Corp v. Fortner Enterprises*, 429 US 610 ; *Oftner v. Enterprises United States Steel Corp*, 394 US 495 ; *White Motor Co. v. United States*, 373 US 253 ; *Brown Shoe Co. v. United States* 370 US 294 ; *United States v. Loew's Inc.* 371 US 38 ; *Northern Pacific R. Co v. United States*, 356 US 1 ; *Black v. Magnolia Liquor Co.*, 355 US 24 ; *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 US 594 ; *Standard Oil Co. of California v. United States*, 337 US 293 ; *International Salt Co. United States*, 332 US 392. Mais Director et Levy (1956) développeront plus tard la thèse du « one surplus » : un monopoleur n'a aucun raison de lier la vente du bien A avec celui de B si ce n'est pour réduire ses coûts et ainsi bénéficier d'un gain d'efficience productive. Les ventes liées ne surviennent seulement que lorsqu'il y a des gains d'efficience productive à exploiter, et en soit, les ventes liées devraient être autorisées l'ont proposé Director et Levy (1956) avec beaucoup d'influences sur la jurisprudence. En effet, cette jurisprudence, abandonnant la perspective structuraliste, va progressivement légaliser les ventes liées du fait de cette efficience productive alléguée.

700 Hofstadter (1965).

Concernant les restrictions verticales, la règle d'illégalité *per se* posée aux affaires *Dr. Miles*⁷⁰¹ de 1911 et *Schwinn*⁷⁰² de 1967 a été progressivement abandonnée. Ceci est dû à la meilleure compréhension, par les économistes, de la recherche d'efficacité économique par les parties prenantes à l'entente. Dans l'affaire *Dr. Miles*, la Cour Suprême estima qu'une interdiction *per se* devait appliquer à l'imposition par un fabricant à ses distributeurs d'un prix de revente minimum, car contraire en soi à la Section 1 du *Sherman Act* : en réalité, ces restrictions verticales étaient considérées similaires à l'établissement d'un cartel horizontal. Dans l'affaire *Schwinn*, la Cour Suprême considéra que lorsque le fabricant opère une division horizontale des territoires exclusifs au détriment des distributeurs et consommateurs, sans même encourir le risque commercial, alors ces accords imposés sont interdits *per se*.

L'évolution sera remarquée avec *GTE Sylvania* où la Cour Suprême proposa qu'une règle de raison soit adoptée car les restrictions verticales « *promote interbrand competition by allowing the manufacturer to achieve certain efficiencies in the distribution of his products* »⁷⁰³. Mais le revirement jurisprudentiel aura lieu en 2007 lorsque la Cour Suprême abandonnera cette position et adoptera explicitement et pleinement une règle de raison⁷⁰⁴. En effet, dans sa décision *Leegin*, la Cour Suprême a abandonné sa jurisprudence *Dr. Miles* afin d'adopter de façon expresse⁷⁰⁵ une règle de raison dans tous les domaines des restrictions verticales :

« The Court has abandoned the rule of *per se* illegality for other vertical restraints a manufacturer imposes on its distributors. Respected economic analysts, furthermore, conclude that vertical price

701 *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911).

702 *United States v. Arnold Schwinn*, 388 US 365 (1967).

703 *Continental TV Inc. V GTE Sylvania, Inc.* 433 US 36 §54 (1977).

704 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 551 US 877 (2007).

705 L'abandon de l'interdiction *per se*, pour les restrictions verticales, avait déjà été entrepris pour les non fixations de prix, voir *White Motor Co. v. United States*, 372 U. S. 253, §263 (1963) ; *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3, §10 (1997).

restraints can have procompetitive effects. We now hold that Dr. Miles should be overruled and that vertical price restraints are to be judged by the rule of reason ».

Ainsi, la Cour s'est explicitement référée à la doctrine économique⁷⁰⁶ affirmant la possibilité de restrictions verticales concernant les prix qui accroîtraient l'efficacité économique⁷⁰⁷, pour basculer sa jurisprudence dans ce domaine en faveur de la règle de raison.

ii) Approche structuraliste et concentrations

L'approche structuraliste est illustrée, en droit américain du contrôle des concentrations, avec la loi anti-concentrations Celler-Kefauver du 29 Décembre 1950, présageant du *Clayton Act* de 1976. Selon l'interprétation jurisprudentielle initiale du *Clayton Act*, inspirée de la vision structuraliste, toute concentration verticale, ayant pour effets de faire acquérir aux entreprises fusionnant une part non négligeable des parts de marchés, était illégale.

706 « *Though each side of the debate can find sources to support its position, it suffices to say here that economics literature is replete with procompetitive justifications for a manufacturer's use of resale price maintenance* », *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 551 US 877, §9 (2007) ; « *expected authorities in the economics literature suggest the per se rule is inappropriate, and there is now widespread agreement that resale price maintenance can have procompetitive effects* », *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 551 US 877, §20 (2007)

707 La Cour cite ainsi *ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law and Economics of Product Distribution* 76 (2006) affirmant : « *[T]he bulk of the economic literature on [resale price maintenance] suggests that [it] is more likely to be used to enhance efficiency than for anticompetitive purposes* », et se réfère également à l'Amicus Curiae de William Comanor affirmant : « *[G]iven [the] diversity of effects [of resale price maintenance], one could reasonably take the position that a rule of reason rather than a per se approach is warranted* ».

Les fusions peuvent être dites soit horizontales (lorsque différents concurrents fusionnent), soit verticales (lorsque un fournisseur fusionne avec un distributeur), soit de conglomérats (lorsque de entreprises fusionnent sans que leurs produits respectifs ne se fassent concurrence). En terme d'efficience, les fusions horizontales peuvent accroître l'efficience du fait des économies d'échelle gagnées, les fusions verticales peuvent accroître l'efficience lorsque les coûts de transactions, entre les firmes intégrées, sont moindres que ceux qui seraient supportés si les firmes n'étaient pas intégrées, tandis que les fusions de conglomérats peuvent permettre de diminuer les coûts d'information concernant un management davantage optimal⁷⁰⁸.

Le rejet initial, par la Cour Suprême, d'accepter la défense par l'efficience comme justification potentielle à la fusion en question, vient du fait que le critère exclusif du pouvoir de marché a dominé le contrôle juridictionnel des fusions⁷⁰⁹. Le pouvoir de marché est la capacité,

708 Muris (1980 : 382) résume sommairement les différentes raisons pour lesquelles chacun des types de fusions peut accroître l'efficience : « *Mergers can increase efficiency. Horizontal mergers may provide the volume necessary to obtain the economies that result from large size. Vertical mergers may increase efficiency where the internal costs of operation are less than the costs of nonintegrated firms using the market. Conglomerate mergers may allow a more efficient management to acquire control of a firm* ».

709 Voir ainsi *United States v. Columbia Steel Co.* 334 US 495 (19548). Si la Cour Suprême se référait sporadiquement aux gains possibles d'efficience que pourraient engendrer une fusion, ce n'était pas pour autoriser mais pour justifier l'interdiction de cette concentration. Voir notamment Bok (1960 : 318). Ceci était également le cas de la *Federal Trade Commission*, en charge de l'application du droit américain de la concurrence, qui mentionnait l'efficience comme argument pour invalider une concentration. Voir Liebler cité par Muris (1980 : nbp 4). Enfin, plus généralement, le *Department of Justice* auquel est rattaché la *Federal Trade Commission*, détailla, par la publication de ses lignes directrices en matières de concentrations, son indifférence par rapport au principe d'efficience économique. En effet, il écrivait : « *Unless there are exceptional circumstances, the Department will not accept as a justification for an acquisition normally subject to challenge under its horizontal merger standards the claim that the merger will produce economies (i.e., improvements in efficiency) because, among other reasons, (i) the Department's adherence to the standards will usually result in no challenge being made to mergers of the kind most likely to involve companies operating significantly below the size necessary to achieve significant economies of scale; (ii) where substantial economies are potentially available to a firm, they*

pour une firme, d'augmenter ses prix et/ou de réduire ses quantités sans que cette firme ne voit ses consommateurs privilégier des concurrents. Autrement dit, le pouvoir de marché renvoie à la capacité, pour une firme, d'adopter des comportements de monopoleur en s'éloignant de prix compétitifs. Le pouvoir de marché est inversement proportionnel au niveau de concurrence d'un marché donné : plus il est non concurrentiel (notamment du fait de concentrations), plus le pouvoir de marché des entreprises opérant sur lui est important. Ce rejet est illustré par trois arrêts majeurs des années 60 durant la période de la «*Warren Court*» que sont *Brown Shoe*⁷¹⁰, *Philadelphia National Bank*⁷¹¹, et *Procter & Gamble*⁷¹².

Dans l'affaire *Brown*, il était question d'une concentration entre Brown Shoe, un fabricant et distributeur de chaussures, et Kiney Company, également fabricant et distributeur de chaussures. Chacune des entreprises représentaient une faible part de parts de marché, respectivement 4% et 1% du marché américain. A la fois le *Department of Justice*, et la *District Court*, considérèrent que la concentration, dans sa dimension de concentration verticale, serait de nature à faire baisser les prix de vente des chaussures et/ou à faire augmenter la qualité de celles-ci, de telle sorte que cela ne laisserait que peu de chances aux concurrents de concurrence la firme intégrée⁷¹³. Autrement dit, étant donné la présence d'économies possibles correspondant à des gains d'efficience dans la

can normally be realized through internal expansion; and (iii) there usually are severe difficulties in accurately establishing the existence and magnitude of economies claimed for a merger » (*Department of Justice Press Release, Merger Guidelines*, 1968).

710 *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

711 *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963).

712 *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967).

713 La *District Court* souligna implicitement les gains d'efficience comme menace aux concurrents : «*Company-owned and company-controlled retail stores have definite advantages in buying and credit; they have further advantages in advertising, insurance, inventory control and assists and price control. These advantages result in lower prices or in higher quality for the same price* ». Voir *United States v. Brown Shoe Co.*, 179 *Federal Supplement* 721, 738.

production, la concentration devait être rejetée. La vision structuraliste, visant à protéger les concurrents davantage qu'à laisser les opérateurs économiques minimiser leurs coûts au profit des consommateurs, domina⁷¹⁴. En appel, la Cour Suprême confirme la décision de la *District Court* et l'analyse du gouvernement, considérant que les possibles efficacités qui résulteraient de la concentration sont autant d'arguments penchant dans la balance, afin de condamner plutôt que d'autoriser cette concentration. Ainsi, quand bien même la concentration bénéficierait aux consommateurs par une baisse des prix et/ou une augmentation de la qualité, cette concentration est néfaste pour les concurrents selon la perspective structuraliste classique de l'époque⁷¹⁵.

Dans l'affaire *Philadelphia*, la seconde banque de Philadelphie, *Philadelphia National Bank* (PNB), désirait fusionner avec la troisième banque de Philadelphie, *Gerard Trust Corn Exchange Bank*. La Cour Suprême reprit les arguments structuralistes du gouvernement consistant à

714 Bork et Bowman (1965 : 373) affirmeront que l'arrêt Brown bloqua « *vertical integration that promised lower prices, the theory of incipency to foreVoir danger in a presumably desirable trend that was barely started, and the theory of «social purpose» to justify the fact that the decision prevented the realization of efficiencies by a merger which, realistically viewed, did not even remotely threaten competition* ».

715 « *The retail outlets of integrated companies, by eliminating wholesalers and by increasing the volume of purchases from the manufacturing division of the enterprise, can market their own brands at prices below those of competing independent retailers. Of course, some of the results of large integrated or chain operations are beneficial to consumers. Their expansion is not rendered unlawful by the mere fact that small independent stores may be adversely affected. It is competition, not competitors, which the Act protects. But we cannot fail to recognize Congress' desire to promote competition through the protection of viable, small, locally owned businesses. Congress appreciated that occasional higher costs and prices might result from the maintenance of fragmented industries and markets. It resolved these competing considerations in favor of decentralization. We must give effect to that decision* ». *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, §344 (1962). Ce passage illustre, non seulement, le rejet par la Cour de la défense d'efficacité mais, surtout, est entièrement incohérent en quelques phrases. Alors qu'elle admet que la concentration peut avoir des conséquences positives pour les consommateurs, la Cour bloque cette concentration. Pourquoi bloquer cette concentration si ce n'est par la peur que la firme intégrée soit néfaste aux consommateurs en adoptant des comportements de monopoleur, alors même que la Cour Suprême venait de reconnaître que cette firme intégrée n'adoptera très probablement pas ce type de comportements ?

s'opposer à toute concentration dans un marché oligopolistique par nature. Peu importe que deux opérateurs de cet oligopole fusionnent pour mieux concurrencer l'entreprise dominante, la Cour Suprême, par ce raisonnement éminemment structuraliste, accepte de faire courir le risque que l'entreprise dominante, si elle s'est imposée sur le marché par des coûts réduits, creuse encore l'écart avec les autres entreprises du marché mises dans l'impossibilité d'être plus efficaces, et donc de concurrencer effectivement l'entreprise dominante. L'analyse structuraliste, dans un marché oligopolistique, a des effets pervers en cela que le refus de la défense d'efficacité contribue à faire *de facto* émerger plus facilement un monopoleur sur le marché, une conséquence plus préoccupante en terme de concurrence. En l'espèce, la Cour rejeta, plus ou moins explicitement, la possibilité de procéder à une mise en balance des gains d'efficacité et des pertes d'efficacité (et donc l'adoption d'une règle de raison), en faveur d'une application stricte et catégorique de la législation d'inspiration structuraliste⁷¹⁶.

Enfin, dans l'affaire *Procter & Gamble*, l'entreprise du nom de l'affaire souhaite en vain racheter *Clorox Chemical Company*. Si la vision structuraliste classique domina cette affaire, il n'en demeure pas moins que des ouvertures, non négligeables sur le terrain de la défense d'efficacité,

716 Ainsi, la Cour Suprême refuse cette mise en balance, tout en reconnaissant que cette facilité de contrôle juridictionnel supporte des coûts pour l'économie mais que ces coûts se doivent d'être acceptés : « *We are clear, however, that a merger the effect of which « may be substantially to lessen competition » is not saved because, on some ultimate reckoning of social or economic debits and credits, it may be deemed beneficial. A value choice of such magnitude is beyond the ordinary limits of judicial competence, and in any event, has been made for us already, by Congress when it enacted the amended §7. Congress determined to preserve our traditionally competitive economy. It therefore proscribed anticompetitive mergers, the benign and the malignant alike, fully aware, we must assume, that some price might have to be paid* ». Il convient de souligner que par « *ultimate reckoning of social or economic debits and credits* », la Cour parle de mise en balance des coûts et bénéfices que sont, en l'espèce, les gains et pertes d'efficacité entraînés. La Cour refuse d'opérer cette mise en balance à cause de sa présumée incompétence juridictionnelle (« *limits of judicial competence* ») qui ne lui permet pas de juger de la « magnitude » des gains et pertes d'efficacité C'est-à-dire savoir s'il y a des gains nets d'efficacité du fait de l'importance plus grande des gains d'efficacité par rapport aux pertes d'efficacité).

sont à souligner. Ainsi, si le gouvernement affirma que l'efficacité n'était pas, en l'espèce, de nature à autoriser la concentration, prit soin de préciser que l'efficacité ne devait cependant pas être interprétée comme un argument bloquant une concentration, et que l'efficacité restait *in fine* l'objectif du droit de la concurrence⁷¹⁷. Cette incursion est non négligeable concernant l'acceptabilité de l'efficacité, à la fois, comme objectif du droit de la concurrence en général et comme raison de justification des concentrations en particulier. Néanmoins, le raisonnement de la Cour Suprême ne souffre d'aucun particularisme dans sa construction par rapport aux arrêts *Brown* et *Philadelphia*. C'est bien la réduction des coûts de production (ou, plus précisément, de publicité) qui ont fait craindre le possible pouvoir de marché, qu'aurait la firme intégrée, qui la conduirait à exclure les concurrents de ce marché. De plus, non seulement la réduction des coûts a été jugée comme suspecte par la Cour⁷¹⁸, mais surtout c'est bien la taille et l'importance de Procter & Gamble qui incita la Cour à censurer cette concentration. Ainsi, l'efficacité n'est pas source de légalité de la concentration mais est rejetée en tant que telle, ce qui est considéré par d'aucuns comme dommageable pour une économie⁷¹⁹.

717 Ainsi, la *Federal Trade Commission* affirma: « *In general, advantages afforded by merger which reflect simply greater efficiencies ought not to be a basis for holding the merger illegal; efficiency is, after all, the prime goal of antitrust. But that principal is inapplicable we believe to the circumstances of the case* », *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568, §47 (1967).

718 La Cour affirmera ainsi : « *Possible economies cannot be used as a defense to illegality* ». *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568, §380 (1967).

719 Ainsi, Bork et Bowman (1965 : 374) dépeignent une image sombre de la solution de Procter & Gamble et des conséquences que cette décision peut induire : « *[T]he Procter & Gamble decision considers that the creation of efficiencies is [not] the main benefit competition has to offer society. If it now takes fewer salesmen and distribution personnel to move a product from the factory to the consumer than it used to or if advertising or promotion can be accomplished less expensively, that is a net gain to society. We are all richer to that extent. Multiplying such additions to social wealth by hundreds and thousands of transactions and an enormously important social phenomenon is perceived. And law that makes the creation of efficiency the touchstone of illegality can only tend to impoverish us as a nation* ».

iii) Approche structuraliste et cartels

La nocivité des cartels, ou autres fixations concertées de prix, est largement acceptée chez les économistes ainsi que chez les juristes. Traditionnellement, les cartels ont toujours été traités avec une illégalité *per se*⁷²⁰. Cette interdiction *per se* des cartels remonte à la première affaire que la Cour Suprême ait eu à attendre après l'adoption du *Sherman Act* de 1890 : l'affaire *Trans-Missouri Freight Association* de 1897⁷²¹ où une interprétation littérale du *Sherman Act* a été consacrée. Par un vote serré de 5 contre 4, la Cour Suprême rejeta, contre les décisions des cours de première instance et d'appel, la fixation, par l'association des exploitants de chemins de fers, des prix pour les transporteurs⁷²² et rejeta l'applicabilité du *Sherman Act* aux seules restrictions « déraisonnables » (et non à celles « raisonnables ») au commerce. Les juges ont considéré que le *Sherman Act* devait

720 La définition de l'interdiction *per se* d'accords horizontaux a été donnée, et avec elle, une présomption irréfutable d'illégalité de ces accords, dans l'affaire *Northern Pacific Railways Co* : « *however, there are certain agreements or practices which because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use. This principle of per se unreasonableness not only makes the type of restraints which are proscribed by the Sherman Act more certain to the benefit of everyone concerned, but it also avoids the necessity for an incredibly complicated and prolonged economic investigation into the entire history of the industry involved, as well as related industries, in an effort to determine at large whether a particular restraint has been unreasonable) an inquiry so often wholly fruitless when undertaken. Among the practices which the courts have heretofore deemed to be unlawful in and of themselves are price fixing [...]* ». *Northern Pacific Railways Corporation v. United States*, 356 US 1 (1958).

721 *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290 (1897).

722 Cet arrêt conduira la doctrine et la jurisprudence à conclure à l'absence de caractère raisonnable de toute fixation concertée des prix. Voir l'affaire *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, 85 Fed. Circuit Court 271, 6th §278 (1898), où il est dit : « *but where the sole object of both parties in making the contract [...] is merely to restrain competition, and enhance or maintain process, it would be void that there was nothing to justify or excuse the restraints, that it would necessarily have a tendency to monopoly, and therefore would be void* ».

s'appliquer aux activités ferroviaires en dépit d'une interprétation « historique » du *Sherman Act* prônant le contraire⁷²³.

Si l'approche structuraliste n'était toujours pas abandonnée, il n'en demeure pas moins que des bribes de règle de raison étaient déjà perceptibles dès l'affaire *Addyston* de 1898⁷²⁴ (Vogel 1988 : 246). Cette affaire, considérée comme essentielle dans l'avènement d'une règle de raison dans les cartels⁷²⁵, va être l'occasion, pour le juge Taft, de s'opposer subtilement à une stricte règle d'interdiction d'ententes, selon le *Sherman Act*, par le concept de « ancillary restraints » (restrictions accessoires). En effet, il affirme ainsi que toute entente est interdite, car illégale, mais qu'une restriction accessoire à un contrat lui-même légal peut être considérée comme nécessaire à la liberté commerciale :

« No conventional restraint of trade can be enforced unless the covenant embodying it is merely ancillary to the main purpose of a lawful contract, and necessary to protect him from the dangers of an unjust use of those fruits of a contract, or protect him from the dangers of an unjust use of those fruits by the other party⁷²⁶ ».

723 *US v. Trans-Missouri Freight Conference Association*, 166 US 290 §324 (1897) : « Congress has, so far as its jurisdiction extends, prohibited all contracts or combinations in the form of trusts entered into for the purpose of restraining trade and commerce ».

724 *US v. Addyston Pipe and Steel Co.*, 85 Fed. 271 (6th Cir. 1898). Affaire en appel à la Cour Suprême : 175 US 211 (1899).

725 Bork (1978 : 26) considère « *Addyston must rank as one of the greatest, if not the greatest, antitrust opinions in the history of law* » ; Handler (1957 : 9) voyant dans cette décision « *one of the most imperishable landmarks of our law* ».

726 *US v. Addyston Pipe and Steel Co.*, 85 Fed. 271 §282 (6th Cir. 1898). « L'intégration des activités économiques présente toujours le désavantage de restreindre la concurrence actuelle ou potentielle entre les parties. Toutefois, cela est nécessaire pour le bien de la communauté et surtout pour l'augmentation de l'efficacité économique » interprète Lianos (2007 : 528). Voir également l'affaire *American Tobacco Co. v. United States*, 328 US 781 (1946) où la Cour va souligner la nécessité d'analyser les « effets » anticoncurrentiels de l'accord (sans se cantonner à la « nature » de cet accord), mais en délaissant les possibles effets pro-concurrentiels dudit accord.

Plus tard, la Cour Suprême a pu affirmer dans l'affaire *Trenton Potteries* que: « *the aim and result of every price-fixing agreement, if effective, is the elimination of one form of competition [...] Agreements which create such potential power may well be held to be in themselves unreasonable or unlawful restraints, without the necessity of minute inquiry whether a particular price is reasonable or unreasonable [...]* »⁷²⁷ Par conséquent, tout accord sur les prix est illégal *per se* (« *in themselves* »)⁷²⁸ Cette interdiction *per se* des cartels (accords horizontaux) perdurera longtemps bien que les risques, qu'une telle approche faisait courir en termes d'efficacité économique, étaient grandissantes (Bauer 1979). Malgré cela, cette approche continuera à être le domaine du droit antitrust s'étant le moins ouvert à la règle de raison en dépit d'évolutions non négligeables comme nous l'abordons à présent.

b. L'émergence de la règle de raison comme une justification à l'efficacité économique

La vision structuraliste d'un droit de la concurrence, dominée par des considérations politiques, sera très largement critiquée dès 1966 par Bork, et surtout en 1978 par son fameux livre *The Antitrust Paradox* où il affirme que, non seulement, l'efficacité économique est le véritable objectif du *Sherman Act* mais surtout que l'on doit rechercher l'efficacité économique dans le droit

⁷²⁷ *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927).

⁷²⁸ Cette interdiction *per se* s'applique à tous types d'accord, y compris ceux fixant un prix maximum : *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons Inc.*, 340 US 221 (1951) alors même que « les économistes [...] considèrent que ces accords ont, en général, des effets bénéfiques à la concurrence » (Lianos 2007 : 551). Voir également l'affaire *Klor's Inc* de 1959 dans laquelle l'interdiction *per se* était rappelée implicitement sans nécessité de démontrer les intentions des parties aux cartels : *Klor's Inc v. Broadway-hale Stores Inc.* 359 US 207 (1959).

de la concurrence⁷²⁹. Cet article présagera d'une influence toujours plus grandissante du principe d'efficacité économique dans les décisions jurisprudentielles traitant de la régulation de la concurrence⁷³⁰. La question n'est plus de savoir si les prix sont trop hauts (ou trop bas dans le cas de prix dits « prédateurs ») : il convient, selon Bork, de se demander si les prix du monopoleur (ou du cartel) sont hauts parce qu'ils participent à l'efficacité productive de l'entreprise⁷³¹. Cette absence de réponse catégorique, dans la condamnation ou pas d'entreprises particulières, résulte du fait que l'analyse se concentre seulement sur les comportements économiques des firmes, étudiés de façon casuistique, et non sur la nature des firmes étudiée de façon abstraite en ayant recours à des critères juridiques. Cette approche imprègnera toute l'« école de Chicago » se focalisant sur la recherche de l'efficacité en droit de la concurrence⁷³², et donc sur une régulation de la concurrence qui soit favorable à la promotion de cette efficacité, d'où la notion d'efficacité régulatrice.

729 Ainsi, il affirma : « *[t]he whole task of antitrust can be summed up as the effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or a net loss in consumer welfare* » (Bork 1978 : 91). L'impact de la pensée de Bork sera telle que, non seulement l'école de Chicago émergera par la suite, mais surtout que la pratique au sein même des administrations sera modifiée autour de cette pensée. Ainsi, en 1982, un des responsables de la division Antitrust dans l'administration américaine, William Bexter, affirmera : « *the only goal of antitrust is economic efficiency* » (Taylor 1982 : 28). Posner (2001 : 29) ira jusqu'à penser que le véritable but du droit de la concurrence ce n'est pas la elle-même, mais véritablement ses conséquences, c'est-à-dire l'efficacité économique : « *Efficiency is the ultimate goal of antitrust, but competition is a mediate goal that will often be close enough to the ultimate goal to allow courts to look no further* ».

730 Ainsi, comme le note Ginsburg (2006 : 227-228), l'article de Bork était novateur au moment de sa publication, mais est devenu la pensée dominante de la Cour Suprême des années plus tard : « *When Bork's article was first published in 1966, his thesis was novel. By 1977, it had become the conventional wisdom of the federal courts [...] In emphasizing allocative efficiency over other values, the Supreme Court implicitly endorsed Bork's thesis* ».

731 Lande (1988 : 435) résume la pensée de Bork, en l'espèce, en affirmant : « *Higher prices to consumers are fine with Bork so long as the monopolist or the cartel produces more efficiently* ».

732 Balmer (1986 : 983).

Il est vrai que l'efficacité économique est devenue subrepticement l'objectif quasi-exclusif du droit américain de la concurrence, aussi bien dans la doctrine que dans la pratique⁷³³. Ainsi, comme nous allons le voir dans la jurisprudence, à la fois américaine et européenne, à la recherche de l'efficacité prônée par l'école de Chicago correspondra, juridiquement, le passage de l'interdiction de certains comportements *per se* à une généralisation de la règle de raison⁷³⁴.

Alors que d'aucuns pourraient penser que la recherche explicite de l'efficacité économique en droit de la concurrence, parce qu'elle suppose une approche casuistique contingente à chaque entreprise étudiée, implique une plus grande insécurité juridique, Bork en particulier, et les partisans de l'école de Chicago en général, affirment qu'il n'en est rien. En effet, un droit de la concurrence entièrement dirigé vers la promotion de l'efficacité renforce la sécurité juridique et la prédictibilité des décisions jurisprudentielles. Cela s'expliquerait par l'abandon de critères structuralistes vagues et confus consistant à savoir quand une entreprise est trop grande pour être

733 Fox (1980 : 1140) affirmant ainsi que « *efficiency [...] is and should continue to be a major goal of antitrust, and that the basic socio-political values of antitrust other than smallness for its own sake coincide with efficiency as so conceived and should continue to guide antitrust policy* ». Voir notamment Kirkwood et Lande (2008 : 192) affirmant, avec dépit : « *The conventional wisdom in the antitrust community today is that the antitrust laws were passed to promote economic efficiency* ». Les auteurs critiquent cette perspective qui s'imposa dans les cours comme dans les esprits.

734 Steiner (2007 : 60-61) affirme ainsi : « *the influence of Chicago-school economics changed that view by using economic theory to show how such practices and agreements could be used to generate efficiency gains, and thus should be evaluated under a rule of reason analysis or even be declared legal per se [...]* As a consequence, the Chicago school extended its view to the very purpose of antitrust. It argued that antitrust should be guided by economic efficiency, thus focusing on the effects of restrictive agreements alone. This "justification by ends" approach would ultimately extend the application of the rule of reason into all fields of antitrust ». Ainsi, l'efficacité amène à la généralisation de la règle de raison qui conduit à un processus de justification économique, avec une analyse casuistique plutôt que systématique.

condamnée ou suffisamment petite pour être immunisée⁷³⁵. Comme nous allons le voir, l'émergence de la règle de raison est concomitante avec l'abandon de la vision structuraliste du marché en faveur d'une approche davantage comportementaliste où gains et pertes d'efficacité sont mis en balance. Avec l'École de Chicago, « c'est bien le postulat politique commun des conceptions ordo-libérale et structuraliste qui est rejeté. Une autre différence notable avec ces conceptions tient à l'accent mis sur les *résultats* (l'efficacité), et l'analyse des *comportements* plutôt que sur les *conditions* de la concurrence » (Sibony 2008 : 244). Aujourd'hui, cette approche domine largement. En effet, ce lien indissociable entre efficacité économique pour l'économiste et règle de raison pour le juriste est consubstantielle à l'évolution jurisprudentielle de la Cour Suprême, et est présenté élégamment par Posner (2001 : ix) :

« Almost everyone professionally involved in antitrust today - whether as litigator, prosecutor, judge, academic, or informed observer - not only agrees that the only goal of antitrust laws should be to promote economic welfare, but also agrees on the essential tenets of economic theory that should be used to determine the consistency of specific business practices with that goal. Agrees, that is, that economic welfare should be understood in terms of the economist's concept of efficiency ; that business firms should be assumed to be rational profit maximizers, so that the issue in evaluating the antitrust significance of a particular business practice should be whether as it a means by which a rational profit maximizer can increase its profits at the expense of efficiency; and that the design of antitrust rules should take into account the costs and benefits of individualized assessment of challenged practices relative to the costs and benefits of rule-of-thumb prohibitions, notably per se rules of antitrust illegality».

735 Même des auteurs sceptiques à l'approche de Bork, tel que Landes (1988 : 437), ont reconnu l'argument de sécurité juridique tiré de la recherche de l'efficacité économique en droit de la concurrence, plutôt que la recherche de tailles d'entreprises optimales : « *By avoiding the endless and imprecise debates over « how big is too big », «how small is good » or « how much more should consumers pay to prevent bigness and/or preserve smallness », the efficiency view of antitrust with its single quest offered the promise of clarity and predictability ».*

Ainsi, du fait des « dérives » de la vision structuraliste incarnée par une mauvaise conception de la concurrence⁷³⁶, qui est celle de la théorie des prix, les interdictions *per se* laissèrent progressivement place à une règle de raison qui adopterait une approche plus modérée et davantage compatible avec le principe du contradictoire dans le procès⁷³⁷. L'avènement de la règle de raison est essentiellement dû à l'importance grandissante de l'économie des coûts de transactions. Ce paradigme considère ainsi que l'hypothèse d'échanges opérés sans coûts avancés par la théorie des prix où chacun pourrait contracter librement, sans limite informationnelle, est erronée. Les contrats ont en réalité la même fonction que l'entreprise (c'est-à-dire évoluer dans le marché), et la distinction entre contrat et entreprise se fait plus subtile. En effet, les agents économiques préfèrent l'intégration lorsque les mécanismes de prix sur le marché sont plus coûteux, tandis qu'ils vont préférer contracter lorsque les coûts de transactions sont faibles et les mécanismes de prix accessibles à moindre coût⁷³⁸. Que les contrats soient restrictifs correspond à la présence de coûts de transactions importants et pour lesquels les acteurs économiques s'assurent de minimiser par lesdits contrats (Williamson 1968 ; 1969 ; 1977). Ainsi, les comportements et contrats autrefois considérés, dans l'optique de la théorie des prix, comme des moyens d'acquérir un pouvoir de marché tendant à la monopolisation, sont, avec l'économie des coûts de transactions, considérés comme étant des moyens légitimes de surmonter la présence de coûts de

736 Par opposition à une vision hayekienne de la concurrence.

737 Sur la correspondance entre « justifications objectives » apportées par l'entreprise défenderesse et prise en considération de l'efficacité, voir Sibony (2008 : 112) affirmant que « la notion de justifications objectives paraissait donc un véhicule adéquat pour la prise en considération de l'efficacité ».

738 Voir Coase (1932 : 390) affirmant ainsi : « *The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism* ».

transactions importants. Par conséquent, à ce changement de paradigme économique, correspond, nous allons le voir, une approche jurisprudentielle renouvelée.

De plus, l'inopportunité de l'école structuraliste, au-delà d'être révélée par l'école de Chicago, sera amplifiée par la théorie des marchés dits contestables. Cette théorie, davantage comportementaliste que structuraliste, s'intéresse aux barrières à l'entrée d'un marché⁷³⁹ : ce sont ces barrières qui doivent être minimisées voire éradiquées, afin d'assurer un niveau concurrentiel toujours élevé et ainsi, promouvoir l'efficacité économique. Un monopole peut se comporter de façon compétitive dès lors qu'il existe peu ou pas de barrières à l'entrée sur le marché : la concurrence potentielle suffit à garantir l'efficacité économique sur ledit marché si celui-ci est réellement « contestable »⁷⁴⁰.

i) Efficacité dans les échanges involontaires : le domaine précurseur de l'abus de position dominante

Le changement d'approche jurisprudentielle du droit de la concurrence d'une vision structuraliste en faveur d'une vision davantage comportementaliste, où le principe d'efficacité économique devient le cadre de référence, se produira avec le célèbre arrêt *Sylvania* de 1977⁷⁴¹ où la

739 Bain (1956 : 3) définit une barrière à l'entrée : « *a barrier to entry is an advantage of established sellers in a industry over potential entrant sellers, which is reflected in the extent to which established sellers can persistently raise prices above competitive levels without attracting new firms to enter the industry* ».

740 Baumol *et al.* (1982) ; Baumol et Willig (1986).

741 *Continental T. V. Inc. v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977). Cet arrêt fondateur marqua le début d'une série d'arrêts dans lesquels la préoccupation d'efficacité se fit tantôt explicite, tantôt implicite, mais dans tous les cas, toujours grandissante. Voir également *Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System Inc.*, 441 U.S. 1 (1978) (« BMP ») ; *National Society of Professional*

présomption de comportement anticoncurrentiels, que constituaient les restrictions verticales, a été abandonné au profit d'un accent mis sur « les effets de ces pratiques commerciales sur l'efficacité économique et non plus, comme c'était le cas auparavant, sur la liberté de concurrence des parties à l'entente ou des tiers » (Lianos 2007 : 11). La Cour raisonnera dans cet arrêt selon l'économie des coûts de transactions, encore que les incitations doctrinales à modifier l'analyse économique fussent bien plus anciennes⁷⁴². Dans l'affaire *Sylvania*, la Cour Suprême va, pour la première fois, rechercher les effets pro-concurrentiels des restrictions verticales intramarques et intermarques et les mettre en balance avec les effets anti-concurrentiels. La recherche de l'efficacité économique par la Cour Suprême se fera parfois implicitement, bien que toujours de façon constante, par la référence à la « protection du bien-être du consommateur » (*«consumer welfare protection»*)⁷⁴³. Ainsi, comme le note Landes (1988 : 446), dans l'affaire *Reiter* de 1979⁷⁴⁴, le Chief Justice Burger cite Bork afin de réinterpréter le *Sherman Act* impliquant le *consumer welfare protection*, comme le fait Bork, alors que ce dernier considère synonyme la protection du bien-être du consommateur et l'efficacité économique dans le droit de la concurrence.

Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978) ; *City of Lafayette v. Louisiana Power & Light Co.*, 435 U.S. 389 (1978) ; *United States Gypsum*, 438 U.S. 422, 441 (1978) ; *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330 (1979).

742 Parmi les précurseurs, il convient de citer Director et Levi (1956) qui, très tôt, prônèrent pour une meilleure compréhension de la rationalité économique des abus de position dominante (ou « *exclusionary practices* »). Leur argument était de démontrer que ces pratiques, considérées jusque là comme illégales, pouvaient s'expliquer soit comme autant de tentatives par les opérateurs économiques pour renforcer et accroître leurs positions sur le marché, soit comme des comportements concurrentiels s'inscrivant dans le processus normal de concurrence.

743 En cela, l'arrêt *Sylvania* représente un véritable « changement d'optique » de la part de la Cour Suprême par l'analyse économique, et plus précisément l'efficacité économique comme objectif (Lianos 2007 : 11). Voir pour une confirmation de *Sylvania*, notamment *Blue Shield of Virginia v. McCready*, 457 US 465 §478 où la Cour rechercha, pour déterminer l'intérêt à agir d'une personne « *the physical and economic nexus between the alleged violation and the harm to the plaintiff* ».

744 *Reiter v. Sonotone Corporation*, 442 U.S. 330, §343 (1979).

En réalité, cette volonté d'introduire, dans le contrôle juridictionnel des abus de position dominante, une règle de raison qui soit le reflet de l'importance grandissante des considérations tirées de l'efficacité, n'était-elle pas inhérente à la législation en vigueur ? D'aucuns peuvent faire une relecture de l'histoire législative du droit américain de la concurrence, pour affirmer que ce droit a toujours incorporé un objectif d'efficacité économique, et donc supposé, de la part des juges de la Cour Suprême, une analyse explicite de l'efficacité⁷⁴⁵. Sans prétendre que l'efficacité a toujours été présente dans le droit (et ne demandait qu'à être découverte), il est possible d'affirmer que l'efficacité est devenue de plus en plus présente en droit américain de la concurrence, et particulièrement dans la jurisprudence de la Cour Suprême.

Concernant spécifiquement les abus de position dominante, n'est-il pas ainsi possible de déceler une règle de raison, implicite dans la Section I du *Sherman Act*, mais qui sera interprétée comme telle seulement avec l'arrêt *Sylvania* de 1977 ? En effet, la Section I du *Sherman Act* interdit les contrats restreignant le commerce (« *restraints of trade* »), alors que tout contrat peut potentiellement être considéré comme limitant le commerce (du fait de l'engagement contractuel contraignant). Etant donné que la régulation de la concurrence ne suppose pas, comme l'a affirmé Justice Holmes, le pouvoir de « *desintegrate society [...] into individual atoms* »⁷⁴⁶, il est évident que le critère du caractère « raisonnable » doit s'imposer à la lumière des conséquences économiques⁷⁴⁷⁷⁴⁸.

745 Une telle thèse est avancée par Bork (1966) et, concernant les concentrations, voir Muris (1980).

746 *National Security Commission v. United States*, 193 U.S. 197, 411 (1904) (Holmes, opinion dissidente).

747 Meese (2003 : 79) fait également ce lien entre caractère raisonnable présent dans la Section I du *Sherman Act* et règle de raison : « *For nearly a century, then, courts have expressly held that the Sherman Act forbids only unreasonable restraints, usually purporting to judge « reasonableness » according to economic effect. In modern parlance, courts applying this 'Rule of Reason' ask whether a contract « promotes » competition or, instead, « destroys » it, by creating or exercising market power* ».

Or, le contrôle du caractère raisonnable (d'où la règle de raison) d'une pratique concurrentielle en revient à analyser la proportionnalité de cette pratique, étant donné que la proportionnalité et le caractère raisonnable sont deux notions juridiques très proches. Et, si le principe de proportionnalité suppose une mise en balance des coûts et bénéfices de la mesure, alors le contrôle du caractère raisonnable du comportement concurrentiel suppose la mise en balance des gains et coûts d'efficacité (Muris 1988). Or, c'est précisément le raisonnement auquel procède la Cour Suprême, en estimant que doivent être mis en balance, du fait de l'adoption de la règle de raison, les effets pro-compétitifs (gains d'efficacités) et les effets anti-compétitifs (pertes d'efficacité) potentiels de la pratique concurrentielle en question (Meese 2003 : 79)⁷⁴⁹. Par conséquent, en appliquant la règle de raison, il est possible d'affirmer que les juges cherchent à s'assurer que des gains nets d'efficacité sont produits par la pratique concurrentielle s'ils étaient amenés à autoriser celle-ci. C'est pourquoi il peut légitimement être considéré que le principe d'efficacité est ici garanti, dans le contrôle juridictionnel de la concurrence, par la règle de raison.

Qu'implique la règle de raison ? Cette règle, battant en brèche le formalisme juridique, issue de la vision économique structuraliste⁷⁵⁰, comporte trois étapes⁷⁵¹. Dans un premier temps, le

748 En effet, la liberté de contrat reste néanmoins protégée en tant que principe, l'illégalité étant l'exception. Voir *United States v. Joint-Traffic Association*, 171 U.S. 505, 568 (1898) où il est dit que le *Sherman Act* ne rend pas illégaux les contrats ordinaires protégés par la liberté de contrat.

749 En effet, après sa jurisprudence *Schwinn* et son interdiction *per se*, la Cour était, avec l'affaire *Sylvania* « face à un choix » comme l'affirme Lianos (2007 : 574) : « soit elle interprétait sa jurisprudence *Schwinn* de manière restrictive en adoptant une règle d'interdiction *per se* partielle des restrictions territoriales et de clientèles, en n'interdisant pas la pratique si l'entreprise en cause ne disposait pas d'un pouvoir de marché ou était un nouvel entrant sur le marché. Soit la Cour décidait d'abandonner sa jurisprudence *Schwinn* et de consacrer l'application de la règle de raison ».

750 En effet, la règle de raison se justifie, au-delà de sa propension à favoriser l'efficacité économique, par son pragmatisme juridique et économique : en décidant d'adopter l'interdiction *per se*, la Cour « justified its decision based on "formalistic" legal

requérant doit démontrer les effets anti-compétitifs entraînés par le comportement d'un acteur économique : cette première étape requiert de démontrer que des effets nocifs réels (« *actual detrimental effects* ») soient constatés, tels que la réduction des quantités ou l'augmentation des prix.⁷⁵² Ensuite, le défendeur doit prouver que le contrat génère des effets pro-concurrentiels (gains d'efficacité), mais surtout que ces effets plus importants que les effets anti-concurrentiels démontrés par le plaignant (c'est-à-dire qu'il en ressort des gains nets d'efficacité). Enfin, quand bien même le défendeur peut démontrer des gains nets d'efficacité, le plaignant peut tenter d'affirmer que ces gains nets d'efficacité pouvaient être atteints par une alternative moins restrictive (« *less restrictive alternative* »)⁷⁵³, ce qui rappelle le principe de proportionnalité et son analyse d'efficacité comparée que ce principe suppose. Ainsi, la charge de la preuve incombe au plaignant car, si le défendeur est celui qui doit se justifier en termes d'efficacité et d'efficacité comparée, le plaignant doit néanmoins produire le plus grand nombre de preuves afin de « forcer » le défendeur à se justifier sur le terrain de l'efficacité économique. En effet, comme Muris (1988 : 861) le précise justement, « *If the conduct is inherently suspect, then the issue becomes the existence of efficiency justifications. This issue does not, in the first instance, address questions of proving market power or of weighing efficiencies on the one hand versus market power on the other. Instead, the initial question concerns whether there is a plausible efficiency justification* ».

doctrine rather than "demonstrable economic effect" », voir *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 551 US 877 (2007) se référant à la critique de la règle *per se* formulée dans l'arrêt *Sylvania*.

751 La règle de raison est définie comme suit : « *Under this rule, the factfinder weighs all of the circumstances of a case in deciding whether a restrictive practice should be prohibited as imposing an unreasonable restraint on competition* », voir *Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, §49 (1977).

752 Voir *Copperweld Corporation v. Independence Tube Corporation*, 467 U.S. 752, 767-69, §104-151 (1984)

753 Meese (2003 : 79).

Ainsi, la doctrine *Alcoa*, définie plus haut, a été abandonnée au profit d'une véritable règle de raison. En effet, *Standard Stations* affirme clairement que désormais les contrats d'exclusivité signés par des entreprises dominantes doivent être évalués en termes d'avantages coûts-bénéfices d'efficacité, rendus possible par la règle de raison : chaque contrat et comportement exige, pour son examen juridictionnel, « *the most careful weighing of alleged dangers and potential benefits, which is to say the normal treatment afforded by the rule of reason* »⁷⁵⁴.

ii) Efficacité dans les échanges volontaires : une évolution tardive et hésitante

La défense d'efficacité dans le contrôle des concentrations va s'imposer plus rapidement que la défense d'efficacité dans la lutte contre les cartels, un domaine où cette défense reste largement marginale.

Les fusions ont été jugées progressivement à l'aune du principe d'efficacité économique par la Cour Suprême⁷⁵⁵. Elles sont analysées aujourd'hui, par la Cour Suprême, en acceptant les défenses d'efficacité en particulier, et en recherchant l'efficacité des fusions en question en général. En effet, si les fusions peuvent avoir des effets positifs concernant l'efficacité

⁷⁵⁴ *US Healthcare Inc v. Healthsource Inc.* 986 F.2d 589 (1st Cir. 1993).

⁷⁵⁵ Les fusions sont, en droit américain, régies par la Section 7 du *Clayton Act* de 1914 (amendé 15 U.S.C. § 18 (1959)). La Section 7 interdit toute acquisition par une entreprise pouvant avoir pour effets de « *substantially to lessen competition, or tend to create a monopoly* ».

économique, celle-ci n'a que tardivement été considérée comme le critère pertinent pour autoriser ou refuser les fusions présentées devant la Cour Suprême⁷⁵⁶.

A la simple référence au pouvoir de marché, pour contrôler les concentrations, correspondait la réponse binaire consistant à conclure à la légalité des concentrations, n'accroissant pas substantiellement le pouvoir de marché de la firme intégrée, et à l'illégalité des concentrations, lorsque celles-ci auraient, indépendamment des gains d'efficacité potentiels, pour conséquences d'amplifier le pouvoir de marché de la firme intégrée. Or, cet argument est erroné du point de vue de l'efficacité économique : il ne saurait y avoir de réponse juridique si catégorique⁷⁵⁷ car l'efficacité peut parfois justifier des concentrations dans lesquelles le pouvoir de marché est néanmoins accru (Muris 1980 : 384). L'évolution jurisprudentielle traduit une analyse économique précisée ayant mis en lumière la nécessité de mettre en balance les pertes d'efficacité des concentrations avec les possibles gains d'efficacité de celles-ci. Autrement dit, comme l'affirme

756 Paradoxalement peut-être, les critiques principales à la notion d'efficacité, comme justification pour autoriser les fusions, vinrent d'auteurs proches de l'analyse économique du droit. Voir ainsi notamment Bork (1978 : 124-128) ; Posner (1976). Plus particulièrement, Bork affirme « *The real objection to [...] efficiency defenses in antitrust law is that they are spurious. They cannot measure the factors relevant to consumer welfare, so that after the economic extravaganza was completed we would know no more than before it began* ». Cependant, si Bork considère que l'efficacité ne saurait être mesurée, c'est bien parce qu'il comprend l'efficacité en termes de maximisation du bien-être des consommateurs (un paramètre difficilement mesurable) et non, comme nous le faisons, en termes de minimisation des coûts de production du fait de la concentration (un paramètre davantage « objectivable »).

757 Concernant la prétendue « simplicité » de la vision structuraliste, consistant à analyser les parts de marché et les risques d'entente, cette analyse économique est particulièrement complexe et contestée. Voir Muris (1980 : 429 ; 1999 : 752) ; Areeda et Turner (1980 : 346-388) ; Posner (1976 : 39-77). Ainsi, l'analyse par l'efficacité, si elle est économiquement élaborée, elle ne saurait souffrir de la critique d'une trop grande complexité, étant donné la complexité de l'alternative supposant la délicate délimitation du marché pertinent et de la difficile mesure de la probabilité de comportements monopolistiques.

Coate (2005 : 191), « *an optimal merger policy requires some mechanism to balance the potential anticompetitive effects with the prospective efficiencies* » : une mise en balance économique est nécessaire, ce qui suppose une règle de raison basée sur les gains et pertes d'efficacité dus à la concentration. Les pertes d'efficacité sont principalement dues au fait que les quantités totales produites diminuent sur le marché à cause de la concentration (la firme intégrée a intérêt à favoriser la rareté afin de faire augmenter les prix)⁷⁵⁸.

Mais, il se peut qu'il y ait des gains d'efficacité, concernant l'efficacité productive accrue de la firme intégrée, par rapport aux coûts de transactions supportés lorsque les entreprises n'étaient pas intégrées (ceci est d'autant plus vrai dans le cas de concentrations verticales). En effet, les coûts de management et de transaction étant réduits, le coût marginal de production d'un produit diminue⁷⁵⁹. Ainsi, à cette réduction du coût marginal de production peut s'accompagner une réduction de prix si la firme intégrée reste dans un environnement toujours concurrentiel⁷⁶⁰. Par conséquent, la question n'est plus de savoir s'il existe des pertes d'efficacité du fait de la réduction des quantités, mais bien de savoir si les pertes d'efficacité sont moindres que les gains d'efficacité engendrés par la concentration, auquel cas la concentration devrait être autorisée. Nous pouvons formuler la question sous-jacente à cette nouvelle approche comme ceci : à l'augmentation relative des prix et à la réduction des quantités, du fait de la concentration (pertes d'efficacité allocative),

758 En cela, Muris (1980 : nbp 64) affirme que les cours devraient être plus audacieuses que le législateur dans la défense de l'efficacité du fait du consensus économique sur ce point : « *Courts should not use congressional skepticism about efficiency to ignore efficiency justifications for merger. The possibility that mergers might lower costs is more widely recognized today than it was in the 1940's* ».

759 Cet accent mis sur la réduction des coûts de transactions, concernant le management par la concentration comme source d'efficacité, est davantage le fait de l'économie néo-institutionnelle représentée notamment par Williamson. Voir Coate (2005 : 191). En complémentarité à cette réduction des coûts de transaction comme efficacité, s'ajoute l'analyse plus néo-classique mettant l'accent sur la réduction des coûts de production comme efficacité.

760 Voir plus généralement Coate et Rodriguez (1997).

existe-t-il une réduction des coûts de production (gains d'efficacité productive) suffisamment forte pour que le résultat de la concentration envisagée conduise, en termes de conséquences économiques, à un gain net d'efficacité économique ?

Or, la plupart des économistes s'accordent maintenant pour dire que le résultat net penche souvent en faveur de gains d'efficacité supérieurs aux pertes d'efficacité⁷⁶¹. Autrement dit, l'accroissement du pouvoir de marché de la firme intégrée (manifesté par l'accroissement des prix et la réduction des quantités) est moindre que l'amplitude dans la réduction des coûts de production⁷⁶². Cette perception résulte du fait que, comme le précise Williamson (1968 ; 1969 ; 1977), les pertes d'efficacité sont mesurées par les seules quantités perdues, tandis que les gains d'efficacité sont mesurés par l'ensemble des quantités produites. Ainsi, pour que les pertes d'efficacité soient supérieures aux gains d'efficacité, il est nécessaire que la réduction des quantités produites soit notable (du fait d'une augmentation drastique des prix et/ou d'une grande élasticité de la demande, réagissant fortement à une augmentation minimale des prix). C'est pourquoi Williamson (1977 : 709) conclut qu'une concentration « *that promises nontrivial economies - say great than two percent - will generally yield a net allocative efficiency gain* ». Or, il est très fréquent que les concentrations soient envisagées pour (ou en ayant effet de) réduire de plus de 2% les coûts de production, ce qui pousse Muris (1980 : 393) à conclure qu'une présomption de légalité devrait entourer les concentrations.

761 Ceci est d'autant plus vrai dans les concentrations dites verticales ou de conglomérats. Les premiers travaux initiant ce changement dans l'analyse économique sont de Bain (1968). Voir également Roberts et Salop (1996) représentant la pensée économique contemporaine dominante à ce sujet, avec Werden (1997) ; Coate (2005) pour un résumé de cette analyse économique.

762 Voir principalement, pour une démonstration formalisée, Williamson (1968 ; 1969 ; 1977). En 1968, Williamson (1968 : 34) prédisait déjà l'impact de la recherche de l'efficacité dans une approche plus conséquentialiste de la concurrence en écrivant : « *once economies are admitted as a defense, the tools for assessing these effects can be expected to progressively to be refined* ».

Cette évolution de la doctrine économique, vers davantage de compréhension des possibles cas de gains nets d'efficacité à l'issue d'une concentration, va trouver une traduction juridique, d'abord dans les nouvelles *Merger Guidelines*⁷⁶³, mais aussi et surtout dans le raisonnement de la Cour Suprême comme illustré par quelques affaires⁷⁶⁴. La première affaire illustrant ce changement est *General Dynamics* de 1974⁷⁶⁵ : ce fût la première fois que la Cour Suprême rejeta l'argumentation du gouvernement appelant à bloquer la fusion grâce à la prise en considération d'autres facteurs.

763 Le gouvernement américain a publié de nombreuses « *Merger Guidelines* » en les réactualisant toujours au profit de davantage de prise en considération de l'efficacité dans la concentration : *U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines*, No. 1806 *Antitrust Trade and Regulation Report* (1997) ; *U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines*, No. 1559 *Antitrust Trade and Regulation Report* (1992) ; *U.S. Department of Justice, Horizontal Merger Guidelines*, No. 1169 *Antitrust Trade Regulation Report* (1984) ; *U.S. Department of Justice, Horizontal Merger Guidelines*, No. 1069 *Antitrust Trade Regulation Report* (1982). Voir Coate (1995) démontrant qu'à partir de 1987, il y a une propension à stopper la procédure d'investigation à l'encontre d'une concentration, dès lors qu'une défense d'efficacité est clairement démontrée. Concernant les « *Merger Guidelines* » de 1997, le principe d'efficacité économique devient une justification consacrée dans l'examen, par le gouvernement, des concentrations. Ceci est le résultat d'une évolution jurisprudentielle mais qui va, en soi, renforcer les juges dans la consécration progressive du principe d'efficacité économique à partir de 1997. Concernant plus spécifiquement les « *Merger Guidelines* » de 1997, il suffit ici de préciser que celles-ci entendent faire de l'efficacité une possibilité de justification par un test comprenant trois étapes. Pour être acceptée, l'efficacité doit être cumulativement (i) valide, (ii) vérifiée, (iii) contingente à la concentration en question. De plus, une fois acceptée, l'efficacité doit être mise en balance avec les effets anti-concurrentiels de la concentration. Seulement si le résultat produit des gains nets d'efficacité potentiels, alors la concentration est autorisée. En effet, il est dit que « *the Agency considers whether the cognizable efficiencies likely would be sufficient to reverse the merger's potential to harm consumers in the relevant market, e.g. by preventing price increases in that market* » (§31). Naturellement, plus les coûts d'efficacité sont grands, plus l'exigence de gains d'efficacité résultant de la concentration vont devoir être élevés afin de produire des gains nets d'efficacité.

764 Pour une discussion détaillée des affaires, voir Kolasky et Dick (2003).

765 *US v. General Dynamics*, 415 US 486 (1974).

Ainsi, l'étude structuraliste des parts de marché n'était pas exclusive, et laissait envisager des arguments possibles tirés de l'efficacité.

L'évolution de la Cour Suprême, en faveur d'une acceptation de la défense par l'efficacité des fusions comme justification à celles-ci, a été rendue possible par une évolution doctrinale qui souleva le caractère opportun d'une mise en balance des effets anti-éfficaces et des effets éfficaces des fusions⁷⁶⁶, une mise en balance incarnée juridiquement par une règle de raison. Traditionnellement, il était impossible de justifier une fusion en raison des gains d'efficacité potentiels que celle-ci pourrait engendrer⁷⁶⁷. Progressivement, et par la règle de raison, ces gains d'efficacité potentiels furent incorporés par les juges de la Cour Suprême⁷⁶⁸. Par contraste à l'attitude initiale des juges illustrée par les trois arrêts que sont *Brown Shoe*, *Philadelphia National Bank*

766 Voir principalement Muris (1980).

767 Les raisons qui étaient communément invoquées pour un tel rejet de la défense d'efficacité étaient diverses. Il y avait la croyance que les gains d'efficacité potentiels, issus de la fusion, seraient toujours inférieurs à l'accroissement du pouvoir de marché de la firme une fois intégrée, d'où la possibilité, pour celle-ci, d'accroître ses prix à des niveaux non compétitifs, amenuisant ainsi le bien-être des consommateurs. Aussi, les juges considéraient que les membres du Congrès, au travers du *Clayton Act*, voulaient essentiellement interdire les fusions, réduisant le niveau de concurrence sur le marché, davantage que de promouvoir l'efficacité en tant que telle sur un marché donné : une interprétation « fidèle » de la législation américaine supposerait ainsi le rejet de la défense d'efficacité en cas de fusions. Enfin, ce rejet peut s'expliquer comme la volonté, pour les juges, de faciliter leur travail de contrôle juridictionnel des fusions : étant donné leur information et expertise économiques limitées en matière d'analyse, en terme d'efficacité d'une fusion en question, les juges ont historiquement favorisé l'usage de règles juridiques, davantage catégoriques, qu'une mise en balance des gains et coûts d'efficacité d'une fusion. Voir Muris (1980 : 383).

768 Déjà en 1993, Kattan (1993 : 513) notait une « *slow and limited evolution* » de la Cour Suprême en faveur de la défense d'efficacité. La décennie 90 sera la décennie de la consécration de cette approche jurisprudentielle. D'autres ont pu, durant la quête par la Cour Suprême d'une jurisprudence incorporant pleinement la défense d'efficacité dans son contrôle des concentrations, considérer que cette lenteur était « *disappointingly slow* » (Stockum 1993 : 829).

et *Procter & Gamble*, la Cour Suprême va évoluer dans le sens d'une acceptation toujours plus grande de la défense d'efficacité dans le contrôle juridictionnel des fusions, comme l'illustre les arrêts *Monfort* de 1986⁷⁶⁹ et de nombreux arrêts au niveau des cours d'appels⁷⁷⁰. Cette évolution a connu un point culminant en 2006 avec l'arrêt *Dagher*⁷⁷¹ où, en substance, la Cour Suprême a explicitement entériné la règle de raison pour le contrôle des concentrations⁷⁷². Il est désormais exclu d'appliquer toute interdiction *per se* pour les concentrations, quand bien même celles-ci supposeraient la fixation de prix⁷⁷³. Cette évolution n'a pas été sans difficulté car, si des auteurs défendaient l'efficacité économique comme critère d'analyse des concentrations⁷⁷⁴, d'autres

769 *Cargill v Monfort of Colorado*, 479 US 104 (1986).

770 Pour cela, Kolasky et Dick (2003) notent qu'à partir des années 1990, les cours d'appels considèrent automatiquement et naturellement la défense d'efficacité qui suppose une analyse économique dynamique, dans le contrôle juridictionnel des concentrations. Voir ainsi les arrêts *FTC v University Health Inc*, SD Ga (1991) revised, 938 F2d 1206 (1991) ; *FTC v Butterworth Health Corp*, 946 F Supp 1285, 1996; *FTC v Tenet Health Care Corp*, 17 F Supp 2d 937 (1998) revised, 186 F 3d 1045 (1999) ; *FTC v Heinz*, 116 F Supp 2d 190 (2000), revised 246 F 3rd 708 (2001).

771 *Texaco Inc. v. Dagher*, 547 US 1 (2006).

772 Il est nécessaire ici de citer entièrement les conclusions de la Cour dans lesquelles l'interdiction *per se* est clairement rejetée, mais également, d'un point de vue de l'influence économique dans le raisonnement juridique, où l'on peut voir que l'interprétation formaliste du *Sherman Act* est également rejetée : « *It is not per se illegal under §1 of the Sherman Act for a lawful, economically integrated joint venture to set the prices at which it sells its products. Although §1 prohibits «[e]very contract [or] combination [...] in restraint of trade,» 15 USC §1, this Court has not taken a literal approach to that language, recognizing, instead, that Congress intended to outlaw only unreasonable restraints [...] ».*

773 Alors que la fixation horizontale de prix entre concurrents reste interdite *per se*, la fixation de prix au sein d'une entité fusionnée est autorisée : « *While horizontal price-fixing agreements between two or more competitors are per se unlawful [...] this case does not present such an agreement, because Texaco and Shell Oil did not compete with one another in the relevant market - i.e. gasoline sales to western service stations -but instead participated in that market jointly through Equilon ».*

774 Voir notamment Areeda et Turner (1980 : 146-199); Muris (1980 : 393) ; Pitofsky (1992 : 198). Parmi ses défenseurs, la défense d'efficacité peut être appelée à être revisitée comme c'est le cas chez Coate (2005 : 239) affirmant ainsi : « *the revised*

auteurs, au rang desquels des économistes du droit, ont montré leur scepticisme à l'égard de ce principe⁷⁷⁵.

Quoiqu'il en soit, les juges de la Cour Suprême ont progressivement écouté les défenseurs de l'efficience, dans le contrôle des concentrations, plutôt que les sceptiques. Ce qui est notable dans cette évolution, c'est que, quand bien même l'efficience a fait son entrée dans les litiges tenant aux concentrations pour une place toujours plus importante, la charge de la preuve incombe toujours au gouvernement lorsque celui-ci est plaignant, et ainsi que, l'efficience ne fonctionne que comme « défense » ou excuse. Cette sorte d'exception d'illégalité, que constitue la défense d'efficience, conduit à ne pas présumer de l'efficience d'une concentration, une présomption simple qui pourrait être attaquée, le cas échéant, par le gouvernement sur le fondement d'une inefficience avérée. Ainsi, les affaires présentées ci-dessous témoignent d'une forte imprégnation dans la jurisprudence de la Cour Suprême des considérations d'efficience dans les concentrations, mais cette efficience est toujours présentée et acceptée comme simple « défense » par rapport à une présomption d'inefficience et donc d'illégalité.

efficiency defense would not represent a silver bullet to destroy an antitrust case, but it could allow the defendant to put forward a meaningful efficiency argument for evaluation in the final balancing analysis. Such an evolution in merger enforcement would improve the accuracy of the analysis, as the plaintiffs would need better evidence on likely competitive effects and the defendants would be more motivated to provide better proof of efficiencies ».

775 Voir Bork (1978 : 123-126) ou encore Posner (2001 : 134) qui considère que la défense d'efficience est « *rarely feasible* ». Cette difficulté en pratique est due à la minimisation de l'efficience dynamique du fait de sa difficile mesure, tandis que l'inefficience présumée est immédiate et quantifiable. Ainsi, Coate (2005 : 231) regrette cet état de fait : « *To matter, the efficiencies must be very large, but firms cannot prove large efficiencies given the standards set by the courts. In practice, firms appear to make optimistic predictions concerning quantifiable efficiencies which then collapse when subject to critical review and cross examination. Moreover, efficiencies that cannot be easily quantified are downplayed, even though these savings might really affect the marketplace. Attempts to quantify these qualitative savings simply set them up for formal rejection. Efficiencies only appear relevant when the structural presumption is weak and so the court has to balance qualitative evidence of price effects with qualitative evidence of efficiencies* ».

Enfin, plus explicitement, dans l'affaire *Cargill*, la Cour Suprême prendra l'occasion d'un grief formulé par le défendeur s'estimant lésé par une concentration possible du fait d'efficaces gagnées, pour considérer que rejeter une défense d'efficace serait « *inimical to the purposes of antitrust laws* »⁷⁷⁶ :

« To hold that the antitrust laws protect competitors from the loss of profits due to such price competition would, in effect, render illegal any decision by a firm to cut prices in order to increase market share. The antitrust laws require no such perverse result, for « [i]t is in the interest of competition to permit dominant firms to engage in vigorous price competition, including price competition⁷⁷⁷ ».

iii) Vers une excuse d'efficace pour les cartels ?

La présomption en faveur d'une inefficace des cartels a toujours été, et demeure, forte car une simple « *tacit meeting of minds* » suffit à conclure à la présence d'un cartel qui sera condamné⁷⁷⁸. En effet, la logique de toute entente est *prima facie* de réduire le niveau de concurrence sur le marché dans lequel les entreprises, prenant part à l'entente, évoluent. Ainsi, par cet affaiblissement de la vigueur de la concurrence sur ledit marché, celui-ci devient moins efficace, à la fois en termes d'efficace productive (la rareté peut s'organiser grâce à l'entente), d'efficace d'allocation (les consommateurs ne peuvent plus choisir les firmes produisant au coût marginal) et en termes d'efficace dynamique (l'innovation sur le marché se tarit du fait de la « vie tranquille » des

⁷⁷⁶ *Cargill v Monfort of Colorado*, 479 US 104, §43 (1986).

⁷⁷⁷ *Cargill v Monfort of Colorado*, 479 US 104, §492 (1986) citant §492, *Arthur S. Langenderfer, Inc. v. S. E. Johnson Co.*, 729 F.2d 1050, 1057 (1984).

⁷⁷⁸ *American Tobacco Co. v. United States*, 328 US 781 (1946).

entreprises s'entendant). Mais si cette inefficience reste encore largement partagée et se traduit, dans la jurisprudence de la Cour Suprême, par une fermeté à l'égard de la nocivité des ententes, il est intéressant de souligner que se fait jour, depuis seulement quelques années, une sorte d'« excuse d'efficience » pour certaines situations de cartels, à l'instar de la défense d'efficience de certaines concentrations.

En ce qui concerne les ententes horizontales, des débuts d'évolution étaient déjà perceptible avec *Chicago Board of Trade* de 1918⁷⁷⁹ où la dichotomie, entre interdiction *per se* et règle de raison, devint plus floue grâce à l'opinion du juge Brandeis qui affirme que « constitue le fondement moderne de la règle de raison et du contrôle de concurrence effectué par le juge en droit *antitrust* » (Lianos 2007 : 538)⁷⁸⁰. En effet, la Cour Suprême rejeta l'argument du gouvernement qui prônait pour une interdiction *per se* des fixations de prix, au profit d'une approche plus casuistique :

« The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as many suppress or even destroy competition. To determine that question the Court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied; its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts ».⁷⁸¹

⁷⁷⁹ *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 US 231 (1918).

⁷⁸⁰ Le juge Brandeis cita, en l'espèce, neuf effets pro-concurrentiels de l'accord en question, *American Tobacco Co. v. United States*, 328 US 781 §240-241 (1946).

⁷⁸¹ *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 US 231 §238 (1918).

Aussi, avec l'arrêt historique *BMI* de 1979, la Cour ira jusqu'à affirmer, sans véritable suite dans sa jurisprudence, que les ententes horizontales ne devraient pas toujours être traitées comme illégales *per se*, à moins que « *the practice facially appears to be one that would always or almost always tend to restrict competition and decrease output [and is not] designed to increase economic efficiency and render markets more rather than less competitive* ». ⁷⁸² La Cour Suprême ira jusqu'à appliquer une règle de raison pour des accords horizontaux et pour lesquels jusqu'ici une interdiction *per se* valait ⁷⁸³.

Mais, le tournant majeur s'est produit en 1999, lorsque la Cour Suprême a rendu sa décision *California Dental Association v. FTC* ⁷⁸⁴. Etant décrit comme l'arrêt ayant permis à la Cour Suprême la notion d'« entente bénigne » (« *benign collusion* » ⁷⁸⁵), cette affaire portait sur la question de savoir si une entente sur les campagnes de publicité des différents concurrents devait se voir appliquer un traitement particulier, c'est-à-dire différent de celui concernant les ententes, sur les prix, frappées d'illégalités quasi-automatiques ? La question, d'un point de vue économique, avait un fondement légitime. En effet, lorsque les entreprises concurrentes dépensent des sommes importantes pour des campagnes de publicité, n'ayant aucun effet (« *zero-sum game* ») puisque chaque concurrent se voit obligé d'encourir ces dépenses, ne serait-il pas plus « efficient » d'éviter ces coûts de publicité par une entente, afin de réduire les coûts de production et donc réduire *in fine* les prix ? (Posner 2001 : 29). Ainsi, il y aurait une efficience dans l'entente concernant la publicité afin que les concurrents ne s'engagent pas dans des dépenses somptuaires de marketing

782 *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1 §20 (1979). Voir également les affaires *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery & Printing Co*, 472 US 284 (1985) ; *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 US 447 (1986) où la Cour considéra que les affaires étaient économiquement trop complexes pour appliquer la seule interdiction *per se*.

783 Voir notamment concernant les accords de fixation de prix minimum : *State Oil v. Khan*, 522 US 3 (1997) ; *NYNEX Corp. v. Discos, Inc.* 525 US 128 (1998).

784 *California Dental Association v. FTC*, 526 US 756 (1999).

785 Posner (2001 : 29-30).

renchérissant les coûts de production et inhibant le capital disponible pour l'innovation. L'affaire *California Dental Association* va rompre avec la grande réticence des juges d'entrouvrir la porte à la légitimation de quelque entente que ce soit. En effet, il sera dit dans cette affaire, en l'espèce, que l'entente, ayant pour effet de réduire les dépenses de publicité, ne peut être assimilée à une tentative de cartellisation.

Par ailleurs, il est possible d'avancer que la règle de raison s'imposera, notamment, en ce qui concerne les restrictions horizontales, où il sera accepté que des efficacités (autres que simplement technologiques) puissent les légitimer. Ceci est notable dans l'affaire *CBS*⁷⁸⁶ 1979. Dans cette arrêt, la Cour refusa d'interdire *per se* des accords de prix entre des compositeurs. En appliquant une règle de raison, la Cour Suprême considéra que ces accords se justifiaient en termes d'efficacité à la lumière de leurs buts, à savoir la création de nouveaux produits sous licence⁷⁸⁷. La même tolérance à l'égard d'accords horizontaux sur les prix s'est manifestée dans des arrêts tels que *NCAA*⁷⁸⁸ et *Khan*⁷⁸⁹.

Conclusion à l'efficacité régulatrice américaine : Le droit américain de la concurrence a été « précurseur » concernant l'intégration du principe d'efficacité économique dans le contrôle juridictionnel de la concurrence. Le droit européen suivra, avec quelques années de décalage et en se l'appropriant différemment, cette évolution. Lorsque l'on se penche sur l'évolution du droit américain de la

786 *Broadcast Music Inc. v. CBS Inc.* 441 U.S. 1, 19-25 (1979).

787 Or, cette licence a considéré produire des gains d'efficacité non négligeables. En effet, « *[That license] appeared to contain procompetitive efficiencies-integrating sales, monitoring, and enforcement efforts, and lowering the costs of such efforts* ». (Tom et Pak 2001 : 403).

788 *NCAA v. Board of Regents of University of Oklahoma* 468 U.S. 85,101-02 (1984).

789 *State Oil Company v. Khan*, 522 U.S. 3, 15-16 (1997).

concurrence à la lumière du principe d'efficacité économique, on ne peut que souscrire au constat et à la prédiction formulés par Sullivan en 1980 lorsque celle-ci écrivait :

« The Supreme Court is increasingly committed to a conception of competition that emphasizes efficiency as a dominant social value. This tendency is even more noticeable in lower court cases. Efficiency is not the only interest to which antitrust courts respond. But is the primary one. Preoccupation with efficiency is changing the law ». ⁷⁹⁰

Ainsi, la Cour Suprême a, de façon « évolutionnaire », recherché l'efficacité économique dans la régulation de la concurrence, en un mot, l'efficacité régulatrice. Il convient à présent de démontrer que les juges européens ont essentiellement eu la même tendance évolutionnaire.

3. L'émergence du principe d'efficacité économique en droit européen de la concurrence

L'objet de cette section est de montrer comment, en partie par l'influence de l'évolution du droit américain de la concurrence, le droit européen de la concurrence en général et la jurisprudence européenne en particulier, ont évolué vers une plus grande intégration du principe d'efficacité économique dans la régulation de la concurrence⁷⁹¹. Ainsi, le « mouvement juridico-

790 Sullivan (1980 : 2).

791 Le droit européen de la concurrence est né avec les Articles 85 à 94 des Traités de Rome de 1957. Concernant les finalités du droit européen de la concurrence, Vogel (2006 : 16) considère qu'« au-delà du bon fonctionnement du marché, c'est donc l'efficacité économique et le bien-être du consommateur qui sont en cause ». Il souligne implicitement l'importance de la

économique » (Gerber 2006 : 110) initié aux Etats-Unis depuis la fin des années 70 aura des répercussions jurisprudentielles dès la fin des années 80 en droit européen. Or, cette « “révolution juridico-économique” a toutefois conduit à abandonner, ou à vider de leur substance, la plupart des interdictions “*per se*” » (Gerber 2006 : 116). La règle *per se* ne fait que peu de sens en termes d’efficacité économique⁷⁹². Ainsi, cet abandon s’est concrétisé juridiquement par l’émergence progressive de la règle de raison dans l’ensemble du contrôle juridictionnel du droit européen de la concurrence⁷⁹³. Cette règle de raison a permis de faire exprimer par les parties au litige des arguments tirés de l’efficacité économique⁷⁹⁴, à l’opposé des interdictions *per se* qui sont

justice correctrice inhérente au droit de la concurrence en précisant que la justice distributive (la seconde forme de justice selon Aristote) n’a aucune place dans les préoccupations du droit de la concurrence : « Neutre au regard de la répartition des ressources entre les différents opérateurs, le droit de la concurrence est dépourvu de toute préoccupation d’équité. Il ne poursuit aucun objectif de justice distributive et ne vise qu’à accroître le surplus global de l’économie » (Vogel 2006 : 16). Mais ce que nous appelons « justice correctrice », par opposition à la justice distributive, a un rôle prépondérant dans le droit de la concurrence. Il n’en demeure pas moins que Vogel considère que l’efficacité économique n’est pas la finalité « exclusive » du droit européen de la concurrence plus spécifiquement.

792 Vogel (1988 : 162-163) affirme ainsi que « la prohibition automatique du pouvoir de monopole [...] consiste en effet à interdire la position de monopole même dans le cas où celle-ci n’est que le résultat du jeu de la concurrence. Or, il est à la fois illégitime et inefficace de condamner quelqu’un pour avoir réussi [...] Du point de vue économique, la prohibition *per se* du pouvoir de monopole a pour effet de décourager les firmes quasi-dominantes d’adopter des comportements rationnels et risque de diminuer en fin de compte le degré de concurrence sur le marché considéré [...] ».

793 Voir pour des débats de l’époque Korah (1986) ; Jenny (1989) ; Goyens (1985).

794 Nous avons auparavant établi que règle de raison et efficacité économique sont intimement liées. De plus, il convient notamment de citer Piraino (1991 : 693) affirmant ainsi : « *Efficiency Model academics and judges argue that the *per se* rule should be limited to narrow circumstances in which the sole probable effect of a transaction is to limit output* » .

automatiques et ne laissent que peu de place à la contradiction portée par les parties qui soit fondée sur des arguments tirés de l'efficacité⁷⁹⁵.

Au-delà de l'évolution notable de la jurisprudence élaborée par les juges européens dans le sens d'une plus grande considération portée à l'efficacité économique, il n'en demeure pas moins que des notions fondamentales perdurent et ont été très peu modifiées. Parmi celles-ci, la notion, présente aux articles 101 et 102 du TFUE, de l'« affectation du commerce entre Etats membres », pour enclencher la compétence du juge européen en matière de droit de la concurrence, est intéressante. Cette notion « purement communautaire » (Poillot Peruzzetto 2006 : 51) est une traduction en terme juridique avec la règle *de minimis* d'une nécessité économique exigeant des conséquences suffisamment néfastes pour que le droit européen de la concurrence soit opérant⁷⁹⁶. Cette notion « couvre [...] toutes les infractions en droit de la concurrence » (Poillot Peruzzetto 2006 : 52). Alors que cette notion est parfois invoquée pour s'en remettre à une analyse structuraliste classique de la concurrence⁷⁹⁷, elle est par ailleurs utilisée comme axiome d'une pensée économique renouvelée qui se matérialise par des arguments juridiques nouveaux⁷⁹⁸.

795 Voir, concernant la règle de raison en droit européen de la concurrence, Joliet (1967) ; Shecter (1982) ; Korah (1981 ; 1986).

796 Parmi les nombreux exemples, on peut citer la Cour dans l'affaire Völk au cours de laquelle a été dit qu'« un accord échappe à la prohibition de l'article [101 TFUE] lorsqu'il n'affecte le marché que de manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause ». Voir C-5/69 (1969) Völk.

797 Ainsi, voir l'affaire 26/76 (1978) *United Brands Co. et United Brands Continental BV c/ Commission*, 207 dans laquelle la Cour affirme que « lorsque le détenteur d'une position dominante établi dans le marché commun tend à éliminer un concurrent également établi sur ce marché, il est indifférent de savoir si ce comportement concerne les échanges entre Etats membres dès lors qu'il est constant que cette élimination aura des répercussions sur la structure de la concurrence dans le marché commun ». Aussi, nous pouvons citer l'arrêt *Commercial Solvents* dans lequel la Cour affirmera : « Ainsi, les accords et pratiques qui affectent cette structure à l'intérieur de la Communauté en éliminant ou en menaçant d'éliminer son concurrent qui y opère,

A la « révolution copernicienne » du droit américain de la concurrence dans les années 70, particulièrement avec l'arrêt *Sylvania*, les juges européens se sont laissés imprégner à partir des années 80 de ces changements outre-Atlantique où l'efficacité économique, au travers d'une règle de raison généralisée, s'est imposée (Lianos 2007 : 13). Ainsi, il sera démontré que les juges européens ont volontairement voulu s'ouvrir à ce type d'arguments tirés de l'efficacité économique, et conséquemment, ont intégré ces considérations dans une jurisprudence évolutive à la faveur d'une promotion explicite de l'efficacité économique dans le contrôle juridictionnel de la régulation de la concurrence. Cette « modernisation »⁷⁹⁹ du droit européen de la concurrence fait apparaître une analyse davantage conséquentialiste que formaliste.

Cependant, l'approche comparatiste avec le droit américain de la concurrence nous permettra de mettre en évidence la résistance plus forte du droit européen de la concurrence à intégrer pleinement l'objectif d'efficacité économique. Cela est principalement dû au fait que les Traités européens, eux-mêmes, comportent des objectifs politiques⁸⁰⁰ pouvant rentrer en conflit

peuvent tomber sous le coup des règles communautaires de la concurrence. Lorsqu'une entreprise est ou risque d'être éliminée, la structure de la concurrence au sein de la Communauté est affectée, comme le sont les activités économiques que poursuit cette entreprises ». Voir affaires jointes C-6 et 7/73 (1973) *Commercial Solvents*.

798 Ainsi, Poillot Peruzzetto (2006 : 83) conclut en affirmant que « l'affectation du commerce entre Etats membres, si elle symbolise le pont de l'Europe, symbolise avec la même force un autre pont en filigrane dans cet exposé, celui de l'analyse juridique et l'analyse économique ; fonction juridique pour une notion économique, l'affectation du commerce entre Etats membres consacre ainsi ce pont tant connu en droit de la concurrence entre droit et économie [...] ».

799 Canivet (2006) ; Lianos (2007) ; Sibony (2008).

800 La protection de l'emploi, de la diversité culturelle, de la santé, des consommateurs, promotion d'une économie sociale et solidaire et l'aide au développement sont les principales politiques publiques les plus souvent citées comme pouvant rentrer en conflit avec la politique de la concurrence. Ainsi, la politique de l'emploi a pu être explicitement prise en compte dans une affaire de concurrence ancienne et une plus récente : C-26/76 (1977) *Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG c/ Commission*,

avec une concurrence recherchant la seule efficacité (Sibony 2008 : 73). Aussi, l'objectif dual du droit européen de la concurrence – promouvoir la libre concurrence, et intégrer les marchés nationaux – explique en partie cette résistance, même si de nombreux auteurs défendent l'idée normative selon laquelle le droit européen de la concurrence devrait davantage se conformer à l'exigence d'efficacité économique⁸⁰¹.

a. L'influence américaine dans l'abandon progressif de la perspective structuraliste

La perspective structuraliste a traditionnellement irrigué le droit européen de la concurrence, au côté de l'influence de l'École de Freiburg⁸⁰². Né dans un contexte d'opposition au

1875 ; C-309/99 (2002) *Wouters, Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c/ Algemene Raad van Nederlandse Orde van Advocaten*, I-1577.

801 Voir Gerber (2006 : 121) affirmant ainsi : « la doctrine européenne actuelle des objectifs met encore l'accent sur une autre conception de la préservation de la concurrence, en réclamant que le droit communautaire de la concurrence soit davantage tourné vers l'efficacité, à l'instar du droit *antitrust* américain. Nombre d'auteurs ont insisté pour que l'efficacité joue un plus grand rôle dans l'orientation des décisions en matière de concurrence. Usant d'arguments souvent tirés de la doctrine américaine, ils estiment que les autres objectifs sont trop flous pour fournir des indications et que l'efficacité économique est le plus en accord avec les objectifs économiques d'intégration européenne ». Gerber cite alors Richard Whish, un des auteurs européens les plus reconnus dans son domaine, qui prône cette intégration pleine et entière de l'objectif d'efficacité économique en droit européen de la concurrence au travers ses manuels souvent réédités, *UK and EC Competition Law*.

802 L'ordo-libéralisme entend concilier libéralisme économique avec l'ordre juridique positiviste. Voir notamment Gerber (1994). Ainsi, dès 1965, avec le Mémoire sur le Problème de la Concentration dans le Marché commun, les experts consultés par la Commission adoptaient une définition davantage comportementaliste de l'abus de position dominante, en

nazisme, de la rencontre d'un économiste et de deux juristes⁸⁰³, l'ordo-libéralisme se soucie de la protection constitutionnelle des libertés individuelles tout autant que d'une concurrence « complète » contre le pouvoir économique. L'ordo-libéralisme de l'école de Freiburg soulignait la nuisance du pouvoir de marché, non pas pour son inefficience, mais pour sa restriction de la liberté des entreprises (Möschel 1989 : 146)⁸⁰⁴. L'ordo-libéralisme et le structuralisme seront deux influences importantes sur le droit européen de la concurrence qui constitueront autant d'obstacles à la réception d'un droit de la concurrence, essentiellement préoccupé par l'efficacité économique. En effet, l'ordo-libéralisme et le structuralisme « font du pouvoir de marché le principal danger. L'un comme l'autre lient le pouvoir de marché au degré de concentration. Ces traits communs ne sont certainement pas étrangers à l'influence de la conception structuraliste en droit communautaire » (Sibony 208 : 242-243).

Cependant, la vision structuraliste reprendra le dessus en particulier avec l'affaire *Continental Can* où la Cour a interprété l'article 102 du TFUE comme ne visant « pas seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur cause préjudice en portant atteinte à un structure de concurrence effective [...] ».⁸⁰⁵

i) Abus de position dominante et parts de marché

considérant qu'« il y a exploitation abusive d'une position dominante lorsque le détenteur de cette position utilise les possibilités qui en découlent pour obtenir des avantages qu'il n'obtiendrait pas en cas de concurrence praticable et suffisamment efficace ».

803 Respectivement Walter Eucken, Franz Boehm et Hans Grossmann-Doerth.

804 Sur la compatibilité de l'ordo-libéralisme avec l'efficacité économique en droit, voir Sibony (2008 75-78).

805 Affaire C/72 (1973) *Europemballage Corporation et Continental Can Co. Inc. c/ Commission*, 215, §22. Voir également Affaire 26/76 (1978) *United Brands Co. et United Brands Continental BV c/ Commission*, 207.

L'abus de position dominante va initialement être défini, au-delà d'abus de comportements, par ce que Vogel (1988 : 133) appelle les « abus de structure » :

« Aux actions illicites réalisées au détriment d'agents économiques définis, avec lesquels l'entreprise dominante est en rapport, que l'on peut désigner comme des « abus de comportement », s'opposent les actes considérés comme illégitimes parce qu'ils portent atteinte à la « structure de la concurrence », qui constituent des « abus de structure ».

La capacité des entreprises à exclure est le critère déterminant dans cet « abus de structure » issu d'une vision structuraliste de la concurrence (Vogel 1988 : 137)⁸⁰⁶. Cette vision structuraliste est ainsi patente dans la définition même de ce qu'est l'abus de position dominante, une définition donnée par les arrêts fondateurs tels que *Hoffmann-LaRoche* de 1979 et *United Brands* de 1978 :

« Situation de puissance économique détenue par une entreprise, qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs ».⁸⁰⁷

806 Celui-ci affirme plus loin : « dans le cas d'un « abus de structure » , c'est la structure du marché qui confère à un comportement son caractère abusif : c'est parce que la structure de la concurrence est affaiblie par la présence de l'entreprise dominante, que tout comportement adopté par elle est susceptible de constituer un « abus de structure » » (Vogel 1988 : 138).

807 Voir également les arrêts : C-62/86 (1991) *Akzo c/ Commission*, I-3359 ; T-228/97 (1999) *Irish Sugar c/ Commission*, II-2969.

Ainsi, la structure du marché établissait une présomption simple d'abus de position dominante⁸⁰⁸ : 50% des parts de marché suffisaient à établir cette présomption, tandis que 40-50% des parts de marché déclenchaient *ipso facto* les suspicions et 20% des parts de marché étaient considérés comme étant une position suffisamment confortable pour qu'il y soit trouvé un abus. Par conséquent, avec *United Brands* et *Hoffman-LaRoche*, le postulat structuraliste affirmait que l'abus était constaté dès lors qu'était démontré une modification de la structure concurrentielle (Sibony (2008 : 282). La vision structuraliste se traduit par nombre d'interdictions *per se* qui ont été établies par le juge européen, et qui persistent toujours en dépit de nombreux appels de l'analyse économique d'adopter une approche plus complexée et plus modérée, incarnée par la règle de raison.

Ainsi, les prix prédateurs⁸⁰⁹ fixés par une entreprise dominante restent toujours interdits *per se*.⁸¹⁰ Cette interdiction peut même déborder pour toucher des prix non prédateurs au sens strict mais qui ont la même intention et le même effet⁸¹¹. De plus, les juges européens interdisent *per se*

808 Voir la fameuse affaire Michelin : C-322/81 (1983) *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Commission* où la Cour affirmera que l'article 102 du TFUE vise « les comportements qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour de faire obstacle [...] au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence ». Nous voyons bien que l'objet est bien de défendre la « structure » de marché afin d'assurer un « degré de concurrence » garantissant une concurrence effective.

809 Sont considérés comme prédateurs les prix fixés en dessous des coûts variables de l'entreprise en question.

810 C-62/86 (1991) *AKZO Chemie BV c/ Commission*, I-3359 où il a été affirmé que cette approche « interdit à une entreprise en position dominante d'éliminer un concurrent en pratiquant une concurrence par les prix qui ne relève pas d'une concurrence par les mérites ».

811 C-62/86 (1991) *AKZO Chemie BV c/ Commission*, I-3359 §72 où sont interdits les prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux (coûts fixes plus coûts variables) mais néanmoins supérieurs à la moyenne des coûts variables : en l'espèce la volonté de

les prix excessifs⁸¹² en affirmant de façon constante que la pratique « d'un prix excessif sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie » est interdit *per se* car constitutif d'un abus de position dominante. Par ailleurs, les remises de fidélité ont un régime d'interdiction *per se* car faussant le jeu de la libre concurrence. En effet, contrairement aux rabais de quantité, ils détournent la fourniture des clients auprès des producteurs concurrents⁸¹³. Aussi, les juges européens traitent avec un régime d'interdiction *per se* les clauses d'approvisionnement exclusif⁸¹⁴.

Cette vision initialement structuraliste consistait à considérer que « le comportement des sociétés prétendument dominantes a été condamné sans évaluation économique des effets de verrouillage du marché ou sans analyse de l'efficacité qui aurait pu justifier ce comportement » (Hawk 2006 :141). C'est pourquoi, comme nous allons le voir plus loin, l'efficacité économique comme objectif du droit européen de la concurrence constitue une véritable avancée dans le processus de justification des parties au procès qui peuvent désormais échapper à l'application rigide de règles formalistes pour s'engager dans un débat contradictoire dans lequel les réalités et mérites économiques sont présentés devant le juge.

ii) Concentrations et le Règlement 4064/89 de 1989

bloquer l'entrée de la concurrence sur le marché aura été décisive dans l'assimilation, par les juges européens, de cette pratique à celle des prix prédateurs.

812 C-27/76 (1978) *United Brands Company et United Brands Continental BV c/ Commission*, 207 § 250.

813 Affaires jointes C-40-48/73, 50/73, 54-56/73, 111/73, (1975) *Suiker Unie e.a. c/ Commission*, 1663 ; C-85/76 (1979) *Hoffmann La-Roche c/ Commission*, 461.

814 T-65/98 (2003) *Van den Bergh Foods c/ Commission*, II-4653 ; C-344/98 (2000) *Masterfoods Ltd c/ HB Ice Cream Ltd*, I-11369.

Le contrôle juridictionnel des concentrations en Europe a largement considéré que l'étude des parts de marché était cruciale dans l'autorisation, ou pas, des concentrations envisagées. Ainsi, la seule constatation d'une position dominante sur un marché conduit à refuser la concentration de l'entreprise en question avec une autre entreprise⁸¹⁵, alors même que l'entreprise peut adopter des comportements légitimes⁸¹⁶ (Vogel 1988 : 149).

Alors que le droit américain de la concurrence contrôle désormais les ententes, avec le souci sous-jacent d'accroître l'efficacité économique⁸¹⁷, le droit européen de la concurrence n'a instauré un contrôle juridictionnel véritable des concentrations qu'avec le Règlement 4064/89 de 1989. Le Règlement de 1989, modifié par celui de 2004, précisait en sa version originelle, l'importance de déterminer si la future entreprise aura les moyens de se comporter en tant qu'entreprise dominante (donc susceptible de faire des abus de position dominante). Il s'agissait ainsi de « deviner » l'existence et le comportement de l'entreprise pas encore créée dans un marché en adaptation perpétuelle. Ainsi, la perspective structuraliste consistait à prédire la structure d'un marché inexistant (car pas encore concentré), sans laisser naturellement de place à ce que l'on

815 Voir notamment C-26/75 (1975) *General Motors c/ Commission*, 1367 ; C-311/84 (1985) *Télé-marketing*, 3261 ; C-41/83 (1985) *British Telecommunications*, 873 ; C-7/82 (1983) *British Leyland c/ Commission et Merson* ; Affaires jointes C-6 et 7/73 (1974) *ICI et CSC c/ Commission*, 223 ; Affaires jointes C-40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73 (1974) *Suiker Unie c/ Commission*, 216 ;

816 Voir l'arrêt *Continental Can* : Affaire C/72 (1973) *Europemballage Corporation et Continental Can Co. Inc. c/ Commission*, 215.

817 Ainsi, Vogel (1988 : 18) écrivait déjà en 1988 : « abandonnant toute référence à des valeurs « extra-économiques », c'est-à-dire selon la conception américaine à des finalités non consubstantielles à la concurrence, telle la nécessité d'assurer la protection de l'emploi, de favoriser la dispersion du pouvoir économique et social ou de stimuler l'innovation technologique, le juge américain ne se reconnaît plus aujourd'hui le pouvoir de soustraire une entente du domaine de la prohibition que dans la mesure où elle contribue à accroître l'efficacité économique ».

appellera plus tard « les défenses d'efficience ». A tout le moins, si la Cour ne reconnaissait pas encore la défense d'efficience, d'un point de vue comparé, il faut noter qu'elle ne reconnaissait pas non plus les « infractions d'efficience » comme le faisait historiquement la Cour Suprême américaine où les gains d'efficience étaient une justification, non pas pour autoriser la fusion, mais au contraire, pour l'interdire⁸¹⁸.

Ce Règlement introduit une procédure d'autorisation préalable à l'égard de toute concentration, afin de prévenir des démembrements subséquents très coûteux de concentrations qui seraient *in fine* illégales. D'aucuns peuvent voir dans cette seule procédure un élément d'efficience économique (Motta 2004 : 36-37). Quoiqu'il en soit, l'interprétation qu'en ont faite les juges européens a été, dans un premier temps, illustratrice de cette perspective structuraliste décrite jusqu'ici. Un accord n'est, en principe, pas prohibé car présumé ne pas affecter le commerce entre Etats membres s'il concerne des entreprises représentant des parts de marché minimales. Ainsi, la part de marché totale des parties, sur un marché affecté par l'accord, doit être inférieure à 5% et le chiffre d'affaires des entreprises intéressées et doit être inférieur à 40 millions d'euros cumulés pour les accords horizontaux.

iii) Ententes et règle *per se*

En termes d'ententes horizontales, l'approche traditionnelle en droit européen de la concurrence a, jusqu'à récemment, été caractérisée par une approche structuraliste. Après avoir déterminé juridiquement la nature de l'accord en question, il était procédé à une définition du marché pertinent avant d'analyser la structure dudit marché. Sous l'influence de l'école

818 *FTC vs Procter & Gamble Co.*, (1967)

ordolibérale, toute entente restreignant la liberté d'actions des autres concurrents était susceptible d'être déclarée illégale⁸¹⁹. Par cette analyse et les critères précis, l'on pouvait conclure à l'illégalité *per se* de l'accord⁸²⁰ ou à l'absence d'effets « appréciables » sur les échanges entre Etats membres⁸²¹, et donc à son exemption. Néanmoins, concernant les accords portant sur la fixation de prix, ceux-ci étaient considérés illégaux *per se* sans même avoir à apprécier l'impact, en termes de seuils de parts de marché, des entreprises prenant part à cet accord⁸²². En termes d'ententes verticales, l'approche structuraliste, visant à adopter une attitude très critique vis-à-vis de ces accords, s'est, plus rapidement que dans le domaine des ententes horizontales, dirigée vers davantage de compréhension de la possible efficacité générée par ces accords. Ainsi, tout accord vertical portant sur moins de 30% des parts de marché est exempté d'une censure juridictionnelle. Néanmoins, tout ce qui concerne la fixation de prix entre fournisseur et distributeur demeure sujet à l'examen par les juges, indépendamment des seuils de parts de marché.

De plus, l'approche structuraliste d'interdiction *per se* des ententes à base territoriale était justifiée par l'objectif d'intégration des marchés nationaux comme l'illustre l'affaire *Consten et Grundig*⁸²³, dans laquelle la Cour a déclaré, en soi, illégaux les accords d'exclusivité territoriaux.

819 Voir Marengo (1999) pour une défense de cette perspective, avant que ne s'impose la perspective comportementaliste où le pouvoir de marché (avec la théorie des marchés contestables) s'impose plus tard.

820 Par exemple, les seuils concernaient 25% de parts de marché pour les accords portant sur la recherche ; 20% de parts de marché pour les accords portant sur la spécialisation de la production ; 15% pour les accords de mise en commun des achats et de commercialisation.

821 Articles 101 et 102 du TFUE.

822 C-56/65 (1966) *Société La Technique Minière c/ Maschinenbau Ulm GmbH*, 235 ; Affaires jointes C-56 et 58/64 (1966) *Etablissements Consten Sarl et Grundig-Verkaufs-GmbH c/ Commission*, 299 ; C-45/85 (1987) *Verband der Sachversicherer eV c. Commission*, 405 ; C-219 : 95 (1997) *Ferriere Nord SpA c/ Commission*, I-4411.

823 Affaires jointes C-56 et 58/64 (1966) *Consten et Grundig c/ Commission*, 429.

Ainsi, la Cour a une vision formaliste de l'intégration des marchés et ainsi, comme l'affirme Sibony (2008 : 70), « elle dénie toute pertinence de l'argument tiré des gains d'efficacité dans la distribution permise par l'exclusivité ».

Cette approche traditionnelle du droit européen de la concurrence persista longtemps et deux raisons majeures ont ralenti l'arrivée de la recherche de l'efficacité économique dans la régulation de la concurrence. Premièrement, la Commission Européenne et la Cour ont toujours favorisé une approche davantage structuraliste inspirée de l'Ecole de Harvard car cette école était considérée comme plus compatible avec les objectifs des Traités européens. La réalisation d'un marché unique, interdisant structurellement toute restriction basée sur la nationalité, prima la promotion de marchés « contestables » dans lesquels l'efficacité était recherchée⁸²⁴. Ainsi, un exemple patent est l'affaire *Métro I* dans laquelle la Cour confirme sa vision structuraliste de l'analyse économique du droit de la concurrence en affirmant vouloir protéger la structure du marché pertinent en question afin de garantir une concurrence effective⁸²⁵. La question n'était pas alors de savoir si la pratique, ou le contrat en cause, favorisait l'efficacité économique mais l'intégration au sein du marché unique. Deuxièmement, le second obstacle à l'incorporation de la recherche de l'efficacité économique en droit européen de la concurrence tenait au poids considérable de l'Ecole de Freiburg dite « Ordolibérale » soulignant la liberté économique plutôt que l'efficacité économique. Bien sûr, la dichotomie entre ces deux approches (et la primauté donnée à l'école ordolibérale) est réelle⁸²⁶⁸²⁷. Cependant, il convient de souligner que la Cour avait

824 Ainsi, l'Ecole de Chicago a longtemps été vue avec scepticisme par les institutions européennes : « As a result, the European Commission remained critical towards the Chicago's efficiency approach, and when it came to the economic analysis of the competition cases, it kept using the economics developed in the Harvard era ». Steiner 2007 : 64).

825 C-26/76 (1975) *Metro SB-Grossmarkte GmbH & Co. KG v. Commission Européenne*, §20.

826 C-107/82 (1982) *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG c. Commission Européenne*.

827 C-86/92 (1982) *Hasselbad (GB) Limited c. Commission Européenne*.

très tôt mis l'accent sur l'appréciation des effets des accords analysés à la lumière de 101.1 du TFUE, plutôt que la préoccupation de la seule restriction de la liberté commerciale conformément à l'ordo-libéralisme. En effet, dès 1966 dans son arrêt *Société technique minière*⁸²⁸, la Cour a déclaré que l'article 101.1 du TFUE « repose sur une appréciation économique des répercussions d'un accord et ne saurait donc être interprété comme instituant quelque préjugé que ce soit à l'encontre d'une catégorie d'accord déterminé par sa nature juridique ».⁸²⁹

Ainsi, on le voit, quand bien même la Cour a initialement appliqué une règle d'interdiction *per se*, elle s'est montrée relativement ouverte à une analyse économique mesurant les effets des comportements désignés⁸³⁰, plutôt qu'à une simple analyse juridique faite de critères formalistes prédéfinis. En effet, Sibony (2008 : 250) juge à juste titre que « le principe d'appréciation *in concreto* des effets d'un accord, d'une décision ou d'une pratique s'oppose incontestablement à ce que l'analyse se limite aux effets sur la liberté commerciale des parties ». Une ouverture du raisonnement était possible, elle se matérialisera bien plus tard.

C'est pourquoi, en dépit des résistances plus fortes dans l'UE d'une incorporation de l'objectif d'efficacité économique en droit européen de la concurrence par rapport à la pratique américaine, la Cour va progressivement généraliser la règle de raison dans son contrôle

828 C-56/65 (1966) *Société La Technique Minière c/ Maschinenbau Ulm GmbH*, 235. Par conséquent, il est clair que selon la Cour le critère de la restriction de la liberté commerciale « est insuffisant pour qualifier une restriction de concurrence » (Sibony 2008 : 247). Voir également C-23/67 (1967) *Brasserie De Haecht c/ Wilkin*, 525 ; C-22/71 (1971) *Béguelin Import G.I. Import Export*, 949 ; Affaires jointes C-40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73 (1975) *Suiker Unie e. a. c. Commission*, 1663.

829 Voir également l'importance de l'analyse des effets dans les affaires C-23/67 (1967) *Brasserie De Haecht c/ Wilkin*, 525 ; C-234/89 (1991) *Delimitis c/ Henniger Brau AG*, 935.

830 Encore que la portée de l'arrêt *Société technique minière* a pu être circonscrit (Sibony 2008 : 247). Voir notamment l'affaire *Consten et Grundig* précitée.

juridictionnel⁸³¹. De ce fait, elle va s'ouvrir à une mise en balance des arguments divers des parties, au premier rang desquels les considérations économiques tirées de gains et pertes d'efficacité prendront une place toujours plus croissante.

iv) L'interdiction *per se* des restrictions verticales

Régi par l'article 101.3 du TFUE, le régime des restrictions verticales (ou ententes verticales) a initialement été appréhendé avec une interdiction *per se* de ces restrictions entendues extensivement. Dans l'affaire *Bosch*⁸³² de 1962, la Cour a considéré que les interdictions d'exporter (la restriction en cause, en l'espèce) rentrait dans le champ d'application de l'article 101.3 du TFUE, faisant ainsi une interprétation large de cet article conduisant à assimiler le régime *per se* des accords horizontaux avec celui des accords verticaux⁸³³. Cette très grande réticence à accepter les restrictions verticales s'explique, en partie, par l'objectif de favoriser la liberté commerciale afin de créer un marché unique dépassant les restrictions nationales, mais s'explique surtout par le poids de l'ordo-libéralisme dans le droit européen de la concurrence (Lianos 2007 : 634). En réalité, toute

831 Ainsi, Steiner (2007 : 74) affirme qu'un changement progressif d'attitude « *opened the scope for more case-by-case analyses mainly based on economics which is comparable to the extensive application of the rule of reason in the US* ».

832 Affaire 13/61 (1962) *Robert Bosch GmbH e.a.*, 91.

833 Affaire 13/61 (1962) *Robert Bosch GmbH e.a.*, 91 §106. Voir également C-56/66 (1966) *Société Technique minière (TLM)/ Maschinenbau ULM GmbH (MBU)*, 338 ; C-32/65 (1966) *République italienne c/ Conseil et Commission*, 564 ; Affaires jointes C-56 et 58/64 (1966) *Etablissements Consten et Grundig Verfaufs GmbH*, 430. D'ailleurs, cette interprétation jurisprudentielle est partagée par l'interprétation de la Commission qui, dans un rapport de 1993, affirmait que « l'article [101.3 TFUE] n'établit aucune différence entre les accords horizontaux et les accords verticaux », voir XXème Rapport de la Commission sur la Politique de Concurrence (1993 : 137).

restriction sera considérée comme limitant la liberté de concurrence selon la Cour⁸³⁴, ce qui la conduira à instaurer *de facto* une interdiction *per se*. Cette position jurisprudentielle a été largement critiquée comme étant trop formaliste et automatique, et insuffisamment économique et mesurée (Joliet 1984 : 1 ; Kovar 1987 : 237; Korah 1986 : 85). Ainsi, toute restriction verticale était interdite *per se* dès lors que son objet était anticoncurrentiel, conformément au Règlement 17/62 et à l'article 101.1 du TFUE, sauf à invoquer avec succès l'exemption de l'article 101.3 du TFUE. Cependant, s'il n'existe pas d'interdiction *per se* au sens strict du fait de la présence de 101.3, en pratique, « le résultat est équivalent à celui de la règle d'interdiction *per se* en droit américain de la concurrence » (Lianos 2007 : 658) du fait de l'extrême difficulté à remplir les conditions de 101.3 du TFUE.

Néanmoins, des failles dans la vision structuraliste des restrictions verticales sont apparues dès l'arrêt *Metro I*⁸³⁵ de 1977 et plus fortement dès les débuts des années 90⁸³⁶. En effet, l'intégration de la règle de raison ne pouvait classiquement avoir lieu qu'en application de l'article 101.3 du TFUE, laissant l'interdiction *per se* à l'article 101.1 du TFUE (Wesseling 2000 : 89).

834 Voir ainsi notamment les affaires C-319/82 (1983) *Société de vente de ciments et bétons de l'Est SA c/ Kerpen GmbH und Co. KG*, 4173; C-86/82 (1984) *Hasselbad (GV) Limited c/ Commission*, 883;

835 C-6/76 (1977) *Metro c/ Commission*, 1875.

836 Par exemple, la confusion est âprement révélée par la position de la Commission qui, au nom d'une protection d'une structure du marché, entend analyser les effets en terme d'efficacité économique des restrictions verticales, mêlant ainsi analyse structuraliste formelle et analyse économique conséquentialiste fondée sur l'efficacité : « toutes les restrictions de ce type ne sauraient être jugées comme automatiquement avantageuses pour la concurrence [...] La théorie économique actuelle met l'accent sur l'importance de la structure du marché pour déterminer les effets des restrictions verticales sur la concurrence. Plus la concurrence entre marques est vive, plus la probabilité est forte que les effets favorables sur la concurrence et sur l'efficacité l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels de ces restrictions. L'inverse se vérifie lorsque la concurrence entre marques est faible et que les barrières à l'entrée sont importantes », voir Livre Vert, *La Politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales*.

b. Une jurisprudence européenne à la recherche d'une efficience régulatrice de la concurrence

Alors que d'aucuns aux Etats-Unis prônaient depuis longtemps déjà une généralisation de la règle de raison contre l'approche traditionnelle du droit *antitrust*⁸³⁷, le droit européen de la concurrence mettra plusieurs décennies avant d'intégrer une analyse en termes de gains et pertes d'efficience concernant le contrôle juridictionnel des comportements concurrentiels⁸³⁸. Dans la jurisprudence européenne, la règle de raison se manifeste par un principe de proportionnalité analysant en termes d'efficience des comportements concurrentiels (Lianos 2007 : 603)⁸³⁹.

L'ordo-libéralisme et le structuralisme vont progressivement perdre leurs influences sur la formation des règles juridiques du droit européen de la concurrence⁸⁴⁰. Le droit européen de la

837 Voir entre autres Adams (1954 : 348-349) affirmant : « *[the rule of reason's] importance lies in the combination of legal and economic pragmatism into an instrument for attacking the traditional philosophy of antitrust* ».

838 Il convient de préciser qu'il ne sera pas ici analysé les différentes lignes directrices édictées par la Commission Européenne qui ont, cependant, intégré le plus tôt, et avec la plus grande claret, l'exigence d'efficience économique dans la pratique du droit européen de la concurrence. Sur ce point, voir Lianos (2009).

839 Voir Sibony (2008 : 91) affirmant ainsi que « à proprement parler, l'efficience ne peut être une fin. Elle est, à l'instar de la proportionnalité, un critère pour apprécier l'adéquation entre une fin, quelle qu'elle soit, et les moyens mis en oeuvre pour la réaliser ».

840 En cela, Sibony (2008 : 78) résume l'inadéquation de l'ordo-libéralisme avec la tendance contemporaine de la recherche d'efficience comme étant à l'origine de la perte d'influence de l'ordo-libéralisme dans les cours : « ces idées [de l'ordo-libéralisme] ont produit une manière de penser la concurrence sans accorder la pertinence à l'efficience, à l'innovation ou aux

concurrence va explicitement rechercher l'efficacité économique avec une insistance croissante⁸⁴¹, en dépit de textes et d'objectifs ne mentionnant pas parfois l'efficacité⁸⁴². En effet, il est possible d'affirmer qu'il existe une tension, au regard des objectifs du droit européen de la concurrence, entre d'une part une vision politiste et juridique insistant sur une prise en considération de l'efficacité économique comme objectif non exclusif d'autres objectifs⁸⁴³, et d'autre part, une vision d'économiste considérant ainsi que « l'efficacité et/ou le bien-être des consommateurs sont les seules finalités du droit de la concurrence [...] » (Sibony 2008 : 86). Cette incorporation retardée de l'analyse économique, fondée sur l'efficacité dans la jurisprudence européenne, sera démontrée dans sa section, toujours appréhendée selon la division des échanges involontaires (i) et échanges volontaires (ii).

i) Efficacité régulatrice et échanges involontaires

consommateurs, qui se trouve aujourd'hui en décalage avec les attentes des auditeurs des décisions judiciaires rendues en matière de concurrence ».

841 Ainsi, Motta (2004 : 14-15) affirme que s'il est difficile de dire avec certitude quels étaient les objectifs du droit européen de la concurrence à la signature des Traités de Rome en 1957, il est possible d'affirmer qu'aujourd'hui les objectifs du droit de la concurrence sont l'efficacité économique et l'intégration du marché. Ces objectifs sont nouveaux et vont être insufflés et suivis de la part des juges européens, c'est bien cette perspective exclusive de la jurisprudence européenne qui concentrera l'essentiel de notre propos qui suit.

842 Sibony (2008 : 75) affirme à juste titre que « [c]ontrairement peut-être à ce que soutiennent les économistes, le fait que les textes mentionnent des objectifs autres que l'efficacité, et imposent par là même au juge de les prendre en considération, n'induit pas obligatoirement que le juge s'écarte d'une approche économique ».

843 Sur ce point, voir Jenny (1993) ; Rey (2006) ; Lianos (2007).

Dans le cadre de l'article 102 du TFUE condamnant les abus de position dominante, alors que l'importance de la jurisprudence *Hoffman-LaRoche* se fait toujours ressentir, en cela que la position dominante est perçue a priori comme nocive, la jurisprudence européenne a évolué néanmoins, non seulement, en faveur de l'approche comportementaliste de l'Ecole de Chicago et de la théorie des marchés contestables, mais également de par des travaux d'auteurs prônant une règle de raison « structurée » (Tirole 2005 ; Ahlborn *et al.*2004).

Dès 1979 avec son arrêt *United Brands*⁸⁴⁴, la Cour précisa explicitement qu'il fallait étudier les comportements abusifs allégués « dans une mesure raisonnable ». Aussi, les abus de position dominante sont acceptés seulement si ceux-ci sont proportionnés, notamment à la lumière de l'efficacité économique⁸⁴⁵. Mais le Tribunal va avoir l'occasion de démontrer sa volonté d'analyser l'abus de position dominante en censurant les abus disproportionnés en ayant à l'esprit le principe d'efficacité économique :

« [L'] existence d'une position dominante ne priva pas l'entreprise placée dans cette position de la faculté d'accomplir, dans une mesure raisonnable, les actes qu'elle juge appropriés afin de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont menacés. Toutefois, la protection de la position concurrentielle d'une entreprise occupant, comme BA, une position dominante doit, à tout le moins, pour être légitime, être fondée sur des critères d'efficacité économique⁸⁴⁶ ».

844 C-27/76 (1978) *United Brands Company et United Brands Continental BV c/ Commission*, 207.

845 Voir Whish (610) affirmant ainsi « [...] a dominant undertaking may be able successfully to argue that a tie-in is objectively justified and proportionate [...] the burden of proof would be on the dominant firm. An obvious example would be that the tie-in was going to enhance economic efficiency ». Voir C-311/84 (1985) *Centre Belge d'Etudes de Marché Télémarketing*, 3261 ; C-475 : 99 (2001) *Firma Amulanz Glöckner et Landkreis Südwestfalz*, I-8089 ; C-333/94 (1996) *Tetrak Pak International SA c/ Commission*, I-5951.

846 T-219/99 (2003) *British Airways c/ Commission*, II-5917, §279-280.

Ainsi, la Cour opère un véritable contrôle de la proportionnalité des comportements dont est accusée la firme dominante. Or, ce contrôle de proportionnalité « conduit le juge à prendre en compte non seulement la protection des intérêts légitimes de l'entreprise dominante, mais aussi l'efficacité du comportement en question, du point de vue du bien-être des consommateurs (Lianos 2007 : 1331). De plus, certains auteurs ont pu recommander à la Cour de définir l'abus de position dominante par le critère dit de l'absence de justification du comportement autre que la restriction intentionnelle de la concurrence⁸⁴⁷. Ce critère, bien que plus proche de la recherche de l'efficacité, est resté au niveau doctrinal.

Par ailleurs, si la définition de l'abus de position dominante s'est progressivement élaborée autour du caractère raisonnable et proportionné du comportement de la firme en question, cette définition a pu aussi inclure explicitement la notion d'efficacité économique ou, à tout le moins, du fait de la traduction française de « efficiency », de l'efficacité économique. Ainsi, dans l'affaire *Irish Sugar*⁸⁴⁸, le Tribunal a jugé que « la protection de la position concurrentielle d'une entreprise en position dominante [...] doit, pour être légitime, être fondée sur des critères d'efficacité économique et présenter un intérêt pour les consommateurs »⁸⁴⁹. Reconnue comme « pertinente et surtout nécessaire » (Sibony 2008 : 114), cette justification de l'efficacité économique devient dès lors consubstantielle à la définition de l'abus de position dominante : si le comportement ne se justifie pas par de légitimes gains d'efficacité, alors il y a de grandes chances que ce comportement soit censuré car considéré comme abusif.

847 Ce critère recherche l'efficacité car il s'interroge sur les causes d'un comportement dommageable. Si ce comportement ne s'explique pas autrement que par l'intention de réduire la concurrence, alors le comportement est abusif car ne résultant pas de gains d'efficacité. Voir Elhaug (2003) ; Sibony (2008 : 83-84) et Rey (2006).

848 T-228/97 (1999) *Irish Sugar c/ Commission*, II-2969.

849 T-228/97 (1999) *Irish Sugar c/ Commission*, II-2969, §189. Voir également T-219/99 (2003) *British Airways c/ Commission*, II-5917, §280.

Aussi, si le contrôle de proportionnalité a largement conquis le contrôle juridictionnel des abus de position dominante, certains comportements restent toujours sujets à des interdictions *per se*⁸⁵⁰, comme l'illustre notamment l'affaire *Michelin II*⁸⁵¹ dans laquelle le Tribunal a considéré comme un abus *per se* des rabais exercés par une entreprise dominante⁸⁵². L'effet d'exclusion des concurrents de ses rabais se suffit à lui-même pour écarter les possibles gains d'efficacité allégués. Par opposition aux rabais de quantités « censés refléter les gains d'efficacité et des économies d'échelle réalisés par l'entreprise dominante »⁸⁵³, les rabais de fidélités comportent un effet d'exclusion tel, selon le Tribunal, que les gains d'efficacité possibles ne peuvent être contrebalancés avec cet effet d'exclusion. On le voit, le raisonnement du juge européen est, en l'espèce, fragile au nom de ce refus catégorique d'analyser précisément les effets économiques de ces rabais de fidélité⁸⁵⁴.

850 Ces comportements concernent la pratique des prix prédateurs par une entreprise dominante, la pratique de prix excessifs et inéquitable, la pratique des remises de fidélité, les clauses d'approvisionnement exclusif. Pour une analyse des jurisprudences correspondantes à chacun de ces comportements, voir plus haut dans notre traitement de l'interdiction *per se* pour les abus de position dominante en droit européen.

851 T-203/01 (2003) *Manufacture française des pneumatiques Michelin c/ Commission*.

852 Voir Motta (2009 : 48-49) concluant, après l'étude des données de l'entreprise : « *although we do not have enough information in the published case material to quantify the importance of such efficiency effects, there seems to be enough ground to conclude that the efficiency effects of rebates might have been substantial [...] The European Commission and the Community Courts de facto consider rebates by a dominant firm per se abusive, as Michelin II demonstrates. But economics teaches us that rebates may serve as a way to foster investments into the relationship between a seller and its retailers* ».

853 T-219/99 (2003) *British Airways c/ Commission*, II-5917, §245.

854 En lieu et place d'être préoccupés par l'efficacité supposée des rabais fidélisants, le juge semble déterminé à dégager une « règle de fond : l'illicéité des rabais fidélisants » (Sibony 2008 : 115). En cela, une interdiction *per se* perdure en dépit de l'évolution de la jurisprudence européenne en matière d'abus de position dominante plus généralement.

En ce qui concerne les restrictions verticales, ce domaine est tellement controversé en théorie économique⁸⁵⁵ que la position jurisprudentielle n'est ni claire ni fixée. En effet, parce que les économistes ne s'accordent pas sur l'étendue des gains et pertes d'efficacité des restrictions verticales⁸⁵⁶, et ce des deux côtés de l'Atlantique, les juges européens favorisent une interdiction *per se* des restrictions verticales, mais seulement portant sur la fixation de prix, présumées être les plus nocives. Alors que les juges américains ont, en 2007⁸⁵⁷, opéré une clarification nette de l'abandon de l'interdiction *per se* des restrictions verticales au profit d'une règle de raison, les juges européens tendent à évoluer en direction d'une telle règle, sans toutefois ni la proclamer explicitement ni la rejeter entièrement.

Il ne sera pas utile ici d'exposer les complexes et longues ramifications des différentes approches économiques concernant les restrictions verticales, mais il convient seulement de conclure que la théorie économique s'accorde au moins sur l'ambiguïté des conséquences de ces restrictions verticales en termes d'efficacité économique⁸⁵⁸, encore que la Commission Européenne a explicitement recherché l'efficacité économique dans le contrôle des restrictions

855 Steiner (2007 : 99) affirmant ainsi : « *The economics of vertical restraints is a controversially discussed by scholars of law as well as economics, and it is unlikely to be a settled area of economics soon. Even textbooks on (new) Industrial Organization, which is arguably the most specialized field of economics in analyzing interactions between firms, reflect very different views about the competitive virtues of different vertical restraints* ».

856 Scherer et Ross (1990 : 569) affirment : « *the restraints [...] are extremely complex, with equally complex economic consequences. Economic efficiency may be increased, decreased, or left essentially unchanged [...] a policy must integrate the insights offered by theory on a problem whose real-world complexities make it difficult for fallible Courts to sort out desirable from undesirable conduct* ».

857 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 551 US 877 (2007).

858 Carlton et Perloff (2005 : 680) concluent ainsi : « *even after careful study, an analyst may be unable to decide whether a particular vertical restriction harms consumers [...] Pursuing strenuous general antitrust enforcement in areas with ambiguous welfare effects is unwise* ».

verticales et autres accords verticaux⁸⁵⁹. Ainsi, du fait de cette incertitude et de cette ambiguïté selon laquelle les restrictions verticales peuvent autant générer des gains que des pertes d'efficacité⁸⁶⁰, les auteurs proposent l'adoption d'une règle de raison (Motta 2004 : 302). C'est le point intéressant de notre démonstration : les restrictions verticales ont été traitées comme initialement illégales *per se* avant d'être abordées sous le règne de la règle de raison, laissant une place marginale pour l'interdiction *per se* seulement pour les restrictions verticales fixant les prix⁸⁶¹.

859 Voir notamment la Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence aux restrictions verticales de 1998 : COM(98) 544 final où la « Commission insistait sur les effets favorables des restrictions verticales sur l'efficacité économique en les opposant aux restrictions horizontales [...] [marquant] la volonté de la Commission de réformer l'ensemble de la politique de concurrence afin de prendre en compte le principe de l'efficacité économique » (Lianos 2007 : 25). Cette Communication précédait le Règlement définitif de 1999 portant sur les accords verticaux : Règlement (CE) 2790/1999 de la Commission concernant l'application de l'article 81.3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOUE L336.

860 D'ailleurs, cette considération selon laquelle les restrictions verticales peuvent avoir des effets positifs et négatifs sur l'efficacité économique, selon le contexte particulier, est issu du mouvement dit « post-Chicago » dans lequel beaucoup d'économistes se retrouvent. Voir Steiner (1985 : 197). Ainsi, Lianos (2007 : 162) déclare : « la complexité des effets des restrictions verticales à la concurrence ne nous permet pas de conclure clairement sur leur contrariété à l'efficacité économique [...]. Mais l'introduction des enseignements de l'analyse économique en droit de la concurrence suppose que l'objectif unique, sinon principal de ce dernier soit l'efficacité économique ».

861 Ce changement de jurisprudence de l'interdiction *per se* à une règle de raison ne doit pas être simplement, même si cela est en partie vrai, comme l'« américanisation » du droit européen de la concurrence. En effet, parce que la règle de raison est en tous points similaire au principe européen de proportionnalité (quoique ce dernier soit plus construit et systématisé). Ainsi, il est nécessaire de « dédramatiser » cette pseudo-américanisation. Comme l'affirme Lianos (2007 : 614-615) : « [L]a question de l'introduction de la méthode de la règle de raison en droit communautaire de la concurrence revêt un aspect moins symbolique qu'auparavant. Il ne s'agit plus d'envisager la réception de la méthode de la règle de raison en Europe comme une forme d'américanisation du droit communautaire ou d'abandon des objectifs traditionnels du droit communautaire pour le « tout efficacité économique » du droit américain. Il s'agit, au contraire, pour le droit communautaire d'adopter une approche juridique flexible lui permettant d'intégrer les apports de l'analyse économique, ses objectifs propres, ainsi que de faciliter

Cette évolution s'est en partie faite par l'adoption du Règlement 1/2003, abrogeant le Règlement 17/62 mentionné plus haut. Ce Règlement abroge la présomption d'illégalité *per se* en suscitant les autorités de concurrence (Commission et Cour) à opérer, non seulement une analyse de l'objet anticoncurrentiel de la restriction verticale en cause (reprenant ainsi le Règlement 17/62), mais surtout en leur imposant d'analyser les éventuels gains d'efficacité conformément à l'article 101.3 du TFUE⁸⁶², cet article ayant pour raison d'être d'accepter des justifications tirées de l'efficacité⁸⁶³.

l'adaptation du droit de la concurrence à l'évolution économique ». D'autres au contraire, considèrent que la règle de raison, parce qu'elle est synonyme d'objectif d'efficacité économique, est américaine et non transposable et non souhaitable dans la jurisprudence européenne concernant la concurrence. Voir ainsi Wils (1990 : 33) affirmant que « la méthode de recherche appelée « règle de raison » va de pair aux Etats-Unis avec l'acceptation par les juges d'un unique objectif du droit antitrust [...], [cette règle de raison] sert de cadre à une analyse effectuée par les juges et guidée par l'unique objectif d'efficacité ».

862 Il ne saurait y avoir de bilan concurrentiel avec une règle de raison dans l'application de l'article 101.1 du TFUE. Le bilan concurrentiel est la mise en balance des effets positifs et négatifs en terme d'efficacité économique (Lianos 2007 : 715), par opposition au bilan économique prenant en compte des objectifs politiques. Voir T-112/99 (2001) *Métropole télévision, Suez-Lyonnaise des Eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA c/ Commission*, II-2459 §74 où le Tribunal déclara : « l'article [101 TFUE] prévoit explicitement, dans son paragraphe 3, la possibilité d'exempter des accords restrictifs de concurrence lorsque ceux-ci satisfont à un certain nombre de conditions, notamment lorsqu'ils sont indispensables à la réalisation de certains objectifs et ne donnent pas à des entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ce n'est que dans le cadre précis de cette disposition qu'une mise en balance des aspects pro- et anti- concurrentiels d'une restriction peut avoir lieu. L'article [101.3] perdrait en grande partie son effet utile si un tel examen devait déjà être effectué dans le cadre de l'article [101.1 TFUE] ». Voir également T-65/98 (2003) *Van den Bergh Foods Ltd. c/ Commission*, II-4633. Il est exigé que « ces gains d'efficacité doivent être démontrés et doivent produire un effet positif net », voir Communication de la Commission-Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE C291 §136.

863 En effet, dans ses Lignes directrices concernant l'application de l'article 81.3 (ex-article 101.3 du TFUE), la Commission affirmait au §51 que les gains d'efficacité étaient acceptables selon certaines conditions. Selon la Commission, «[t]ous les gains d'efficacité allégués doivent être justifiés, afin que les points suivants puissent être vérifiés:

- (a) nature des gains d'efficacité allégués,
- (b) lien entre l'accord et les gains d'efficacité

Ainsi, ce Règlement met en cause « la bifurcation » de l'article 101 entre 101.1 et 101.3 (Lianos 2007 : 656). Or, c'était bien cette dualité de l'article 101 qui bloquait le plein usage de la règle de raison dans le domaine des restrictions verticales⁸⁶⁴ : l'analyse économique à la fois à l'article 101.1 et 101.3 « rend possible l'adoption de la règle de raison, dans le sens que le droit américain a donné à cette règle » (Lianos 2007 : 806).

En réalité, dès 1966, la Cour avait entrepris d'analyser les restrictions verticales en question sous l'angle des conséquences économiques de cette entente plutôt que de son seul objet⁸⁶⁵. Et, allant au-delà de cette simple analyse conséquentialiste, la Cour va élaborer une jurisprudence permettant de faire échapper les restrictions verticales ne créant pas ou peu de perte d'efficacité : la concrétisation de l'interdiction *per se* à la règle de raison dans le domaine des restrictions verticales s'est faite par la notion de « restrictions accessoires »⁸⁶⁶.

Cette notion affirme que la restriction peut être soit principale, soit accessoire se rattachant à cette restriction principale. Dès lors que les restrictions accessoires le sont par rapport à une restriction principale considérée licite au regard du droit de la concurrence, alors toutes les

(c) probabilité et importance de chaque gain d'efficacité allégué,

(d) modalités et date de réalisation de chaque gain d'efficacité allégué ».

864 En effet, le Règlement 1/2003 et son système d'exception légale des restrictions verticales (par rapport au Règlement 17/62 et son système d'autorisation légale) permet de ne plus avoir une interdiction *per se* à l'article 101.1 et une règle de raison à l'article 101.3. Ainsi, par la fin de l'approche dualiste de l'article 101, les juges européens peuvent désormais adopter une approche économique fondée sur l'efficacité économique (faisant appel à une règle de raison) à la fois pour l'article 101.1 et l'article 101.3 du TFUE.

865 C-56/66 (1966) Société Technique minière (TLM)/ *Maschinenbau ULM GmbH (MBU)*, 338.

866 C-42/84 (1985) *Rémia BV c/ Commission*, 2545 ; C-161/84 (1986) *Pronuptia de Paris GmbH c/ Pronuptia de Paris Irmgard Schilgallis*, 353.

restrictions accessoires se rattachant à cette restriction principale échappent à la censure du juge⁸⁶⁷. La notion de « restrictions accessoires » a ainsi pour but de sortir du champ d'application de 101.1 du TFUE nombre de restrictions verticales prenant place dans le cadre d'une restriction licite. La règle de raison est inhérente à la notion de restrictions accessoires car il est nécessaire, afin de déterminer la licéité de la restriction principale, d'opérer un bilan concurrentiel où les gains et pertes d'efficacité sont mis en balance, afin de garantir que la licéité est accordée aux seules restrictions principales produisant des gains nets d'efficacité⁸⁶⁸. En réalité, l'état de la jurisprudence est assez subtile en cela que la règle de raison (ou mise en balance) ne s'applique pas aux restrictions accessoires en tant que telles⁸⁶⁹ : celles-ci doivent seulement être nécessaires à l'opération restrictive principale. En revanche, si la Cour n'accepte qu'un contrôle abstrait des restrictions accessoires afin de s'assurer seulement qu'elles participent à la réalisation de la restriction principale⁸⁷⁰, elle ne s'interdit pas de contrôler la proportionnalité de ces restrictions

867 Pour être considérées comme des restrictions accessoires, celles-ci doivent à la fois être nécessaires à la réalisation de la restriction principale mais également, elles doivent être directement liées à la restriction principale. Voir T-112/99 (2001) *Métropole télévision, Suez-Lyonnaise des Eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA c/ Commission*, II-2459.

868 Lianos (2007 : 673) affirme ainsi que « la jurisprudence communautaire a recours à la règle de raison dans sa forme de la méthode des restrictions accessoires ».

869 Voir T-112/99 (2001) *Métropole télévision, Suez-Lyonnaise des Eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA c/ Commission*, II-2459 §107 : « il serait erroné d'interpréter, dans le cadre de la qualification des restrictions accessoires, la condition de la nécessité objective comme impliquant une mise en balance des effets pro- et anti-concurrentiels d'un accord. Ce n'est, en effet, que dans le cadre spécifique de l'article [101.3 TFUE] qu'une telle analyse peut avoir lieu ».

870 Lianos (2007 : 682) affirme : « La Cour refuse d'effectuer un quelconque bilan des effets positifs et négatifs de chacune des clauses du contrat de franchise à la concurrence et adopte une approche fonctionnelle dans sa définition du caractère nécessaire des restrictions accessoires à la réalisation de l'opération principale ».

accessoires⁸⁷¹. Les restrictions accessoires doivent être nécessaires et proportionnées à la réalisation de la restriction principale, sans qu'il existe moins restrictif (ou coûteux en termes d'inefficience économique) disponible. Ainsi, une sorte de règle de raison subreptice réapparaît dans le contrôle juridictionnel abstrait des restrictions accessoires par le biais du principe de proportionnalité, toujours très proche de la mise en balance inhérente à la règle de raison⁸⁷². En cela, cette règle de raison comporte les germes de l'efficacité économique⁸⁷³.

Par ailleurs, depuis les années 2000, la Cour de Justice a clairement adopté une approche conséquentialiste dans laquelle le principe d'efficacité économique a une valeur centrale⁸⁷⁴. Ainsi,

871 En effet, au-delà du critère nécessaire, les restrictions accessoires doivent être proportionnées. Il faut que la restriction n'exécède pas le strict nécessaire à la réalisation de l'opération restrictive principale. « Cette dernière condition se réfère au principe de proportionnalité : les restrictions accessoires doivent être proportionnées à l'objectif poursuivi par l'opération principale », conclut justement Lianos (2007 : 678).

872 Ainsi, la Commission affirme que le principe de proportionnalité « joue un rôle en ce qu'il garantit que la restriction la moins préjudiciable à la concurrence sera choisie de manière à obtenir certains effets positifs ». Voir Communication de la Commission-Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE C291 §136.

873 *L.C. Nungesser KG et Kurt Eisele c/ Commission*. En l'espèce, la Cour a distingué des restrictions verticales, sur fondement géographique qui sont condamnées par l'article 101.1 du TFUE, et les restrictions verticales type licences exclusives ouvertes, sujettes à une analyse relativement grossière des gains et coûts d'efficacité. Dans son analyse, la Cour opère un véritable bilan concurrentiel dans lequel elle va rechercher l'efficacité économique en mettant en balance l'efficacité allocative ou productive (en l'espèce, l'absence d'exclusivité des licences), avec l'efficacité dynamique (en l'espèce, l'innovation technologique par les exclusivités). Ainsi, « la Cour exerce bien un bilan concurrentiel in abstracto, lequel est différent de la méthode de bilan concurrentiel in concreto, utilisée par le droit américain. Elle examine, d'un côté, la promotion de l'efficacité dynamique, et de l'autre, la réduction de l'efficacité allocative avant de considérer que la promotion de la première justifie une réduction de la deuxième [...] Les deux notions sont des éléments constitutifs du concept d'efficacité économique » (Lianos 2007 : 697).

874 Voir ainsi le Tribunal de Première Instance qui prit en considération « l'efficacité productive » (Sibony 2008 : 108) pour autoriser certains contrats de bière avec obligation d'achat exclusive, car ces contrats amélioreraient la qualité des produits et du service, T-231/99 (2002) *Joynson c/ Commission*, II-2085.

dans l'affaire *British Airways*,⁸⁷⁵ il a été accordé la possibilité *de facto* pour les opérateurs économiques d'invoquer des gains d'efficacité pour justifier leurs comportements concurrentiels, alors même que ces mêmes opérateurs économiques disposaient d'une position dominante dans le marché dans lequel ils opéraient (Lianos 2007 : 45-46).

ii) Efficacité régulatrice et échanges volontaires

Le droit européen des concentrations est longtemps resté hermétique aux considérations d'efficacité économique. En effet, lorsque des arguments tirés de l'efficacité étaient avancés, ils étaient le plus souvent rejetés⁸⁷⁶. Au contraire, à l'instar de la jurisprudence américaine du début du XX^e siècle, la Commission Européenne a souvent émis l'idée que les efficacités, si elles étaient présentes, devaient jouer comme raison de bloquer la concentration afin de préserver la structure du marché pertinent⁸⁷⁷.

Les premières évolutions du contrôle des concentrations en faveur d'une analyse économique, incorporant le principe d'efficacité économique, ont eu lieu particulièrement avec l'affaire *Remia*⁸⁷⁸. Cette affaire sera le déclencheur de l'action de la Commission en faveur d'une analyse plus économique du contrôle des concentrations avec le Règlement 4064/89. Cependant, en même temps que l'analyse économique moderne dans les affaires européennes de concurrence faisait défaut, le Tribunal de Première Instance a instamment commandé à la Commission

875 T-219/99 (2003) *British Airways c/ Commission*, II-5917.

876 Voir notamment *Aerospatiale-Alenia/de Havilland* ; *Accor/Wagon-lits*; *MSG/Media services : Mercedes-Benz/Kaessbohrer*.

877 Voir *AT&T/NCR : GE/Honeywell*.

878 C-42/84 (1985) *Remia B.V. c/ Commission*, 2545.

Européenne de procéder à une analyse économique plus pertinente⁸⁷⁹. Cette situation s'est répétée avec les arrêts séminaux de *Schneider/Legrand*⁸⁸⁰ et *Tetra Laval/Sidel*⁸⁸¹. Les positions des juges européens, en faveur d'une analyse économique modernisée (autrement dit, intégrant des considérations d'efficacité), poussa le législateur européen à modifier le droit applicable aux concentrations par une révision en 2004 du Règlement de 1989 gouvernant le droit européen des concentrations⁸⁸². Ainsi, ce sont les juges qui, par leur analyse économique (ou plus précisément par leur demande d'efficacité économique dans les analyses économiques présentées par les parties), forcèrent le législateur européen à intégrer une vision renouvelée des concentrations, davantage inspirée de l'évolution américaine de la doctrine économique et juridique. Ainsi, Steiner (2007 : 77) affirme à juste titre :

« Fueled by this harsh critique, the EU's revision of the merger Regulation brought a breakthrough in accepting economic insights from theory and empirical research into its merger review process. In order to provide companies with transparency and legal certainty about the new regulation, the EU followed the US example and published new guidelines on the assessment of horizontal mergers. These guidelines incorporate the latest economic insights from Industrial Economics and Game Theory, such as non-coordinated effects, coordinated effects, entry, buyer power and efficiencies ».

Une règle européenne de raison s'est progressivement installée dans le contrôle juridictionnel exercé par les juges européens des concentrations. En effet, les juges européens ont progressivement accepté l'idée selon laquelle une part de marché potentielle, qui pourrait être collectivement importante, ne conduisait pas systématiquement à une position dominante de

879 T-342/99 (2001) *Airtours plc c/ Commission Européenne*, §139

880 T-310/01 (2001) *Schneider Electric SA c/ Commission Européenne*.

881 T-5/02 (2001) *Tetra Laval BV c/ Commission Européenne*.

882 Règlement 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

l'entreprise fusionnée⁸⁸³. Aussi, les juges européens ont été très intéressés par l'expérience américaine de la « défense d'efficacité », et celle-ci fût intégrée dans le Règlement de 2004. La défense d'efficacité consiste à contrebalancer, par un examen détaillé, les inconvénients d'une concentration qui seraient générés par l'accroissement des pouvoirs de marché (et donc de la dominance) avec les possibles efficacités de cette concentration. Ainsi, une mise en balance s'opère par le biais de cette défense d'efficacité⁸⁸⁴. Si la défense d'efficacité a largement été intégrée en droit européen de la concurrence, il faut reconnaître que ceci a été le fait de la Commission Européenne qui, par ses décisions, entreprend une analyse d'efficacité, davantage que le fait des juges européens⁸⁸⁵. Néanmoins, intégrant, quoique timidement, la défense d'efficacité en droit européen des concentrations, les juges européens exigent, exactement comme leurs homologues américains, trois conditions cumulatives pour que cette défense soit opérante. Premièrement, les gains d'efficacité doivent revenir aux consommateurs (surplus du consommateur accru). Deuxièmement, les gains d'efficacité doivent être spécifiques à la concentration. Troisièmement, les gains d'efficacité doivent être prouvables (et non seulement théoriques).

883 Ainsi, que l'entreprise fusionnée représente 60% des parts de marché n'est pas en soi un critère suffisant pour caractériser une position dominante collective. Voir Affaires jointes C-68/94 et C-30 : 95 (1998) *France c/ Commission*, I-1375, §226.

884 Gérard (2003 : 1369) résume ainsi la nature de la défense d'efficacité : « *both cost savings and market power effects often occur simultaneously and therefore conflict. This conflict is particularly acute in those rare cases which are "at the margin", or, in other words, where the preservation of competition is at risk but significant efficiencies are likely to result from the concentration. In this context, an efficiency defense means the possibility to justify a merger that substantially lessens competition or creates dominance, by the demonstration of efficiency likely to offset or "counteract" the costs of any harm to competition. The assertion of such defence requires the performing of a tradeoff analysis between, on the one hand, the likely efficiency gains produced by the merger* ».

885 Voir notamment les décisions de la Commission Européennes COMP/M.3570 (2004) *Piaggio/Aprilia*, C7/5 ; COMP/M.3732 (2005) *Procter & Gamble/Gillette*, (15 Juillet 2005), 239/06 ; COMP/M.4057 (2006) *Korsnäs/AssiDomän Cartonboard*, C 209/05.

Cette évolution s'est faite d'autant plus naturellement que le nouveau règlement de 2004 sur les concentrations⁸⁸⁶, ainsi que les lignes directrices correspondantes⁸⁸⁷, ont reconnu explicitement le besoin d'analyser les ententes horizontales en termes d'efficacité économique (Lianos 2007 : 27). Par conséquent, cette défense d'efficacité est davantage le fruit du travail de l'administration de la Commission Européenne que le fruit du juge de la Cour de Luxembourg. Presque paradoxalement, cette recherche d'efficacité est donc, non pas jurisprudentielle, mais réglementaire.

En droit européen de la concurrence, il existe une règle *de minimis* pour l'applicabilité de ce droit aux ententes contestées : cela signifie qu'en-deçà d'un certain seuil de nuisance économique, le droit européen n'intervient pas. Ce seuil est fixé aux seules ententes « susceptibles d'affecter les échanges entre Etats membres »⁸⁸⁸. Or, l'on considère généralement que ces échanges sont affectés de manière « appréciable » dès lors que les parts de marché cumulés des entreprises représentent 5% du marché et que le chiffre d'affaires global est de 40 millions d'euros⁸⁸⁹. Ces critères ne sont pas des règles strictes (*per se*) : ils constituent des présomptions simples qui peuvent être, le cas échéant, renversées par les défenseurs pouvant prouver que l'entente n'affecte pas les échanges entre Etats membres de manière « appréciable », quand bien même cette entente satisferait aux

886 Règlement (CE) 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L24.

887 Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C31.

888 Articles 101 et 102 du TFUE.

889 Voir les lignes directrices d'avril 2004 de la Commission Européenne dans le cadre de la « modernisation » du droit européen de la concurrence.

critères énoncés⁸⁹⁰. Cette évolution dans l'interprétation de l'article 101 du TFUE a été facilitée par des lignes directrices plus conciliantes avec la recherche de l'efficacité économique⁸⁹¹.

Alors que les ententes horizontales sont parmi les comportements présumés faire supporter les plus grands coûts d'efficacité du fait du dommage créé aux consommateurs⁸⁹², il est apparu que, même dans ce domaine, la Cour était ouverte à l'intégration d'arguments tirés de l'efficacité économique⁸⁹³. Par ailleurs, alors que les accords d'exclusivités territoriales ont pendant

890 Concernant l'évolution de la délimitation du marché dit « pertinent », nous n'évoquerons pas ce problème qui nous semble secondaire par rapport aux arguments de fond de litige en droit de la concurrence. En effet, la délimitation du marché pertinent est l'étape première dans le contrôle juridictionnel de la concurrence, mais ne fait que peu de place au processus argumentatif qui nous intéresse ici, c'est-à-dire celui par lequel le principe d'efficacité économique est devenu un argument incontournable, modifiant substantiellement la jurisprudence européenne. Voir la Communication de la Commission Européenne concernant la délimitation du marché pertinent.

891 COM 2004/C (2004) Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, JOUE du 27 avril 2004, C101.

892 En réalité, plutôt que de distinguer entre accords (ou restrictions) *verticaux* et accords (ou ententes) horizontaux, il serait plus opportun, du fait de l'évolution de l'analyse économique et jurisprudentielle, de distinguer les ententes verticales de celles horizontales, présumées générer des gains nets d'efficacité et les ententes ne bénéficiant pas de cette présomption. Ainsi, Lianos (2007 : 28) affirme justement que « on peut cependant constater que nombre de restrictions horizontales ont également un effet favorable à la concurrence et donnent aussi lieu à une analyse économique approfondie, ce qui relativise l'intérêt de la distinction [...]. Il s'agit toujours de comparer ses effets anticoncurrentiels aux gains d'efficacité qu'elle permet pour les entreprises qui y recourent ».

893 Cette position a, à la fois, précédé et été facilitée par l'adoption en 2000 de deux règlements d'exemption par catégorie et de lignes directrices, respectivement: Règlement (CE) 2658/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81.3 du traité à des catégories d'accords de spécialisation, JOUE L304 ; Règlement (CE) 2659/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application du traité 81.3 du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement, JOUE L304 ; Communication de la Commission-Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE C291.

longtemps été traités comme interdits *per se* selon la jurisprudence *Consten et Gründig*⁸⁹⁴ de 1966, la Cour les aborde désormais avec davantage d'indulgence en scrutant les effets pratiques de ces accords.

4. Conclusion

Il ressort de notre étude du contrôle juridictionnel européen du droit de la concurrence que celui-ci s'est, au fil des ans, « économisé »⁸⁹⁵ et complexifié⁸⁹⁶. En cela, les considérations extra-concurrentielles jouent un rôle mineur dans la jurisprudence européenne⁸⁹⁷. Cette évolution de la jurisprudence européenne a largement été influencée par la jurisprudence américaine aux fins d'élaborer un raisonnement économique où les arguments tirés de l'efficacité économique prennent une importance grandissante dans la solution jurisprudentielle. Le droit européen de la concurrence comprend désormais une recherche quasi-explicite de l'efficacité économique, à l'instar de l'évolution juridique américaine, et ce par le travail jurisprudentiel des juges européens qui ont servi de « médiateurs » entre la pratique américaine et le législateur européen. Ainsi, nous rejoignons Sibony (2008 : 2) qui affirme que « [...] l'analyse économique n'a pas seulement droit de

894 Affaires jointes C-56 et 58/64 (1966) *Consten et Gründig c/ Commission*, 429.

895 Sibony (2008 : 3-4) évoquant cette « économisation » conduisant à un « défi [qui] est avant tout celui de la formation des juges, à la fois en droit communautaire et à l'économie. »

896 Ainsi Steiner (2007 : 81) conclut : « *these recent changes show that EU competition laws, like US antitrust laws, now embrace economic analysis and the evaluation of efficiency effects to promote (consumer) welfare as the main goal of competition law* ».

897 Voir Dyeve (2007).

citée, elle apparaît comme une composante de la légitimité des règles de droit. C'est là, assurément, une particularité du droit de la concurrence ».

Si l'approche comparée est éclairante, c'est dans sa faculté à démontrer l'influence américaine sur le droit européen de la concurrence, mais également, comme point de différence, au-delà de subtilités jurisprudentielles relativement mineures, à opérer une analyse économique approfondie tandis que les juges européens opèrent une analyse superficielle, soulignant leurs incompétences économiques afin que le législateur européen intervienne par le biais de règlements ou de lignes directrices⁸⁹⁸ (Lianos 2007 : 80-81). Au-delà de ces différences secondaires, il est possible d'affirmer que, d'un point de vue évolutionnaire, la régulation européenne de la concurrence recherche, avec plus ou moins de vigueur, l'efficacité économique : ainsi, c'est l'efficacité régulatrice qui est recherchée et partiellement atteinte.

898 Au-delà de *soft law* européenne, les seuls discours des responsables européens de la concurrence illustrent ce changement de paradigme d'une vision structuraliste protégeant les concurrents en faveur d'une vision comportementaliste protégeant l'efficacité économique. Ainsi, Mario Monti, en 2001, soulignait l'importance de l'efficacité économique (sous ses trois apparences que sont l'efficacité d'allocation, l'efficacité productive, l'efficacité dynamique), en réinterprétant les Traités : « *Since its adoption more than 40 years ago, the Treaty acknowledges the fundamental role of the market and of competition in guaranteeing consumer welfare, in encouraging the optimal allocation of resources, and in granting to economic agents the appropriate incentives to pursue productive efficiency, quality, and innovation* » (Monti, *Fordham Corporate Law Institute* 2001). Par ailleurs, sa successeur à son poste de Directeur Général de la Concurrence, Neelie Kröes, mettait en exergue, en 2005, l'importance nouvelle de l'objectif d'efficacité économique : « *Consumer welfare is now well established as the standard the Commission applies when assessing mergers and infringements of the Treaty rules on cartels and monopolies. Our aim is simple : to protect competition in the market as a means of enhancing consumer welfare and ensuring an efficient allocation of resources. An effects-based approach, grounded in solid economics, ensures that citizens enjoy the benefits of a competitive, dynamic market economy* » (Kröes, *European Competition Policy*, 2005).

L'efficience régulatrice est progressivement consacrée par les juges européens dans le domaine du droit de la concurrence⁸⁹⁹, faisant le pendant de la consécration également progressive de l'efficience transactionnelle, dans le domaine des transactions transfrontalières. En effet, nous rejoignons ainsi Sibony (2008 : 112) qui écrivait alors :

« Il importe donc de savoir si et dans quelle mesure des justifications tirées de l'efficience sont considérées comme admissibles par les juges. La lecture des arrêts révèle une évolution parallèle à celle des textes. L'efficience a longtemps été absente des motifs relatifs aux justifications objectives. Elle y a désormais pris place, mais une place encore mal définie ».

Efficience régulatrice et efficience transactionnelle se combinent dans le même agenda politique de la Cour qui est, celui de la promotion de l'efficience économique dans la jurisprudence européenne. Mais, s'il y a bien une émergence de cette efficience régulatrice dans le droit européen de la concurrence, il n'en demeure pas moins qu'il constitue bel et bien un « système juridique » qui n'est pas le « serviteur » de l'économie, mais en est son « traducteur ». En effet, Vogel (1988 : 21) affirmait ainsi comme hypothèse de recherche, « que le droit de la concurrence est plus que le serviteur d'une théorie ou d'une politique économique, qu'il obéit à une logique et exprime une cohérence propres, en un mot, qu'il constitue un système juridique. En faisant prévaloir le pôle économique ou politique sur le pôle juridique, l'analyse traditionnelle insiste sur la spécificité du droit de la concurrence, mais sous-estime son autonomie, en paraissant regretter son insuffisance ». En cela, nous affirmons que le droit européen de la concurrence n'est pas le serviteur mais le traducteur de l'économie, et se réapproprie une analyse économique renouvelée dans laquelle les réminiscences d'un certain formalisme juridique perdure au travers d'interdictions *per se* et de

899 Voir également Sibony (2008 : 116) déclarant aussi « [...] les considérations d'efficience, absentes à l'origine, font leur apparition dans la jurisprudence récente ».

critères (excessivement) précis de marché. Le droit européen de la concurrence ne s'est pas ouvert à l'analyse économique en soi mais a simplement évolué d'une analyse économique structuraliste à une analyse économique davantage empreinte d'efficacité économique, pour atteindre une synthèse complexe mais relativement cohérente⁹⁰⁰. Ainsi, il n'y a pas de prééminence du « pôle économique » sur le « pôle juridique », mais bien une combinaison de ces deux pôles de façon à ce qu'une relative efficacité régulatrice de la concurrence émerge par la volonté des juges européens.

Au-delà de notre démonstration jurisprudentielle de la propension grandissante des juges européens (et américains) à intégrer dans leur raisonnement juridique des considérations tirées de l'efficacité économique pour la régulation de la concurrence, il n'en demeure pas moins que cette démonstration reste bien plus théorique qu'elle n'y paraît du fait de la complexité de concrétisations pratiques. En effet, l'efficacité économique peut être soulevée par toute entreprise car tout peut, dans l'absolu, se défendre comme participant à l'efficacité économique. Tout comportement concurrentiel par une entreprise participe à la réduction de ses coûts (et inversement à la maximisation de ses profits), car son objectif est bien la maximisation de ses propres profits⁹⁰¹. Dès lors, n'est-il pas légitime de considérer ce point de vue particulier comme promouvant l'efficacité économique ? La réponse ne peut être que négative car l'efficacité économique est bien plus générale que l'efficacité productive d'une firme en particulier : c'est la minimisation du coût *social* et non simplement la minimisation du coût *moyen de production d'une firme*.

900 En cela, il est juste de parler, comme le fait Sibony (2008 : 271) de « structuralisme tempéré » : l'analyse économique structuraliste s'est vue tempérée par une analyse économique davantage comportementaliste, conformément à l'école de Chicago soulignant l'importance de l'efficacité. Ce structuralisme tempéré correspond bien au double héritage des écoles de Harvard et de Chicago, un double héritage éminemment influent des deux côtés de l'Atlantique (Kovacic 2007).

901 Ainsi, Steiner (2007 : 121) affirme, de façon volontairement provocante : « *Given the asymmetry of information and the possibilities to state efficiency is possibly every case, competition authorities require a very high standard of proof for economic analyses in general and efficiencies claims in particular* ».

Mais, si l'efficacité économique est la minimisation du coût social, se pose ensuite la question de la mesure de cette efficacité économique. La recherche de l'efficacité économique ne signifie pas pour autant que les autorités de la concurrence (et *a fortiori* les juges de droit commun) disposent de toute l'information nécessaire et l'expertise nécessaire pour mesurer la présence, ou non, de gains et pertes d'efficacité. C'est en cela que la recherche de l'efficacité économique, dans le raisonnement juridique des juges européens, ne prédispose pas ceux-ci à une matérialisation évidente : encore faut-il que l'efficacité soit démontrable et réelle. C'est pourquoi les juges européens ont, non seulement, comme nous l'avons vu, exigé que cette supposée efficacité économique soit démontrable⁹⁰² et d'ampleur suffisante⁹⁰³, mais également, ont exigé une transparence totale dans les informations des acteurs économiques en question (Neven, Nuttall et Seabright 1993 : 206 ; Steiner 2007 : 121). Par conséquent, si nous avons pu démontrer que la volonté des juges européens à intégrer les arguments fondés sur l'efficacité économique était réelle et forte, la possibilité de concrétiser cette volonté dans la pratique jurisprudentielle reste bien plus réduite et soulève d'autres questions qui n'étaient pas l'objet principal de notre propos.

Nous pouvons conclure cette section en affirmant sans hésitation que l'influence américaine sur l'évolution de la jurisprudence européenne fut telle, que les juges européens modifièrent progressivement leur approche du droit de la concurrence. Cette modification a révélé

902 C'est pourquoi les juges européens font toujours reposer la charge de la preuve sur la partie invoquant des gains d'efficacité (Voigt et Schmidt 2005 : 84). C'est la partie invoquant ces gains d'efficacité qui doit démontrer les gains nets d'efficacité et non à la partie adverse de démontrer une hypothétique « présomption d'efficacité ». Ainsi, Fischer (1987 : 36) recommandait déjà que : « *the burden of proof as to costs savings or other offsetting efficiencies, however, should rest squarely on the proponents of a merger, and here I would require a very high standard. Such claims are easily made and, I think, often too easily believed* ».

903 C'est la question de l'efficacité nette, *c'est-à-dire* les gains d'efficacité doivent être supérieurs aux pertes d'efficacité afin que l'argument soit valablement retenu, en conformité avec le critère de l'efficacité au sens de Kaldor-Hicks ou Pareto-supérieur (il est exigé que les gagnants gagnent plus que ce que les perdants perdent au changement).

une évolution jurisprudentielle d'une approche structuraliste de la concurrence à une approche davantage comportementaliste recherchant l'efficacité économique dans la régulation de la concurrence par la règle de raison⁹⁰⁴ ou, plus précisément en droit européen, par le principe de proportionnalité⁹⁰⁵. Alors qu'initialement le droit de la concurrence n'était pas destiné à la seule efficacité économique et n'était pas interprété comme tel par les juges européens, ceux-ci ont accepté et mis en pratique l'idée, selon laquelle, le droit de la concurrence doit maximiser l'efficacité économique par la recherche d'une régulation « efficace » de la concurrence. Il est évident que l'efficacité économique n'est pas, encore aujourd'hui, l'objectif exclusif de la jurisprudence concernant la concurrence, et risque peu de le devenir dans un futur proche. En effet, un certain formalisme juridique perdure chez les juges européens et se révèle être bien plus grand que celui rencontré chez leurs homologues américains. Malgré cela, il est possible de conclure que si la jurisprudence européenne n'est pas *exclusivement* tournée vers l'efficacité économique dans le droit de la concurrence, elle est *essentiellement* tournée, au sortir d'une évolution lente et progressive, vers davantage d'efficacité économique en droit de la concurrence.

904 L'émergence de la règle de raison en droit de la concurrence rapproche cette règle d'un standard juridique, dans le débat entre règle et standard : voir Crane (2007).

905 Ainsi, Lianos (2007 : 618) conclut de manière similaire en déclarant : « le droit communautaire de la concurrence adhère de plus en plus à l'objectif de l'efficacité économique, ce qui rend nécessaire l'examen approfondi des effets de l'entente sur la concurrence et des gains d'efficacité qu'elle emporte probablement. La flexibilité de la méthode de la règle de raison permet d'effectuer le bilan nécessaire entre les effets positifs et négatifs de l'entente, avant de se prononcer sur son caractère anticoncurrentiel ».

Conclusion de la Partie I

Au-delà des principes généraux de droit européen que les juges européens ont élaborés et interprétés, en accord avec le principe d'efficacité économique, il a été démontré dans ce Titre que, au le niveau qui est celui des règles juridiques, celles-ci peuvent très largement être analysées comme comprenant également une logique d'efficacité économique. Cela ne signifie que les règles juridiques formulées par les juges européens ont toujours été efficaces. Au contraire, la jurisprudence européenne a évolué dans le sens où les règles ne promouvant pas suffisamment l'efficacité économique ont été abandonnées, tandis que celles comportant une logique d'efficacité étaient préservées, voire généralisées. Ainsi, il s'agit bien d'une évolution jurisprudentielle dans le sens de l'efficacité économique. Ce constat est en parfaite résonance avec l'efficacité évolutionnaire des règles jurisprudentielles avancée au premier rang par Hayek. En effet, par une sorte de « darwinisme jurisprudentiel », non seulement les règles juridiques et principes généraux les plus efficaces perdurent, mais surtout les juges européens favorisent, recherchent, poussent pour que cette efficacité soit consacrée et généralisée.

En deçà du « méta » niveau normatif dans lequel se situent les principes généraux du droit et pour lesquels nous avons démontré leurs rationalité d'efficacité économique, il est possible ainsi de conclure que le « micro » niveau normatif, qui est celui des règles juridiques européennes élaborées, démontre une rationalité d'efficacité économique moins évidente mais néanmoins certaine. En effet, il ne saurait être dit que toutes les règles juridiques sont conformes à cette efficacité économique : il suffira ici d'avancer que l'essentiel de ces règles juridiques examinées révèlent une tendance évolutionnaire à davantage d'efficacité économique, plutôt qu'à un

affaiblissement de ce principe d'efficacité économique. En cela, il y a bien une production du droit dans laquelle l'offre jurisprudentielle européenne concourt, d'un point de vue évolutionnaire, à la promotion du principe d'efficacité économique.

Par conséquent, en raison de cette nouvelle grille de lecture proposée dans cette Première Partie (et qui sera prolongée dans la Seconde Partie), il est d'ores et déjà possible d'avancer qu'une hypothèse concernant le raisonnement judiciaire européen se dégage. En effet, étant le caractère probant du faisceau d'indices dégagés, participant à la promotion de l'efficacité économique au sein de la jurisprudence européenne, il est alors possible de formuler une **hypothèse de l'efficacité économique de la jurisprudence européenne**.

Cette hypothèse, construite à l'instar et en concurrence de l'hypothèse de l'efficacité économique de la *Common law*, est formulée à ce niveau de notre étude par la seule étude de « l'offre de justice », c'est-à-dire par la révélation des préférences personnelles des juges européens au travers de leurs décisions jurisprudentielles. Cette offre de justice concourt de façon si inéluctable vers davantage d'efficacité économique qu'il est, en effet, possible d'avancer que la jurisprudence européenne est mue par le principe d'efficacité économique. Cependant, cette offre de justice est insuffisante dans la perspective qui est la nôtre d'appréhender la jurisprudence européenne comme un marché de la production du droit. Ainsi, il convient d'adjoindre à cette offre de justice, une analyse de la demande de justice afin d'apprécier la réalité d'une jurisprudence européenne, participant pleinement à la promotion du principe d'efficacité économique, c'est-à-dire à la fois dans son versant de l'offre que dans son versant de la demande. Pour ce faire, il conviendra ainsi, dans une Seconde Partie d'analyser la possibilité d'une efficacité économique dans la jurisprudence européenne instillée par la demande de justice, c'est-à-dire, les justiciables eux-mêmes demandeurs de cette efficacité économique.

Par ailleurs, étant donné que nous venons d'avancer une hypothèse scientifique de lecture de la jurisprudence européenne, il conviendra, afin que cette hypothèse acquiert un statut scientifique au sens de Karl Popper, de la falsifier. N'est scientifique, qu'une hypothèse falsifiable et falsifiée, affirmait Popper. Par conséquent, et toujours dans notre Partie concernant la demande d'efficacité, nous nous préoccupons de falsifier cette hypothèse en démontrant la possibilité et la réalité de demandes de justice autres qu'une justice de l'efficacité. Au-delà de ce seul constat, nous conceptualiserons la réponse donnée par la Cour à ces diverses demandes, et nous verrons ainsi que cette falsification par la demande de notre hypothèse renforce la robustesse de notre hypothèse de par l'ingénuité de la stratégie judiciaire adoptée par la Cour.

Partie II/ L'Efficiency Economique Dans La Jurisprudence Européenne : L'Approche Par la Demande de Justice Européenne

« La volonté aboutit à un ajournement, l'utopie ; la science aboutit à un doute, l'hypothèse »

Victor Hugo, Post-scriptum de ma vie, (1901).

Annonce des deux Titres : Après avoir démontré qu'il existe, par des préférences personnelles, une propension des juges européens à faire évoluer la jurisprudence européenne vers l'émergence de règles juridiques européennes et de principes généraux compatibles, si ce n'est inhérents, avec l'efficacité économique, il convient à présent d'aborder l'autre versant permettant, à la fois, d'étayer et de tester l'hypothèse que nous venons de formuler. En effet, l'hypothèse de l'efficacité de la jurisprudence européenne est étayée par une véritable demande de justice européenne qui engendre une dynamique évolutionnaire vers davantage d'efficacité économique (Titre I). Par ailleurs, comme toute hypothèse devant être testée et falsifiée, afin d'en dégager sa scientificité, notre hypothèse sera falsifiée par la demande des parties au litige, d'autres valeurs, auprès des juges européens, que la simple efficacité économique, contraignant ainsi les juges européens à modifier leur jurisprudence de l'efficacité afin de garantir le consentement des parties aux solutions jurisprudentielles avancées (Titre II).

Titre I/ Efficience Evolutionnaire par la Demande de Justice Européenne

L'hypothèse de l'efficience de la *Common law* telle qu'appliquée aux Etats-Unis a été élaborée par la doctrine juridique et économique affirmant, en substance, la supériorité en termes de rationalité économique d'un système juridique évoluant par la création prétorienne, à l'opposé d'un système juridique de droit civil évoluant par la création législative. Cette hypothèse a été élaborée au sortir de longues années au cours desquelles économistes et juristes sont venus étayer ou minorer la vigueur de cette hypothèse. Il ne s'agira pas ici de contester le fondement même de l'hypothèse de l'efficience de la *Common law*. Les critiques frontales (affirmant au contraire la rationalité économique d'un système civiliste) sont nombreuses tout comme les critiques latérales (critiquant l'idée même de formuler une hypothèse d'efficience de tout système juridique)⁹⁰⁶.

Nous élaborerons une critique, semble-t-il plus subtile, consistant à affirmer que, quand bien même la création prétorienne (*judge-made law*) favorise l'efficience économique, le système de la *Common law* n'a pas le monopole de cette promotion de l'efficience économique car un autre système de droit, non étudié en termes d'efficience, le système de droit européen fondé sur une jurisprudence supranationale, démontre les caractéristiques d'une certaine efficience évolutionnaire par la demande de justice européenne. Ainsi, après avoir revu les tenants et les aboutissants de

906 Voir notamment Gould (1973) ; Cooter et Kornhauser (1980) ; De Alessi et Staaf (1991) ; Tullock (1997) ; Webster (2004) ; Hirsch (2005).

l'hypothèse de l'efficacité de la *Common law*, au travers des principales contributions dans ce domaine (Chapitre I), nous démontrerons qu'une traduction de ce corpus doctrinal à la jurisprudence européenne est, non seulement possible, mais surtout vient confirmer l'idée d'une efficacité évolutionnaire incitée par les parties au litige devant le prétoire européen (Chapitre II).

Chapitre 1/ Une base doctrinale américaine

L'hypothèse de l'efficacité économique de la *Common law* est l'un des thèmes majeurs de l'analyse économique du droit. Ce thème a été étayé par des auteurs défendant l'hypothèse selon une approche ascendante (demande de justice) où les parties au litige demanderaient davantage d'efficacité dans la jurisprudence ou, selon une approche descendante (offre de justice), où les juges auraient une préférence pour des solutions compatibles avec l'efficacité économique⁹⁰⁷. A ce niveau de notre étude, même si nous discuterons de la doctrine en général, nous aurons une attention particulière à l'approche ascendante étant donné que ce sera cette approche qui sera discutée et appliquée au cadre européen au Chapitre suivant.

1. L'approche ascendante : demande de justice et efficacité de la Common law

⁹⁰⁷ Cette distinction, structurant ce Chapitre comme elle a structuré les Parties de notre étude, entre l'approche ascendante (demand-side) et l'approche descendante (supply-side) est tirée de Zywicki (2003 : 1553) qui affirme notamment « *The market for law, like other markets, requires an understanding of both supply and demand conditions in order to identify the resulting equilibrium* ».

Ainsi, Zywicki (2003 : 1557-1558) définit la demande et l'offre de justice : « *We can think of the demand side of the market as private litigants, bringing actions before courts and requesting that the courts produce legal rulings and legal opinions designed to resolve the dispute. Judges can be thought of as providing the supply side of the market, because they produce the service of dispute resolution and because the reasoned legal opinions and precedents they provide are often designed to offer guidance to future litigants* ».

a. Rubin (1977)

Rubin affirme que l'efficacité de la *Common law* est due au fait que les parties au litige auront une plus grande propension à contester devant les juges les règles juridiques inefficaces par rapport aux règles juridiques efficaces. En effet, Rubin affirme que les parties au litige cherchent à créer des jurisprudences constantes afin d'établir des solutions jurisprudentielles qui leur sont souhaitables pour des affaires futures.

Rubin distingue trois types de situations : i) lorsque les deux parties au litige souhaitent créer un précédent, alors les parties continueront de se présenter devant les cours tant que celles-ci n'auront pas abandonné les règles inefficaces ; ii) lorsqu'une seule partie au litige souhaite créer un précédent, alors la partie ayant le plus grand intérêt au-dit précédent fait évoluer la règle juridique sans que celle-ci ne soit nécessairement efficace ; iii) lorsqu'aucune des deux parties au litige ne souhaite créer un précédent, alors la règle juridique (efficace ou inefficace) perdure. Par conséquent, Rubin conclut que l'efficacité de la *Common law* est le fruit de certaines parties au litige qui se présentent de façon répétée devant les cours (*repeat litigants*), et non le fruit d'une volonté des juges de promouvoir l'efficacité économique dans leurs jugements.

b. Priest (1977)

Priest confirmera la thèse de Rubin, encore qu'il n'explique pas la tendance de la *Common law* à évoluer en faveur de l'efficacité économique par la volonté des parties au litige de créer des précédents, mais plutôt par le souhait des parties au litige de pousser le système juridique à abandonner des règles juridiques inefficaces car celles-ci leur coûtent davantage que les règles efficaces. Pour Priest, il n'y a pas une nécessité que les parties au litige aient un intérêt continu au

changement de jurisprudence : la seule présence de coûts de transactions dans le monde réel suffit à ce que les règles inefficaces fassent supporter davantage de coûts que les règles efficaces pour inciter les parties au litige à faire abandonner les règles inefficaces. En effet, ce sont les coûts d'inefficacité de certaines règles juridiques qui poussent les citoyens à demander aux juges de les remplacer par d'autres règles moins coûteuses.

Aussi, Priest critiquera l'idée de Rubin selon laquelle c'est seulement lorsque les deux parties souhaitent l'émergence de règles efficaces que celles-ci apparaissent : Priest affirme qu'en dépit de la volonté des juges et même lorsqu'une seule partie y a intérêt, des règles juridiques efficaces émergent au sortir d'une évolution jurisprudentielle. Ce sont les règles inefficaces qui créent davantage de coûts pour les parties (d'où un souhait de se présenter devant le juge plutôt que d'avoir un accord à l'amiable) et, par conséquent, les règles inefficaces ne sont plus sujettes à des litiges tant qu'elles ne sont pas remplacées par des règles efficaces⁹⁰⁸. En cela, le « taux de survie » des règles inefficaces est bien moindre que celui des règles efficaces à l'instar de ce que pourrait être une explication darwinienne de l'efficacité de la *Common law*.⁹⁰⁹ Par conséquent, comme

908 De façon plus générale, il est possible d'affirmer que l'approche ascendante, justifiant l'hypothèse de l'efficacité économique de la *Common law*, affirme que les parties au litige ne recherchent pas à améliorer explicitement l'efficacité du droit mais y arrivent par la recherche de leurs intérêts individuels. Ainsi, comme Cooter et Kornhauser (1980 : 140), il y a un parallèle avec l'idée de « main invisible » d'Adam Smith : « *Adam Smith's invisible hand because « the wealth of nations » or efficiency is the unintended outcome of self-interested decisions by individuals. Deciding when to litigate and how much to invest in preparing your case may be motivated by self-interest, just as the decision to buy or sell a commodity. Litigants try to win their cases, not increase the law's efficiency, but the former may result in the latter* ».

909 Concernant l'interprétation évolutionnaire (darwinienne) de l'hypothèse de l'efficacité économique de la *Common law* par la demande des parties au litige, voir Terrebonne (1981) où l'auteur confirme cette intuition de Priest et Rubin.

Rubin, Priest affirme que la *Common law* évolue vers davantage d'efficacité économique indépendamment de la volonté (ou préférences) des juges⁹¹⁰.

c. Priest et Klein (1984)

Si l'évolution jurisprudentielle de la *Common law* promeut l'efficacité économique par les litiges, seuls les litiges véritablement portés à la connaissance des juges ont une influence sur le droit positif et donc sur l'efficacité, ou non, de la *Common law*. Or, les litiges faisant l'objet d'un procès avec jugement final sont sélectionnés. Seuls les litiges dans lesquels les parties ont des intérêts d'importance comparables (*equal stakes*) sont portés devant le juge, et alors, il y a un biais en faveur d'une victoire du plaignant contre le défendeur indépendamment de règle juridique voulue, efficace ou pas.

2. L'approche descendante : offre de justice et efficacité de la Common law

a. Hayek

910 Voir également Landes et Posner (1979) ; Cooter et Kornhauser (1980). Le modèle évolutionnaire élaboré par Terrebonne (1981) conclut également à la tendance de la *Common law* à tendre vers davantage d'efficacité économique par les plaignants se présentant de façon répétée devant les Cours.

Hayek (1960 ; 1967 ; 1973) a affirmé la supériorité du droit d'origine anglaise, ou plus précisément du droit jurisprudentiel (*judge-made law*), sur la tradition juridique continentale ou encore, la législation et la codification caractéristiques du système juridique français. Cette perspective hayekienne est ce que Rubin (2005) appelle l'explication de la « macro » efficacité de la *Common law*.

Selon Hayek, le droit « polycentrique », c'est-à-dire un droit produit de différentes institutions concurrentes ou complémentaires pour un partage horizontal ou vertical des compétences, fait émerger un « ordre spontané ». Cet ordre spontané concourt à l'émergence de solutions jurisprudentielles faisant sens économiquement selon Hayek, c'est-à-dire promouvant l'efficacité économique des règles juridiques dans cet ensemble institutionnel concurrentiel. Cet ordre spontané est davantage compatible avec la liberté individuelle en cela que le droit ne se modifie que marginalement et qu'à la condition que les changements soient acceptés (autrement dit, ce sont des améliorations au sens de Pareto)⁹¹¹. Cet ordre s'oppose à l'ordre juridique rationalisé et constructiviste d'un droit civiliste qui aurait un biais interventionniste et qui ferait supporter des changements juridiques radicaux en ignorant la volonté et la liberté des sujets de droit.

Ainsi, l'argument de Hayek concernant l'efficacité de la *Common law* tient principalement dans le degré de liberté garanti par le système de la *Common law*: ce n'est pas tellement que la *Common law* recherche explicitement ou implicitement l'efficacité économique des règles juridiques, mais davantage que la *Common law* maximise le degré de liberté individuelle des acteurs économiques. Or, plus la liberté est accrue, plus la croissance économique est forte selon Hayek. Donc, parce que la *Common law* maximise la liberté, le *judge-made law* maximise la croissance économique par l'efficacité économique des règles juridiques que ce système produit.

911 Voir également Leoni (1961) pour un argument similaire.

b. Posner

Alors que Hayek se situait davantage au niveau institutionnel, pour expliquer pourquoi les institutions de *Common law* concouraient à un système économique efficace, Posner sera le premier à s'intéresser aux acteurs que sont les juges. Il affirme que ceux-ci ont des « préférences », un « goût » pour favoriser les solutions jurisprudentielles conformes à l'efficacité économique par rapport aux solutions inefficaces⁹¹².

C'est l'impersonnalité du procès qui tend à ce que les juges préfèrent, en l'absence de contraintes externes importantes, des solutions minimisant le coût social, plutôt que de statuer à la lumière des caractéristiques de chacune des parties au litige. Cette impersonnalité (et donc la propension à produire des solutions efficaces) s'accroît dès lors que l'on monte dans la hiérarchie de l'organisation judiciaire. De plus, la redistribution des richesses, selon les préférences personnelles d'un juge, pourrait conduire à une cassation à l'échelon supérieur car les autres juges n'auront certainement pas les mêmes jugements sur les mérites personnels de chacune des parties. A l'opposé, la création de richesses indépendamment des mérites des parties est davantage neutre, d'où la préférence des juges à préférer cette solution efficace du fait de la menace de cassation réduisant le prestige du juge ayant rendu la décision en première instance. Ainsi, quand bien même les juges auraient explicitement peu d'inclination à favoriser l'efficacité économique, les contraintes institutionnelles de l'appel et de la cassation le poussent à éviter toute solution démontrant ouvertement des préférences morales et subjectives : les juges sont contraints à l'objectivité et à la neutralité à l'égard de la répartition et de la redistribution des richesses au cas en

912 Pour une version modélisée de l'argument de Posner selon lequel les juges ont des préférences pour faire évoluer la *Common law* vers des règles efficaces, voir Whitman (2000).

l'espèce, et sont donc incités à choisir l'impersonnalité de l'efficacité par la création de richesses. Ainsi, Posner affirme que les juges agissent comme s'ils avaient un « goût » par défaut pour le principe d'efficacité économique, d'où l'hypothèse de l'efficacité économique de la *Common law*.

c. Zywicki

Constatant que les approches descendantes, expliquant ou discutant de l'hypothèse de l'efficacité économique de la *Common law*, sont rares (Zywicki 2003 : 1562), Zywicki propose d'ajouter (et non de supplanter) l'approche ascendante par une approche descendante puisant dans une perspective historique, afin de mieux comprendre le processus évolutif tendant à l'efficacité de la *Common law*⁹¹³. Il défend l'idée selon laquelle le contexte historique, dans lequel s'est développée la *Common law*, explique la propension de celle-ci à évoluer dans le sens du principe d'efficacité économique. C'est la période de formation de la *Common law* (entre le XII^e et le XVII^e siècle) qui permet à celle-ci de poser les conditions historiques à son évolution vers davantage d'efficacité économique, affirme Zywicki. Ce sont les contraintes institutionnelles qui ont poussé les juges de la *Common law* à favoriser l'efficacité, en dépit de leurs préférences qui ne vont pas pour davantage d'efficacité à l'encontre de ce qu'affirmait Posner. Cette explication, par l'histoire institutionnelle de la *Common law* pour justifier l'efficacité de celle-ci, repose sur trois éléments selon Zywicki:

913 « *Understanding the efficiency and inefficiency of the Common law, therefore, requires, an understanding of the supply side of the Common law rulemaking. Examining the demand side alone will be insufficient to fully understand the evolutionary process* » (Zywicki 2003 : 1633).

- Une importance initiale de la jurisprudence constante (*stare decisis*) relativement faible : alors que Rubin précisait que la solution jurisprudentielle a le plus de chance de promouvoir l'efficacité lorsque les deux parties au litige n'ont que peu d'intérêts au litige, Zywicki affirme que, précisément, la *Common law* a initialement fait peu de cas des jurisprudences constantes, décroissant ainsi l'intérêt pour les parties pour une jurisprudence peu durable, et créant ainsi les conditions à la diminution des intérêts des parties au litige conformément au modèle de Rubin⁹¹⁴. La doctrine de la *stare decisis* (jurisprudence constante) n'est apparue dans la *Common law* qu'à la fin de XIX^{ème} siècle, cristallisant ainsi des solutions jurisprudentielles ayant fortement évolué au bénéfice de l'efficacité économique (Zywicki 2003 : 1566). L'impossibilité d'avoir des solutions jurisprudentielles durables empêchèrent la recherche de rentes (*rent-seeking*) par la jurisprudence, et donc dans le droit : « [...] *the adoption of a system of strict stare decisis is a necessary condition for the Common law to become a vehicle for rent-seeking. Absent stare decisis it is impossible to produce long-term stable precedents that generate returns over time* » (Zywicki 2003 : 1550-1551).
- Une concurrence entre Cours (Cours ecclésiastiques, Cours royales, Cours de la *Common law*...) aux compétences se confondant entre elles : les Cours de la *Common law* ont voulu attirer (entre autres) les marchands à leur prétoire par des règles efficaces, afin de peser sur le droit positif en Angleterre, jusqu'à s'imposer définitivement, de par la supériorité des règles juridiques de *Common law*, sur les règles juridiques des autres Cours (Zywicki 2003 : 1599). Cette idée d'amélioration évolutionnaire reprend celle

914 Zywicki (2003 : 1578) considère ainsi que le contexte historique « *is essential to understand the traditional immunity of the Common law to efficiency-distorting, rent-Voirking influences* ».

déjà formulée par Adam Smith en 1776 lorsque celui-ci écrivait : «*during the improvement of the law of England, there arose rivalships among the several courts* ». Ce système juridique « polycentrique » permettait aux parties d'apporter leurs litiges aux cours qu'elles préféraient, notamment d'un point de vue économique (Zywicki 2003 : 1551). Alors, un « marché du droit » s'est mis en place avec chaque cour se concurrençant, à la fois, concernant les solutions jurisprudentielles et les frais de justice (Zywicki 2003 : 1587).

- Le système de *Common law* s'est développé davantage comme un droit en creux laissant peu de place aux généralités par rapport aux spécificités, plutôt que comme un droit général à caractère législatif par sa généralité et son impersonnalité : Zywicki (2003 : 1621) considère ainsi que la *Common law* est un « *mechanism for private ordering rather than for collective goals* ». La *Common law* est un droit par défaut s'en remettant d'abord à la liberté contractuelle des agents économiques, et la *Common law* est un droit coutumier s'en remettant à la sagesse de pratiques éprouvées plutôt qu'à l'idéalisme d'acteurs étatiques tiers (Zywicki 2003 : 1621). Ainsi, il pense que les juges de la *Common law* « *traditionally believed in the propriety of reliance on custom and contract, which had efficiency-enhancing consequences* » (Zywicki 2003 : 1630).

Ainsi, dans la formulation doctrinale de l'hypothèse de l'efficacité économique de la *Common law*, il existe différentes approches permettant d'étayer cette hypothèse, au premier rang desquelles l'approche ascendante par la demande de justice retient particulièrement notre attention à ce niveau de notre étude. En effet, il sera à présent question, non pas de critiquer l'essence même d'une demande d'efficacité de la part des parties au litige dans le système de la *Common law*, mais davantage de traduire cette réflexion doctrinale américaine dans le contexte européen où le système juridique n'est ni celui d'un droit civiliste, ni celui d'un droit de la *Common law*. En cela, nous

adopterons une perspective inverse à celle adoptée jusqu'ici et qui consistait à décrire une offre de justice européenne efficiente qui se dessinait selon l'approche descendante. Notre approche sera, à présent, la perspective ascendante par laquelle nous démontrerons qu'il existe, de la part des parties au litige européen, une demande de justice qui évolue principalement dans le sens de l'efficience économique. Pour ce faire, nous combinerons l'apport de la doctrine américaine, concernant l'efficience économique par la demande de justice, aux travaux réalisés essentiellement par Stone-Sweet. Cela nous permettra alors de mettre en exergue la dynamique jurisprudentielle qui s'opère auprès du prétoire européen conduisant à une efficience évolutionnaire par la demande de justice européenne (Chapitre 2).

A l'évidence, une doctrine d'inspiration américaine (et plus généralement anglo-saxonne) est venue alimenter la thèse selon laquelle, au-delà d'une offre d'efficience du fait des préférences des juges de la *Common law*, une demande d'efficience du fait des parties au litige vient renforcer l'hypothèse d'efficience générale de la *Common law*. Qu'en est-il du droit européen, ce droit à l'intersection entre droit civil et droit de la *Common law* ? Est-il possible d'élaborer une hypothèse de l'efficience économique de la jurisprudence européenne par le côté de la demande, c'est-à-dire par les parties au litige ? Nous répondrons positivement au sortir d'une démonstration empirique entreprise au Chapitre suivant.

Chapitre 2/ Efficience évolutionnaire par la demande de justice européenne ?

Le rôle intégratif de la Cour de Justice dans la construction européenne est largement documenté⁹¹⁵. Si elle a pu, à juste titre, être décrite comme étant le « moteur » de l'intégration européenne (Pollack 2003), la Cour de Justice n'est pas seulement une institution promouvant l'intégration juridique. Sa fonction intégrative et son histoire démontrent une résonance bien plus grande que la simple harmonisation juridique. En effet, la Cour de Justice participe à la promotion de l'efficience économique, auprès des agents économiques européens, par le prétoire qu'elle constitue pour les justiciables européens. C'est alors une autre fonction, encore négligée par la doctrine, que nous allons étudier. Cette fonction est la fonction d'efficience économique résultante de la répétition des litiges portés par les parties, à l'instar de ce que nous venons de décrire dans le contexte de la *Common law*. Ainsi, ce Chapitre élaborera et démontrera l'efficience économique de la jurisprudence européenne par la demande de justice de la part des justiciables. Cette demande de justice correspond en droit européen à l'Article 267 du TFUE (1). Cet article a clairement une prégnance économique démontrée par des travaux statistiques (2). Ainsi, il nous sera possible de souligner l'efficience évolutionnaire émanant de ce processus judiciaire (3).

915 Pour une thèse sur ce sujet, voir Stehly (2007). Voir également Alter (1998 ; 2001 ; 2009) ; Weiler (1995 ; 1996 ; 1997b) ; Stone Sweet (1999 ; 2004 ; 2010).

1. La Demande de Justice Européenne : Article 267 du TFUE

L'accès à la Cour de Justice est le plus aisé pour les justiciables par la procédure dite des « questions préjudicielles ». Actuellement prévue à l'Article 267 du TFUE (ex-Article 234 du TUE), la procédure des questions préjudicielles permet de garantir l'uniformité du droit européen, à travers toute l'Union Européenne, par le simple fait que le juge national sursoit à statuer afin que le juge européen se prononce sur l'interprétation du droit européen dans l'affaire en cours⁹¹⁶. Ainsi, c'est une procédure préventive, permettant de s'assurer que le jugement de la juridiction nationale se conforme au droit européen par une interprétation de ce droit, qui est délivrée directement par les juges européens. Si ce principe est le fonctionnement de base de la procédure des questions préjudicielles, il n'empêche que cette procédure peut être précisée pour se décliner en deux versions selon que la juridiction nationale statue en dernier ressort ou non.

En effet, conformément à l'Article 267(2) du TFUE, une juridiction nationale ne statuant pas en dernier ressort a la *possibilité* de surseoir à statuer et de se référer aux juges européens, afin que ceux-ci interprètent un point de droit européen à l'affaire en cours. A l'opposé, conformément à l'Article 267(3) du TFUE, une juridiction nationale statuant en dernier ressort a l'*obligation* de surseoir à statuer. Cette obligation résulte de la nécessité de garantir l'uniformité du droit européen dans les droits internes⁹¹⁷.

L'article 267 du TFUE est victime de son succès au vu de l'accroissement exponentiel du nombre d'affaires portées devant le prétoire européen. Or, parmi ces affaires, celles portées par la procédure de l'Article 267 du TFUE sont largement majoritaires (Koopmans 1987b et 1991 ;

916C-221/88 (1990) *Busseni*, I-495, §13 ; C-166/73 (1974) *Rheinmühlen-Düsseldorf*, 33, §2

917 Voir note de la Cour de Justice publiée au JOUE (2005) séries 143, 1.

Weiler 1987b). La Cour a dû élaborer une jurisprudence pour limiter les délais dans la procédure des questions préjudicielles⁹¹⁸. Ainsi, le nombre d'affaires portées devant la Cour explosa ne serait-ce qu'entre les années 60 et 90 :

« Since the first preliminary reference was brought in 1961, national courts have increased their use of this procedure. In 1970, 32 references were made, and by 1980 that number had tripled, to 99 references. In 1990, Member State courts made 141 references, and in 1993, 203 references, reaching double the 1980⁹¹⁹ ».

Nous nous intéresserons particulièrement, au sein de la procédure des questions préjudicielles de l'Article 267 du TFUE, aux affaires où les parties au litige sont seulement des justiciables non étatiques⁹²⁰. En effet, les institutions supranationales font naître des intérêts pour des acteurs économiques transnationaux. Cette affirmation, issue de l'héritage fonctionnaliste⁹²¹, suppose que les acteurs peuvent « outrepasser » les institutions étatiques (nationales) afin de dialoguer directement avec ces institutions supranationales. Les acteurs transnationaux s'accommodent de ces institutions supranationales dans un sens qui renforce les pouvoirs de celles-ci et du champ d'actions des acteurs transnationaux. Ainsi, dans ce jeu stratégique où les deux parties sont gagnantes, seules les entités étatiques sont court-circuitées et passives. Or, le fait même pour les entités étatiques d'essayer de résister à cette évolution supranationale, poussée par

918 Voir Lenaerts (2005) pour une synthèse de l'encombrement de la Cour du fait de l'Article 267 du TFUE et ses solutions jurisprudentielles.

919 Strasser (1996 : 96).

920 Ainsi, quand bien même nous pouvons rejoindre Gerret, Kelemen et Schulz (1998) dans leurs conclusions concernant la Cour comme acteur stratégique, nous nous focaliserons sur les comportements stratégiques, à la fois, des acteurs économiques et de la Cour dans le cadre de la procédure de l'Article 267 du TFUE.

921 Voir Haas (1958 ; 1961).

les acteurs transnationaux, ne peut se faire qu'au coût de la prospérité économique (Mattli et Slaughter 1997), donc de l'efficacité économique. Ainsi, le processus intégratif voulu par les acteurs transnationaux suggère une efficacité économique comme résultante de cette dynamique. Un processus intégratif vertueux en termes de prospérité se met alors en place où l'intégration est définie, par Haas (1961 : 367), comme étant « *the process whereby political actors [...] are persuaded to shift their national loyalties, expectations, and political activities to a new and larger center* ».

Nous nous focaliserons sur le processus intégratif voulu par les acteurs transnationaux, lorsque ceux-ci sont des parties à un litige auprès de la seule institution européenne pertinente, en l'espèce, c'est-à-dire la CJUE. Il ne s'agira pas tellement, dans les lignes qui suivent, de décrire ce processus intégratif engendré par la procédure de l'Article 267 du TFUE (une doctrine importante l'a largement décrit), mais davantage de qualifier ce processus intégratif. Il sera ainsi affirmé et démontré que l'Article 267 du TFUE comporte des vertus économiques où les acteurs transnationaux peuvent, par le moyen de cette procédure, exprimer leur demande de justice européenne et qui se révèle être une demande de justice évoluant vers davantage d'efficacité économique. Par conséquent, l'Article 267 du TFUE est l'outil juridique par lequel les acteurs transnationaux peuvent marginalement, donc évolutionnairement, accéder à leur demande d'une justice européenne de l'efficacité, non pourvue par les procédures institutionnelles nationales.

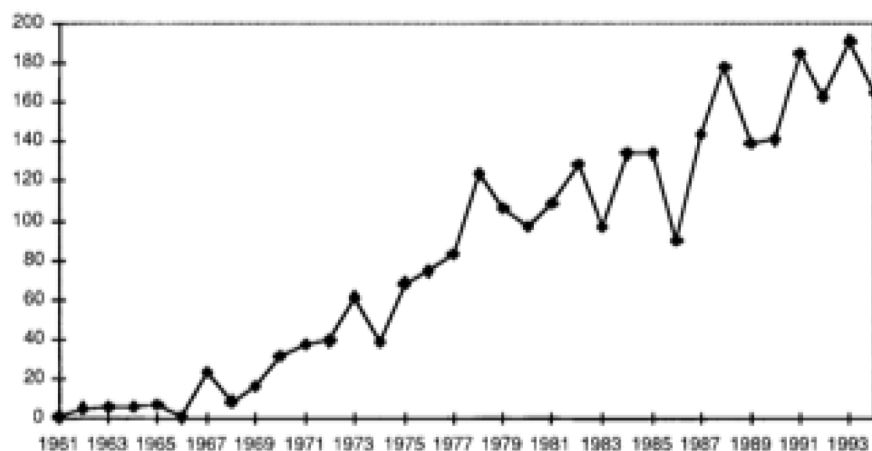
2. Les Vertus Economiques de l'Article 267 du TFUE

Sandholtz et Stone Sweet (1998 : 12-13) souligne cette relation directe entre demande de justice supranationale et réduction des coûts de transaction, et donc de l'inefficience économique de :

« Separate national legal regimes constitute the crucial source of transaction costs for those^[L]_{SEP} who wish to engage in exchanges across borders : customs and other border controls, differing technical standards, divergent health and environmental regulations, distinct systems of commercial law, diverse national currencies, and so on. Further, the costs^[L]_{SEP} of transacting across borders are higher than those involved in contracting within a single member state, to the extent that there exists no secure common legal framework at the supranational level, comparable in its efficacy to that of national legal systems. As transnational exchanges rise, so does the societal demand for supranational rules and organizational capacity to regulate. Transactors can exert pro-integration pressure on their own governments, but when these are reticent, transactors can access supranational arenas dominated by the Commission and the European Court of Justice ».

Afin de démontrer l'importance de la demande d'une justice européenne qui promeut l'efficience économique, nous nous réfèrerons aux travaux précurseurs de Stone Sweet, notamment, qui a démontré l'émergence d'une société transnationale par l'Article 267 du TFUE. L'accroissement du nombre de questions préliminaires a été exponentiel durant la construction européenne comme le démontre le tableau suivant :

Nombre de Questions
Préliminaires

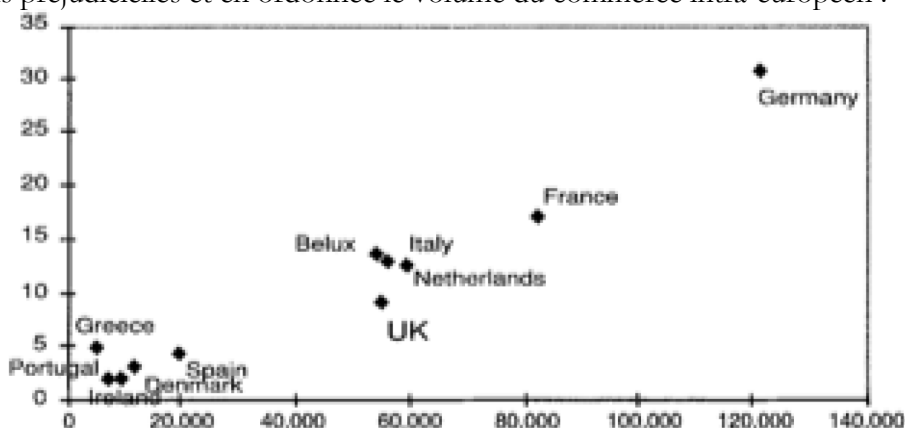


Années

Source : Stone Sweet et Brunell (1998b).

Il est désormais intéressant de se pencher sur la question de savoir si cette augmentation du nombre de questions préliminaires, durant la construction européenne, s'est accompagnée d'un accroissement corrélé du commerce intra-européen. En effet, la question pertinente est de savoir si les Etats membres ayant le poids commercial le plus important sont ceux où les acteurs économiques posent le plus grand nombre de questions préjudicielles. A l'inverse, l'on peut se demander si les acteurs économiques commerçant le plus ne sont pas sujets à utiliser davantage la procédure des questions préjudicielles. Afin de répondre à cette recherche de corrélation entre Article 267 du TFUE et volume du commerce intra-européen, il convient de poser en abscisse le nombre annuel de questions préjudicielles et en ordonnée le volume du commerce intra-européen :

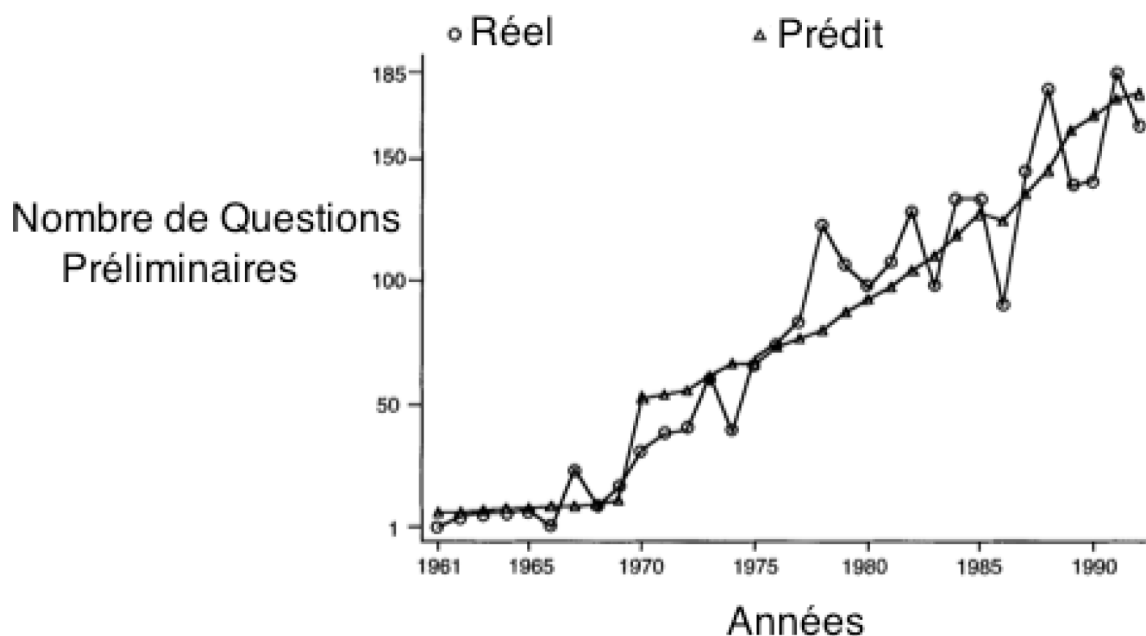
Nombre annuel de
Questions Préliminaires



Volume d'échanges commerciaux

Source : Stone Sweet et Brunell (1998b).

Comme il est possible de le voir, la relation entre nombre annuel de questions préliminaires et volume d'échanges commerciaux pour chaque pays est quasi-linéaire. Ainsi, les pays les plus commerçants sont ceux dans lesquels les acteurs économiques ont davantage d'intérêts, et donc d'incitations, à porter leurs affaires devant le prétoire européen par la procédure de l'Article 267 du TFUE. A partir de ces deux tableaux, il devient alors possible d'opérer une régression statistique par laquelle nous avons une prédiction du nombre de questions préliminaires, par rapport au volume d'échange intra-européen, qui serait confrontée à la réalité constatée :



Source : Stone Sweet et Brunell (1998b)

La ligne des prédictions est construite à partir d'un modèle de régression statistique dans lequel la variable est le nombre annuel de questions préliminaires et l'invariant est le volume des échanges commerciaux intra-européens : cette ligne prédit le nombre de questions préliminaires. La ligne des points réels représente le nombre constaté de questions préliminaires. Dès lors, il apparaît évident que les deux lignes suivent une évolution quasi-identique. Comme l'affirment Stone Sweet et Brunell (1998b), la corrélation est parfaite dans environ 90% des cas :

« The connections between our independent and dependent variables remain enormously powerful; the adjusted R² is 0.91, indicating that the model explains more than 90 percent of the variance in annual [Article 267 TFUE] activity ».

Alors, il semble que l'émergence de plaignants transnationaux par le biais de l'Article 267 du TFUE favorise la minimisation des coûts des transactions au commerce intra-européen, et inversement⁹²². Ainsi, alors que Stone Sweet et Brunell (1998b) concluaient que les acteurs

⁹²² Plus tard, Stone Sweet affirmera que « *the integration processes are generally driven by transnational activity, by the transaction cost-reducing behaviour of supranational institutions, and by the positive feedback effects of lawmaking onto society* » (Stone Sweet 2002 : 22).

transnationaux ont été les artisans des affaires portées devant le prétoire européen avec l'Article 267 du TFUE⁹²³, nous concluons en soulignant la causalité inverse à l'instar de Pitarakis et Tridimas (2003) : l'Article 267 du TFUE en particulier, et la demande de justice européenne en général, ont permis le développement, d'un point de vue évolutionnaire, de justiciables transnationaux portant des intérêts transnationaux en formation.

Il convient à présent de préciser les implications économiques de cette étude statistique dans le cadre de la relation entre demande de justice européenne et efficacité économique d'un point de vue évolutionnaire.

3. La Demande de Justice Européenne ou l'Efficiencia Evolutionnaire de la Jurisprudence Européenne

A la lumière des résultats statistiques représentés plus haut, il est possible de poser l'hypothèse suivante :

H1 : l'Article 267 du TFUE a permis de faire émerger des acteurs transnationaux promouvant, consciemment ou non, le commerce intra-européen.

Or, l'Article 267 du TFUE est la procédure équivalente à ce que nous avons appelé la demande de justice européenne, en cela que c'est la procédure permettant aux justiciables d'accéder

⁹²³ Il affirment en effet que leurs résultats donnent « *an overwhelming support for our proposition that transnational activity has driven art. 177 activity* » (Stone Sweet et Brunell 1998b : 78).

plus facilement et plus rapidement au prétoire européen. De plus, la promotion du commerce intra-européen se fait, auprès de la Cour, par une intégration négative consistant en la minimisation des coûts de transactions aux échanges commerciaux. Ainsi, la promotion du commerce intra-européen doit être comprise, comme ici, synonyme de minimisation des coûts de transactions, et donc de promotion de l'efficacité économique au sein de l'Union Européenne.

Par conséquent, si l'Article 267 du TFUE est synonyme de demande de justice européenne, et si la promotion du commerce intra-européen est synonyme de promotion de l'efficacité économique, alors, il est possible de réécrire H1 comme suit :

H2 : la demande de justice européenne a permis de promouvoir le principe d'efficacité économique au sein de l'Union Européenne.

Ainsi, dans la lignée de travaux précédents, soulignant le rôle crucial d'une société transnationale dans le développement et l'évolution de l'Article 267 du TFUE⁹²⁴, nous pouvons affirmer, d'un point de vue de l'efficacité économique, que cet Article permet l'émergence et l'affirmation d'une demande d'efficacité économique de la part des justiciables européens devant le prétoire européen. Le processus de judiciarisation⁹²⁵ de l'efficacité économique par l'Article 267 du TFUE permet une demande sociale de justice européenne qui soit concordante avec l'efficacité évolutionnaire.

924 Principalement Carrubba et Murrah (2005) mais également Fligstein et McNichol (1998) ; Stone Sweet et Caparaso (1998) ; Fligstein (2008) ; Chalmers et Chaves (2011).

925 La judiciarisation par la demande de justice européenne est conceptualisée par Stone Sweet (2010 : 7) affirmant que « *Judicialization is a dynamic process organized by trigger mechanisms and feedback effects. A simplified summary of these dynamics would go as follows. Contracting and other forms of rulemaking (constitutional, regulatory, commercial, and so on) create a social demand for third-party dispute resolution (TDR) ; to the extent that this demand is supplied, more contracting, or interactions within the rules, will be stimulated* ».

Les économistes institutionnalistes affirment, à juste titre, que les institutions sont la condition *sine qua non* à l'applicabilité des échanges volontaires, et la facilitation de ces échanges est fonction de la qualité de ces institutions (North 1990). Ainsi, et en accord avec le point de vue d'institutionnalistes, nous pouvons affirmer que la qualité (voire la « popularité ») de la procédure des questions préjudicielles de l'Article 267 du TFUE a été le terreau institutionnel nécessaire (certes non suffisant) à la facilitation d'un commerce transnational par l'utilisation, de la part d'acteurs transnationaux, de cette procédure institutionnelle d'essence supranationale⁹²⁶.

Ainsi, à la question lancinante en études européennes de savoir si la Cour de Justice est maître ou esclave des Traités⁹²⁷, nous pencherons davantage pour conclure que la Cour de Justice s'est largement émancipée des intérêts des gouvernements nationaux, afin d'inter-agir avec les justiciables européens dans un dialogue renforçant son prestige et sa propre centralité dans le système politique européen. En effet, faisant du prétoire européen un lieu où une efficience évolutionnaire peut se développer, la Cour de Justice n'a pas hésité à rentrer, à différentes reprises, en conflit avec les intérêts des gouvernements nationaux, moins intéressés par l'efficience économique de l'Union Européenne, que par la conservation de leurs prérogatives nationales.

Ce conflit latent et institutionnalisé n'a pas été contemplé de manière passive par les justiciables européens mais, au contraire, a été exploité par ceux, ayant de grands intérêts au renforcement de la Cour de Justice, au détriment des gouvernements nationaux, c'est-à-dire les

926 C'est par cette conclusion que l'on peut apprécier la proximité intellectuelle entre institutionnalistes (tels que North) et supranationalistes dans le contexte européen (tels que Stone Sweet). En effet, l'efficience évolutionnaire dégagée par cette procédure institutionnelle n'a été possible que par le supranationalisme instauré par le dialogue entre juges nationaux et juges européens, indépendamment d'un intergouvernementalisme tel que le décrit Moravcsik.

927 Pour un résumé du débat doctrinal entre néo-fonctionnalistes et supranationalistes d'un côté, affirmant que la Cour de Justice est maître, et les intergouvernementalistes, affirmant que la Cour reste sujette aux volontés des gouvernements nationaux, voir Alter (2009 : 109-138).

agents transnationaux commerçant par-delà les frontières ou, à tout le moins, recherchant de telles opportunités. En revanche, quand bien même il devient de plus en plus évident, au cours de notre recherche, que la Cour de Justice se rapproche davantage de l'institution décrite par les néo-fonctionnalistes et les supranationalistes, il n'en demeure pas moins que ce paradigme reste insatisfaisant par sa simplicité. C'est pourquoi, lorsque nous aborderons dans le Titre suivant les contraintes à l'efficacité économique au sein de la jurisprudence européenne, afin de falsifier notre hypothèse d'efficacité économique de la jurisprudence européenne, nous prendrons soin d'élaborer également une synthèse théorique renouvelée dans laquelle les éléments les plus pertinents, à la fois, du néo-fonctionnalisme et de l'intergouvernementalisme libéral, seront intégrés.

Titre II/ La Portée Limitée du Principe d'EfficiencE Economique : Economie Constitutionnelle et Jurisprudence Européenne

Comment se forment les choix de politiques économiques au sein de l'UE ? A cette question, les observateurs répondent souvent en se penchant sur le mode de fonctionnement d'institutions telles que la Commission, le Parlement Européen ou encore le Conseil. Très peu s'intéresseront aux choix de politiques économiques d'une autre institution tout autant cruciale dans l'architecture institutionnelle européenne : la Cour de Justice. Appréhender la Cour de Justice comme un organe de production d'une politique économique (ou du politique tout simplement) embarrasse le juriste, étonne le politiste et questionne l'économiste⁹²⁸. Or, c'est bien cette approche

928 Shaw fait remarquer que l'analyse interdisciplinaire de la Cour, et plus généralement des institutions européennes, si elle peut modifier les schémas classiques, est non seulement souhaitable mais également présente de façon croissante : « *what is slowly emerging, out of the traditions of a number of disciplines and out of interdisciplinary work, is a body of commentary which examines European legal processes and legal institutions in their broader social, economic, and political context, rather than regarding legal processes as an object of study in themselves* ».

que nous ambitionnons d'adopter dans ce chapitre qui se voudra encore davantage interdisciplinaire que les précédents, en cela que si le droit sera analysé d'un point de vue économique, le cadre théorique de notre approche sera élaboré à partir de la doctrine politiste, afin de conceptualiser l'absence d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne. Sciences politiques, juridiques et économiques seront ainsi combinées, afin de permettre de mieux rendre compte de la politique judiciaire européenne à la lumière de l'hypothèse de l'efficacité économique de la jurisprudence européenne que nous avons formulée jusqu'ici.

D'aucuns s'accordent à considérer que la prégnance institutionnelle de la Cour de Justice, dans l'évolution de la construction européenne, a été, et reste, de première importance⁹²⁹. La Cour de Justice a créé, modifié et interprété le droit européen dans un sens particulier et souvent inattendu⁹³⁰, mais toujours ambitieux, ce qui pousse certains à s'interroger sur la question de savoir qui sont les « maîtres des Traités ». Quoiqu'il en soit, ceux-ci sont *in fine* les chefs d'Etats et de gouvernements qui ont écrit et signé les Traités et peuvent les modifier par leur seul accord consensuel. Il n'empêche que le pouvoir juridique de la Cour, sur l'évolution du droit primaire et secondaire européen, ne peut être ignoré dans l'intervalle des modifications « constitutionnelles » des Traités. Si l'activisme juridique de la Cour a été largement étudié par des

929 Cette acceptation n'est que relativement récente car les premiers commentaires consistaient à sous-estimer l'importance de la Cour dans l'élaboration et la poursuite de politiques contribuant à la construction européenne. Ainsi, voir Scheingold (1971) ; Colin (1966) ; Mann (1972). Cette position de juristes sera semblable à celle, comme nous allons le voir, de politistes qui, plus tard, minimiseront le rôle de la Cour tels que Moravcsik (1993) et Garrett (1992).

930 L'activisme judiciaire de la Cour a été très tôt analysé (voire dénoncé) par certains auteurs tels que Rasmussen (1986) qui parle de « *adjudicative lawmaking* » de la Cour ou de « *Community policy-making by judicial fiat* ». Ce scepticisme vis-à-vis de l'activisme judiciaire européen, partagé par des auteurs tels que Neill (1994), Cappelletti (1987), Weiler (1987) et Tridimas (1996), sera précisément notre champ d'étude.

juristes s'en réjouissant, ou s'en émouvant⁹³¹, il n'en demeure pas moins qu'une analyse politique (et particulièrement une analyse de politique économique) de cette Cour est trop souvent restée marginale⁹³². En effet, les politistes se sont, jusqu'à récemment, peu intéressés à l'activité de la Cour de Justice comme institution politique⁹³³.

Cette situation a évolué depuis une quinzaine d'années avec des politistes (principalement américains) élaborant diverses approches qui peuvent être résumées par le débat entre néo-fonctionnalistes et l'inter-gouvernementalisme libéral. Il sera démontré dans le chapitre suivant que ce débat est inadapté dans le cadre de l'UE, car chacune de ces approches ne parvient pas à conceptualiser le rôle de la CJCE de manière suffisamment convaincante vis-à-vis, non seulement, de son positionnement institutionnel dans la gouvernance multi-niveaux, mais également, dans sa production jurisprudentielle. Ainsi, et ce sera là le premier objectif de ce chapitre, nous nous

931 Rasmussen (1986) analyse le « *judicial policymaking* » de la Cour, défini comme étant « *courts' contribution to creating, conserving or changing public policies, or existing priorities among them, in areas of public Policy which are subject to some sort of governmental regulation by binding rules of law* » .

932 Pour des travaux précurseurs, voir notamment Rasmussen (1986) ; Volcansek (1986). Or, cette analyse politique, parce qu'elle analyserait la politique (économique) adoptée et suivie par la Cour, est nécessaire car elle s'est attelée à « dépolitiser » le processus politique européen comme l'affirme Dehousse (1998 : 115) en substituant la politisation de la décision législative européenne à la politisation de la décision judiciaire européenne.

933 Burley et Mattli (1993 : 43) affirment que « *the ECJ's accomplishments has long been the province only of lawyers, who either ignored or assumed their political impact [...] [P]olitical scientists studying regional integration in the 1950s and 1960s paid, surprisingly, little attention to the role that supranational legal institutions may play in fosterage integration* ». Dans la même ligne, Shapiro et Stone Sweet (2002 : 5) notent que « *the study of law and courts is dominated by lawyers not political scientists* ». Egalement, Wincott (1995 : 583-584) affirme que « *political scientists are beginning to pay attention to the European Court of Justice (ECJ) [...] However, the analysis of the Court as a political institution is still in its infancy and, in particular, little work addresses the issue of the strategic or tactical approach it adopts* ». Enfin, Mattli et Slaughter (1998 : 177) remarquent en 1998 que « *political scientists have discovered the European Court of Justice (ECJ). In the last four years the literature on the Court has dramatically expanded [...]* ».

efforcerons de démontrer qu'un cadre théorique renouvelé, empruntant à l'économie politique constitutionnelle, offre une meilleure compréhension de la nature et de l'évolution de la CJUE parce que nous appellerons un *constitutionalisme libéral*. Ce constitutionnalisme libéral permettra de mieux comprendre les raisons et les conditions pour lesquelles la Cour accepte parfois une justice de « l'anti-efficience », c'est-à-dire qui formule une jurisprudence ouvertement en contrariété avec le principe d'efficience économique. L'autre objectif de notre propos ici sera d'étudier empiriquement la jurisprudence européenne dans une perspective interdisciplinaire afin de confirmer la pertinence pratique de la conceptualisation que nous proposerons.

Chapitre 1/ Conceptualiser la Contrariété à l'EfficiencE Economique dans la Jurisprudence Européenne

1. Introduction

D'aucuns reconnaissent que les développements doctrinaux concernant le raisonnement judiciaire européen sont restés vains jusqu'ici⁹³⁴. L'analyse du raisonnement judiciaire de la Cour, en tant que processus décisionnel de politique économique,⁹³⁵ s'est centrée autour de deux

934 Garrett et al. (1998 : 175) affirment que : « *labelling debates – neofunctionalism versus intergovernmentalism, for instance – is unproductive* ». Egalement, Pollack (1997 : 99) considère que le débat doctrinal a échoué à produire une solution satisfaisante : « *by and large, however, neither neofunctionalism nor intergovernmentalism has generated testable hypotheses regarding the conditions under which, and the ways in which, supranational institutions exert an independent causal influence on either EC governance or the process of European integration* ».

935 En cela, notre approche diffère, tout comme les approches politistes, de ce que Burley et Mattli (1993 : 45) appellent le « juridisme » (« *legalism* ») adopté par les juristes pour qui l'importance politico-économique du droit est nié ou minimisé, les juges faisant des choix juridiques entièrement dissociables des choix politiques que le législateur ou le politique opéreraient. Voir pour quelques exemples : Lecourt (1965) ; Simon (2001). Cette approche considère que le rôle de la Cour est davantage passif et réactif, plutôt qu'entrepreneur et contraignant d'autres institutions, et considère que s'il arrive rarement que la Cour devienne législateur et politique, ce n'est que par nécessité, et elle est ainsi légitime. Selon Shapiro (1980), cette approche

approches essentielles qui sont le néo-fonctionnalisme et l'inter-gouvernementalisme libéral. L'intégration juridique, si elle a été trop longtemps négligée en tant que champ d'analyse politiste, est fondamentale pour un acteur politique tel que le juge européen⁹³⁶. L'un des observateurs les plus avertis de la construction européenne, Ernst Haas (1958 ; 1966), affirmait qu'afin d'expliquer au mieux la nature et le rôle des institutions européennes, seule une approche théorique, argumentée par une recherche casuistique, devait être entreprise. Cela est d'autant plus vrai si l'on souhaite, comme cela est notre cas, nous focaliser sur la CJUE. Or, nous considérons qu'une approche théorique, plus adaptée que celle proposée actuellement, est possible. Ainsi, afin de mieux rendre compte du processus d'intégration juridique tel qu'initié par la CJUE, nous adopterons une approche théorique originale et plus appropriée, fondée sur l'économie politique constitutionnelle. Avant de détailler notre approche, il convient désormais d'expliquer en quoi les approches traditionnelles sont inadaptées car exagérées⁹³⁷.

La première direction empruntée par la doctrine est celle du néo-fonctionnalisme, la théorie de la construction européenne la plus ancienne et la plus influente jusqu'alors. Cette

légaliste considère « *the Community as a juristic idea; the written constitution (the Treaty) as a sacred text; the Professional commentary as a legal truth; the case law as the inevitable working out of the correct implication of the constitutional text; and the constitutional court (the ECJ) as the disembodied voice of right reason and constitutional teleology [...] We must bear in mind that particularly in the European tradition, the Professional writing is simultaneously an act of scholarship and an act of law-making - that is an act of politics* ».

936 Moravcsik (1993 : 477) souligne cette question fondamentale de la recherche en politique économique internationale qui est celle de savoir comment prédire théoriquement la pratique des institutions internationales et supranationales : « *In international political economy, as in other social phenomena, it is widely accepted that prediction and explanation, particularly over time, require theories that elaborate how self-interested actors, form coalitions and alliances, domestically and internationally, and how conflicts among them are resolved* ».

937 Les exagérations s'illustrent de diverses façons, mais peut-être la plus flagrante est lorsque Garrett (1995 : 176) affirme que la Cour est l'agent du gouvernement allemand pour expliquer l'arrêt « *Cassis de Dijon* » selon son néo-rationalisme : « *the Court of Justice has tended to act as a de facto agent of the German government [...]* ».

approche est incarnée par Haas (1958 ; 1966), son précurseur, ainsi que par des auteurs tels que Lindbergh et Scheingold (1970), Nye (1968) et Pentland (1973). Le néo-fonctionnalisme est une théorie ayant pour question centrale la recherche d'une explication de la mise en commun volontaire des souverainetés étatiques⁹³⁸. Tandis que les autres théories de l'intégration européenne prennent l'Etat unitaire comme échelle d'étude, le néo-fonctionnalisme (à l'instar du fonctionnalisme de Mitrany (1966) dont il est issu) considère que les acteurs institutionnels et non-institutionnels, au sein et par-delà les Etats, ont un rôle fondamental dans l'histoire et l'évolution de l'intégration européenne. Ces acteurs ne sont pas mus par des idéaux abstraits auxquels les institutions supranationales donnent un pouvoir d'influence multiplié. Au contraire, ces acteurs sont conduits par leurs intérêts propres qu'ils peuvent exprimer et satisfaire par ces institutions supranationales⁹³⁹. Ainsi, à la fois les institutions supranationales et les acteurs non-institutionnels sont, dans une perspective utilitariste, incités à maximiser leurs propres intérêts, tandis que les Etats sont soumis aux pressions de ces groupes d'intérêts. Dès lors, les institutions supranationales gagnent en compétences afin de résoudre des problèmes, eux-mêmes amenant d'autres problèmes que ces institutions se chargeront de résoudre. Par conséquent, l'accroissement de compétences des institutions supranationales est continu (sans pour autant être automatique⁹⁴⁰) par ces « *spillovers* » (ou inclusion de nouvelles compétences par la recherche de solutions dans un autre domaine

938 Haas (1958 : 12).

939 Ainsi, il y a une « affinité » certaine entre néo-fonctionnalisme et choix rationnels (Burley et Mattli 1993 : 54), contrairement au fonctionnalisme original qui considérait que les idées constructivistes étaient à l'origine des institutions supranationales. D'ailleurs, l'approche par les choix rationnels a rapidement envahi la doctrine sur l'intégration européenne ces deux dernières décennies, comme le rappelle Pollack (2001 : 231) : « *the rational-choice approach to EU institutions has developed quickly over the past decade, beginning with Tsebelis and Garrett and their students in the United States, but spreading as well to rational-choice bastions in Europe such as Konstanz and the London School of Economics [...]* ».

940 « *The spillover process, though rooted in the structures and motives of the post-capitalist welfare state, is far from automatic* » (Haas 1963 : 165).

de compétences)⁹⁴¹. Le néo-fonctionnalisme est intrinsèquement une théorie de l'endogénéité, en cela que son pouvoir explicatif est opérant pour justifier le processus d'intégration progressive par *spillovers*, mais est néanmoins plutôt inopérant dès lors qu'il s'agit d'expliquer, de prévoir et d'anticiper tout facteur exogène à ces *spillovers*. En effet, des crises, comme la « crise de la chaise vide » de 1966 (où le Général de Gaulle quitta temporairement le Conseil bloquant ainsi le processus décisionnel), ou encore l'intégration différenciée (tous les pays ne s'intégrant pas au même rythme), sortent du champ d'explication du néo-fonctionnalisme. Là où le néo-fonctionnalisme est convaincant, c'est pour sa capacité à décrire l'évolution jurisprudentielle de la Cour qui « judiciarisa »⁹⁴² l'architecture institutionnelle européenne (Burley et Mattli 1992 : 57-73 ; Stone Sweet 2004).

941 « *Spillovers* » sont dits être, soit fonctionnels (les secteurs économiques sont peu à peu intégrés au niveau supranational), soit politiques (la lente transformation des positions politiques des acteurs).

942 « Judicialisation » est définie par Stone Sweet (1999 : 164) comme étant la construction d'un pouvoir judiciaire par lequel s'instaure un « *process sustained by the interdependence of dyads [exchanges between two individuals or groups] and triads [exchanges between two individuals or groups with a dispute resolver], and of rules and strategic behavior. It is observable, therefore measurable [...]* ». Par ailleurs, l'intégration des préférences politiques, dans le raisonnement juridique des juges, implique ce que Stone Sweet (2010 : 4) appelle « *judicialization of politics* » : « *law produced by a judge through normative interpretation, reason-giving, and the application of legal norms to facts in the course of resolving disputes [and concerns how judicial decisionmaking] influences the strategic behavior of non-judicial agents of governance* ». Le comportement stratégique de la Cour a été discuté, plutôt de manière implicite et par une méthode qualitative d'analyse jurisprudentielle, par Maduro (1998) affirmant que la Cour a fait preuve d'un activisme confortant le point de vue majoritaire des Etats Membres (« *majoritarian activism* »). Bien que Maduro ne revendique pas l'héritage de l'intergouvernementalisme libéral, il est possible de voir son analyse comme une précision de la théorie de Moravcsik, et particulièrement de Carrubba et al.(2008 : 440) affirmant que « *the threat of legislative override increases with the likelihood that a sufficiently large coalition of member states would pursue legislation or treaty revision in response to an ECJ ruling* ». En effet, tandis que l'intergouvernementalisme libéral affirme que la Cour juge en conformité avec le point de vue des Etats Membres les plus puissants, Maduro affirme que la Cour juge en conformité avec le point de vue des Etats Membres les plus

Le débat inclut également le néo-rationalisme incarné notamment, pour les institutions européennes, par Garrett (1992 ; 1995). Le néo-rationalisme repose sur une analyse par la théorie des jeux des institutions, ayant comme hypothèse de départ la rationalité des acteurs étatiques. Ces acteurs étatiques sont vus classiquement comme étant unitaires. Ainsi, si le néo-rationalisme admet que les institutions puissent jouer un rôle majeur au-delà des simples préférences étatiques (se différenciant ainsi du rationalisme classique dont il est originaire), il n'en demeure pas moins que les néo-rationalistes considèrent qu'*in fine*, l'influence des acteurs supranationaux est marginale au regard de la prédominance de la satisfaction des préférences étatiques par les Etats⁹⁴³. Selon une

nombreux. Tout comme les inconvénients de l'intergouvernementalisme libéral, l'analyse de Maduro surestime l'influence des Etats Membres dans le raisonnement judiciaire européen et réduit ce raisonnement à la possibilité de représailles que les Etats Membres pourraient user à l'encontre de la Cour. De plus, cette analyse suppose que les préférences autonomes de la Cour soient inexistantes, ou plutôt que celles-ci soient inextricablement liées à celles de la majorité des Etats Membres, sans que des dissensions avec cette majorité, au profit de préférences supranationales ou reflétant les parties au litige, soient d'importance.

943 De manière étrange, Garrett (1995 : 172) résume en deux phrases la preuve de l'importance du néo-rationalisme pour le CJUE en affirmant : « *member governments could, if they so chose, either ignore ECJ decisions or amend the legal order through multilateral action. The fact that governments have done neither to any important degree thus implies that the extant order serves their interests* ». Ainsi, le néo-rationalisme devient inutile car l'argument est ici circulaire et à la fois utilisable pour prouver cette théorie et son contraire. En effet le néo-rationalisme se démontrerait par la capacité qu'auraient gardé les gouvernements nationaux à agir face à des acteurs supranationaux (au premier rang desquels, la Cour), mais l'inaction vient précisément confirmer cette capacité d'action selon cette interprétation. De plus, en reconnaissant l'inaction des Etats membres, face aux décisions de la Cour, alors même que ces Etats notifient à chaque affaire, avec plus ou moins de virulence, leurs positions en vain, Garrett reconnaît par là même, non seulement l'indépendance de la Cour vis-à-vis des gouvernements nationaux, mais également la capacité de celle-ci à rendre lettre morte les griefs des Etats membres auprès de la Cour. De plus, dans le même article, Garrett (1995 : 180) reconnaît lui-même que « *the Court of Justice often make decisions that powerful member governments protest but subsequently accept* ». S'ils protestent, c'est bien parce que ces décisions vont à l'encontre de leurs intérêts, et s'ils acceptent, c'est bien parce qu'elles s'imposent à eux. En d'autres termes, en défendant le néo-rationalisme, il semble que Garrett, par ce résumé, affaiblit davantage la pertinence du néo-rationalisme à l'étude de la Cour.

analyse coûts-bénéfices, les Etats acceptent l'émergence d'acteurs institutionnels plus ou moins éloignés de leurs contrôles directs, car ces acteurs participent à la promotion des intérêts des Etats sur le long terme. Ainsi, selon cette théorie, les Etats acceptent cette institutionnalisation tant qu'elle leur est favorable⁹⁴⁴, et peuvent dès lors ralentir, cesser ou inverser cette institutionnalisation si les Etats considèrent cette institutionnalisation comme néfaste à leurs intérêts. En d'autres termes, si la Cour fait preuve d'activisme c'est, selon cette théorie, parce que les gouvernements nationaux souhaitaient *ex ante* ou *ex post* lesdites décisions juridictionnelles (Garrett 1992 ; Garrett *et al.* 1998 ; Garrett et Weingast 1993)⁹⁴⁵. Comme pour l'intergouvernementalisme libéral, le rôle de la Cour est relégué à celui de garant des engagements pris par les Etats membres et ce, non pas parce qu'il leur faut un acteur neutre pour trancher les conflits (comme le conçoit l'intergouvernementalisme libéral), mais plutôt parce qu'il s'agit de

944 L'institutionnalisation est acceptée, affirme Garrett (1992 : 557), car celle-ci est « *consistent with the interests of member states* ».

945 Afin de soutenir leur thèse, selon laquelle les gouvernements nationaux désirent les décisions de la Cour qui ne sont alors que l'application neutre du droit, Garrett *et al.* (1998 : 171) vont jusqu'à affirmer que la création jurisprudentielle de la responsabilité d'Etat, pour manquement aux obligations dérivées du droit européen instaurée par Francovich (C-6/90, I-05357), a été plutôt bien acceptée (voire voulue) par les Etats Membres. Or, non seulement le gouvernement britannique tenta en vain de limiter la portée de cette responsabilité (comme le soulignent paradoxalement les auteurs), mais qui plus est, si d'autres Etats Membres n'ont pas annulé législativement cette mesure, ce n'est pas parce qu'ils acquiesçaient sans étonnement cette mesure. Au contraire, les juristes et gouvernements ont pu être choqués par cet activisme judiciaire qui n'était pas leur souhait originel, sinon une telle responsabilité aurait été incluse dans les Traités, dès l'origine, ou dans un texte législatif subséquent. Cette responsabilité assure l'effectivité du droit européen, et peut être considérée comme étant le prolongement des arrêts Van Gend en Loos et Costa v/ ENEL qui se sont également imposés contre la volonté des Etats, restés alors pantois face à l'activisme judiciaire de la Cour s'imposant à eux. Par conséquent, Francovich est de la même nature que Van Gend en Loos et Costa v/ENEL : une illustration que l'activisme judiciaire de la Cour défend en dépit des intérêts immédiats des Etats membres.

« compléter » le « contrat incomplet » que sont les Traités. Cette approche contractualiste⁹⁴⁶, basée sur la théorie des jeux et la rationalité économique des Etats membres⁹⁴⁷, n'est pas seulement simplificatrice (nombre de décisions supranationales juridiquement contraignantes sont prises unilatéralement dans ce qui s'apparente davantage à la réécriture du contrat qu'à sa complétude⁹⁴⁸), mais également erronée (les acteurs institutionnels et les Etats membres ne sont pas mus par la seule analyse coûts-bénéfices dans la formation de leurs choix, les intérêts étatiques et institutionnels peuvent être idéels et déontologiques plutôt que systématiquement matériels et conséquentialistes). Qui plus est, et conjointement avec l'intergouvernementalisme libéral, le néo-rationalisme affirme que les Etats dominent l'évolution institutionnelle, mais surtout les Etats les plus puissants tels que la France et l'Allemagne. Garrett (1992 : 559) tente de soutenir sa thèse en affirmant qu'une décision essentielle telle que « *Cassis de Dijon* » allait dans le sens de la promotion

946 Voir également Pollack (1997 : 106) affirmant : « *EC institutions provide a solution to problems of incomplete contracting. The ECJ, for example, has been delegated the authority to interpret the rather vague treaty language [...]* ».

947 Même lorsque les néo-rationalistes se penchent sur le rôle de la Cour en tant qu'« acteur stratégique » (Garrett et al. 1998 : 150), ce n'est que pour étudier en termes de théorie des jeux la relation qu'entretient la Cour avec les gouvernements nationaux : les autres acteurs institutionnels sont négligés, ainsi le sont, a fortiori, les acteurs non-institutionnels. La menace de non-application des décisions judiciaires ne peuvent venir, selon cette approche, que des Etats, tout comme la légitimité de la Cour (« *servi[ng] as an impartial interpreter of EU law* ») ne dépendrait que du soutien accordé par les gouvernements nationaux à celle-ci. Ce réductionnisme de la chose institutionnelle est de toute évidence en décalage avec la situation actuelle au sein de l'UE, ou ne serait-ce que l'émergence de « sphères publiques transnationales » selon Habermas conduit à ce que la légitimité ainsi que l'applicabilité du droit vient d'une diversité d'acteurs institutionnels et non-institutionnels.

948 La vision selon laquelle la Cour « *faithfully implement[s] the collective internal market preferences of [Community] members* » (Garrett 1992 : 558). Comment juger ce qui est fidèle (« *faithfully* ») aux Traités? Non seulement l'appréciation n'est pas une chose aisée comme le démontrent les avis divergents entre Etats Membres à chaque affaire portée devant la Cour, mais aussi, la fidélité aux textes originels (ou « originalisme » dans la terminologie américaine) n'est ni observée, ni souhaitée, par rapport à une interprétation dynamique.

des intérêts de l'Allemagne. Burley et Mattli (1993 : 51) ont raison d'être catégoriques sur ce point : l'argument de Garrett est tout simplement faux. En effet, la position du gouvernement allemand, ainsi que les juristes allemands devant la Cour, tout comme la position des français, a été de critiquer vigoureusement cette décision à la fois devant la Cour et ensuite devant la Commission. « *Cassis de Dijon* » est véritablement le prototype de la décision juridictionnelle prise par la Cour contre les intérêts des Etats membres les plus puissants. Ainsi, le néo-rationalisme n'explique pas l'évolution passée de la Cour, et ne peut prédire son futur. Par conséquent, il devient rapidement une théorie inopérante pour l'intégration européenne, car encore trop ancré dans le rationalisme dont il est issu.

La *summa divisio* de la doctrine avec le néo-fonctionnalisme⁹⁴⁹ est l'approche proposée par Moravcsik (1991) pensant que la Cour a un rôle très accessoire dans la formation de la dynamique de l'intégration européenne car les Etats Membres, et particulièrement ceux d'entre eux les plus puissants (France et Allemagne), conservent le pouvoir politique dans cette dynamique. A l'opposé du néo-fonctionnalisme caractérisé par des *spill-overs* induits par les institutions supranationales (Stone Sweet et Sandholtz 1997 : 300), Moravcsik propose ce qu'il appelle « l'intergouvernementalisme libéral »⁹⁵⁰, une application du rationalisme institutionnel⁹⁵¹. Moravcsik considère que le néo-fonctionnalisme échoue à prédire, comme le néo-fonctionnalisme le prétend avec sa notion d'intégration auto-suffisante (« *Spill-overs* »), l'évolution de la construction européenne car les institutions supranationales ne se développent pas comme prévu mais sont, au contraire, sujettes aux préférences étatiques s'exprimant et façonnant ces mêmes institutions supranationales. De plus, le néo-fonctionnalisme ne permet pas de générer un programme de

949 Ou le « néo-fonctionnalisme modifié » (« *modified neofunctionalism* ») proposé par Sandholtz et Stone Sweet (1998).

950 L'inter-gouvernementalisme et le libéralisme sont deux types de théories de relations internationales qui peuvent paraître opposées mais qui sont combinées dans la théorie de Moravcsik.

951 Moravcsik et Schimmelfennig (2009 : 67).

recherches satisfaisant avec des vérifications empiriques⁹⁵², car les choix des acteurs politiques ne sont pas étudiés de manière systématique. L'intergouvernementalisme libéral s'inspire de théories de l'économie politique internationale (Moravcsik 1993 : 474) et se construit sur trois éléments essentiels : l'hypothèse de comportements étatiques rationnels (en termes de maximisation de l'utilité et des bénéfices nets), une théorie libérale de construction des préférences nationales et l'importance de l'intergouvernementalisme dans les négociations (Moravcsik 1993 : 480). L'intergouvernementalisme libéral comporte un jeu en deux temps : les préférences étatiques se forment au niveau domestique avant d'être négociées au niveau international. Les Etats négocient rationnellement et les résultats produits sont institutionnalisés par la suite⁹⁵³.

En ce qui concerne l'explication du pouvoir politique de la Cour et l'explication de son mode de prise de décisions, Moravcsik (1993 : 513) semble mal à l'aise avec cette institution, réduite à la fonction de simple garante des préférences étatiques, une « anomalie »⁹⁵⁴ dès lors que certains adoptent l'approche de Moravcsik : « the expansion of the judicial power in the EC presents an anomaly for the functional application of delegation as a deliberate means for national governments of increasing the efficiency of collective decision-making ». Il en revient alors à citer

952 « [Neo-functionalism] failed to generate an enduring research programme because it lacked a theoretical core clearly enough specified to provide a sound basis for precise empirical testing and improvement ». (Moravcsik 1993 : 476). Moravcsik propose alors un « research programme » (selon la terminologie de Lakatos) sans pour autant que ce dernier soit infaillible comme nous allons le voir.

953 La théorie libérale souligne le rôle des préférences étatiques dans la formulation et l'offre des biens publics (Moravcsik 1997 : 513). La notion de « bargaining game » est fondamentale à l'inter-gouvernementalisme libéral et, de façon intéressante, Moravcsik (1993 : 507) discute de l'efficacité des institutions supranationales pour sécuriser les résultats de ces négociations. Ainsi, il conclut que les institutions européennes « increase the efficiency of bargaining by providing a set of passive, transaction-cost reducing rules ». Cette vue de l'efficacité est diamétralement opposée à l'efficacité économique qui sera notre point de départ de notre analyse plus loin.

954 Alors même que l'inter-gouvernementalisme libéral est censé, selon Moravcsik (1993 : 518), dépasser « some nagging anomalies inherited from neo-functionalism ».

les néo-fonctionnalistes Burley et Mattli (1993) afin d'admettre que ce pouvoir judiciaire européen a clairement dépassé ce qu'envisageaient et espéraient les gouvernements nationaux, car « *the "constitutionalization" of the Treaty of Rome was unexpected* » (Moravcsik 1993 : 513).

Le seul fait que l'intergouvernementalisme libéral échoue à expliquer l'émergence du pouvoir judiciaire européen et à prédire son évolution (alors même que Moravcsik formule sa théorie alternative au néo-fonctionnalisme par son impossibilité à expliquer et prédire l'évolution des institutions européennes) démontre, en soi, que l'intergouvernementalisme libéral ne saurait être la théorie adéquate recherchée⁹⁵⁵. En effet, comment pouvoir prétendre donner une analyse plus juste des institutions européennes, si cette analyse ignore (voire contredit) l'évolution d'une institution des plus importantes parmi celles-ci, à savoir la Cour ? A titre d'illustration, quelle force aurait une théorie tendant à expliquer le système institutionnel américain, mais inopérante, dès lors que l'on prend en compte la Cour Suprême américaine ? Une théorie ne saurait être légitime dans sa partialité : la valeur de la théorie s'évalue à sa capacité à décrire et prédire le système institutionnel qu'elle analyse dans sa globalité. Or, non seulement écarter la CJUE compromet la validité de toute théorie, mais surtout, il est possible d'affirmer que, du fait du poids fondamental de la CJUE dans l'équilibre institutionnel européen, toute théorie d'intégration européenne doit commencer par la CJUE.

955 D'ailleurs, il le reconnaît implicitement lui-même lorsqu'il affirme que « *the study of the ECJ [is] a rare area in which neofunctionalist claims retains a prominent role in theorizing about the EU* » (Moravcsik 2005: 363). Alors même que le poids considérable de la Cour dans la construction européenne n'est plus à démontrer, comment ignorer que les néo-fonctionnalistes seraient justes dans leur analyse de la Cour, sans que le poids de cette institution influence la formation des préférences des Etats, dans d'autres institutions, au sein de l'architecture institutionnelle européenne ? On le voit, si les néo-fonctionnalistes ont raison concernant la Cour, alors c'est toute l'analyse de Moravcsik, isolant la Cour des autres institutions, qui est mise à mal.

Cette vision sera la colonne vertébrale de notre analyse qui, par l'analyse de la CJUE, entend dépeindre *a contrario* les autres institutions européennes et ainsi le système institutionnel européen. Notre théorie est davantage un programme de recherche au sens de Lakatos (« *research programme* »), qui est progressif (« *progressive* »), plutôt que régressif (« *degenerative* ») comme l'est l'inter-gouvernementalisme libéral⁹⁵⁶. Plus récemment, Moravcsik (2005) semble avoir admis davantage l'importance d'acteurs supranationaux contribuant à la constitutionnalisation de l'UE dans ce qu'il appelle « the European Constitutional Compromise » (mais ce constitutionnalisme fait simplement référence au projet de Constitution Européenne). Néanmoins, son opposition systématique au néo-fonctionnalisme est intacte en dépit de travaux récents (notamment de Stone Sweet), ce qui lui fait dire que « *it is generally not right or wrong to speak of neofunctionalism being true or false ; it is meaningless* » (Moravcsik 2005 : 350).

Par ailleurs, si le néo-fonctionnalisme entreprend une analyse dynamique selon Moravcsik, tandis que son intergouvernementalisme libéral a une approche statique, il n'hésite pas à juger l'ordonnement constitutionnel européen actuel de « stable » (2005 ; 2008). Or, comment juger de la stabilité sans prendre en considération un élément de temporalité, c'est-à-dire de dynamique institutionnelle ? Si l'analyse de Moravcsik est ainsi subrepticement dynamique, notre approche sera explicitement dynamique car jugeant l'équilibre constitutionnel atteint dans son évolution. Ainsi, si l'intergouvernementalisme libéral est insatisfaisant, cela est également le cas du néo-

956 Le néo-fonctionnalisme n'est pas régressif car il tend vers la croissance institutionnelle ainsi que la croissance économique, dans une certaine mesure, par la minimisation des comportements étatiques conservateurs. L'inter-gouvernementalisme libéral est régressif comme d'ailleurs l'illustre l'appréciation que donne Moravcsik (2008 ; 2005 : 364) de l'évolution constitutionnelle de l'UE qui serait arrivée à « *a stable endpoint [...], a plateau* ».

fonctionnalisme⁹⁵⁷, d'où la nécessité d'une reconceptualisation unifiée, et ce, en partant de l'institution la plus controversée et la plus problématique pour ces deux cadres théoriques : la Cour de Justice.

2. Notre Approche par l'Economie Politique Constitutionnelle

Comment conceptualiser la décision juridictionnelle européenne ?⁹⁵⁸ Le point de départ pour la conceptualisation recherchée sera de partir de l'hypothèse de l'efficacité du droit façonnée par le juge (« *judge-made law* »), qui est une caractéristique du droit de la *Common Law*, mais pas seulement car le droit européen est à l'intersection entre le droit de la *Common law* et la tradition civiliste. Nous avons démontré dans les parties précédentes que, particulièrement pour le droit européen créé par le juge européen, une hypothèse de l'efficacité de la jurisprudence européenne pouvait légitimement être avancée. Le juge européen est majoritairement favorable aux décisions de jurisprudence promouvant l'efficacité économique. De manière plus générale, il convient ici de rappeler que l'efficacité du droit, créée par les juges, avance que ceux-ci se comportent comme

957 Mattli et Slaughter (1998 : 183) résume cette insatisfaction en affirmant : « *the story of the European legal integration cannot be told without an account of the interrelationship between neofunctionalist and intergovernmentalist factors. Neither framework is fully satisfactory on its own terms; both must stretch to explain anomalies highlighted by the other* ».

958 En cela, l'économie politique constitutionnelle de la CJUE diffère de ce que serait la simple économie politique de celle-ci, car nous ne nous pencherons pas sur les effets macroéconomiques de certaines décisions judiciaires (tels que le chômage ou l'inflation), mais plutôt sur l'étude des contraintes à la prise de décision pour le juge européen. Pour une étude de l'économie politique classique de la décision judiciaire dans le cadre américain, voir Brennan et al. (2009).

s'ils espéraient maximiser le bien-être social (et plus restrictivement, la prospérité économique) ou alternativement espéraient minimiser le coût social⁹⁵⁹.

L'hypothèse de l'efficacité économique⁹⁶⁰ n'affirme pas pour autant que la jurisprudence tende systématiquement à l'efficacité mais plutôt que les règles efficaces soient favorisées sur le long terme, soit par les parties au litige, soit par les juges eux-mêmes. Cette dernière possibilité est connue comme étant l'explication par l'offre (« *supply-sided analysis* ») de l'efficacité de la jurisprudence (Zywicki 2003). Bien que nous ayons pu démontrer en quoi la jurisprudence européenne pouvait se caractériser par des jugements rendus (dans l'approche par l'offre) qui sont consistants avec le principe d'efficacité économique, cet argument développé par Zywicki peut aisément être transposé dans le cadre de la jurisprudence européenne, et venir ainsi renforcer notre hypothèse de départ pour ce chapitre, à savoir que la jurisprudence européenne promeut l'efficacité économique. Cette approche rejoint celle de Posner (1998) qui considère que les juges ont une « préférence » (bien qu'elle soit par défaut du fait de contraintes institutionnelles) pour l'efficacité parce qu'ils n'ont pas le pouvoir de redistribuer la richesse⁹⁶¹. Néanmoins, Zywicki (2003) affirme que la *Common Law* s'est formée en tendant vers l'efficacité économique par le

959 Posner (1993 : 356) avance, parmi d'autres, que : « *It is as if the judges wanted to adopt rules, procedure, and case outcomes that would maximize society wealth* ». Posner considère désormais, selon une approche pragmatique, que la maximisation de la richesse, en tant qu'efficacité économique, est un principe juridique, sans pour autant qu'il soit le seul critère d'évaluation du droit (Posner 1993 ; 1995 ; 2003 ; 2008) - contrairement à ses premières considérations (Posner 1979 ; 1981).

960 Voir Rubin (2005) pour une division de cette doctrine selon que l'approche soit « micro » ou « macro », ou encore « *supply* » ou « *demand* ».

961 Posner (1990 : 359) affirme que : « *[J]udges can, despite appearances, do little to redistribute wealth. [...] Legislatures, however, have by virtue of their taxing powers powerful Tools for redistributing wealth. So an efficient division of labor between legislative and judicial branches has the legislative branch concentrate on catering to interest-group demands for wealth distribution and the judicial branch on meeting social demand for efficient rules governing safety ; property, and transactions* ».

souhait des juges de la *Common Law* d'attirer les parties au litige au temps où les cours de la *Common Law* étaient en concurrence avec d'autres cours médiévales. C'est durant la période où la *Common Law* s'est formée que la production de règles efficaces a été observée. C'est la concurrence entre cours qui contribua à cette efficacité, et inversement c'est la réduction de cette concurrence qui aujourd'hui contribue à son inefficacité⁹⁶² (Zywicki 2003). Or, ce cadre institutionnel se retrouve (certes différemment) dans l'UE. En effet, tout comme les juges de la *Common Law* ont facilité l'émergence d'une *Lex Mercatoria* et d'autres règles juridiques fondamentales à une économie de marché, la CJUE a facilité l'émergence de règles juridiques transnationales à la faveur des commerçants, exportateurs et importateurs, et souvent en défaveur des normes administratives et législatives des Etats Membres, accroissant les coûts de ces transactions transnationales. Il suffit d'évoquer des décisions essentielles telles que, *Van Gend en Loos* ou « *Cassis de Dijon* » pour se rendre compte qu'entre l'administration nationale et le commerçant transnational, en cas de conflit, la Cour avantagera quasi-systématiquement le commerçant⁹⁶³ (Stone Sweet 2004) par la réduction des barrières à la jouissance d'un droit du Marché Intérieur unifié.

Il s'agit ici seulement de montrer qu'il y a une analogie certaine entre le rôle de la *Common Law* jusqu'au XVIII^e siècle, comme décrit par Zywicki (2003), et l'affirmation de la jurisprudence européenne comme droit commun des transactions européennes⁹⁶⁴. En favorisant

962 Zywicki (2003 : 1613) affirme que : « *The common law emerged from this dynamic process of competition, as entrepreneurial competitors created new legal doctrines and copied successful innovations from one another. This helped to create efficiency in the common law and insulate it from public choice influences* ». Cet argument rejoint l'argument Hayekien de la désirabilité d'un droit polycentrique et de juridictions décentralisées concurrentes.

963 Voir par exemple le travail de Stone Sweet dans Stone Sweet (2004) ; Stone Sweet et Brunell (1999) ; Fligstein et Stone Sweet (2002) ; Stone Sweet et Caporaso (1998).

964 Ne retrouve-t-on pas dans les avantages d'une règle de droit international décrits par Kumm (2004 : 920) les attributs de la jurisprudence majeure de la Cour ? Celui-ci avance que l'affirmation d'un système juridique supranational effectif accroît

l'expansion de règles de commerce avec des notions telles que l'« accès au marché » ou la « reconnaissance mutuelle », la Cour envoya un signal fort en direction des potentielles parties au litige afin que celles-ci aillent à son prétoire, notamment par la voie des questions préjudicielles (Burley et Mattli 1993 ; Mattli et Slaughter 1998 : 180). Ainsi, l'hypothèse de l'efficacité économique de la jurisprudence européenne n'est pas seulement soutenue par la formulation, par les juges, de principes et de règles juridiques, par nature ou par pratique, promouvant l'efficacité. Les parties au litige demandent également cette efficacité en se présentant au prétoire européen, et cette efficacité peut également être perçue comme étant un bien produit par les juges afin d'attirer les individus à son prétoire, notamment par la voie des questions préjudicielles.

Ainsi, sans développer ici davantage cette hypothèse que nous formulons, à la fois comme résultat de notre recherche précédente et comme point de départ de la présente analyse, il convient désormais de s'interroger sur les limites à la volonté des juges européens de promouvoir l'efficacité économique dans la jurisprudence européenne. De cette hypothèse, il s'ensuit que la CJUE jouit d'une « légitimité par les résultats » plutôt que toute autre forme de légitimité⁹⁶⁵. Cette

l'efficacité économique : « *Law is an effective instrument that enables and fosters the establishment of welfare-enhancing cooperative endeavours between various actors. Law can help reduce transaction costs for setting up trans-border cooperative schemes. It is a tool that helps build trust between international actors and thus facilitates engagement in mutual beneficial cooperative endeavours, thereby enhancing global welfare. Law then can be a tool that helps foster the development of transnational communities, internalize externalities, prevent prisoner-dilemma-based misallocation of resources, realize efficiency gains* ». Par ailleurs, Maduro (2004 : 24) affirme que « *the focus of the project of European economic integration has been on efficiency enhancing and wealth maximization [...] [E]conomic integration is mainly about wealth maximization as redistribution is to take place at the level of the State* ».

965 Voir Kumm (2004 : 927) qui différencie « *outcome legitimacy* » d'autres formes de légitimités pour les institutions internationales (telles que la légitimité formelle, procédurale ou juridictionnelle) : « *bad outcomes affect the legitimacy of a decision and tend to undermine the authority of the decision-maker [...] [I]nternational rules that cross a high threshold of injustice or bear a costly inefficiency [might be] ignored by a national community on exactly the grounds that they are deeply unjust or extremely costly and inefficient* ».

hypothèse de l'efficacité du droit créée par les juges sera la base de notre analyse qui adoptera une perspective par l'« économie politique constitutionnelle »⁹⁶⁶.

L'économie politique constitutionnelle correspond à l'analyse économique des constitutions (« *constitutional political economy* » ou « *constitutional economics* »)⁹⁶⁷. Buchanan, le fondateur de l'économie politique constitutionnelle comme sous-discipline de l'école des choix publics⁹⁶⁸, distingue l'économie constitutionnelle (« *constitutional economics* ») de l'économie classique ou orthodoxe (« *orthodox economics* »). Tandis que la seconde analyse focalise son attention sur les choix opérés dans le cadre des contraintes imposées de façon exogène au décideur public, l'économie constitutionnelle, quant à elle, entend se pencher sur le choix des contraintes par le décideur

966 « *Constitutional political economy* » est un terme désignant un programme de recherches créé par Brennan et Buchanan (1988). La notion d'efficacité économique est davantage caractéristique de l'analyse économique du droit, au sens traditionnel du terme, que de l'économie politique constitutionnelle. Ainsi, Van den Hauwe (2000) considère également que « *law and economics remains somewhat closer to orthodox economics theory than constitutional economics or public choice. The standard of efficiency norm remains central, both as a explanatory benchmark and as a normative ideal* ». Or, si Vanberg (2004) adopte le status quo comme hypothèse de départ de son analyse normative, nous adopterons comme hypothèse de départ de notre analyse positiviste l'efficacité économique afin de, précisément, faire le lien entre analyse économique du droit traditionnelle et l'économie politique constitutionnelle. En effet, nous nous servons de la notion d'efficacité économique afin d'en apprécier les raisons et l'ampleur, dans une perspective d'économie politique constitutionnelle, les juges européens se détournant de cette notion et étant ainsi contraints de ne pas suivre cet « idéal ». L'efficacité économique, comme hypothèse de départ pour notre travail, est dépassée afin de véritablement entrer dans le champ d'étude de l'économie politique constitutionnelle. Van Aaken (2008) affirme ainsi que « *economic analysis still makes sense when constitutional principle are accepted as the goals to be pursued or principles to be adhered to instead of taking economic efficiency as the only goal* ». Ainsi, notre approche par l'économie politique constitutionnelle tend à mesurer et analyser « l'anti-efficacité » de la décision judiciaire européenne.

967 Pour une introduction aux travaux en économie politique constitutionnelle, voir la revue générale de Voigt (1997) et celle particulièrement de l'UE de Mueller (2005).

968 L'école des choix publics (« *public choice theory* ») est définie par Mueller (1989 : 1) comme étant « *the application of economics to political science* ».

public⁹⁶⁹ : il est alors question de substituer l'analyse du choix des contraintes à l'analyse du choix étant donné les contraintes (Van den Hauwe 2000). Cette approche manque à la doctrine concernant le constitutionnalisme européen⁹⁷⁰, et particulièrement à l'étude de la CJUE⁹⁷¹. A l'efficacité économique au sens de Pareto (où le changement juridique est validé dès lors que les mieux lotis peuvent compenser les moins bien lotis, du fait de ce changement), Buchanan et

969 En effet, l'économie orthodoxe analyse « *the choice made within constraints that are, themselves, imposed exogenously to the persons or persons changed with making the choice [...] Within this mindset, the utility of the chooser is always maximized by allowing for choices over the whole range allowed by the exogenously determined constraints* ». A l'opposé, Buchanan définit son programme de recherches d'économie constitutionnelle comme analysant « *the choice among constraints [...] It is essential to acknowledge [...] that individuals choose to impose constraints or limits on their own behaviour primarily, even if not exclusively, as a part of an "exchange" in which the restrictions on their actions are sacrificed in return for the benefits that are anticipated from the reciprocally extended restrictions on the actions of others with whom they interact along the boundaries of private spaces and within the confines of acknowledged public spaces [...] The analysis of individual choice behaviour is necessarily shifted from the subject realm of the private to the public or political. "Constitutional economics" morphs into "constitutional political economy"* ».

970 En effet, Schäfer affirme que « *public choice theory may constitute important economic insights to the European constitution in two ways. First, constitutional economics, as a subfield of Public Choice, takes constitutional law as "explanandum" . In its normative, contractarian branch, it addresses the process of constitution-making and amending, and questions of legitimacy of European Constitution [...] Second, in a view which views constitutional rules as "explanans", we can analyse the impact of a given set of constitutional rules (institutions and decision-making procedures) and of given interests of the agents involved* ». Cependant, certaines études analysent économiquement les règles constitutionnelles européennes mais se concentrent, principalement, sur les mécanismes de prises de décisions au sein du Conseil ou du Parlement. Voir par exemple Laurent et Le Cacheux (2006) ; Schmidtchen et Cooter (1997). Plus proche de notre objet d'étude, quoique toujours limité aux contraintes créées par la présence des cours nationales vis-à-vis de la CJUE, voir Mattli et Slaughter (1997 ; 1998).

971 Cependant, parmi les travaux s'inscrivant dans cette approche, il convient de renvoyer à Tridimas (2005) (analysant notamment les règles de nomination des juges européens); Voigt (2003) (analysant par la CJUE la maximisation de son intérêt propre) ; Feld (2005) ; Tridimas et Tridimas (2004) ; Vaubel (2009).

Tullock oppose l'efficacité « Wicksellienne »⁹⁷². De plus, Buchanan et Tullock (1962) introduisent la notion de « coûts d'interdépendance » composés, à la fois, des coûts externes (les coûts supportés par les individus du fait de décisions imposées par d'autres individus) et des coûts de prises de décisions (les coûts supportés par les individus du fait de la participation à la prise de décisions) : l'optimal recherché par l'économie politique constitutionnelle est, non seulement, de décrire les raisons des règles constitutionnelles, selon ce cadre d'analyse (approche positiviste), mais également de tendre vers l'optimal social qui est la minimisation des coûts d'interdépendance (approche normative).

Appliqués à la CJUE, nous pouvons déjà affirmer que les coûts externes sont relativement élevés car pris par des acteurs politiques (les juges européens) incarnant l'anti-majoritarisme du processus législatif, tandis que les coûts de prises de décisions sont relativement bas car seule la conviction de la majorité des juges, siégeant au délibéré d'une affaire, suffit à ce que la décision soit adoptée. Si les coûts de prises de décisions sont fixés et difficilement modulables, en revanche, les coûts externes sont une variable importante qui mérite d'être analysée dans une perspective d'économie politique constitutionnelle.

972 Wicksell (1896 cité dans Griffith 2006) affirmait déjà en 1896 que : « *The acquirement of the veto right of the minorities would follow sooner or later as a logical and necessary consequences [...] It stands to reason that a combination which satisfies everyone [...] must be imbued with more justice than any other which might appeal more to an accidentally greater half of those interested, but which would be at the expense of the others. Once this conceded, the right of minority veto is already recognised in principle* ». Cette opposition entre les droits des minorités et l'efficacité économique, au sens de Kaldor-Hicks, amène à opposer autonomie et efficacité selon Buchanan et Tullock (1962). Si les économistes orthodoxes considèrent que le consentement suit l'efficacité, les économistes constitutionnalistes, au sens de Buchanan et Tullock (1962), considèrent que l'efficacité suit le consentement. Appliqué à la CJUE, cela signifie que la poursuite de politiques publiques et l'application de règles juridiques efficaces, renforçant le fonctionnement du Marché Intérieur, va à l'encontre de certaines minorités quelles qu'elles soient. Par conséquent, la prise en compte des revendications ne peut automatiquement qu'être une mise en balance avec l'efficacité potentielle de règles majoritairement admises au sens de Kaldor-Hicks.

Si notre approche s'inscrit dans une perspective d'économie politique constitutionnelle, il n'en demeure pas moins que nous serons inspirés par le débat doctrinal décrit ci-dessus, en embrassant la tradition libérale incarnée, notamment, par l'intergouvernementalisme libéral. Notre approche s'inscrit dans la tradition libérale tout d'abord parce que les limites à l'utilité de formuler une « grande théorie » de l'intégration européenne sont admises⁹⁷³. Ensuite, notre perspective est familière avec les aspects les plus importants d'une théorie libérale⁹⁷⁴, à savoir : que la relation entre l'acteur politique et la société est dominée par une perspective populaire ; que l'interdépendance économique détermine la nature et l'évolution des différents acteurs impliqués dans la formation de la décision ; et enfin que l'importance de la légitimation par la réalisation de biens communs (de

973 « *In contrast to Marxism and Realism, Liberalism is not committed to ambitious and parsimonious structural theory* » (Keohane 1990 : 166). L'inter-gouvernementalisme libéral, même s'il entend se distinguer du réalisme, peut partager certains points de vues avec le réalisme, notamment sur le rôle accessoire (voire l'impuissance) de la Cour. Scheingold (1971 : 16) ainsi considère que « *by and large, the Court of Justice has operated as a validator of decisions [...] rather than as a policymaker* ». Par ailleurs, Krasner (1993) résume la différence entre ces trois approches en affirmant que si l'institutionnalisme répond à la question de savoir si les gouvernements atteignent la frontière de Pareto, le réalisme répond à celle de savoir quel est le point que les gouvernements adoptent sur cette frontière, et enfin le libéralisme détermine quel est la courbe de cette frontière. L'approche adoptée dans notre analyse sera davantage pragmatique que celle de Moravcsik (1997 : 515) qui entend proposer une théorie qui ait quatre critères : « *superior parsimony, coherence, empirical accuracy, multicausal consistency* ». Cette complexification intellectuelle (inutile) n'aide pas à ce qu'une théorie proposée rende mieux compte de la réalité spécifique d'une situation. Or, la pertinence d'une théorie ne se mesure qu'à sa capacité à rendre mieux compte du réel, car le critère ultime de toute théorie, se prétendant scientifique, est sa falsifiabilité selon Popper (1963 : 33-39). De plus, Moravcsik semble se contredire lorsqu'il dénonce les « *fallacies of grand theorizing* » du néo-fonctionnalisme (1995 : 351) alors qu'il affirme, plus récemment, que l'intergouvernementalisme libéral est une « *"grand theory" that Voirks to explain the broad evolution of regional integration* ».

974 La théorie libérale est fondamentalement une philosophie du progrès humain, optimiste quant à la nature humaine, et favorable à l'émergence d'une modernisation des entités étatiques, notamment par la constitutionnalisation (Jackson et Sorensen 2003 : 105-108).

nature économique)⁹⁷⁵. De plus, le libéralisme de notre approche est illustré par le fait que, bien que l'économie politique constitutionnelle soit le prisme par lequel nous analyserons la Cour, l'optimisme envers l'émergence de marchés transnationaux sera commun avec la vue libérale de l'économie politique internationale⁹⁷⁶.

Néanmoins, bien que s'inscrivant dans la tradition libérale, notre approche diverge du libéralisme comme perçu par Moravcsik en cela que, non seulement, l'Etat n'est plus le seul facteur majeur⁹⁷⁷, mais l'acteur politique (qu'il soit juge, administrateur ou représentant de groupes d'intérêts) en général est substitué. Aussi, ce libéralisme ne considère pas la réalisation de biens communs comme une variable mais plutôt comme une constante et que l'interdépendance économique est à la fois monétaire et décisionnelle⁹⁷⁸.

Ainsi, à l'unicité de l'Etat, comme sujet d'analyse, se substitue la pluralité d'acteurs interdépendants appréhendés à la lumière de leurs impacts dans l'organisation constitutionnelle. A

975 Moravcsik (1997 : 514).

976 Ainsi, Jackson et Sorensen (2003 : 57-58) résument la perspective libérale de l'économie politique internationale comme suit : « *Liberal IPE [International Political Economy] scholars argue that human prosperity can be achieved by the free global decline of the significance of these boundaries. Liberals draw from the economic analysis of Adam Smith and other classical liberal economists, who argue that free markets together with private property and individual freedom create the basis for self-sustaining economic progress for everybody involved* ».

977 Ainsi, le néo-fonctionnalisme a raison de ne pas sous-estimer les acteurs institutionnels autres que les gouvernements nationaux et les acteurs non-institutionnels dans l'intégration européenne, comme cela est rappelé par Mattli et Slaughter (1998 : 179) : « *Explaining the variance in the process of constructing the EU legal system is impossible without focusing on the ways in which alliances with supranational and subnational actors can advance their interests of some government institutions (courts) against others (either other courts or the executive or legislative branches)* ».

978 Notre libéralisme n'est pas nécessairement normatif mais positif. En effet, au regard de la dichotomie opérée par Gilpin (1989) qui oppose, en politique économique internationale, une approche réaliste où le politique domine l'économique à une approche libérale normative où l'économique devrait déterminer le politique.

l'unicité étatique se substitue alors le « pluralisme constitutionnel »⁹⁷⁹. Le pluralisme constitutionnel, ou constitutionnalisme transnational⁹⁸⁰, est le chaînon manquant entre, d'une part l'institutionnalisme classique (que ce soit avec le néo-fonctionnalisme ou le constitutionnalisme Kelsenien) et, d'autre part, notre approche basée sur les contraintes institutionnelles et non-institutionnelles⁹⁸¹. Le constitutionnalisme pluraliste a cela de commun avec notre approche qu'il est, à la fois, non-étatique (le cadre institutionnel se situe dans une entité étatique « post-westphalienne »⁹⁸²) et hétérarchique (le cadre institutionnel se situe dans un constitutionnalisme

979 Cette notion de « pluralisme constitutionnel » (ou « constitutionalisme polyarchique ») s'oppose, non seulement, à l'intergouvernementalisme libéral, mais également au constitutionnalisme classique, hiérarchique de Kelsen. Ainsi, le pluralisme constitutionnel a vu un intérêt grandissant à son égard dans la littérature européenne. Voir notamment Komarek (2010) (définissant cette notion comme « *various constitutional authorities compete over the same territory and the same legal relationships. It differs from a mere plurality of constitutional sources in that these authorities have plausible claims to legitimacy and authority as perceived by those who are subject to them* ») ; Walker (2002a ; 2008) ; Shaw (1999) ; Baquero Cruz (2008) ; Avbelj et Komarek (2008) ; Maduro (2003a ; 2003b ; 2007) ; Halberstam (2009).

980 Le constitutionnalisme transnational est défini comme étant « *the interlacing and cross-cutting of constitutional configurations at state, international or European levels* » (Tsagourias 2007 : 10), le droit n'étant pas nécessairement hiérarchique mais davantage « constitutionnellement hétérarchique » (Halberstam 2009). Ce constitutionnalisme hétérarchique est l'illustration constitutionnelle de l'originalité politique de l'UE qui est construite sur une « demoi-cratique » (pluralité de demos représentés) (Weiler 1996, 1997 ; Nikolaidis 2004 ; Besson 2007).

981 Cela est illustré par Komarek (2010 : 17) lorsque celui-ci affirme, concernant le pluralisme constitutionnel, que : « *this means moving from a single-institutional perspective, combined with the illusion of finality, to a multi-institutional and circular perspective. Then, it is importante not only how the decisionmaking institution constrains itself, but also how other institutions can react to its decision and possibly claim space for their own decisions. Institutional choice appears less important than involment* ».

982 Voir Caporaso (1996). Ainsi, notre « constitutionnalisme libéral » diffère de l'« institutionnalisme libéral » qui considère, comme le réalisme, seulement les Etats et ce, dans une perspective à la fois utilitariste et rationaliste (Keohane et Martin 1995). Pour une démonstration de l'affinité entre institutionnalisme (néo)libéral et constructivisme, voir Sterling-Folker (2000).

multi-niveaux pas seulement verticalement défini). Ceci étant, tout comme le libéralisme proposé par Moravcsik, notre libéralisme s'inscrit au-delà des deux grands paradigmes de la théorie des relations internationales, à savoir le réalisme et l'institutionnalisme classique. Par ailleurs, notre approche partage certaines caractéristiques du néo-fonctionnalisme, notamment l'importance accordée à des notions « objectivisantes » où politique partisane (« *party-politics* ») et politique de pouvoirs (« *power-politics* ») sont reléguées à un rang marginal. Ainsi, alors que le néo-fonctionnalisme traite de notions telles que l'efficacité économique seulement dans l'intégration⁹⁸³, notre approche place en son centre cette préoccupation.

L'économie politique constitutionnelle appliquée à la Cour souligne l'importance fondamentale, non pas de la nécessité d'un constructivisme institutionnaliste (comme pourraient le laisser croire les néo-fonctionnalistes)⁹⁸⁴, ni de la nécessité d'une sujétion au pouvoir politique (comme le recommanderait l'intergouvernementalisme libéral), mais plutôt du rôle crucial des contraintes aussi bien institutionnelles que non-institutionnelles⁹⁸⁵. Alors que le néo-

983 Burley et Mattli (1992 : 72) affirment ainsi que : « *the neofunctionalist domain is a domain theoretically governed by a distinct set of non-political objectives, such as "the rule of law" or "economic growth and efficiency", and by a distinctive methodology and logic* ».

984 Néanmoins, Pollack (2001) fait, à juste titre, remarquer que les approches réalistes, libérales ou encore institutionnalistes partagent un fond commun (qui est celui de la rationalité supposée des acteurs), les distinguant radicalement du constructivisme (évacuant cette supposition).

985 Mattli et Slaughter (1998) sont certainement les auteurs qui ont le plus souligné le rôle fondamental des contraintes dans l'étude de l'intégration juridique européenne par la Cour. En effet, ceux-ci identifient et discutent des problèmes de légitimité judiciaire de la Cour. Cependant, leur analyse est partielle (d'autres types de contraintes sont évincées, pourtant fondamentales), accessoire (l'objet principal de leur étude est d'abandonner l'approche par l'Etat unitaire) et méthodologiquement incomplète (les auteurs ne répondent pas à la question de savoir quel est cet objectif qui est contraint). Néanmoins, le modèle d'Etat « désagrégé », proposé par Mattli et Slaughter (1998), constitue une base sur laquelle notre analyse se développera, notamment du fait qu'ils s'insèrent dans la théorie libérale des relations internationales où la relation Etat-société est privilégiée, tout en évitant le cadre réducteur de l'Etat unitaire.

fonctionnalisme a pu être légitimement critiqué pour son manque de bases microéconomiques (ou « *microfoundations* »), l'intergouvernementalisme libéral a pu, tout aussi légitimement, être critiqué pour son réductionnisme des institutions européennes aux seuls gouvernements nationaux. Notre approche tentera de réconcilier et de pallier ces carences, en adoptant une méthode empirique posant les bases d'une conceptualisation ultérieure, tout en prenant à sa juste valeur l'importance cruciale des institutions supranationales et particulièrement de la CJUE.

Avant d'élucider cette notion fondamentale à notre approche, il convient de noter que le juge Mancini déjà, avait, de par sa connaissance du processus décisionnel du pouvoir judiciaire européen, compris l'importance de l'analyse des contraintes pour rendre compte de l'activité de la Cour. Ainsi, celui-ci affirmait : « *If what makes a judge "good" is his awareness of the constraints on judicial decision-making and the knowledge that rulings must be convincing in order to evoke obedience, the Luxembourg judges of the 1960s and 1970s were obviously very good* » (Mancini 1989 : 605). Il convient également de noter que Komesar (1994 : 6) a aussi mis l'accent sur l'importance des alternatives institutionnelles, dans l'explication du choix d'une institution, lorsque celui-ci affirme que : « *[One must not ask] whether, in the abstract, [an institutional actor] is good or bad at something [...] [but] whether, in any given setting, [this actor] is better or worse than its available alternatives* ». Cette considération de Komesar, ainsi que de Mancini, procure une réflexion utile pour développer une économie politique constitutionnelle de la Cour⁹⁸⁶.

986 Komesar (1994 : 5) considère, à juste titre, que « *goal choice and institutional choice are both essential for law and public policy. They are inextricably related* ». Cependant, l'approche adoptée plus loin par Komesar, selon laquelle l'évaluation des institutions se fait par la question de la participation d'acteurs (« *participation-centered approach* ») au sein de celles-ci, ne retiendra pas davantage notre attention car les contraintes institutionnelles s'opèrent avec plus ou moins de force, selon la légitimité et le pouvoir des discours institutionnels, selon des variables indépendantes du degré de participation institutionnelle. Le degré de participation aux choix d'un acteur institutionnel peut modifier cette prise de décision, mais cela ne saurait être automatique comme le suppose Komesar (1994 : 7) : « *the actions of the mass of participants as the fact that in general best accounts for the variation*

L'approche que nous proposons, fondée sur une économie politique constitutionnelle de la Cour, tente de dépasser la vaine dichotomie entre, néo-fonctionnalisme et intergouvernementalisme libéral par le concept du *constitutionnalisme libéral*⁹⁸⁷. Toutes les approches discutées jusqu'ici abordent l'intégration européenne en général, et la Cour en particulier, d'un point de vue externe⁹⁸⁸. En effet, puisqu'il s'agit de décrire l'action passée et de prédire l'action future des acteurs institutionnels, alors une approche plus interne serait appropriée. Or, ces théories entendent analyser les acteurs institutionnels par leurs actions sans s'appesantir suffisamment sur le raisonnement qui mène ces acteurs à leurs prises de positions politiques. Notre approche sera, de ce point de vue, radicalement différente : la perspective adoptée sera interne en cela qu'afin de décrire l'histoire, l'évolution et le futur de l'action de la Cour, en particulier, le calcul

in how institutions function », avant d'ajouter catégoriquement : « *as with the political process, the extent to which the market process produces efficiency, justness, fairness or any other goals is largely determined by the pattern of participation* ». (Komesar 1994 : 99) Komesar semble évincer la question d'acteurs institutionnels limitant (voire interdisant) rationnellement toute participation au processus décisionnel de l'institution en question. C'est pourquoi nous tenterons de démontrer que, si les acteurs institutionnels peuvent prendre en considération ces participants dans leur prise de décision, ceci n'est qu'une variable dans la promotion de leurs intérêts propres comme institution en tant que telle.

987 Notre constitutionnalisme libéral diffère de ce que d'autres auteurs ont pu, par le passé, également appeler « constitutionnalisme libéral ». Voir notamment Rawls (1971) ; Carl Schmitt et ses *Verfassungslehre* 1928 où le constitutionnalisme libéral est vu comme synonyme d'Etat de droit (voir Slagstad 1993) ; Sunstein (1994). Aussi, notre constitutionnalisme libéral diffère de celui auquel Shaw (2000) fait référence. Ce constitutionnalisme libéral est précisément lié à celui décrit comme inhérent à l'Etat de droit et par lequel les constitutions nationales d'après-guerre instaurèrent un régime national de protection des libertés fondamentales.

988 Parmi les rares exceptions, Alter (2001 : 45) prend en considération le point de vue « interne » de la Cour parce qu'elle définit comme étant « *the institutional interest* » : « *Judges are primarily interested in promoting their independence, influence, and authority* ».

stratégique opéré des juges sera scruté⁹⁸⁹. Cette perspective se justifie, non seulement par son originalité et sa capacité à rendre une description plus réaliste, mais surtout parce que toute institution n'est que la somme de ses membres : il ne saurait exister d'analyse des institutions sans l'analyse de la psychologie de leurs membres et de leurs raisonnements les conduisant à adopter leurs décisions⁹⁹⁰.

La sémantique d'un constitutionnalisme européen a été étudiée très tôt par les juristes, avant que les politistes ne s'emparent de cet objet d'étude (Weiler 1997 : 102-105)⁹⁹¹. En revanche, les économistes, ou les chercheurs adoptant une approche économique de ce constitutionnalisme, sont restés peu nombreux et à la marge du développement de la doctrine concernant l'intégration européenne. C'est ce manque que nous tenterons de combler dans ce chapitre, en adoptant une analyse économique du constitutionnalisme européen, particulièrement par l'étude de la Cour. Cette analyse, par la politique économique constitutionnelle de la Cour, va au-delà du débat, néofonctionnalisme contre intergouvernementalisme libéral, pour proposer cette approche originale du constitutionnalisme européen que nous nommerons le *constitutionnalisme libéral*. Cette approche pourrait être résumée ainsi : l'émergence d'une constitutionnalisation des institutions supranationales a pour effet de renforcer, ou d'affaiblir, le principe d'efficacité économique, du

989 Ainsi, Griffith (2006) affirme que « *constitutional economics explains the variation in the outcome of European legal integration – the partial acceptance with reservations of the supremacy of EU law. Other theories, either predict no variation – either (eventual) complete integration or no (real) integration – or are incapable of explaining this outcome [...] A constitutional economics approach also integrates regional integration into a larger theory of international relations which accounts for the variation between international law and supranational regional integration* ».

990 Griffith (2006) écrivait ainsi que : « *A constitutional economics approach to regional integration [...] is able to account for the variation in and nature of outcomes of legal integration. Furthermore, it produces a more precise image of the current situation of European legal integration* ».

991 Craig (2001) ; De Burca et Aschenbrenner (2001) ; Walker (2001 ; 2002a ; 2002b ; 2008)

fait des choix entre les différentes contraintes possibles opérées par ces institutions. Si la notion même de constitutionnalisme est intrinsèquement liée à la dimension politique du cadre institutionnel⁹⁹², la dimension économique n'est pas pour autant absente, comme souligné d'ailleurs par l'économie politique constitutionnelle.

Les institutions sont perçues comme mues par la recherche de la maximisation de leurs intérêts propres et sont ainsi activées dans cette poursuite qui ne saurait être prédéterminée par des phénomènes quasi-automatiques (se différenciant ainsi du néo-fonctionnalisme)⁹⁹³. Par ailleurs, l'analyse porte sur l'indépendance des institutions supranationales vis-à-vis des gouvernements nationaux qui sont largement impuissants dans leurs facultés à diriger et superviser ces institutions supranationales devenues des agents quasi-libres (se différenciant ainsi de l'intergouvernementalisme libéral).

La problématique à laquelle ce chapitre tentera de répondre est la suivante : comment conceptualiser les raisons contraignant la Cour dans la recherche de son intérêt propre présumé être une justice de l'efficacité ? Notre recherche se penchera donc, à la fois sur les raisons, mais également sur la concrétisation même de ces contraintes dans la jurisprudence européenne. En cela, notre « modèle » de la Cour comme acteur politique européen ne sera pas, selon la distinction

992 Walker (2001 : 34) affirme ainsi que la notion de constitutionnalisme et les constitutions « *provide the normative vocabulary for the mutual articulation of law and politics* ».

993 En cela, le constitutionnalisme libéral que nous proposons peut s'apparenter à l'approche adoptée par Wincott (1995), appréhendant la Cour comme un acteur politique « intentionnellement opportuniste » (« *purposeful opportunist* »). La Cour est considérée, à juste titre, être un acteur politique agissant stratégiquement au regard des contraintes auxquelles elle est confrontée. Wincott (1995 : 584) définit l'opportunisme intentionnel de la Cour comme faisant référence aux « *objectives, the strategy or tactics of the Court and the pattern of constraints and possibilities which make up its environment [...]. If the Court is a "purposeful opportunist" it must have objectives or "preferences" [...]. However, the other site of "purposeful opportunism" suggests that the Court is not in control of its environment* ».

de Kornhauser (2009 : 2), fondé sur un « *policy space* » mais davantage sur un « *case space* ». En effet, Kornhauser (2009 : 2) distingue :

« Policy space models treat policies as fundamental and cases as nonexistent. Models grounded in case space, by contrast, take cases as fundamental ; policies are described in terms of case dispositions (...) In policy space models, judges care exclusively about policies ; policy space is the domain of preference (...) Case space models are sufficiently flexible to allow a richer domain of preference that includes both policies and case dispositions (...) The court in policy space models again announces a policy, but in case space models the court first renders a judgment in the case and may also, incidentally, announce a policy ».

Kornhauser (2009 : 2) ajoute ensuite que les modèles par les décisions (*case space model*) sont, non seulement, moins nombreux, mais qu'ils ont une certaine priorité quant aux modèles par les politiques (*policy space model*) car ils fournissent les fondements microéconomiques pour ces seconds modèles. Nous utiliserons cette approche jurisprudentielle pour sa supériorité et son antériorité, et la réponse que nous apporterons sera à la lumière du *constitutionnalisme libéral* que nous proposons dans notre analyse, comme conceptualisation alternative de l'analyse institutionnelle de la Cour par l'étude du comportement (ou raisonnement⁹⁹⁴) des juges européens. Bien qu'initée par l'impasse

994 Parce que la CJUE ne permet ni la publicité des opinions individuelles des juges, ni de connaître les votes (seules les conclusions des Avocats Généraux sont publiques mais non contraignantes), l'analyse de la prise de décision au sein de la CJUE ne peut se faire qu'*ex post*, c'est-à-dire à la lumière de la production jurisprudentielle. Néanmoins, comme la fameuse équation de sciences politiques de Plott (1991) le suggère, institutions x préférences = résultats. Par conséquent, afin de connaître les préférences des décideurs publics que sont les juges européens, il convient d'analyser, à la fois, l'institution (la CJUE) et sa production (ses décisions judiciaires) pour connaître les préférences des juges européens. Ainsi, l'analyse de la jurisprudence demeure la seule méthode empirique pour étudier les préférences politiques des juges européens. Cette situation diffère radicalement des études pouvant être entreprises en ce qui concerne la Cour Suprême américaine, où les opinions des juges

du débat doctrinal comme souligné plus haut, notre recherche trouve son origine dans la nécessité de mieux comprendre le raisonnement judiciaire européen en termes de contraintes politiques et économiques (tout en déterminant l'objectif judiciaire contraint qu'est l'accroissement de l'efficacité économique dans le Marché Intérieur).

Une analyse de la politique judiciaire européenne par les contraintes a pu être avancée, notamment par Conant (2002). En effet, Conant (2002 : 4-5) résume son explication par la « justice contrainte » en ces termes :

« The “contained-justice” explanation of judicial power that I advance is significant for debates in the fields of European integration and constitutional law and politics. First, the contained-justice explanation speaks to debates about the institutional autonomy of the European Court of Justice relative to national states. Second, it speaks to debates about tensions between democratic processes and the protection of fundamental rights by courts. The debates address a common question: can courts impose their decisions against the will of states and governing majorities ? (...) My thesis on contained justice helps resolve both the puzzle of supranational judicial power and the democratic dilemma of fundamental rights protection by courts ».

On le voit, si l'approche de Conant (2002) est relativement proche de la nôtre, notre analyse diffère fondamentalement en différents points. Tout d'abord, les contraintes analysées restent essentiellement institutionnelles et, qui plus est, dans l'approche étatique traditionnelle où les seules contraintes imposées, par les gouvernements nationaux, à la Cour sont analysées. Il est question chez Conant d'analyser les contraintes seulement démocratiques (c'est-à-dire celles étant le fruit d'un vote majoritaire) et seulement des gouvernements nationaux. A l'opposé, notre

sont publiques et, ainsi, l'analyse des idéologies politiques est rendue plus aisée afin de rendre compte de la valeur politique de la Cour Suprême américaine.

approche ne sera pas exclusivement institutionnelle (car des contraintes comportementales des acteurs politiques important tout autant que les contraintes institutionnelles dites « formelles »). De plus, Conant se focalise sur les seuls droits fondamentaux tandis que cette problématique sera seulement l'une de celles que nous étudierons parmi les quatre identifiées. Aussi, si Conant analyse les contraintes par rapport à une vision idéalisée d'une protection des droits fondamentaux, notre analyse prendra comme point de comparaison l'efficacité économique et sera ainsi à l'intersection entre politique, économique et droit afin de rendre mieux compte du travail concret de la Cour. Enfin, l'analyse de Conant, si elle s'inscrit dans la doctrine politiste aux confins avec le droit, reste majoritairement marquée par la notion juridique de justice déléguée (« *judicial self-restraint* ») qui, bien qu'imposée à la Cour plutôt que souhaitée par celle-ci, est simplificatrice pour toute conceptualisation de la pratique de la politique judiciaire européenne. A l'opposé, notre conceptualisation de cette politique par le *constitutionnalisme libéral* permettra d'ancrer notre analyse, à la fois, dans les théories des relations internationales et les théories juridiques. Par ailleurs, toujours concernant les contraintes, Carruba *et al.* (2008 : 437) affirment que :

« [The] potential for political constraints is generally recognized in the ECJ literature. Although proponents of ECJ influence still believe the most important constraints on the Court's power has been the need to maintain the allegiance of the legal community and national courts (e.g., through adherence to legal doctrine and legal reasoning), they also now acknowledge that the Court may be responsive to political constraints [...] Surprisingly, though, we have little or no systematic evidence of to what degree, if at all, political constraints actually influence ECJ decision-making. This is a crucial issue, since the weaker the constraints, the greater the latitude for the Court to execute an agenda distinct from those of the member states ».

Il ressort de cette appréciation que, non seulement, les contraintes au raisonnement judiciaire européen important dans l'analyse de la Cour, mais également que si les auteurs ou d'autres entendent analyser ces contraintes, ce sont toujours celles imposées par les gouvernements

nationaux, minimisant ainsi l'importance non négligeable que peuvent avoir des contraintes imposées par d'autres acteurs de l'intégration européenne. Cette focalisation excessive, sur une approche étatique du constitutionnalisme, est inappropriée car un constitutionnalisme non exclusif de l'Etat existe⁹⁹⁵, et ce sera donc l'approche inhérente à notre *constitutionnalisme libéral* que d'incorporer l'idée même d'un pluralisme constitutionnaliste. Par ailleurs, les analyses précédentes des contraintes politiques à la Cour sont quantitatives⁹⁹⁶ et seulement vis-à-vis des gouvernements nationaux, tandis que notre analyse sera qualitative et appréhendant différentes sources de contraintes. En effet, le réductionnisme de l'intergouvernementalisme libéral, appréhendant les seuls gouvernements nationaux comme sources de contraintes, est inapproprié et insuffisant, tout comme l'est le néofonctionnalisme négligeant l'importance des contraintes dans la formation de la décision juridictionnelle par la Cour. Ainsi, au pluralisme constitutionnel, déjà discuté précédemment, nous substituerons la multitude de contraintes institutionnelles et non-institutionnelles pour analyser le *constitutionnalisme libéral* de la CJUE. Il nous paraît nécessaire de préciser que les contraintes ne sont que des contraintes à l'efficacité économique qui est le chemin le plus direct, pour les juges européens et la Cour, de maximiser leurs intérêts propres, à savoir la maximisation de l'autorité de la chose jugée à la lumière d'une « Constitution Economique Européenne » (Maduro 1998). Pour conclure, nous pouvons résumer notre travail de recherche qui suit par les points suivants :

□ Dans quelles proportions la décision juridictionnelle européenne est contrainte dans sa promotion de l'efficacité économique en tant que politique judiciaire européenne ? Comment ces

995 Pour quelques travaux sur ce que De Burca et Aschenbrenner (2001) appelant ces « *non-state conceptions of constitutionalism* », voir notamment Pierce (1999) ; Walker (2001 ; 2002a ; 2002b ; 2008) ; Shaw (2001).

996 Voir Stone Sweet et Brunell (1998a ; 1998b) ; Kilroy (1999) ; Carruba et al.(2008)

contraintes se manifestent-elles conceptuellement d'un point de vue de l'économie politique constitutionnelle ?

□ Le dépassement du débat néofonctionnalisme/intergouvernementalisme libéral nous amènera à adopter et à détailler une approche originale – le *constitutionnalisme libéral* – qui se caractérise par l'individualisme méthodologique appliqué aux acteurs institutionnels au sein d'un pluralisme constitutionnel.

□ L'analyse se concentrera sur les contraintes à la maximisation de l'utilité des juges européens appréhendée, à la fois, du point de vue externe et interne aux juges européens. Par conséquent, il sera étudié successivement les contraintes externes à une justice européenne de l'efficacité économique (Chapitre II) avant d'envisager les contraintes internes (Chapitre III). Enfin, les enseignements de cette étude seront présentés seulement dans le cadre conceptuel introduit jusqu'ici du *constitutionnalisme libéral* (Chapitre IV).

Chapitre 2/ Les Contraintes Externes à l'Efficienne Economique dans la Jurisprudence Européenne

Les contraintes externes à l'efficienne économique de la jurisprudence européenne sont les contraintes s'imposant aux juges européens, en dépit de leurs préférences personnelles originellement contrariées par les exigences portées par ces contraintes. Ainsi, les juges européens se doivent de modifier leur jurisprudence afin d'intégrer les valeurs et autres impératifs portés devant leur prétoire, afin de préserver le prestige et la centralité de la Cour dans l'ordre juridique européen et les ordres juridiques nationaux. Comme nous allons le voir, les réponses des juges européens à ces contraintes seront stratégiques en cela que les juges européens restent maîtres de leur « agenda » politique. Nous identifions principalement deux contraintes externes à l'efficienne économique de la jurisprudence européennes : (I) la protection des droits fondamentaux et (II) l'exigence d'équité dans le raisonnement judiciaire européen.

1. Droits fondamentaux et efficienne économique dans le raisonnement judiciaire européen

a. Introduction

Il a souvent été avancé que la protection des droits et libertés fondamentales fait partie de l'existence même, la raison d'être de l'UE et serait la ligne directrice de toute décision juridictionnelle rendue par la CJUE. Certains applaudissent la Cour pour son activisme concernant l'émergence et le développement de droits fondamentaux protégés au niveau de l'UE. Ainsi, Alston et Weiler (1999 : 709), deux juristes de premier rang en droit de l'UE, affirment que « *the ECJ deserves immense credit for pioneering the protection of fundamental rights within the legal order of the Community when the Treaties themselves were silent on this matter* ».

Cette affirmation est au mieux largement exagérée, voire historiquement fautive. En effet, la construction par la Cour d'un imaginaire dans lequel les droits fondamentaux seraient préexistants à l'architecture institutionnelle relève d'une nécessité (ou contrainte) s'imposant dans l'intérêt même de cette Cour. Ainsi, nous affirmerons ici, par la démonstration jurisprudentielle, que la Cour a véritablement créé, à contrepied de la croyance communément admise, un « mythe » des droits fondamentaux comme principe fondateur de l'UE, comme l'affirment Smismans (2010) et Williams (2004 : 128-161). La Cour n'a pas véritablement de mérites dans l'émergence au niveau de l'UE de droits fondamentaux car celle-ci a toujours montré, implicitement, une réticence à l'égard de ces droits fondamentaux qui se sont imposés (plus que désirés par la Cour) par le constituant et le législateur européens davantage que par le juge européen. En effet, les juges européens ont retardé cette émergence, minimisé les consécutions textuelles adoptées par le législateur et les européens, et enfin ont conservé, jusqu'à très récemment, une primauté indéniable des questions d'efficacité sur celles de la protection des droits fondamentaux, par la place dérogatoire qui leur est accordée aux droits fondamentaux.

Alors que Williams (2004) avance que ce « mythe » est dû à l'exigence de faire respecter la primauté du droit européen par rapport aux protections constitutionnelles nationales des droits fondamentaux, nous affirmerons qu'au-delà de cette contrainte constitutionnelle imposée par les constituants et juges constitutionnels nationaux, s'ajoute l'importance des coûts d'efficience économique comme préoccupation sous-jacente à la réticence de la Cour vis-à-vis de la proclamation trop rapide et trop contraignante de droits fondamentaux de l'UE. En effet, si Williams explique (bien que partiellement car sans utiliser la notion de contrainte à la formation de la politique judiciaire européenne) pourquoi la Cour a finalement endossé un rôle de cour constitutionnelle protectrice des droits fondamentaux, il est cependant nécessaire d'expliquer pourquoi la Cour n'a pas adopté cette position, ni initialement, ni pleinement, par la suite. C'est alors qu'entre en jeu la question de l'étude des contraintes et ce, dans le cadre théorique proposé plus haut qui est celui du *constitutionnalisme libéral*.

Le risque de la perte de la primauté du droit européen, par la désobéissance constitutionnelle des cours nationales, constitua une contrainte constitutionnelle réelle tendant à l'émergence des droits fondamentaux de l'UE (ce que l'on appelle la « contrainte par la primauté »). Mais, la contrainte exercée par la divergence que constitue l'émergence des droits fondamentaux de l'UE, avec la ligne jurisprudentielle originelle et désirée par les juges européens, est celle de la contrainte des coûts d'efficience économique (ce que l'on appelle la « contrainte par l'efficience »).

Nous verrons en quoi, au-delà de la contrainte de la primauté du droit européen, la contrainte de l'efficience est fondamentale, non seulement dans l'explication de l'évolution du raisonnement judiciaire européen, mais surtout dans la compréhension de la mise en balance résultant actuellement de cette évolution jurisprudentielle, en ce qui concerne les libertés politiques (ou droits fondamentaux) et libertés économiques (ou efficience économique). La Cour considéra, initialement, que sa légitimité n'était fondée que sur la désirabilité de ses décisions judiciaires en termes de réalisation des attentes concernant le Marché Commun (plus tard « Marché Intérieur »).

En cela, la Cour pensa que sa légitimité ne pouvait être qu'une légitimité de résultats (*output legitimacy*) plutôt qu'une légitimité déontologique (*deontological legitimacy*). Nous détaillerons brièvement ces deux types de légitimités juridictionnelles avant de démontrer que, non seulement la Cour était dans l'erreur lorsqu'elle pensait que la légitimité déontologique n'importait que très marginalement, mais également nous démontrerons qu'une « justice des droits »⁹⁹⁷ s'imposa subrepticement aux juges européens face à leurs inclinations originelles pour une « justice de l'efficacité »⁹⁹⁸.

b. Droits fondamentaux comme contraintes imposées régulièrement par les cours nationales et épisodiquement par le constituant européen

i) La période d'indifférence (1957-1969)

⁹⁹⁷ Cette « justice des droits » est la pratique juridictionnelle de la théorie des droits récemment remise à jour par les travaux influents de Dworkin (1977 ; 1985 ; 1986) qui formula une « *Rights Theory* » où, spécifiquement, les droits sont vus comme des impératifs (« *Rights as Trumps* ») s'imposant dans le raisonnement judiciaire par rapport à toute autre considération.

⁹⁹⁸ Classiquement, et par opposition à la justice des droits, se retrouve cette justice de l'efficacité comme proposée par Posner (1981 ; 1993 ; 1998a), dans laquelle le principe d'efficacité économique est une norme d'adjudication parmi d'autres, si ce n'est une norme prédominante.

Non seulement le juge européen ne démontrera pas, dans les premières années des Traités de Rome, un attachement singulier pour les droits fondamentaux, mais aussi cette indifférence est visible par la carence patente de toute référence aux droits fondamentaux par les « constituants » eux-mêmes lors de l'élaboration des Traités. En effet, rien n'est prévu pour la protection des droits fondamentaux au niveau européen⁹⁹⁹, en dehors du système de la Cour de Strasbourg. A ce silence constitutionnel, s'ajoute la volonté du juge européen de ne pas tendre vers la reconnaissance de droits fondamentaux qui seraient « naturels ». En effet, les premiers arrêts sont insensibles à la protection des droits fondamentaux revendiquée par les parties au litige¹⁰⁰⁰.

L'absence de considération véritable de la Cour, envers les droits fondamentaux, peut s'expliquer par son biais envers une intégration exclusivement « négative » caractérisée par l'interdiction et la limitation du pouvoir politique (essentiellement national), plutôt que « positive » qui serait caractérisée par l'affirmation de droits et de politiques déterminés¹⁰⁰¹. Cependant, à cette absence de considération, s'ajoute la nécessité de prendre en compte une insatisfaction grandissante de la part des cours nationales de cette position et, comme le résume Hartley (2010 : 144) « *it was soon apparent that the German courts found the doctrine very persuasive, and it became imperative for the European Court to take action to head off a possible “rebellion”* ». Cependant, bien que la Cour évolue à partir de 1969, comme nous le voyons plus bas, cette réticence ne disparaîtra véritablement jamais.

999 Weiler (1999 : 107) prolonge ce constat avec le Traité de Paris, instituant la Communauté du Charbon et de l'Acier, et affirme ainsi que « *neither the Treaty of Paris nor the Treaty of Rome contained any allusion to the protection of fundamental human rights* ». Voir Bernhardt (1976 : 69) et De Witte (1994 : 863).

1000 Voir par exemple C-1/58 (1958) *Stork c/ Haute Autorité*, 41 ; Affaires jointes C-16, 17 et 18/59 (1960) *Ruhr c/ Haute Autorité*, 47.

1001 Voir Alston et Weiler (1999 : 10-11) prônant une politique européenne positive des droits de l'Homme ; Weiler (1991).

Cette indifférence initiale de la Cour, à l'égard des droits fondamentaux, a été plausiblement expliquée par Mancini et Di Bucci (1990 : 36) par la crainte « que la protection des droits fondamentaux ne devienne le cheval de Troie par lequel le droit communautaire et l'activité des institutions seraient subordonnés aux dispositions constitutionnelles voire législatives des Etats membres ». Cette période, illustrée par la Cour dans l'utilisation de ce qu'elle appellera plus tard « les traditions constitutionnelles des Etats Membres » pour garantir la protection des droits fondamentaux au niveau européen, sera rapidement oubliée. En cela, il s'agit bien d'un « mythe » car la Cour, particulièrement, énoncera rétroactivement son attachement aux droits fondamentaux¹⁰⁰² alors même que cet attachement faisait défaut comme l'étude de la jurisprudence initiale le démontre.

ii) La période de reconnaissance (1969-1986)

Une évolution à la marge s'opéra avec l'arrêt *Stauder*¹⁰⁰³. Aussi, l'arrêt marquant un tournant (à tout le moins rhétorique) dans la jurisprudence de la Cour est *Internationale Handelsgesellschaft* de 1970¹⁰⁰⁴. Reconnaisant, de manière contrainte¹⁰⁰⁵, l'importance des droits fondamentaux car « *it*

1002 Williams (2004 : 139) affirme ainsi que « *the Community has proclaimed that it is and always has been founded on a respect for human rights. The institutional narrative is retroactive and owns a "live" genealogy* ».

1003 C-29/69 (1969) *Stauder c/ City of Ulm*, 419.

1004 C-11/70 (1970) *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 1125.

1005 Cette reconnaissance, contrainte ou imposée, sera explicitée plus loin, mais il est nécessaire de citer ici Susnjar (2010 : 45) qui affirme que « *the Court felt forced to acknowledge fundamental rights in the Internationale Handelsgesellschaft case* ».

flow logically from the nature of the process of European integration »¹⁰⁰⁶, *Internationale Handelsgesellschaft* est imprégné d'une rhétorique « paneuropéenne », caractéristique d'une période où la Cour chercha à « autonomiser » l'ordre juridique communautaire des ordres juridiques nationaux et de l'ordre juridique international, et par cette même autonomisation, à démontrer que l'ordre juridique communautaire était originellement composé des mêmes attributs enviables que les ordres juridiques nationaux, à savoir, le respect de l'Etat de droit et des droits fondamentaux (Narciso Cunha Rodrigues 2010 : 93). Si *Internationale Handelsgesellschaft* n'a pas immédiatement convaincu les cours nationales (ce qui est illustré par *Solange I*), il n'en demeure pas moins que cet arrêt sera la référence, pendant quelques temps, pour la Cour afin de calmer les inquiétudes des cours nationales quant à la protection des droits fondamentaux par les juges européens¹⁰⁰⁷.

La Cour constitutionnelle allemande, par son arrêt *Solange I*¹⁰⁰⁸, affirma qu'elle se réservait le droit de s'assurer que le droit communautaire respectait les droits fondamentaux à un niveau de protection équivalent à celui pourvu par la Loi Fondamentale allemande. Cette décision aura pour effet de menacer véritablement la primauté du droit européen du fait d'une protection trop faible des droits fondamentaux. Aussi, *Solange I* aura pour conséquence immédiate de conduire à une rhétorique développée par la CJUE, tendant à démontrer progressivement l'attachement (en tous cas rhétorique) des juges européens aux droits de l'Homme. Ainsi, s'en suivra un mouvement de protection grandissante, de la part de la CJUE, de protéger les droits fondamentaux au niveau européen, sous peine de subir la menace allemande de déni de primauté du droit européen (privant ainsi le droit européen de toute effectivité potentielle et donc affaiblissant, voire annihilant, l'autorité des juges européens).

1006 Conclusions de l'Avocat Général Maduro dans l'affaire C-380/05 (2007) *Centro Europa 7 Srl c/ Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*.

1007 Isiksel (2010 : 554).

1008 37 BVerfGE 271 (1974).

A ce mouvement correspondra la réticence décroissante de la Cour constitutionnelle allemande pour une quinzaine d'années (jusqu'aux nouvelles menaces que constitue la décision *Maastricht*). Immédiatement après *Solange I*, la Cour va avoir recours à deux sources sur lesquelles le juge européen se doit de garantir et d'élaborer une protection effective des droits fondamentaux au niveau européen. Ainsi, dans un premier temps, avec son arrêt *Nold*¹⁰⁰⁹, la Cour déclarera implicitement que les articles de la CEDH peuvent servir de source du droit pour l'application du droit communautaire. La combinaison de *Internationale Handelsgesellschaft* et de *Nold* a eu pour effet d'opérer un transfert de pouvoirs des cours constitutionnelles nationales au profit de la CJUE (Tridimas 2010 : 99) du fait de l'incorporation européenne des droits de la Convention (concurrent ainsi les incorporations nationales) avec le bénéfice de la primauté du droit européen. Concernant la référence à la tradition constitutionnelle des Etats Membres, la Cour s'exécutera en 1979 avec l'arrêt *Hauer*¹⁰¹⁰. Cependant, aucune référence à une cour particulière n'a été faite dans toute la jurisprudence européenne, et cette invocation est obscure et aléatoire dans sa méthode (Clapham 1991 : 50-51 ; De Witte 1994 : 878).

Par ailleurs, la Cour discutera souvent des allégations de violation des droits fondamentaux, invoquées par les parties au litige, mais opérera un contrôle juridictionnel des plus restreints dès lors qu'il s'agira de protéger ces mêmes droits au détriment de l'action politique communautaire¹⁰¹¹. En effet, l'affaire *National Panasonic*¹⁰¹² illustre la pratique qui fût pendant longtemps celle de la Cour, consistant à accepter la référence aux droits inscrits dans la Convention alors que dans le rendu de la décision finale, la Cour a évincé la question, soit par omission volontaire, soit par un contrôle juridictionnel restreint rejetant les allégations de violation des droits fondamentaux. Ainsi,

1009 C-4/73 (1974) *Nold KG c/ Commission*, 491 ; C-36/75 (1975) *Rutili*, 1219.

1010 C-44/79 (1979) *Hauer c/ Land Rheinland-Plaz*, 3727 ; C-5/88 (1989) *Wachauf c/ Allemagne*, 2609

1011 De Witte (1994 : 871) considère ce contrôle juridictionnel restreint comme un « *commendable self-restraint* ».

1012 C-136/79 (1980) *National Panasonic*, 2057.

la Cour cherchait à accroître sa légitimité par la reconnaissance des droits de la Convention, tout en refusant en très grand nombre ces allégations de violation des droits fondamentaux, au profit d'une logique essentiellement d'efficacité économique de protection des libertés de circulation et de l'environnement concurrentiel. Ce subterfuge juridique est regrettable pour deux raisons principales. D'une part, des considérations de qualité du délivré des jugements de la Cour font que ces jugements perdent en qualité dans des sociétés démocratiques, dès lors que les valeurs fondamentales à toute démocratie sont ignorées et minimisées. D'autre part, des considérations stratégiques conduisent à ce que ces jugements soient « contre-productifs », car ignorer les frustrations, à la fois au niveau européen et national, c'est méconnaître l'exigence d'une justice incarnant les valeurs démocratiques. Et, dans le cas où cette justice ignorerait ces valeurs, le risque encouru d'une perte de légitimité et d'autorité juridictionnelle est grand.

Si les droits fondamentaux ont progressivement et lentement été reconnus au niveau européen par la Cour à partir de 1969, c'est notamment par le biais de la « *soft law* », dans les premiers temps, que le législateur européen s'exprimera à ce sujet comme l'illustre la Déclaration Commune de 1977. Cette Déclaration Commune du 5 avril 1977 de l'Assemblée parlementaire européenne, de la Commission, et du Conseil engage les représentants de chacune de ces institutions à respecter les droits fondamentaux comme consacrés par les traditions constitutionnelles nationales et comme élaborés par la CEDH. Cette double source du respect des droits fondamentaux, au niveau communautaire, a été et restera la référence incontournable dans l'évolution jurisprudentielle de la Cour jusqu'en 2001 avec la proclamation de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE. Cette référence initiale deviendra incontournable par la possibilité de ces institutions à limiter, voire contredire, les effets d'une décision jurisprudentielle européenne. En effet, le consensus formulé et exprimé par cette Déclaration n'est rien d'autre que l'expression de la facilité avec laquelle le législateur européen pourrait, le cas échéant, s'opposer à la Cour si celle-ci était perçue comme bafouant certains droits fondamentaux.

Ainsi, cette disposition juridique de « *soft law* », qu'est la laconique Déclaration Commune, n'en est pas moins une arme politique de portée considérable, en cela qu'elle conduit à lier à la Cour, non seulement la protection des droits fondamentaux car c'est le souhait du législateur européen, mais plus précisément, d'assurer cette protection selon cette double référence textuelle (traditions constitutionnelles nationales et CEDH) qui jouit, dès lors, d'un monopole de légitimité. Ainsi, devient-il impossible, pour la Cour, d'ignorer les droits fondamentaux mais également de protéger ceux-ci, par référence aux textes de droits internationaux (*e.g.* la Charte Internationale des Droits de l'Homme composée de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, du Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, du Pacte International relatif aux droits civils et politiques et de ses deux Protocoles facultatifs), ou même de faire émerger des droits fondamentaux par référence aux droits naturels de l'Homme, selon une interprétation par le *jus naturale* et le *jus cogens*. A cette contrainte textuelle, la Cour se pliera (bon gré mal gré) par risque d'une intervention législative contredisant la position judiciaire. Or, une telle intervention amoindrirait la légitimité et l'autorité de la Cour car celle-ci serait, non plus perçue comme l'interprète ultime du droit européen (car le droit positif *in fine* serait, non pas la décision judiciaire, mais la disposition législative neutralisant cette décision), mais car cela ferait apparaître, également, des dissensions au sein des institutions européennes qui seraient préjudiciables pour la préservation de l'effectivité du droit européen.

En réalité, non seulement la Cour ne pouvait pas faire autrement que de se référer à la jurisprudence de la CEDH, car cela a été implicitement exigé depuis la Déclaration Commune de 1977, mais surtout cette référence était impérieuse car la CJUE et la CEDH sont, bien au-delà de ce que d'aucuns affirment de façon optimiste être un « dialogue des juges »¹⁰¹³, parties prenantes à

1013 Voir Tinière (2008 : 505-515) ; Burgogue-Larsen (2008 : 99) ; Canor (2000) ; Spielmann (1999), Krisch (2008 : 198-202) et Scheek (2005). Sudre (2004:208) définit le dialogue des juges comme étant "l'application et l'interprétation de la

une concurrence juridictionnelle réelle dans l'offre de justice supranationale. En effet, alors que la Cour se focalise traditionnellement sur la protection des libertés fondamentales de nature économique, la CEDH pour sa part protège les libertés fondamentales de nature politique. Cependant, la distinction ne saurait être exagérée car l'intégration européenne continue, précisément, à effacer toute distinction. Ainsi, si la CJUE venait à ne pas assurer la protection des libertés fondamentales de nature politique à un niveau aussi élevé, qu'elles le sont au niveau national ou au niveau de la CEDH, elle contribuerait (à l'aggravation de cette concurrence des prétoires. Or, cette concurrence aurait bénéficié à la CEDH car, avec la mise en place du programme pour le Marché Intérieur de l'Acte Unique Européen et de Maastricht, ainsi que la garantie de protection des libertés économiques au niveau de l'UE, les litiges se portent, depuis les années 1990, davantage sur la nécessaire protection des droits fondamentaux au détriment d'une simple logique d'efficacité du Marché Intérieur.

C'est pourquoi la CJUE, afin de ne pas perdre son attractivité judiciaire et par la même son autorité d'interprète ultime des Traités européens, se plia à la nécessaire incorporation dans le corpus juridique de l'UE de la jurisprudence de la CEDH, dans le cadre de cette concurrence sévère des prétoires. Encore une fois, cette modification du raisonnement judiciaire européen ne s'est pas faite par le fruit d'une élaboration jurisprudentielle volontaire, mais plutôt par l'emprise d'une contrainte externe considérable qui menaçait (et qui menace continuellement) la capacité de la CJUE à attirer les affaires auprès de son prétoire. En cela, la concurrence juridictionnelle entre la

CEDH par le juge national (...) ; plus précisément, les modalités de prise en considération par le juge interne de la manière dont une disposition de la Convention, dont il a défini le sens et la portée dans le cadre de l'exercice de son contrôle de conventionnalité ; est appliquée et interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme". Comme le fait remarquer Tinière (2008 : 508), « le mot dialogue vient de l'élément grec dia- au sens de « à travers de » et non du grec di- significatif « deux ». Il est donc tout à fait possible d'envisager un dialogue entre plus de deux partenaires. Peut alors être avancée, l'idée d'un "dialogue à trois voix" (impliquant les juridictions nationales, la CJUE, et la Cour européenne des Droits de l'Homme) ».

CJUE et la CEDH (mais également les cours nationales) peut s'apparenter à la concurrence juridictionnelle existante dans l'Angleterre médiévale lorsque différentes cours, représentant différents ordres juridiques, se concurrençaient sur un même territoire, et où cette concurrence débouchait sur la supériorité des cours de la *Common law* par leur plus grande attractivité populaire par rapport aux autres cours royales ou ecclésiastiques.

Cette comparaison, sans pour autant avoir de préférence à l'efficacité évolutionnaire résultant de cette concurrence interjuridictionnelle, est présente dans les travaux de Ruggie (1993) et Schimmelfenning (2006) lorsque ce dernier affirme que « *cours also compete against each other. In the well-established hierarchy of national legal systems, this competition may be muted but it is the more pronounced in the 'neo-medieval' European system where legal orders are partly coexisting and partly overlapping and in which hierarchy is neither clearly defined nor uncontested* ».

Ceci étant, cette incorporation de la jurisprudence de la CEDH (et secondairement des jurisprudences constitutionnelles nationales) ne s'est pas faite de façon radicale et abrupte mais plutôt très progressivement et marginalement. Réticente pour invoquer directement les droits de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (Tinière 2008 : 84-85), la CJUE n'hésite pas, si nécessaire, à s'écarter¹⁰¹⁴ de la ligne jurisprudentielle de la CEDH dans un subtil équilibre entre recherche d'une plus grande autorité judiciaire, par davantage d'indépendance, et recherche d'une

1014 Voir Tinière (2008 : 518-524) ; Van den Berghe (2010 : 119-121) ; Greer et Williams (2009) et Defeis (2001 : 317). Pour des exemples d'affaires dans lesquelles la CJUE s'affirme comme cour des droits fondamentaux indépendants au risque de diverger avec la CEDH, voir : Affaires jointes C-46/87 et 227/88 (1989) *Hoechst*, 2924, à comparer avec CEDH (1992) *Niemetz*, 251-B ; C-374/87 (1989) *Orkem*, 3283, à comparer avec CEDH (1993) *Funke*, 256-A ; C-168/91 (1993) *Christos Konstantinidis c/ City of Altensteig, Standesamt, & Landratsamt Calw, Ordnungsamt*, I-1191. Pour une discussion, voir Lawson (1994) et Rosas (2005).

plus grande attractivité judiciaire, par davantage de transplantations de solutions juridiques *optimales* qui allient l'*efficience* à l'*acceptabilité sociale*¹⁰¹⁵.

Cet épisode de reconnaissance lente mais continue, de la part des juges européens de l'importance légitime des droits de l'Homme dans le droit européen, se clôturera avec la reconnaissance, cette fois-ci de la part de la Cour constitutionnelle allemande, de l'importance accordée depuis *Solange I* à cette protection légitime. Ainsi, l'arrêt *Solange II*¹⁰¹⁶ de 1986 affirma que la protection des droits fondamentaux au niveau européen était assurée par la CJUE de façon équivalente à la protection garantie par la Constitution allemande (*Grundgesetz*), et ainsi implicitement, la Cour leva la menace d'une non-reconnaissance pleine et entière de la primauté du droit européen :

« As long as the European Communities, in particular the Court of Justice of the European Communities, generally ensures an effective protection of the basic rights against acts of the

1015 Nous entendons l'optimum social, non pas simplement comme la maximisation de l'efficience économique (ou la minimisation des coûts sociaux), mais davantage comme l'alliance subtile entre efficience économique et légitimité démocratique. L'optimum social permet à la société d'atteindre un équilibre satisfaisant dans lequel d'autres équilibres peuvent être atteints dans une perspective dynamique, grâce à la préservation de cette acceptabilité sociale de l'environnement institutionnel, même si cela doit être supporté au prix de pertes d'efficience. Il n'empêche, ces pertes d'efficience correspondent à l'accroissement de la légitimité des différents équilibres sociaux et, ainsi, concourent à la stabilité de l'environnement institutionnel. Or, cette stabilité institutionnelle est elle-même source de davantage d'efficience à venir car cette sécurité juridique rend possible les investissements, et elle est nécessaire à toute efficience dynamique. Ainsi, si la CJUE accepte cette influence grandissante de la jurisprudence de la CEDH, c'est naturellement pour bénéficier, sur le long terme, d'une stabilité et d'une légitimité du système institutionnel de l'UE dans lequel la CJUE a un intérêt institutionnel « personnel » par l'accroissement de son autorité.

1016 BVerfG (1987) 22 Octobre 1986, 3 CMLR 259-263.

Communities, which basically corresponds to the protection of basic rights compelled by the Fundamental Law [...] ¹⁰¹⁷ ».

La CJUE s'étant pliée aux *desiderata* de la Cour constitutionnelle allemande, le bénéfice de la primauté du droit européen lui était octroyé en dehors de toute règle juridique écrite mais par la simple menace *de facto* exercée par la Cour constitutionnelle allemande. De plus, la Cour constitutionnelle allemande a tenté de limiter la portée de *Solange I* dans *Solange II* en affirmant que cette réserve, qu'elle s'était octroyée dans *Solange I*, ne concernait en réalité que les principes gouvernant les droits fondamentaux mais pas précisément le droit européen général. Kokott (2010 : 90) affirme que « *Solange II can be seen as the highest point of harmony and convergence between the German Constitutional Court and the ECJ* ». Avant *Solange II*, cette « harmonie » était menacée et lente à construire ; après *Solange II*, cette « harmonie » sera affaiblie par les vues divergentes entre la CJUE et la cour constitutionnelle allemande quant à l'adjudication des droits de l'Homme, la CJUE s'émancipant progressivement à la fois des cours nationales et de la CEDH, tout en étant consciente de raviver la méfiance envers elle-même, à la fois de la part des cours nationales et du législateur européen.

iii) La période de dangers (1986-2001)

Cette assurance de la part de la Cour constitutionnelle allemande n'allait pas être si évidente et si inconditionnelle qu'elle puisse paraître car dès le 7 juin 1990, la décision *Solange III* (aussi

1017 Traduction de Kokott (1998 : 90).

appelée décision *Maastricht*) a remis en cause les conclusions de *Solange II*. La position de la Cour constitutionnelle allemande, consistant à exiger au niveau de l'UE une protection juridictionnelle des droits fondamentaux qui soit au moins aussi élevée que celle offerte par le droit interne, a été une position influente qui conduisit de nombreuses cours constitutionnelles nationales à suivre, avec plus ou moins de force et de constance, la ligne constitutionnelle allemande¹⁰¹⁸. Alors que *Solange I* de 1974 faisait référence au caractère autonome de l'ordre juridique communautaire, la décision *Solange II* de 1986 a fait référence à l'attribution de pouvoirs à la Communauté par la délégation de pouvoirs au niveau interne (allemand). Enfin, la décision *Maastricht*¹⁰¹⁹ du 12 Octobre 1993 marqua une étape décisive dans l'évolution de la perception du droit européen par la Cour constitutionnelle allemande, et par conséquent, de la légitimité et de l'autorité du droit européen. Cette décision affirme que la Cour constitutionnelle allemande se réserve le droit de juger en dernier ressort les questions de transferts de souveraineté et, plus particulièrement, de la doctrine de la *Kompetenz-Kompetenz* (proclamer la compétence de déterminer sa propre compétence) qui est du ressort de la Cour constitutionnelle allemande selon elle-même :

« The ECJ guarantees the protection of basic rights in each individual case for the entire area of the European Communities; the Federal Constitutional Court can therefore limit itself to a general guarantee of mandatory standards of basic rights [...] [T]he Federal Constitutional Court exercises its jurisdiction regarding the applicability of derivative Community law in Germany in a 'cooperative relationship' with the ECJ¹⁰²⁰ ».

1018 Ainsi, les cours constitutionnelles italiennes, espagnoles, autrichiennes et françaises furent influencées par la position allemande, conduisant ainsi à une « front » commun des cours constitutionnelles nationales contre la jurisprudence de la CJUE, alors affaiblie dans son autorité juridictionnelle. Voir notamment Narciso Cunha Rodrigues (2010 : 94).

1019 20 EuGRZ 429 (1993).

1020 Traduction de Kokott (2010 : 108).

La philosophie sous-jacente à *Solange III* est que la construction européenne doit être contrôlée par les représentants élus démocratiquement au Parlement, selon le principe démocratique (Kokott 1998 : 81). Bien que le langage de la décision *Solange III* semble au premier abord assez favorable à la CJUE, il n'en demeure pas moins qu'en se référant à la relation « coopérative » entre la Cour constitutionnelle allemande et la CJUE, cette décision suppose deux points de vue qui pourraient potentiellement menacer, encore une fois, l'autorité de la CJUE, ce qui fera se demander si l'Allemagne ne devenait pas la « Virginie de l'Europe »¹⁰²¹ en référence à l'opposition originelle de la Virginie à la primauté du droit fédéral américain.

D'une part, la Cour constitutionnelle allemande réfute l'idée de la CJUE selon laquelle celle-ci serait dans une position hiérarchique par rapport aux cours nationales (mais davantage dans une position hétérarchique). D'autre part, en cas de manquement à cette coopération souhaitée (voire exigée) par la Cour constitutionnelle allemande (un manquement jugé par cette même Cour), il n'est pas inenvisageable que la Cour constitutionnelle allemande ré-adopte une position conforme à *Solange I*, c'est-à-dire une position constitutionnelle dans laquelle la jurisprudence européenne, concernant les droits fondamentaux, devra se conformer à son homologue allemande sous peine d'ineffectivité (car infériorité déclarée) du droit européen. Comme l'affirme Kokott (2010 : 109), « *the “ cooperative relationship ” with the ECJ is also directed toward the mutual influence of the European Court and of the constitutional courts of Member States. The ECJ may dislike this* ». En effet, il semble évident qu'une telle position de la part de la cour constitutionnelle allemande puisse qu'aller à l'encontre de l'intérêt des juges européens et de leur volonté de jouir d'une liberté d'adjudication pleine et entière. Cette relation coopérative se décompose en deux éléments : d'une part, la cour constitutionnelle allemande ne contrôle pas la constitutionnalité du droit européen secondaire, tant que l'acte en cause respecte l'essence même des droits fondamentaux ; d'autre

1021 Boom (1995).

part, le droit allemand interne, appliquant le droit communautaire secondaire, doit respecter les droits fondamentaux allemands, et la cour constitutionnelle allemande se réserve le droit d'opérer un contrôle de la constitutionnalité de ces mesures (Lauwaars 2009 : 431). Quoiqu'il en soit, même si les juges européens peuvent être légitimement opposés à cette position, l'autorité de la cour constitutionnelle allemande, parmi les cours nationales, et le risque d'entamer l'effectivité du droit européen sont trop grands pour que la Cour ne se « plie » pas à la position allemande¹⁰²².

La CJUE étendit progressivement¹⁰²³ son contrôle juridictionnel du respect des droits de l'Homme par les Etats Membres lorsque, d'une part, ceux-ci agissent dans le cadre d'obligations européennes¹⁰²⁴, et d'autre part, lorsque ceux-ci agissent en dérogeant aux obligations européennes¹⁰²⁵. Cette évolution a été timide¹⁰²⁶ et laissa rapidement place à la réticence de la CJUE

1022 Cette autorité de la cour constitutionnelle allemande ne pouvait qu'inciter fortement, avec Maastricht, la CJUE à modifier à l'avenir sa jurisprudence comme l'affirme MacCormick (1995 : 260) : « *the [German] court thus left a marker, a line drawn in the sand, indicating there might be future challenges that it would uphold if European organs should adopt an unduly expansionist view of their competences* ».

1023 De Burca et Aschenbrenner (2003 : 368).

1024 C-5/88 (1989) *Wachauf c/ Allemagne*, 2609 où la question était de savoir si, dans leur application du droit européen, les Etats Membres devaient respecter les droits fondamentaux, la Cour ayant répondu par l'affirmative. Voir également C-84/95 (1996) *Bosphorus*, 3727; C-177/95 (1997) *Ebony Maritime*, I-1111.

1025 C-260/89 (1991) *Elliniki Radiophonia Tileorassi*, I-2925. Cette décision, affirmant que toute mesure nationale, adoptée dans les champs de compétences de l'UE, se doit de respecter les droits fondamentaux de l'UE, a une importance considérable en ce qui concerne sa portée. En effet, Chalmers (2010 : 141) affirme que « *the remit [of this case] is enormous* ». En effet, il considère que « *fundamental rights have become since ERT a much more central part of the European policy making discourse* » (Chalmers 2010 : 148) parce que ERT « *[has] been part of a process of institutional socialisation that has elevated fundamental rights discourse within EU policy making* ». Les affaires *Wachauf* et *ERT* seront déterminantes en cela qu'elles poseront la position adoptée par le constituant européen pour déterminer la portée de la Charte de 2000.

1026 Von Bogdandy (2000).

à adopter un contrôle juridictionnel aussi poussé que celui de la CEDH. En effet, si la Cour estimera, ainsi, que les considérations tenant aux droits fondamentaux ne peuvent pas être évincées, dès lors que le litige en question relève de la compétence de la CJUE, l'arrêt *Kremzow*¹⁰²⁷ démontrera que la Cour reste réticente à l'idée de contrôler le respect des droits fondamentaux à l'égard d'une situation juridique ne présentant pas suffisamment de liens avec le droit européen.

Par ailleurs, il convient de faire remarquer que si la CJUE cite et se réfère aux droits de la Convention et à la jurisprudence de la CEDH¹⁰²⁸, il n'en demeure pas moins que la prééminence des considérations économiques, ainsi que le souci évident de la CJUE à garantir une jurisprudence indépendante, conduisirent inéluctablement à un déni de consacrer une véritable protection des droits fondamentaux par la CJUE, comme l'illustre l'Avis 2/94. L'avis rendu par la Cour, affirmant que les Traités doivent être amendés, afin que l'UE adhère à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, illustre cette tradition jurisprudentielle de la Cour de rejeter (pourrait-on ajouter, de mauvaise foi¹⁰²⁹) toute consécration volontaire d'un corpus juridique de protection de droits fondamentaux au niveau européen, afin de se laisser toute liberté jurisprudentielle.

1027 C-299/95 (1997) *Kremzow*, I-2629.

1028 Voir par exemple, C-368/95 (1997) *Familiapress*, I-3689.

1029 En cela, Alston et Weiler (1999 : 30) affirme que : « *the reasoning of the European Court of Justice [...] is unpersuasive. For example, acceptance of the jurisdiction of the European Court of Human Rights; to which the European Court of Justice implicitly Voirmed to object, cannot reasonably be considered to be of such great constitutional significance as to require a Treaty amendment when the Court was prepared to endorse without demur the Community's acceptance of the dispute-resolution mechanisms of the World Trade Organisation* ». De plus, cette mauvaise foi présumée est partagée par Coppel et O'Neill (1992) qui considèrent, à juste titre, que la CJUE n'a pas (du moins jusqu'à très récemment) considéré sérieusement les droits fondamentaux au niveau de l'UE, un constat critiqué par l'optimisme de Weiler et Lockhart (1995). De Witte (1994 : 867) affirme que par cet Avis, la Cour démontra sa volonté de ne pas endosser sa véritable responsabilité de protection des droits de l'Homme.

Afin de dépasser la dépendance considérable au bon vouloir du pouvoir judiciaire européen et de protéger les droits fondamentaux¹⁰³⁰, le constituant européen proclamera, pour la première fois, avec force¹⁰³¹ l'attachement de l'UE à ces droits fondamentaux lors de l'adoption du Traité d'Amsterdam en 1996 avec son Article 6, affirmant que « l'Union est basée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, et de l'Etat de droit ». De plus, le second paragraphe de cet article donne compétence explicite à la Cour pour s'assurer du respect des droits fondamentaux par les institutions européennes¹⁰³². Cet activisme, exigé par le législateur européen pour que la Cour adopte une approche plus positive et affirmative (plutôt qu'une approche essentiellement négative) envers les droits fondamentaux, n'a pas empêché le scepticisme de la Cour, vis-à-vis d'une protection élargie des droits fondamentaux au niveau européen, de se révéler être plus grand que ce que nombre d'observateurs purent imaginer. En effet, en 1998, la Cour rend la décision *Royaume-Uni c/ Commission*¹⁰³³ par laquelle elle affaiblit la politique menée par la Commission en faveur de la protection des droits fondamentaux par la critique du fondement juridique de cette politique.

1030 Une dépendance pouvant s'avérer trop grande et trop ineffective comme le considèrent, à juste titre, Alston et Weiler (1999 : 12-13).

1031 Précédemment, une simple insertion dans le Préambule de l'Acte Unique Européen de 1986 mentionnait la nécessité de respecter la démocratie et les droits fondamentaux au niveau communautaire. Aussi, même si le Traité sur l'Union Européenne de Maastricht de 1992 prévoyait, par son Article F, la nécessité de respecter les droits fondamentaux, cette fois-ci dans le corps (et non plus dans le Préambule) du Traité, cette protection n'était pas effectivement assurée car l'Article L, de ce même Traité, affirmait que la compétence juridictionnelle de la Cour ne s'étendait pas à cet Article F, une disposition révélatrice, non seulement de la timidité du constituant européenne, mais surtout de la liberté du juge européen de ne pas être juridiquement contraint au respect des droits fondamentaux (seule la Déclaration Commune de 1977 non contraignante suffisait semble-t-il).

1032 Lenaerts (2000 : 4).

1033 C-106/96 (1998) *Royaume-Uni c/ Commission*, I-2729.

A partir de là, un front commun de critiques commencèrent à s'exprimer de façon récurrente en ayant une influence grandissante concernant le mutisme de la Cour, dans sa protection des droits fondamentaux au niveau de l'UE, par rapport à la CEDH. En effet, la Cour commença à percevoir ces menaces que constituaient, à la fois, les ingérences récurrentes et toujours plus pressantes du constituant et du législateur européens¹⁰³⁴. Il y avait aussi ces critiques partagées par les cours nationales qui continuaient à douter et à questionner, dans cette optique, la suprématie de la CJUE, alors même que l'intégration européenne s'accélérait. Face à ce constat qui menaçait, à la fois, la suprématie de la Cour, la relative bienveillance jusque-là de la doctrine à son égard et l'unité de la représentation de l'intérêt supranational (du fait de dissensions entre la Commission Européenne et la Cour sur cette question), la Cour a véritablement « humanisé », comme nous le verrons, sa jurisprudence avec des arrêts significatifs tels que *Cornwall*¹⁰³⁵, *Criminal Proceedings v X*¹⁰³⁶ et *Familiapress*¹⁰³⁷.

iv) La période de consécration (2001---

Cette période de consécration est illustrée par trois phénomènes quasi-simultanés à partir de 2000 qui sont: l'adoption de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE en décembre 2000, les arrêts *Schmidberger* et *Omega*, et enfin l'arrêt *Kadi*.

1034 Lenaerts (2000 : 14).

1035 C-13/94 (1996) *P c/ S& Cornwall County Council*, I-3689.

1036 C-129/95 (1996) *Criminal Proceedings v X*, I-6609.

1037 C-368/95 (1996) *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags und -vertriebs GmbH c/ Heinrich Bauer Verlag*, I-3689.

Il est vrai que la Charte ou même la CEDH ne procurent pas de solutions juridiques suffisamment claires pour que l'interprétation des droits fondamentaux, au niveau de l'UE, soit évidente (Moriijn 2006). Ainsi, il en ressort que la CJUE se doit de mettre en balance les préoccupations des parties au litige. Ceci implique de faire des choix économiques comme ce fut le cas dans les arrêts *Schmidberger*¹⁰³⁸ et *Omega*¹⁰³⁹. *Schmidberger* concerne la conciliation entre la liberté d'association et de réunion avec la liberté de circulation des marchandises¹⁰⁴⁰. Ainsi, cette affaire concerne l'étendue de l'exercice de la liberté d'association afin de ne pas vider de son contenu la liberté de circulation des marchandises.

D'autre part, *Omega* concerne la conciliation entre la dignité humaine et la liberté de circulation des services¹⁰⁴¹. Ainsi, alors que dans *Schmidberger* la liberté d'expression et de réunion suppose nécessairement la manifestation de blocages, et donc une réduction de l'effectivité de la liberté de circulation des marchandises, dans *Omega* la protection de la dignité humaine ne suppose pas la réduction de la liberté de circulation des services. Dès lors, dans *Omega*, il ne s'agit plus comme dans *Schmidberger* de concilier deux libertés afin qu'aucune d'entre elles ne soit dénuée de

1038 C-112/00 (2003) *Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge v Republic of Austria*, ECR I-5659.

1039 C-36/02 (2004) *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*.

1040 En l'espèce, l'entreprise de transport Schmidberger s'est vue bloquer ses camions pendant la période d'une manifestation légale organisée sur leurs chemins en Autriche. La Cour justifie la décision des autorités autrichiennes d'autoriser la manifestation car ce rassemblement, droit fondamental de réunion, a été minimisé dans ses effets néfastes et était, ainsi, la mesure la moins restrictive pour les échanges communautaires (§89).

1041 En l'espèce, il s'agissait pour la Cour de répondre au renvoi préjudiciel d'une cour allemande, concernant l'interdiction allemande d'un jeu simulant l'acte de tuer au nom de la protection de la dignité humaine, alors même que cette interdiction restreignait la liberté de circulation des services car l'entreprise basée en Angleterre cherchait à importer ce service en Allemagne. La Cour considéra que la perception subjective de la dignité humaine en Allemagne restreint la liberté de circulation des services afin de protéger les droits fondamentaux. Ainsi, l'invocation de la dignité humaine (et des droits fondamentaux en général) est assimilée, par la Cour, à un seul moyen de dérogation aux libertés économiques.

leur essence, mais plutôt d'assurer la confrontation inattendue entre un prérequis des droits fondamentaux (la dignité humaine) avec l'exercice d'une liberté économique (liberté de circulation des services). Si *Schmidberger* n'est pas véritablement une affaire concernant la conciliation des droits fondamentaux avec les libertés économiques (car il s'agit davantage de limiter la liberté d'expression et de réunion à l'égard de son interférence avec toute autre activité), *Omega* est véritablement une affaire de conciliation des droits fondamentaux avec les libertés économiques, car la prestation de services rentre en conflit directement et uniquement avec la dignité humaine. De plus, cette exigence de dignité humaine ne saurait tolérer cette seule prestation de services (Alemanno 2005). La CJUE démontre ainsi ce que Tridimas (2010 : 103) appelle un « *assertive constitutionalism* ». La jurisprudence des droits de l'Homme est davantage inscrite dans le processus juridique de justification supranationale que comme moyen d'imposition d'une primauté juridique absolue (De Burca et Gerstenberg 2006).

L'impossibilité alléguée par la Cour pour l'UE d'accéder à la Convention a incité le législateur européen à constitutionnaliser une « *EU Bill of Rights* ». Ceci se concrétisa le 7 Décembre 2000 avec la proclamation de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE par les présidents des différentes institutions européennes¹⁰⁴². Bien que proclamée par les institutions européennes, cette Charte n'en est pas moins le fruit d'une initiative nationale, en particulier allemande, avec sa présentation par la Présidence allemande de 1999 et son adoption par le Conseil Européen de Nice de 2000. Même si

1042 L'objectif affiché de cette Charte était de protéger les efforts faits en faveur de l'émergence d'une « Europe des citoyens », comme le recommandait en 1999 le Comité des Sages formé au Conseil Européen de Tampere de 1999. De plus, cette Europe des citoyens permettrait d'asseoir la légitimité des institutions européennes et de l'UE en général, comme le démontre la déclaration du Conseil Européen de Cologne de Juin 1999 dans laquelle il est dit que « *the protection of fundamental rights is a founding principle of the Union and an indispensable prerequisite for her legitimacy (...) There appears to be a need, at the present stage of the Union's development; to establish a Charter of fundamental right in order to make their overriding importance and relevance ,ore visible to the Union's citizens* » ;

la Charte ne sera juridiquement contraignante qu'avec le Traité de Lisbonne de 2009, elle s'ajoute à de nombreux textes juridiques protégeant, en Europe, les droits fondamentaux, notamment la CEDH à laquelle la CJUE a progressivement octroyé le statut de source obligatoire de référence¹⁰⁴³. Ceci amène Weiler (2000 : 95) à considérer que « *[the European peoples] “ suffer ” from a surfeit, rather than a deficit, of judicial protection of fundamental rights* ».

Avec des arrêts majeurs tels que *Schmidberger* et *Omega*, ainsi qu'avec la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE, une étape essentielle, dans l'émergence d'une protection de niveau élevée des droits fondamentaux à l'échelle de l'UE, s'est ouverte à partir de 2001, conduisant naturellement la CJUE à adopter « *a friendly interplay* » (Krisch 2008 : 200) avec la CEDH¹⁰⁴⁴. Cette Charte est véritablement le prolongement, mais surtout la consécration constitutionnelle, de la jurisprudence de la CJUE¹⁰⁴⁵ ayant opéré progressivement, mais continuellement, un subtil

1043 Voir Morijn (2006 : 18) considérant que la CEDH « *could hence be characterized as a compulsory guideline of special significance in Union law* ». Aussi, Harpaz (2009 : 109)

1044 Harpaz (2009 : 113) ; Helfer et Slaughter (1998 : 323-325) qui affirment que la CJUE cite la CEDH afin de gagner la légitimité de cette dernière dans un jeu de « *mutual legitimation* ». Bien que cette relation de confiance mutuelle se soit instaurée depuis les années 2000, la CJUE ne reconnaîtra pas officiellement être liée par la jurisprudence de Strasbourg (Krisch 2008 : 201). Il faudra attendre l'adoption politique du Traité de Lisbonne, avec le caractère contraignant de la Charte des Droits Fondamentaux, imposant le respect de la jurisprudence de Strasbourg, pour que la CJUE s'aligne de facto avec la CEDH. Ainsi, la CJUE ne s'inscrira plus désormais dans un « *dialogue des juges* » ou un « *ménage à trois* » (Kunoy et Dawes 2009), mais davantage dans une subordination juridique au bénéfice de la primauté de la jurisprudence de Strasbourg sur toute Cour européenne.

1045 Cette analyse est confirmée par l'usage qui est fait de la Charte par les Avocats Généraux, ceux-ci invoquant la Charte davantage comme un moyen d'argumentation en faveur de droits fondamentaux déjà établis, plutôt que comme l'invocation de nouveaux droits récemment découverts. Voir notamment l'Opinion de l'Avocat Général Alber dans C-340/99 (2001) *TNT Traco v. Poste Italiane*, I-4109 ; Opinion de l'Avocat Général Jacobs dans C-270/99 P (2001) *Z v. EP* ; Opinion de l'Avocat Général Geelhoed dans C-224/98 (2001) *D'Hoope v. Rijdsdienst voor Arbeidsvoorziening* ; Opinion de l'Avocat Général Jacobs dans

équilibre entre l'efficacité économique recherchée et produite par les libertés économiques originelles et l'exigence déontologique de toute société démocratique de protection des libertés politiques et droits de l'Homme. Ainsi, Douglas-Scott (2002 : 476) affirme que :

« Principles such as citizenship, human rights [...], respect for democracy and the rule of law, suggest some sort of existing, public, consensus in the EU which goes beyond the desirability of economic efficiency and free markets ».

Cette Charte consacre et prolonge la jurisprudence européenne et ainsi renforce la sécurité juridique¹⁰⁴⁶. Elle préserve la liberté du juge européen¹⁰⁴⁷, mais n'est certainement pas une révolution constitutionnelle, encore qu'elle s'inscrive dans une montée en puissance du constitutionnalisme européen¹⁰⁴⁸. Ce n'est pas une révolution pour deux raisons majeures. D'une part, les droits de la Convention, ainsi que la jurisprudence de la CJUE, ont conduit à rapprocher le droit européen des dispositions contenues dans la Charte qui, adoptée en 2001, ne nécessite pas d'adaptation particulière de la part du juge de Luxembourg contrairement à ce qu'aurait exigé une adoption d'une telle Charte quelques décennies plus tôt. Ainsi, la Charte apporte clarté et simplicité aux droits inhérents à toute « *Bill of Rights* » mais n'apporte substantiellement aucun

C-126/01 (2002) *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie v. GEMO*. Kenner (2003 : 25) affirme que cette Charte démontre « *the onset of deeper EU integration as part of a grand design that places fundamental rights at the pinnacle of the process of constitutionalisation* ».

1046 De Burca et Aschenbrenner (2003 : 369).

1047 Tinière (2008 : 60-61).

1048 De Burca et Aschenbrenner (2003) ; Walker (2002b) ; Eeckhout (2002) ; Dutheil de la Rochère (2001) ; Von Bogdandy (2000)

bouleversement dans le droit positif européen. D'autre part, quand bien même d'aucuns pourraient trouver une teinte plus « sociale » dans la Charte par rapport, à la fois, aux droits de la Convention et à la jurisprudence de la CJUE jusqu'à présent, il n'en demeure pas moins que l'indépendance judiciaire de la CJUE, ainsi que sa liberté à user de sa marge discrétionnaire dans l'interprétation des dispositions de cette Charte, conduit à penser que la CJUE usera de cette liberté afin de faire vivre cette Charte dans un sens qui est conforme aux intérêts de la Cour. De plus, cette teinte dite « sociale » de la Charte, par les références nombreuses aux droits sociaux, peut conduire à un scepticisme quant à la volonté et à la possibilité que ces droits sociaux trouvent une matérialisation concrète¹⁰⁴⁹.

Ainsi, il n'est pas étonnant, en conformité avec la prédominance de la justice de l'efficacité dans la jurisprudence de la CJUE, que cette dernière ait à exprimer quelques réticences quant à l'utilisation de la Charte comme source de droit (Moriijn 2006 : 19). En effet, non seulement le caractère juridique a pu légitimement être questionné avant le Traité de Lisbonne, mais surtout le caractère prescriptif du langage précis de la Charte réduit la marge d'appréciation du juge européen. Ainsi, Marjin (2006 : 19) affirme que « *the Court of Justice's reluctance to refer to the Charter is arguably explained by its content being "too clear to clarify"* ». La seule référence (modeste) que la Cour ait pu faire à la Charte est avec l'affaire *Parlement c/ Conseil* de 2006¹⁰⁵⁰.

1049 Ce scepticisme est parfois exprimé, non pas pour réfuter la nécessité de droits sociaux, mais plutôt pour défendre la supériorité d'une véritable politique sociale européenne plutôt que de droits sociaux européens. Ainsi De Schutter (2000 : 47) affirme « l'insertion de droits sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne ne constitue pas un substitut à une politique sociale européenne digne de ce nom. Une telle politique est nécessaire. Elle constitue le contre-poids obligé d'un espace de libertés ».

1050 C-540/03 (2006) *Parlement c/ Conseil*. I-05769

Cette « non révolution » des droits sociaux fondamentaux est confirmée par la pratique récente de la Cour avec, notamment, ses arrêts *Viking*¹⁰⁵¹ et *Laval*¹⁰⁵². Par ces affaires, la CJUE a démontré qu'elle pouvait très aisément se placer dans la lignée d'arrêts plus anciens, où les droits sociaux restent perçus comme antinomiques des libertés économiques et marquant la symbolique des droits politiques pour qu'ils priment sur les considérations d'efficacité. Dans l'affaire *Viking*, la Cour insista sur le fait que les objectifs économiques et les objectifs sociaux devaient être respectés et alliés (§79). La Cour a seulement laissé la liberté à la juridiction nationale de mettre en balance le droit de grève et la liberté de d'établissement, encore qu'elle a énoncé que ce droit de grève ne saurait être utilisé légitimement lorsque les emplois ne sont pas menacés (§81). Cette décision est à rapprocher de la décision *Commission v. France* de 1997¹⁰⁵³ où la Cour avait été plus stricte vis-à-vis du droit de grève quand il s'agissait de mettre en balance celui-ci avec la liberté de circulation des marchandises. Ainsi, si la Cour est, en une période de dix ans, plus sensible aux revendications des droits (et même de droits sociaux collectifs tels que le droit de grève), cela ne signifie pas pour autant que les libertés économiques ne constituent plus une préoccupation majeure de la Cour, prévalant souvent, mis en balance régulièrement, mais jamais absentes.

Avant d'aborder les coûts d'efficacité des droits fondamentaux, il convient de noter l'évolution de la Cour qui s'améliore dans sa recherche d'une conciliation entre ces exigences d'efficacité et de droits de l'Homme, comme le démontre son jugement dans l'affaire *Mary*

1051 C-438/05 (2007) *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP and Ou Viking Line Eesti*. Dans cette affaire, des employés exercèrent leur droit de grève afin de lutter contre ce qu'ils considéraient être le « dumping social » du fait de l'utilisation de main-d'œuvre estonienne en Finlande au coût estonien.

1052 C-341/05 (2007) *Laval Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*. Au-delà des points spécifiques de la valeur juridique des conventions collectives en cause, cette affaire est proche de *Viking* à la différence près que l'Etat de destination concerné était la Suède et que la liberté concernée était la libre circulation des services.

1053 C-265/95 (1997) *Commission v. France*. Voir note de bas de page 167.

*Carpenter*¹⁰⁵⁴. Dans son arrêt, la Cour a précisé que les restrictions concernant les libertés économiques, imposées par les Etats Membres, ne sauraient être incompatibles avec les droits fondamentaux protégés par l'UE, sous peine d'illégalité de la restriction nationale vis-à-vis du droit européen. Cette décision rappelle et confirme *ERT* avec davantage de force. Néanmoins, on ne saurait ne pas voir dans cet arrêt l'instrumentalisation¹⁰⁵⁵ qui est faite, par la Cour, du droit fondamental au respect de la vie de famille au bénéfice de l'extension de la liberté de circulation des services. Autrement dit, ces deux libertés ne se confrontent pas dans le raisonnement de la Cour, mais plutôt sont complémentaires car la Cour utilise l'argument de la protection de la vie de famille comme argument additionnel à son argumentation principale consistant à étendre sa protection d'une liberté économique. En cela, c'est bien l'obstruction faite à la liberté de circulation des services qui permet la protection de la vie de famille et non l'inverse (si aucun élément d'extra-territorialité n'avait été présent, le droit à la protection de la vie de famille n'aurait pu être, ne serait-ce, défendu et encore moins protégé)¹⁰⁵⁶.

1054 C-60/00 (2003) *Carpenter v. Secretary of State for Home Department*, I-6279. Une philippine se maria à un britannique qui, pour des raisons professionnelles, voyageait régulièrement dans d'autres Etats Membres de l'UE. Sans titre de séjour permanent, l'épouse s'est vu refuser sa demande pour en obtenir un et s'est vu exiger l'obligation de quitter le territoire. Devant la CJUE, la requérante plaida que cette décision violait la liberté de son mari de fournir et recevoir des services d'autres Etats Membres, car elle s'occupait des enfants de la première femme de celui-ci pendant qu'il voyageait. La Cour jugea en faveur de Mme Carpenter, en considérant que cette expulsion aurait des conséquences néfastes sur la possibilité, pour le mari, de jouir de sa libre prestation de services. Cette expulsion serait une violation du droit à la vie de famille de la requérante, comme il est inscrit dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

1055 Voir Tinière (2008 : 110-117).

1056 Voir également C-413/99 (2002) *Baumbast and R v. Secretary of State for Home Department*, I-7091 ; C-109/01 (2001) *Secretary of State for the Home Department v. Akrich* ; C-71/02 (2004) *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH v. Troostwijk GmbH*.

Concernant, également, la dimension des droits fondamentaux de l'arrêt *Kadi*¹⁰⁵⁷, les commentaires divergent avec De Burca (2009), considérant que cette dimension est secondaire et mineure, tandis que Isiksel (2010) considère que *Kadi* « *raises the prospect of a new constitutional primacy for fundamental rights that exceeds their provision statu as ad hoc constraints on the core project of economic integration* »¹⁰⁵⁸. Avant de discuter de l'importance de *Kadi*, il convient de remarquer dans la vision de Isiksel que les droits fondamentaux sont analysés de façon très similaires à notre approche, c'est-à-dire en appréhendant les droits fondamentaux comme contraintes dans la réalisation de la politique économique (judiciaire) de l'UE. *Kadi* constitue, sans aucun doute, une protection améliorée des droits fondamentaux par la CJUE dans sa conciliation avec des considérations économiques, comme le relève la comparaison de *Kadi* avec l'arrêt *Centro-Com*¹⁰⁵⁹. Isiksel (2010 : 573) affirme justement que *Kadi* semble démontrer que la « *court now appears to contrue human rights, rather than market freedoms, as occupying the top rung of the supranational hierarchy of norms. In other words, Kadi strongly suggests a paradigm shift towards a supranational constitutionalism grounded not in the ideal of economic prosperity, but basic rights protection* ». Cependant, la Cour a également (et malheureusement)

1057 Affaires jointes C-402/05 et 415/05 P (2008) *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*.

1058 Isiksel (2010 : 570) écrit qu'avec l'arrêt *Kadi*, « *the ECJ's civil disobedience approach in Kadi may undermine its own authority vis-a-vis national courts. At the very last, the ECJ has shown by its example that it is acceptable for a court to remedy extreme denials of justice in another legal system by taking the law into its own hands* ». Le fait que la CJUE ignore l'ordre juridique international, au profit de la protection européenne des droits fondamentaux, si cela peut plaire aux cours nationales dans un premier temps, il n'en est pas moins sûr que cette émancipation se retourne contre la CJUE, par la même « désobéissance civile » des cours nationales, cette fois, vis-à-vis de la CJUE.

1059 C-124/95 (1997) *The Queen ex parte Centro-Com Srl v HM Treasury and the Bank of England*, I-114

souligné que les droits et libertés fondamentales peuvent se voir limités pour des questions de politiques sécuritaires¹⁰⁶⁰.

Quoiqu'il en soit, en décidant *Kadi*, la CJUE a, par la censure d'une décision du Tribunal¹⁰⁶¹, restauré l'approche traditionnelle de la Cour quant au contrôle juridictionnel du droit européen à la lumière des droits fondamentaux¹⁰⁶² (Kunoy et Dawes 2009 :76). Néanmoins, il convient de ne pas sous-estimer la symbolique de *Kadi*, en cela que la Cour place son jugement sur un terrain similaire à celui des premiers grands arrêts fondateurs du constitutionnalisme européen (à savoir *Van Gend en Loos* et *Costa contre ENEL*). En effet, la Cour assimila explicitement l'ordre juridique européen à tout autre ordre juridique interne, et opéra une distinction entre les dérogations aux libertés économiques, tolérées exceptionnellement, à la faveur d'obligations internationales (conformément aux Articles 351 et 347 du TFUE) et des droits de l'Homme (inscrit à l'Article 6 TUE) (Ziegler 2009). Si *Kadi* a véritablement mis en balance le curseur de la Cour en faveur de davantage de protection des droits sur d'autres considérations légitimes, ceci est d'autant plus notable que, comme l'affirment De Londras et Kingston (2010 : 373), « *prior to Kadi, such a « right-based » approach*

1060 Voir § 342-344 et §363. Cette acception tacite est inopportune car la liberté ne se négocie pas pour davantage de sécurité mais s'accorde lorsque liberté et sécurités sont assurément garanties. Ainsi, la Cour s'éloigne de l'idéal de Liberté tel que décrit par Benjamin Franklin lorsque celui-ci écrivait « *Those who would give up essentia liberty to purchase a little temporary safety, deserve neither Liberty nor Safety* » dans *An Historical Review of the Constitution and Government of Pennsylvania*. (1759).

1061 T-315/01 (2005) *Kadi v. Council and Commission*, II-3549 où le Tribunal se déclara incompétent pour exercer un contrôle juridictionnel d'un Règlement européen, transposant une Résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies, contestée par les plaignants, pour bafouer les droits fondamentaux. Le Tribunal affirma, en substance, qu'une violation des droits fondamentaux ne saurait remettre en cause l'effectivité et la nécessaire primauté des Résolutions du Conseil de Sécurité dans l'ordre juridique européen.

1062 Cette approche traditionnelle consiste pour le juge européen à exercer un contrôle juridictionnel à la lumière du seul droit européen. Voir C-11/70 (1970) *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreideund Futtermittel*, 1125.

appeared to reach its limits where the EU courts were asked to review (Council of Security's) measures for compliance with fundamental rights norms ».

c. Droits fondamentaux comme contraintes à l'efficience économique

Les droits fondamentaux sont des attributs des sociétés ayant adopté des formes démocratiques de gouvernements plus ou moins poussés. En effet, si la notion même de démocratie recouvre une multitude de situations (démocratie comme majoritarisme, démocratie comme processus de débat contradictoire au sein et en dehors des institutions, démocratie comme minoritarisme ou protection des minorités et des individus...), la dimension individualiste de la démocratie est fondamentale à l'émergence par la suite d'institutions démocratiques (vote majoritaire par des élus du peuple).

La protection de droits et libertés fondamentales peut ainsi être appréhendée comme étant l'étape nécessaire, mais non suffisante, à l'instauration d'un régime démocratique. En effet, la protection de la dignité humaine des individus, de leurs libertés individuelles et de leur propriété est requise pour que la prise de décision au sein des institutions devienne démocratique. Il n'y a d'intérêt pour un régime démocratique que lorsque celui-ci préserve et garantit mieux les libertés fondamentales des individus que ne peut le faire un régime autoritaire¹⁰⁶³.

1063 Cette idée fondamentale de la conception modérée des droits de l'homme trouve son origine dans la formulation expresse, inscrite à l'article II, de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 affirmant que « le but de toute

En cela, il convient de préciser que le processus démocratique désigne ici, non pas le processus d'adoption de normes par le vote à la majorité, mais la dynamique évolutionnaire consistant à faire émerger des droits de l'Homme avant que ceux-ci ne soient « constitutionnalisés »¹⁰⁶⁴ au niveau institutionnel. Ainsi, nous utiliserons les termes « droits fondamentaux » et « démocratie » de façon interchangeable car tous deux participent au même processus démocratique avec, chronologiquement, l'émergence de droits fondamentaux suivis par l'instauration d'un régime démocratique (et enfin, parfois, l'émergence de droits sociaux dits « fondamentaux » avec pour finalité extrême l'instauration d'une « Démocratie Populaire »¹⁰⁶⁵). L'augmentation du niveau de vie conduit ainsi à l'amélioration de la protection des libertés politiques (Barro 1999).

Or, ces droits fondamentaux issus d'un idéal démocratique ne sont pas nécessairement source d'efficacité. Ainsi, cette section analysera les preuves empiriques appuyant l'idée selon laquelle la démocratie et les droits fondamentaux sont sources d'inefficacité économique, avant de confronter cette analyse empirique à la réticence, démontrée plus haut, de la CJUE à adopter pleinement une justice des droits fondamentaux. Cette malheureuse réticence de la Cour, vis-à-vis d'une justice des droits, renforce l'hypothèse de sa focalisation excessive par la Cour sur l'autre

association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ».

1064 Hayek (1945 : Part I).

1065 L'abandon de l'individualisme normative, intrinsèque à l'émergence des droits fondamentaux, est cardinal dans la première phase de protection des droits fondamentaux, ensuite nuancé par l'instauration d'une démocratie pour le bon fonctionnement de ces nouvelles institutions, et enfin menacé par la collectivisation rampante de la société rendue possible par la proclamation de droits sociaux. Cette chronologie du développement explique l'arrivée de démocraties libérales à partir de régimes autoritaires, avant que certaines de ces démocraties libérales ne deviennent des démocraties populaires (ou « socialistes »). Cette explication est plus connue sous le nom d'« hypothèse de Lipset ». Voir Lipset (1959).

considération majeure pour le rendu de la justice, à savoir rendre une justice de l'efficacité. La section suivante analysera cette focalisation excessive en arguant de la nécessaire conciliation, par la CJUE, des préoccupations de type d'efficacité et celles relevant de la protection de droits de nature démocratique.

Bien que les libertés économiques et les libertés politiques se renforcent mutuellement (Friedman 1962), et que les pays riches ont davantage de chance d'être démocratiques (Helliwell 1994), cela ne signifie pas que le processus démocratique soit source de richesses, mais plutôt que la causalité soit inverse : la croissance économique issue d'une meilleure efficacité dans l'allocation des ressources¹⁰⁶⁶ engendre le processus démocratique (Helliwell 1994 : 244). Ce constat empirique (issu de l'observation de l'histoire économique de dizaines de pays) est, qui plus est, renforcé par l'autre constat majeur tenant à la plus grande croissance économique de pays moins riches (Helliwell 1994 : 244 ; Barro 1996 : 3).

Ce constat est l'apport majeur du travail de Barro (1996). Cet auteur a démontré de façon convaincante que, non seulement, les pays moins riches ont tendance à être non démocratiques, mais que cette situation ne les empêchait pas d'enregistrer des taux de croissance supérieurs aux pays riches et démocratiques. Ainsi, concomitante à l'émergence d'un régime démocratique se trouve la réduction inversement proportionnée des taux de croissance du pays concerné. La corrélation entre croissance économique et libertés politiques (démocratie) n'est pas sans ambiguïté car, si la croissance économique est facilitée avec la démocratie, ce n'est pas tellement à cause de l'existence même de la démocratie, mais davantage du fait du renforcement de l'Etat de droit (Barro 1996 : 13 ; Scully 1988). De plus, cette ambiguïté est accentuée par les effets différents produits par la démocratie selon le stade de développement économique :

1066 Scully (1988 : 659) affirmant que croissance économique et efficacité sont liées.

« [I]n the worst dictatorships, an increase in political rights might be growth enhancing because of the benefit from limitations on governmental power. But in places that have already achieved a moderate amount of democracy, a further increase in political rights might impair growth because of the intensified concern with income redistribution¹⁰⁶⁷».

Les résultats empiriques de Barro (1996a) démontrent qu'il existe une relation non-linéaire entre les libertés politiques et la croissance économique¹⁰⁶⁸. En effet, dans un premier temps où le développement économique est fragile, davantage de libertés politiques accroît la croissance économique. Ces premières libertés accordées sont souvent des libertés protégeant l'Etat de droit telles que le droit de propriété, le respect des contrats... Ensuite, dans un second temps où le développement économique est plus avancé, davantage de libertés politiques ralentissent la croissance économique car ces libertés sont, soit des libertés concernant la participation populaire au pouvoir (tendant à la redistribution des richesses), soit des libertés fondamentales protégeant des droits inaliénables (tendant à s'opposer à la seule maximisation des richesses matérielles). Ainsi, une courbe en « U inversé » apparaît traduisant l'augmentation de la croissance économique avec l'introduction des premiers droits fondamentaux (tels que la propriété, la sécurité et la libre entreprise), avant que ne soit observée une réduction de la croissance économique avec l'introduction de nouveaux droits (droits sociaux et droit à l'égalité matérielle)¹⁰⁶⁹. C'est ce qui amène Barro (1996a : 25) à conclure que :

1067 Barro (1996a : 14).

1068 Résultats confirmés notamment par Tavares et Wacziarg (2001).

1069 Voir Barro (1996b : Figure 13).

« Political freedom emerges as a sort of luxury good. Rich places consume more democracy because this good is desirable for its own sake and even though the increased political freedom may have a small adverse effect on growth. Basically, rich countries can afford the reduced rate of economic progress ».

Au-delà de l'analyse fondamentale, consistant à décrire les libertés politiques comme des biens de luxe que les gouvernements peuvent s'offrir seulement lorsqu'un niveau de développement élevé a été atteint, il convient de noter que l'éthique déontologique de ces libertés politiques (« *for its own sake* ») est très clairement soulignée, implicitement en opposition à l'éthique conséquentialiste d'une recherche de la maximisation de l'efficacité économique.

Cette nécessité de protection des libertés politiques et droits fondamentaux des individus, émergeant tardivement, est parfaitement illustrée par le développement européen des droits fondamentaux de l'UE. En effet, ceux-ci sont, non seulement retardés par la CJUE qui se résigne à des déclarations de principes affichant son attachement aux droits fondamentaux, sans pour autant en garantir une protection très élevée¹⁰⁷⁰, mais également par l'imposition tardive par le législateur et constituant européen de textes assimilables à une « *Bill of Rights* » de l'UE. Ainsi, le véritable texte d'importance sera la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE adoptée, précisément, par une justification de temps dans le développement économique de l'UE. L'objectif affiché de l'adoption de cette Charte était la protection des efforts faits en faveur de l'émergence d'une « Europe des citoyens », comme le recommandait en 1999 le Comité des Sages formé au Conseil Européen de Tampere de 1999. De plus, cette Europe des citoyens permettait d'asseoir la légitimité des institutions européennes et de l'UE en général (De Burca 1996), comme le démontre la déclaration du Conseil Européen de Cologne de Juin 1999 dans laquelle il est dit que :

1070 Voir de Burca (1996) évoquant, de la part de la Cour, que ce « *rights discourse is empty rhetoric* ».

« The protection of fundamental rights is a founding principle of the Union and an indispensable prerequisite for her legitimacy (...) There appears to be a need, at the present stage of the Union's development; to establish a Charter of fundamental right in order to make their overriding importance and relevance more visible to the Union's citizens ».

La chronologie du développement des libertés économiques et des libertés politiques, décrite ici, peut aisément être transposée au cadre de l'UE et plus particulièrement à l'évolution du raisonnement judiciaire de la CJUE. En effet, la Cour s'est initialement focalisée sur les libertés économiques traduisant ainsi une justice de l'efficacité. Cette période conduisit à la forte réticence exprimée par la Cour à l'égard des libertés fondamentales qui n'ont pu s'imposer, nous l'avons vu plus haut, que par des contraintes externes à la CJUE. En parallèle, la Cour continua d'invoquer, de façon croissante, des arguments d'efficacité avec une apogée se situant au moment de l'adoption de l'Acte Unique Européen en 1986. Cette justice de l'efficacité fut effective car l'environnement concurrentiel et la jouissance des libertés économiques ont été renforcés dans des économies déjà industrialisées et, dont certaines d'entre elles, figuraient parmi les puissances économiques mondiales. Ainsi, alors que les libertés économiques atteignirent une protection quasi-maximale dans les années 90 et 2000, une évolution parallèle se manifesta. Cette évolution concerne précisément, et conformément à l'hypothèse « Lipset », la consécration constitutionnelle et législative de droits et libertés fondamentales d'ordre politique, résultant naturellement du renforcement des libertés économiques. De façon quasi-mécanique, si les taux de croissance des économies européennes, enregistrés de 1957 jusqu'à 1986, étaient relativement élevés, ceux-ci diminuèrent dans les deux décennies suivantes du fait, notamment, de l'importance prise par la protection de libertés politiques restreignant la croissance, conformément aux prédictions de Barro. Même si les taux de croissance ne s'expliquent pas seulement par l'influence des institutions

européennes¹⁰⁷¹, l'évolution progressive d'institutions mues par l'efficacité et une jurisprudence préoccupée par l'efficacité vers des institutions davantage politiques et une jurisprudence insérant véritablement les droits fondamentaux comme fondement du droit, conduisit l'UE à accéder à un stade de développement prédit par Barro. Ce stade est celui de toute économie avancée, caractérisée par des taux de croissance plus faibles (mais plus stables) et davantage de démocratisation des institutions et du droit.

d. Une jurisprudence contrainte : mise en balance des libertés économiques et des libertés politiques

La jurisprudence européenne met en balance l'efficacité économique et le respect des droits fondamentaux dans ce qui s'apparente être conforme à ce qu'Alexy appelle « la loi de la mise en balance »¹⁰⁷². Cette nécessaire mise en balance est illustrée, notamment, par l'arrêt

1071 Ainsi, les Trentes Glorieuses dues à l'économie de reconstruction, suivie par la crise des États-Providence sont un facteur déterminant sur les économies nationales. Cependant, au niveau européen et comme tendance lourde d'une convergence des économies européennes par l'unification européenne, l'évolution du droit et des institutions européennes ne peut être minimisée.

1072 Cette « loi de la mise en balance », décrite par Alexy, est un mode de justification juridique, résumée par Sunstein (2010 : 70) comme telle : « *Law of Balancing, which runs as follows : the greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other* ». Ainsi, appliqué à notre propos de mise en balance d'une considération conséquentialiste d'efficacité économique, avec une considération déontologique (voire morale) de protection de droits fondamentaux, le juge européen opéra une mise en balance, en s'assurant que la proportion de non-satisfaction du principe

Grogan¹⁰⁷³. Bien que peu claire dans sa formulation juridique (certains considérant que les droits fondamentaux font partie de la liste d'impératifs énoncés dans Cassis de Dijon¹⁰⁷⁴), cette mise en balance s'est progressivement imposée dans le raisonnement judiciaire européen. En effet, elle s'est imposée par la prise en compte, par les juges européens, du fait que, si les droits fondamentaux pouvaient à court terme être source de perte d'efficacité économique par l'accroissement des coûts de transactions et donc ainsi de l'efficacité allocative, il n'en demeure pas moins que ces droits fondamentaux peuvent se concilier avec les libertés économiques. En effet, sur le long terme, l'acceptabilité sociale des changements est accrue, rendant ainsi les libertés économiques comme condition à la protection des droits fondamentaux¹⁰⁷⁵. C'est ce qu'affirme Menendez (2007 : §37) lorsqu'il écrit que « *the effective upholding of the four economic freedoms [...] as a basic precondition for the effective protection of all fundamental rights. This presupposes the claim that in the absence of such a protection, peace and material prosperity is at risk, and with it, political, civic and socioeconomic rights ; or in brief, all rights* ».

A l'opposé, Greer et Williams (2009 : 479) voient l'évolution actuelle de la protection des droits fondamentaux, au sein de l'UE, comme étant une « *precondition focused on the preservation of the institution [the ECJ] rather than the attainment of any other form of justice [...] Respect for human rights remains an ambivalent commitment because it is founded not on an individual or constitutional model of justice* ». Greer et Williams critiquent la protection, par la CJUE, des droits fondamentaux car protégeant l'intérêt

d'efficacité économique est optimalement compensée par une proportion plus grande de satisfaction de la protection des droits fondamentaux. Encore une fois, si le résultat n'est pas efficient au sens de Kaldor-Hicks il n'en demeure pas moins optimal car alliant la nécessaire mise en balance de deux intérêts (souvent) opposés mais fondamentaux.

1073 C-159/90 (1991) *SPUC c/ Grogan*, I-4685.

1074 Voir Morijn (2006 : 38).

1075 Judge Everling (1983) affirme ainsi : « *Gerichte legitimieren sich durch die Qualität ihrer Rechtsprechung* » (« *Courts legitimize themselves through the quality of their jurisprudence of decision-making* »).

« institutionnel » de celle-ci au détriment de l'intérêt « individuel » ou « constitutionnel », et appréhendent l'importance des droits fondamentaux, dans la jurisprudence de la CJUE, dans le bon sens : c'est la condition à la légitimation d'une justice basée sur l'éthique conséquentialiste, et non d'une justice déontologique¹⁰⁷⁶. C'est la légitimation et le renforcement de l'autorité de la CJUE qui est le but de cette protection des droits fondamentaux et non cette légitimation et ce regain d'autorité qui seraient la cause de la protection des droits fondamentaux. En cela, l'argument cité plus haut de Menendez est à renverser dans son lien de causalité.

La nécessaire mise en balance des libertés économiques avec la protection des libertés politiques (ou droits de l'Homme), si elle a évidemment été nécessaire et progressive¹⁰⁷⁷, a été facilitée par ce que Kumm (2010) appelle le « *New human rights paradigm* ». Ce nouveau paradigme dans l'adjudication des droits de l'Homme s'est établi avec *Internationale Handelsgesellschaft* et *Nold*. Ces arrêts opèrent un changement analytique d'une vision légaliste des droits de l'Homme à une vision davantage rationaliste ou rationalisée. En effet, les droits de l'Homme ne sont désormais plus appréhendés comme « *trumps* » (selon la formule de Dworkin), mais progressivement par le biais de la proportionnalité et la mise en balance inhérente à cette proportionnalité (Van den Berghe 2010 : 116). Cette référence à la proportionnalité des droits de l'Homme, au niveau européen, est déjà présente dans les conclusions de l'Avocat Général Dutheillet de Lamotte pour l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, lorsque celui-ci affirme que les individus ne devraient pas voir

1076 Cette éthique déontologique est essentiellement une éthique Kantienne (Wood 1999) reposant sur l'idée d'impératifs catégoriques où les droits et libertés sont accordés comme des fins en soi, plutôt que comme moyens, en opposition à l'éthique conséquentialiste caractéristique de l'utilitarisme Benthamien (au sens de la maximisation de l'utilité sociale) et Posnerien (au sens de la maximisation de l'efficacité économique).

1077 Voir Tinière (2008 : 334-344).

leurs libertés limitées au-delà de ce qui est nécessaire à la poursuite de l'intérêt général¹⁰⁷⁸. La Cour n'examine pas la nature et la légitimité des droits invoqués, mais plutôt la légitimité des restrictions imposées à ces droits, et censure ces restrictions dès lors qu'elles sont considérées être disproportionnées¹⁰⁷⁹. La Cour utilise le critère de la proportionnalité pour opérer cette mise en balance nécessaire entre la protection d'un droit de l'Homme (liberté politique) et la nécessaire considération portée à la possible perte d'efficacité économique résultant de cette protection (liberté économique). Ainsi, conformément à la pratique usuelle du principe de proportionnalité, une analyse coûts (perte d'efficacité) et bénéfices (jouissance d'un droit fondamental) est implicitement opérée.

Cependant, si le principe de proportionnalité concerne, dans d'autres litiges, la mise en balance des coûts et bénéfices, afin de maximiser au final les bénéfices nets dans ce qui s'apparente être une efficacité à la Kaldor-Hicks, le principe de proportionnalité appliqué au litige des droits de l'Homme implique un nouveau type de mise en balance économiquement rationnel mais moins restrictif que la simple efficacité de Kaldor-Hicks. En effet, il s'agit désormais de mettre en balance les coûts, qui sont constitués des pertes d'efficacité (les bénéfices nets non pourvus), avec les bénéfices, qui sont constitués de la jouissance même d'un droit fondamental (l'utilité subjective dérivée de cette jouissance). Ainsi, la mise en balance ne débouche pas sur une efficacité à la Kaldor-Hicks (car c'est précisément ce qui est initialement mis en balance), mais davantage sur un

1078 Conclusions de l'Avocat Général Dutheillet de Lamotte du 2 Décembre 1973 pour l'affaire C-11/70 (1970), *Internationale Handelsgesellschaft*, 1140.

1079 En effet, Kumm (2010 : 109) considère que : « *The Court does not generally spend a great deal of time addressing the question whether a particular restriction infringes on a right, nor does it waste time classifying the interest [...]. Its focus of analysis is on the justification of whatever infringement has taken place. If an infringement of a right can be justified, there is ultimately no violation of the right* ». Concernant l'importance de la justification dans l'adjudication supranationale des droits de l'Homme, voir De Burca et Gerstenberg (2006).

optimum social où efficacité et acceptabilité déontologique sont conjugués. Il ne s'agit plus, dès lors, de maximiser l'efficacité économique mais plutôt d'atteindre cet optimum social permettant de protéger la stabilité sociale, en favorisant l'acceptabilité et la légitimité de la solution adoptée, tout en assurant une amélioration (ou au moins une indifférence) quant à l'efficacité économique¹⁰⁸⁰.

i) Légitimation et autorité judiciaire : justice de l'efficacité et justice des droits combinées au sein d'une justice universelle

La vision de la CJUE comme un « acteur stratégique » (Mattli et Slaughter 1998 : 253) s'est généralisée. Cette vision est le point de départ de l'analyse, par les contraintes, qui est essentielle au constitutionnalisme libéral que nous proposons de conceptualiser¹⁰⁸¹. Bien que la primauté du droit européen fasse partie des fondements « constitutionnels » de l'UE et reconnue comme telle par la CJUE, il n'en demeure pas moins que cette primauté est sans cesse menacée (au premier rang par la cour constitutionnelle allemande), d'où la nécessité pour la CJUE d'accroître sa légitimité par les

1080 Dans le même sens, Alter (1998 : 227) affirme que « *legal integration is not simply the issuing of legal decisions which create new doctrine, but more importantly the acceptance of this jurisprudence within national legal systems and by national politicians* ».

1081 D'ailleurs, Mattli et Slaughter (1998 : 255-257) sont proches de cette analyse par les contraintes lorsqu'ils prennent en considération l'importance de celles-ci dans l'étude d'acteurs institutionnels tels que la CJUE : « *[W]hat is needed is a more nuanced specification of interests (preferences) of the actors involved in the process of integration [...] However, a refinement of the specification of the interests is not enough; it must be complemented by a careful study of the constraints that actors face when pursuing their preferences [...] The next generation of scholarship of EC legal integration, as with European integration more generally, will require far more nuanced attention to the identification of both interests and constraints* ».

droits fondamentaux de sa jurisprudence¹⁰⁸² afin que soit reconnue son autorité (Greer et Williams 2009 : 479 ; Schimmelfennig 2006 : 1251). L'analyse jurisprudentielle de l'émergence et de l'adjudication des droits fondamentaux de l'UE démontre ainsi que, loin de l'image de « mythe », où les juges européens auraient volontairement endossé cette rhétorique, des contraintes sont exercées par des sources aussi diverses que les cours nationales et supranationales, ainsi que le législateur et constituant européens.

Ainsi, « *the [national supreme] courts tend to recognize the privileged position of Community law, not by virtue of the inherent nature of Community law, as the Court of Justice would have it, but under authority of their own legal order* », affirme De Witte (1991 : 4). Cette menace persistante, exercée par les cours nationales à l'égard de la CJUE, en ce qui concerne la contestation de la primauté du droit européen en cas d'une absence de protection élevée des droits fondamentaux, conduit la CJUE à appréhender cette menace comme une contrainte externe¹⁰⁸³.

Cette contrainte d'ordre externe force ainsi la CJUE à modifier sa jurisprudence, afin que l'objectif d'efficience économique, qu'elle s'est continuellement fixée, soit mis en balance avec la nécessité de respecter les droits fondamentaux. Par conséquent, la politique économique de la CJUE, exprimée par sa jurisprudence, se trouve modifiée. Si la CJUE a participé à la juridiciarisation du processus de politique économique européenne comme l'affirme légitimement Dehousse (1998), alors les cours nationales ont participé, il est tout autant légitimement possible de l'affirmer, à la modification de cette juridiciarisation aux fins d'adopter une approche davantage

1082 Après tout, comme l'affirme Mestmäcker (1994 : 619), la légitimité du droit et de la jurisprudence européenne vient, non pas des Etats Membres, mais plutôt des droits des individus (que ce soit des droits économiques ou fondamentaux) exercés contre la puissance publique.

1083 Schimmelfennig (1996 : 1262) conclut son analyse politique de la jurisprudence européenne des droits fondamentaux en affirmant que « *the ECJ was pressurized into accepting human rights and constitutional review as standards of legitimacy for the EC* ».

optimale, socialement, d'un point de vue de l'acceptabilité, mais économiquement moins efficiente que ce qu'auraient été les choix de politique judiciaire de la CJUE, si ceux-ci avaient été libres de toute contrainte.

Il est ainsi vrai, comme l'affirme Douglas-Scott (2002 : 9), que « *the protection of rights stands in the way of an over-deference to pragmatic considerations, such as economic efficiency* ». L'éthique déontologique des droits fondamentaux s'oppose alors au pragmatisme conséquentialiste de l'efficience économique et le juge européen se doit de concilier ces deux exigences, une conciliation rendue impérative sous peine de menacer sa propre autorité judiciaire aux yeux des juges nationaux.

ii) Justice universelle et politique économique judiciaire européenne

Il y a besoin d'une protection renforcée des droits fondamentaux par la CJUE, non pas comme instruments au service de l'efficience économique et de la seule logique correspondante d'intégration, mais comme fin en soi d'ordre déontologique¹⁰⁸⁴. Ceci ferait départir le raisonnement judiciaire européen d'une stricte logique d'efficience en faveur d'une approche plus pragmatique de conciliation améliorée d'efficience et d'impérativité des droits. Cette approche davantage pragmatique, incluant dans le délivré d'une justice des droits des considérations économiques et *a contrario* dans le délivré d'une justice d'efficience des considérations de droits fondamentaux, est recommandable.

1084 Petersmann (2003 : 410) résume cette difficulté de combiner justice de l'efficience et la justice des droits, en affirmant que « *values and policies must be legitimized through individual consent, equal rights, and democratic procedures rather than only through utilitarian merchants' philosophies of maximizing individual and social « utilities» on the basis of the measuring rod of money and abstract notion of "welfare" and "economic efficiency"* ».

Ainsi, Greer et Williams (2009 : 481) peuvent légitimement affirmer que « *a clear process of adjudication privileging human rights as constructs of justice, rather than facilitators of integration alone, is also required. In other words, there needs to be a real sense of human rights operating as the conscience of Europe* ». En effet, la primauté (si ce n'est l'exclusivité) de la préoccupation d'efficacité, dans le raisonnement judiciaire européen, serait non satisfaisante et potentiellement dangereuse en ce qui concerne la protection de valeurs aussi fondamentales, telles que la liberté individuelle, l'égalité des droits et la dignité humaine.

Cette nuance, apportée à l'importance d'une justice de l'efficacité, ne doit pas nécessairement être comprise comme signifiant l'inopportunité d'une telle justice : cette justice est nécessaire mais non suffisante. Seule une justice de l'efficacité, compatible avec une justice des droits, est à la fois nécessaire et suffisante car alors, la notion aristotélicienne de « justice universelle » est atteinte. Ainsi, nous avons démontré que si les droits de l'Homme agissent habituellement comme des contraintes constitutionnelles sur les pouvoirs exécutifs (Petersman 2003 : 431), en ce qui concerne l'UE, les droits de l'Homme agissent comme des contraintes constitutionnelles sur le pouvoir judiciaire européen en général et sur le raisonnement des juges de la CJUE en particulier. Ces contraintes politiques modifient la jurisprudence économique de la CJUE par les moyens juridiques tels que la jurisprudence ou encore la remise en cause d'une primauté juridique. Ces contraintes se matérialisent par le basculement, encore actuellement timide, vers une justice universelle rendue par la CJUE.

La justice universelle, que nous pensons être nécessaire dans la jurisprudence de la CJUE, fait référence à la notion Aristotélicienne dans laquelle la justice universelle englobe, à la fois, la justice correctrice et commutative (ce que nous appelons « justice de l'efficacité ») et justice distributive (ce qui s'apparente davantage, dans notre propos, à la justice déontologique des droits). Il y a un besoin de reformuler la justice de la CJUE, à l'aune de cette justice universelle, où les droits fondamentaux et la justice de l'efficacité sont, non pas, simplement mis en balance comme

c'est actuellement le cas, mais davantage comme étant les deux côtés d'une même pièce qui serait la monnaie de cette justice universelle¹⁰⁸⁵.

Rendre la justice européenne serait alors le mariage naturel entre préoccupations conséquentialistes et préoccupations déontologiques, sans qu'une mise en balance, impliquant la conciliation imprévisible et artificielle de ces préoccupations, ne soit plus nécessaire. En effet, « *the search for an effective unifying constitutional model is paramount if justice is to be done to human rights in Europe* » affirment Greer et Williams (2009 : 481). Ce cadre unifié est cette justice universelle, contrariant la tendance initiale de la CJUE à la justice de l'efficacité, et remet en cause les croyances des acteurs institutionnels portés sur la justice des droits.

Quoiqu'il en soit, une approche modérée et pragmatique est la seule voie pour accéder à cette justice universelle où les conflits de revendications de natures différentes (efficacité et droits) sont arbitrés en minimisant les litiges, et ainsi, accroissent l'acceptabilité sociale. Ainsi, la mise en balance, entre droits fondamentaux et efficacité économique dérivée de la minimisation des coûts de transactions dans les échanges au sein du Marché Intérieur, est opérée dans un langage connoté péjorativement concernant la protection des droits fondamentaux. En effet, Brown (2003) précise que :

« Using the language of prima facie breach or restriction of [a common market freedom] suggests that, even if the restriction is ultimately justified, it remains something which is at heart “wrong”, but

1085 Il est vrai que la Cour a, par la reconnaissance même des droits fondamentaux, participé à allier cette justice de l'efficacité à la justice des droits comme le souligne d'ailleurs Schimmelfennig qui appréhende la jurisprudence européenne dans une conception proche de la nôtre. Ainsi, cet auteur affirme que l'affaire Stauder (évoquée plus haut) « *marked the Court's first attempt to establish itself as a rights-protecting constitutional court on a par with national constitutional courts, thereby countering the salience arguments of national courts, protecting the autonomy of the Community legal system from national constitutional review, and adding legitimacy to the efficiency-based claim for supremacy of EC law* ».

tolerated. This sits rather uneasily with the State's usually paramount constitutional obligation to protect [fundamental] rights ».

Aussi, les plaintes concernant les droits fondamentaux sont étudiées comme étant des dérogations aux politiques publiques menées, et non comme étant des restrictions économiques¹⁰⁸⁶. Cette nature dérogatoire, accordée à la protection des droits fondamentaux, ne saurait être satisfaisante car elle considère exclusivement la nécessaire protection des droits fondamentaux sous l'angle de l'accroissement de coûts de transactions, soit au sein de l'échange transfrontalier, soit comme coût supplémentaire à la mise en place de certaines politiques publiques. La place secondaire, accordée par la Cour aux droits fondamentaux, peut être expliquée par l'influence française du Conseil Constitutionnel : les droits fondamentaux de l'UE ont été appréhendés, comme le sont les droits fondamentaux français, c'est-à-dire comme des principes généraux de droit plutôt que comme des dispositions de droit positif contraignantes de façon non ambiguë (De Witte 1999 : 864). La traduction concrète de ces droits fondamentaux, assimilés à des principes généraux, conduit dès lors à la profusion d'une jurisprudence complexe, voire contradictoire et incertaine, plutôt que vers la confirmation absolue de ces droits auprès des citoyens (Von Bogdandy 2000 : 1331).

On le voit, le statut accordé aux droits fondamentaux au sein de l'UE, s'il est formellement et explicitement élevé par les consécutions textuelles et la référence, par la Cour, aux principes fondateurs de l'UE, n'en reste pas moins, dans la pratique, implicitement menacé et dégradé. En

1086 Ainsi, Jacobs (2001 : 336-337) résume en affirmant que « *if a Member State seeks to justify a restriction in the interest of [fundamental] rights [...] then that is to be examined as part of the public policy derogation* ». Ceci est démontré par l'arrêt Omega où, au paragraphe 36, la Cour assimile les droits fondamentaux à de simples règles de politiques publiques pour lesquelles une exception aux libertés économiques est tolérée. Voir Alemanno (2005).

effet, alors que Jacobs (2001 : 336-339) prône l'idée, selon laquelle, une fois que la Cour a accordé une dérogation aux libertés de circulation, une invocation d'une protection des droits fondamentaux, à la dérogation accordée, ne devrait pas être acceptée car la CJUE n'est pas une Cour générale des droits de l'Homme (ce qui est sous-jacent à l'Avis 2/94 de la CJUE). Cette vision est critiquable et est critiquée, notamment par Eeckhout (2002) qui défend l'idée, selon laquelle, toute dérogation invoquée par un Etat Membre implique la nécessité d'inscrire cette dérogation dans le respect des droits fondamentaux. Si la dérogation ne saurait être censurée au nom de ces droits, c'est davantage parce que le respect des droits fondamentaux est inhérent à cette dérogation garantissant les droits fondamentaux plutôt que l'illustration d'une protection écartée des droits fondamentaux dans ce processus dérogatoire :

« [T]he Court should not leave fundamental rights issues in derogation cases undressed [...] [W]here the fundamental rights issues are [...] connected with restriction on cross-border movement, the ECJ should arguably not shy away from the in-depth consideration of the fundamental rights issues¹⁰⁸⁷.

Par la primauté dans la « Constitution Economique Européenne », comme interprétée par les juges européens des considérations d'efficacité sur les considérations de droits, les juges européens opèrent une mise en balance, entre efficacité économique et droits fondamentaux, qui est opposée à celle des constitutions nationales où cette primauté est renversée. La légitimité croissante de la CJUE, aux yeux des juges nationaux et du législateur européen, repose essentiellement sur l'adoption progressive (bien que de façon quasi-forcée) d'une justice des droits par la CJUE. Mais, cette modification existentielle, du point de focus de la jurisprudence européenne, conduit irrémédiablement à une toute autre dé-légitimation qui est celle de la légitimité conséquentialiste par les résultats (*output-legitimacy*) caractérisés par la justice de

1087 Eeckhout (2002 : 978).

l'efficience. Ainsi, un subtil équilibre cohérent et stable doit être trouvé, d'où l'idée de unir les droits fondamentaux et l'efficience économique¹⁰⁸⁸.

Sans cet équilibre trouvé, permettant une matérialisation plus prononcée de l'idée de justice universelle, des conséquences contre-productives, voire néfastes, pourraient émerger. La carence de la protection juridictionnelle européenne des droits et libertés fondamentales à caractère civique et politique, où la philosophie individualiste prédomine, peut, en effet, conduire non pas à la prédominance de l'efficience économique (en tant que valeur antinomique à la valeur de protection absolue des droits fondamentaux¹⁰⁸⁹), mais à une « pseudo-compensation » consistant en un excédent des proclamations politiques (mais pas nécessairement de la protection) visant à la multiplication des droits et libertés dites « fondamentales ».

Ainsi, la carence de la protection juridictionnelle des droits et libertés fondamentales, à caractère civique et politique, conduit à l'émergence de droits sociaux où une philosophie, non plus individualisante mais collectivisante, prédomine, et où la garantie de ces droits suppose l'affaiblissement inversement proportionné des premiers droits d'ordre politique¹⁰⁹⁰. Il existe bel et

1088 Egalement, Von Bogdandy (2000 : 1321) affirme qu'un recentrage, au bénéfice des droits fondamentaux et au détriment de l'efficience de marché, doit prendre place dans le raisonnement judiciaire européen : « *the balance between regulatory policies and individual freedoms should tilt much more in favour of the latter* ». Voir également Petermans (2003 : 433-435) ; De Burca et Gestenberg (2006 : 255).

1089 L'efficience économique est intrinsèquement conséquentialiste comme le confirme la CJUE qui, s'agissant de la protection des libertés économiques et de formation d'un Marché Intérieur, affirme que celle-ci n'ont de valeur que par rapport à leurs fonctions sociales. Voir C-44/94 (1995) *The Queen v. Minister of Agricultural, Fisheries and Food, ex parte National Federation of Fishermen's Organisation and Others*. I-3115.

1090 En effet, les droits sociaux font partie d'une « catégorie secondaire des principes de justice » (Petermans 2003 : 419) et ne peuvent, de par la multiplication des droits inhérents à l'existence de droits sociaux, qu'affaiblir la catégorie principale des principes de justice que sont les droits civiques et politiques protégeant la liberté, la dignité et l'égalité devant la loi.

bien une divisibilité des droits auxquels les individus peuvent prétendre, cette divisibilité se fonde sur la nature même de la philosophie juridique et politique inhérente à chacune de ces catégories de droits. Il s'ensuit que les Chartes Sociales¹⁰⁹¹, ou les teintes socialisantes de Chartes plus générales¹⁰⁹², sont autant d'illustrations de cette agitation politique, quant aux proclamations de droits multiples, comme succédané à la timidité judiciaire d'une protection des droits fondamentaux. Par conséquent, du fait de l'inefficience économique des droits sociaux dits « fondamentaux », mais également et surtout du fait de leur concours à l'affaiblissement généralisé de la protection juridique accordée à l'ensemble des droits de l'Homme, il convient de conclure au caractère néfaste de cette évolution institutionnelle. On le voit, ce dilemme que doit affronter le juge européen est peut-être la clef de sa légitimité¹⁰⁹³, mais également de sa propension à continuer à produire une justice de l'efficience.

Il est vrai que « *basic rights have entered the European legal order as overriding constitutional norms, but have neither been essential nor foundational to the Community's array of functions* » (Isiksel 2010 : 554). Cependant, cette primauté inversée des normes protégeant les droits fondamentaux n'est pas satisfaisante dans l'optique d'un impératif de justice universelle incorporant droits fondamentaux et efficience économique. De là à affirmer que la CJUE ne prend pas les « droits au sérieux », il n'y a qu'un pas¹⁰⁹⁴. Cependant, bien qu'une plus grande attention et protection des droits fondamentaux, par la Cour, soit louable (Jacobs 2001), il convient de souligner que ce changement jurisprudentiel aurait pour effet de modifier l'exercice des pouvoirs entre le juge européen et le législateur

1091 Notamment la Charte Communautaire des Droits Sociaux Fondamentaux de 1989 : http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/104_fr.pdf

1092 Par exemple avec les articles « Solidarité », « Egalité » et « Droits des Citoyens » de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE. Voir O'Leary (2005 : 32).

1093 Gibson et Caldeira (1995).

1094 Voir Coppell et O'Neill (1992), faisant allusion au livre de Dworkin (1977).

européen¹⁰⁹⁵. Ce risque est d'ailleurs peut-être la raison de la réticence des juges européens à opérer ce changement qui serait alors synonyme de trop grande politisation de cette Cour et ainsi, pourrait affaiblir davantage sa légitimité. Cependant, si cette primauté doit être renversée, cela ne doit pas signifier, pour autant, que la conciliation de ces deux valeurs (que sont les droits fondamentaux et l'efficacité économique) doit amener à la remise en cause de l'existence de l'une de ces deux valeurs¹⁰⁹⁶. Ainsi, sans exiger de façon irréaliste et exagérée des « libertés fondamentales sans le marché »¹⁰⁹⁷, il convient de mieux allier la prééminence des droits fondamentaux au sein d'un marché¹⁰⁹⁸, et ce, avec une cohérence des références par la CJUE à la jurisprudence de la CEDH (Petersmann 2003 ; Harpaz 2009 : 109-112). L'alliance des mécanismes distributifs (par l'octroi de droits) avec des mécanismes correctifs (par la fonction de prix produit par le marché) est inhérente à la nécessaire recherche de la justice universelle au sens d'Aristote.

Cet impératif de justice universelle, mariant efficacité économique et droits fondamentaux, à défaut de laquelle la légitimité de la Cour se verrait affaiblie ou l'intervention de l'exécutif dans la

1095 En effet, Von Bogdandy (2000 : 1337-1338) affirme qu'un tel changement « *would tilt the balance of powers within the EU between the judiciary and the political institutions* ». Ainsi, Von Bogdandy s'oppose à un tel changement mais pas à ce qu'une meilleure adjudication des droits fondamentaux de l'UE soit adoptée (« *a more precise handling of human rights with more respect for their core function is desirable* »).

1096 D'ailleurs, la CJUE semble être d'accord avec ce point de vue avec son arrêt C-240/83 (1985) Procureur de la République v. Association de défense des brûleurs d'huiles usagées, 531. Cependant, si la Cour s'accorde à reconnaître la dimension des droits de l'Homme dans certaines préoccupations d'efficacité économique dérivée de la poursuite d'un Marché Intérieur, cela ne signifie pas pour autant que les droits sociaux peuvent, eux aussi, s'accommoder de cette efficacité.

1097 Wollenschlager (2011)

1098 Petersmann (2003 : 407) s'inscrit dans cette logique en approchant une théorie de la justice avec pour point de départ le juste constat qui est le suivant : « *Theories of justice and theories of human rights often neglect to recognize that markets are inevitable consequences of the protection of human rights* ». De Burca (1996) rappelant justement que la fonction intégratrice des droits fondamentaux consiste en sa fonction de légitimation, deux fonctions intrinsèquement liées dans la jurisprudence européenne.

promotion des droits de l'Homme s'accroîtrait¹⁰⁹⁹, pourrait être réalisé en prenant comme point de départ les conclusions de l'Avocat Général Stix-Hackl dans *Oméga*. Ces conclusions sont éclairantes dans la nécessité d'une meilleure conciliation entre libertés économiques et libertés fondamentales. Néanmoins, il convient de préciser un point sur lequel la doctrine n'a pas établi de distinction et qui, pourtant, est fondamental afin d'atteindre cette exigence d'une justice universelle où l'efficacité de la justice correctrice et l'éthique de la justice distributrice sont réunies. Cette distinction concerne, non seulement, le degré de restriction aux libertés économiques « tolérées » pour la protection des droits fondamentaux, mais également, la question de la maximisation de l'efficacité au sein d'une protection élevée des droits fondamentaux. Il s'agit de poser la question : quel acteur invoque les droits fondamentaux et quel acteur subit les pertes d'efficacité ? Lorsque des pertes d'efficacité (par exemple, par l'interdiction de circulation d'un bien ou d'un service) sont créées par la prééminence d'un droit fondamental, les acteurs sur lesquels retombent ces pertes sont, d'une part, les consommateurs du pays de destination et, d'autre part, les producteurs du pays d'origine. En ce qui concerne les droits fondamentaux, il est nécessaire de voir ces droits comme pouvant être invoqués, d'une part, par les individus et, d'autre part, par les Etats agissant « au nom de » ces individus.

Or, cela diffère de nature et en ce qui concerne l'adjudication d'une conciliation entre efficacité économique et droits fondamentaux de poser cette distinction. En effet, si les droits fondamentaux sont invoqués par l'Etat au détriment de l'efficacité économique, alors il est supposé que l'Etat agit en accordance avec les préférences des individus pour lesquels il agit, ce qui n'est pas évident. Mais, il y a, non seulement, un problème d'aléa moral du fait de l'information asymétrique, mais également, un risque que l'Etat agisse en protégeant ses intérêts (selon l'école

1099 Notamment par cette idée peu attirante d'une « *EU Human Rights policy* » qui a été avancée par Alston et Weiler (1999), avant d'être critiquée de façon magistrale par Von Bogdandy (2000 : 1309-1320).

des choix publics) plutôt que les intérêts des individus pour lesquels il agit. Alors, il ne peut être écarté le risque non négligeable d'une action de l'Etat entreprise en divergence (voire en contradiction) avec les préférences des individus. A l'opposé, si les droits fondamentaux sont invoqués par les individus au détriment de l'efficacité économique, alors il peut légitimement être supposé que les individus savent au mieux ce que ces droits représentent dans leurs interactions, et ainsi savent au mieux déceler ce que constitue une violation de ces droits. Dans le cas où une violation des droits fondamentaux des individus serait invoquée, les individus iraient devant le juge afin de faire prévaloir leurs revendications pour faire primer ces droits par rapport à des seules considérations d'efficacité économique.

Par conséquent, il est aisé de voir que dans la seconde situation, celle où les droits sont invoqués par les individus eux-mêmes contre une préoccupation d'efficacité, la solution est davantage optimale que la première situation. En effet, si les droits sont certainement protégés, de façon appropriée, par l'intervention des individus devant le prétoire (maximisant ainsi la justice distributive du fait de l'absence d'asymétrie d'information quant à cette protection), l'efficacité économique sera mise en balance par le juge, selon le principe de proportionnalité afin de réduire les pertes excessives d'efficacité (minimisation des coûts). Cette situation est supérieure à la première dans laquelle les droits sont protégés de façon incertaine (quel est le niveau de risque de divergence dans les revendications exprimées par l'Etat agissant au nom des individus et les revendications que ceux auraient exprimés s'ils avaient eu à se présenter devant le juge ?). De plus, l'efficacité est potentiellement réduite de façon disproportionnée (accroissement des coûts car absence de mise en balance des droits fondamentaux avec l'efficacité économique).

En termes d'analyse coûts-bénéfices, les coûts d'efficacité sont supportés pour des bénéfices incertains dans la seconde situation, tandis que les bénéfices sont assurés et les coûts minimisés dans la première situation. Or, la première situation est caractéristique de l'arrêt *Omega*. En effet, dans cette affaire, comme il l'a été détaillé précédemment, c'est l'Etat allemand qui

allègue une violation potentielle de la dignité humaine des individus par l'importation d'un jeu de lasers. L'incertitude est double car, non seulement, les individus ne se sont pas exprimés et n'ont pas intenté d'actions, mais surtout, cette possibilité est rendue elle-même impossible car le produit a été arrêté à la frontière, et ce, avec l'aval de la Cour. Cette situation diffère radicalement de l'autre situation évoquée, qui aurait été celle où les individus argueraient d'une violation de la dignité humaine, soit contre l'Etat Membre ou les institutions européennes, soit contre d'autres individus. Dans ce cas là, il n'y aurait aucune incertitude quant à la nécessité de faire valoir le droit à la protection de la dignité humaine, et ainsi les individus n'auraient pas à avancer, comme l'a fait l'Allemagne, que leur conception de la dignité humaine diffère de celles d'autres individus puisqu'évidemment cette relation est subjective¹¹⁰⁰. Ainsi, l'Allemagne n'aurait pas eu à prétendre qu'il existe deux conceptions différentes de la dignité humaine entre l'Angleterre et l'Allemagne (argument peu convaincant) et, au lieu de cela, les individus auraient avancé qu'il existe autant de conceptions de la dignité humaine qu'il y a d'individus (argument davantage convaincant).

En conséquence, lorsque c'est l'Etat qui s'arroge le pouvoir de défendre les droits fondamentaux des individus à leur place contre une liberté économique, non seulement le résultat judiciaire est sous-optimal, comme nous l'avons évoqué plus haut, mais également un soupçon de protectionnisme économique s'installe¹¹⁰¹. Or, en l'espèce, ce soupçon est d'autant plus fort que

1100 Cependant, les actions intentées par les individus sont quantitativement moins importantes que celles intentées par les acteurs institutionnels, peut-être du fait précisément de l'interventionnisme important des Etats. Voir Deal (2006 : 375).

1101 Au-delà de l'affaire Omega, une autre décision d'importance, où l'Etat Membre a défendu les droits fondamentaux à des fins déguisées de protectionnisme, est l'affaire C-265/95 (1997) Commission v. France où la France invoqua la protection du droit de grève pour justifier sa carence coupable à ne pas empêcher l'obstruction de l'importation de fraises d'Espagne. Mais, alors que dans l'affaire Omega l'Etat Membre a eu gain de cause, la Cour a condamné la France dans cette affaire. La différence de solutions peut s'expliquer, non seulement, par le droit protégé (la dignité humaine, qui est un droit d'ordre politique, et

l'expression de l'Etat se fait contre l'importation d'un service non national au nom d'une protection d'un droit fondamental des individus, que ceux-ci n'ont pas voulu (ni pu) défendre. Alors, la perte d'efficacité économique est avérée et les bénéfices escomptés (en termes de non violation de la dignité humaine) ne sont pas assurés. A l'opposé, si la Cour avait autorisé ce produit à être commercialisé en Allemagne, alors l'efficacité économique aurait été préservée sans mise en balance avec les droits fondamentaux en l'absence de plainte formulée par les individus concernés, ou avec mise en balance, le cas échéant, avec l'exigence particulière de plaignants s'opposant à ce produit car violant de façon certaine leur dignité humaine ou tout autre droit fondamental.

Par conséquent, plus qu'une primauté renversée où les droits fondamentaux primeraient contre l'efficacité économique, il convient pour la Cour d'allier droits fondamentaux et efficacité économique. Cette nécessité est approchée autour de deux axes principaux : (i) la préservation d'une efficacité économique pleine et entière tant que la violation alléguée par des individus, de leurs droits fondamentaux, n'est pas avancée, auquel cas, une mise en balance devra naturellement s'opérer de façon *a posteriori* et *in concreto* (caractéristique de l'acte même de juger), plutôt que de façon *a priori* et *in abstracto* (caractéristique de l'acte de légiférer) ; (ii) la nécessaire distinction (et donc différence de statuts) entre, les violations alléguées par les Etats au nom des individus, et les violations alléguées par les individus eux-mêmes. Ces deux axes d'analyse sont le point de départ d'une meilleure reformulation du raisonnement judiciaire européen, concernant le mariage des préoccupations d'efficacité économique et des préoccupations de droits fondamentaux, à la lumière du constitutionnalisme libéral évoqué en Introduction. En cela, Isiksel (2010 : 574) affirme justement que :

non le droit de grève, qui est un droit social) mais aussi par le temps (Omega est décidé 5 ans plus tard dans l'intervalle duquel la Charte a été adoptée).

« [There is a] liberal constitutionalism of rights, as distinct from market constitutionalism: the former, unlike the latter, is built from the ground up on basic rights guarantees and ceases to make sense in their absence » .

La conceptualisation de notre approche, sous le nom de constitutionnalisme libéral pour analyser la jurisprudence européenne, si elle est nouvelle par la jonction entre le pluralisme constitutionnel et l'économie politique constitutionnelle, n'est pas pour autant étrangère à certaines conclusions telles que celles de Schimmelfennig (1996 : 1262) lorsque celui-ci, concernant la jurisprudence européenne des droits fondamentaux, affirme :

« In sum, the institutionalization of human rights in the EU was the unintended outcome of judicial competition in the liberal international community of Europe rather than the result of a conscious and planned “federalist” process of constitution-making ».

La Cour doit concilier droits fondamentaux et efficacité économique en redonnant aux droits fondamentaux la place qui leur revient (c'est-à-dire une place de prééminence par rapport aux autres normes juridiques¹¹⁰²), mais cela, dans la préoccupation d'une minimisation des coûts d'efficacité économique grâce à une utilisation adéquate du principe de proportionnalité. De plus, le constitutionnalisme libéral appréhende la concurrence des cours de droits fondamentaux, non pas comme un risque dans la cohérence de l'ordonnement juridique, mais plutôt comme une concurrence bénéfique d'où émergera, précisément, la nécessaire information concernant cette

1102 Etymologiquement, ceci est démontré par le fait que l'adjectif « fondamental » est dérivé du substantif « fondement », lui-même dérivé du latin *fundamentum* signifiant « fondation » et du verbe *fundare* signifiant « ce qui constitue la base de quelque chose » (Rubi-Cavagna 2004 : 6). Ainsi, les droits fondamentaux sont à la base de tout ordre juridique, et non des normes juridiques secondaires ou découvertes tardivement comme cela a pu être le cas avec la CJUE.

mise en balance adéquate qui maximise l'efficacité économique dans la contrainte de prééminence des droits fondamentaux.

Ainsi, plutôt que le rapport constitutionnel classique, hiérarchique et Kelsien, et plutôt que la dichotomie doctrinale entre les intérêts supranationaux et les intérêts nationaux, nous avons démontré que, conformément au cadre d'analyse du constitutionnalisme libéral, la Cour s'insère dans un environnement institutionnel fait de contraintes et d'opportunités dans lequel le jeu d'influences est à la fois vertical, horizontal et diagonal. Vertical car le rapport de la CJUE aux cours nationales est loin d'être dénué d'ambiguïtés, chaque cour impliquée dans ce constitutionnalisme libéral jouant de sa stratégie politique. Horizontal car le rapport de la CJUE aux institutions européennes (Commission, Conseil, Parlement, ainsi que Conseil Européen) ne se forme pas non plus sur des points de vue convergents, mais davantage sur des intérêts institutionnels particuliers (loin d'une unité d'un intérêt supranational), se concurrençant, voire se menaçant l'un l'autre. Enfin, diagonal car le rapport de la CJUE avec les parties au litige, invoquant des droits fondamentaux, à égalité (sinon en primauté) des considérations d'efficacité économique du Marché Intérieur, force la CJUE à revoir son attitude politique sous peine que les parties au litige se détournent d'elle pour d'autres prétoires, dans ce qui s'apparente à une concurrence inter-juridictionnelle semblable à celle existant dans l'Angleterre médiévale.

Si les droits fondamentaux jouent un rôle de contrainte externe progressivement internalisée par la CJUE, une autre contrainte, à l'objectif initial d'une justice de l'efficacité de la jurisprudence européenne, entre également en jeu. En tant qu'antithèse de l'essence même de l'efficacité économique, la justice sociale peut légitimement survenir dans des litiges devant la CJUE. Cette considération de politique publique doit être (ou non) traduite en termes juridiques afin de concilier, nécessairement, la revendication par une partie d'une légitimité de l'efficacité, et la revendication par l'autre partie d'une légitimité de l'équité. Ces choix juridiques sont des choix politiques ayant des conséquences économiques considérables. Dans le cadre du

constitutionnalisme libéral, nous analyserons ainsi, dans la section suivante, la question de la justice sociale (ou équité) comme contrainte externe, invoquée devant la CJUE à sa jurisprudence idéalisée d'une justice de l'efficience.

2. Une nécessité d'équité dans la jurisprudence européenne

« Sans l'équité, le droit n'est pas le droit »¹¹⁰³. Bien que la politique sociale européenne¹¹⁰⁴ ait toujours été vue comme « secondaire » par les institutions européennes (Ball 1996 : 309), des preuves d'une attention particulière à la politique sociale de l'UE ont émergé dans l'évolution tardive de l'UE. En ce qui concerne les seuls textes quasi-constitutionnels, nous pouvons citer la Charte Communautaire des Droits Sociaux Fondamentaux des Travailleurs de 1989 et le Protocole Politique Sociale annexés au Traité instituant l'UE de 1992. Mais, s'il est possible de tracer les utilisations par la Cour de ces textes et autres articles des Traités européens comportant des prescriptions sociales, une telle analyse ne répondrait pas à notre démarche. En effet, dans ces cas, une interprétation littérale (ou, à tout le moins, conforme) des textes suffit pour que la Cour applique ces prescriptions sociales. Ainsi, cette analyse ne renseignerait pas sur la part de contraintes imposées, par des acteurs politiques, au raisonnement judiciaire européen originellement favorable à davantage d'efficience que d'équité. En effet, alors qu'une telle analyse

1103 Cicéron, cité dans Martin (2006 : 520).

1104 Difficile à définir mais il est communément accepté que toute politique sociale, comme l'a défini Marshall (1975 : 15) recouvre l'utilisation « *of political power to supercede, supplement or modify operations of the economic system in order to achieve results which the economic system will not achieve on its own* ».

textuelle est présente chez Ball (1996 : 316-333), cette analyse ne permet pas d'appréhender le raisonnement judiciaire européen dans sa dimension politique, en cela qu'elle élude la position des juges européens comme acteurs politiques, formulant des choix de politiques publiques soumis à l'influence d'autres acteurs impliqués dans le processus décisionnel de la CJUE¹¹⁰⁵. Notre analyse, à l'inverse, tentera d'élucider le raisonnement judiciaire européen (autrement dit le processus décisionnel de cet acteur politique qu'est la CJUE), concernant la couleur sociale de ses jugements.

Le système judiciaire (et *a fortiori* celui de l'UE) peut être appréhendé comme un système d'échanges de droits où les questions essentielles (en économie politique) d'efficacité et d'équité sont adressées plus ou moins explicitement. Ainsi Kolm (1997 : 84) affirme dans le même sens que :

« The central object of classical political economy is precisely a process : *free exchange*. Its qualities of *efficiency* can be considered as the principal "discovery" of this discipline. It therefore will be of interest to note that this process also has certain qualities from the point of view of (end-result) *social justice* which are properties of *equity* ».

L'idée même de *justice sociale* ou *équité* (termes traduits par la notion de *fairness*) renvoie à l'idée de choix politiques pris en opposition avec le principe d'efficacité économique. Et cette opposition, se révèle être encore bien plus importante que d'aucuns pourraient le penser *a priori* (Kaplow et Shavell 2002 : xviii ; Okun 1975). Si l'efficacité concerne la création de richesses, l'équité concerne la distribution de ces richesses créées (Polinsky 1989 : 7). Cette opposition¹¹⁰⁶

1105 Qui plus est, l'inscription textuelle d'une politique sociale ne présage en rien l'effectivité de cette politique comme le démontrent les multiples invocations à cette politique sociale européenne, sans que celle-ci ne se concrétise (Ball 1996 : 333).

1106 Encore que, dans certaines situations, équité et efficacité peuvent se retrouver, notamment en ce qui concerne l'accroissement de l'égalité d'opportunités entre les individus (par la non discrimination) qui accroît l'environnement

remonte à la formulation même du principe d'efficacité économique (au sens de Kaldor-Hicks) qui entend distinguer efficacité et distribution. L'accroissement de la richesse sous l'efficacité au sens de Kaldor-Hicks doit être analysé et promu, selon cette perspective, indépendamment de la distribution de cette richesse créée¹¹⁰⁷.

Pourtant, cette opposition est fondamentale pour mieux comprendre la politique juridique (et judiciaire) comme l'affirment Kaplow et Shavell (2002 : 7) : « *the conclusion that pursuing notions of fairness is necessarily at the expense of individuals' well-being is not usually emphasized, and often is not even explicitly acknowledged, by analysts who employ notions of fairness to evaluate legal policy* »¹¹⁰⁸. Ainsi, afin de

concurrentiel et donc l'efficacité. Voir notamment Okun (1975 : 4 et 77-82) et Varian (1975 : 240-242). Pour la brièveté de notre argument, nous supposons que l'équité et l'efficacité s'opposent et nécessitent ainsi une mise en balance. En ce qui concerne la non-discrimination, il est important de noter que l'interdiction de non-discrimination n'est en rien synonyme d'équité ou de justice sociale. En effet, alors que le droit européen a développé un droit de la non-discrimination par interventions constitutionnelles et législatives, ce droit n'est pas un droit redistributif, la caractéristique même de la justice sociale dans le droit. Le droit de la non-discrimination s'efforce de restaurer l'égalité entre les hommes et les différents groupes, alors que l'équité signifie la discrimination positive en faveur des plus démunis et de ceux pour qui le droit deviendrait égalitaire à un tel point qu'il en serait injuste. Ainsi, c'est pour cette raison que « égalité » et « non-discrimination » sont des termes interchangeables (Davies 2003 : 13) et que le principe d'égalité est un principe général du droit européen (Martin 2006 : 515), tandis que l'équité ne voit pas sa nature juridique confirmée. Le droit de la non-discrimination travaille à l'égalité d'opportunités et peut ainsi très bien se conjuguer à l'idée d'un marché libre accroissant l'efficacité, tandis que l'équité travaille à l'inégalité de traitements pour une égalité matérielle caractéristique de l'effet « correcteur » de politiques redistributives, en supplément des mécanismes de marchés. En cela, nous n'aborderons pas le droit de la non-discrimination car il ne contribue pas à l'équité dans le droit, mais seulement à la restauration d'une méritocratie marchande.

1107 Kaldor (1939 : 551) précisa ainsi que « *the economists should not be concerned with prescriptions at all* » tandis que Hicks (1939 : 712) affirmait pour sa part que « *if measures making for efficiency are to have a fair chance, it is extremely desirable that they should be freed from distributive complication as much as possible* ».

1108 Etant étendu que ce que Kaplow et Shavell entendent par le bien-être des individus peut être assimilé à notre notion d'efficacité : « *efficiency is a concept that captures aggregate effects of policies on individuals' well-being, and invocations of efficiency*

pallier à cette erreur, non seulement nous reconnaissons cette opposition fondamentale entre équité et efficacité, mais surtout cette opposition sera notre objet d'étude, afin d'élucider les contraintes d'équité s'imposant (ou pas) à la politique judiciaire européenne tendant vers l'efficacité. Si l'efficacité est un critère partiel de justice devant être complété par l'équité¹¹⁰⁹, cette équité fonctionne comme contrainte à l'efficacité imposée par les participants à la formulation de l'exigence de justice¹¹¹⁰.

Cette justice de l'efficacité s'oppose ainsi fondamentalement à la « justice de l'équité » (*justice as fairness*) conceptualisée par Rawls (1971). Cette justice de l'équité fait référence à la situation de départ : les principes de justice, supposant des individus rationnels et libres de poursuivre leurs propres intérêts, fondent la situation initiale où une relative égalité prévaut comme conditions à l'association de ces individus (Rawls 1971 : 10). « *These principles, Rawls affirme, are to regulate all further agreements; they specify the kinds of social cooperation that can be entered into and the forms of government that can be established. This way of regarding the principles of justice I shall call justice as fairness* » (Rawls 1971 : 10). Cette équité est initiale sans pour autant qu'elle soit inhérente à toute idée de justice. En effet, Rawls (1971 : 11) affirme ainsi que « *justice as fairness* » implique « *the idea the principles of justice are agreed to in an initial situation that is fair. The name does not mean that the concepts of*

should thus be understood to entail a *concern* for individuals' well-being rather than obedience to some technical or accounting notion » (Kaplow et Shavell 2002 : 37). Avant d'ajouter justement que « *legal academics often understand efficiency as a technical concept, divorced from its roots in individuals' well-being, so that they view pursuing the economic goal of efficiency as unrelated to concerns for human welfare* » (Kaplow et Shavell 2002 : nbp 44).

1109 Rawls (1971 : 62) affirme ainsi, après avoir explicité les principes d'efficacité et d'équité, « *the principle of efficiency cannot serve alone as a conception of justice* ». Plus loin, il affirme justement que « *considerations of efficiency are but one basis of decision and often relatively minor of that* » (Rawls 1971 : 229).

1110 En effet, Rawls (1971 : 62) poursuit en affirmant que « *in the system of natural liberty the principle of efficiency is constrained by certain background institutions ; when these constraints are satisfied, any resulting efficient distribution is accepted as just* ».

justice and fairness are the same (...) ». Cette justice de l'équité repose sur deux principes qui sont celui de l'égalité dans les droits et les devoirs de chacun, et le principe consistant à compenser les moins biens lotis afin de rendre justifiable les inégalités matérielles (Rawls 1971 : 52-53). Ces deux principes servent en tant que théorie d'économie politique (Rawls 1971 : 228) car « *a doctrine of political economy must include a interpretation of the public good which is based on a conception of justice* ».

La question de la justice sociale est souvent évincée par les analystes de la jurisprudence européenne car cela concerne la (re)distribution des richesses, un attribut qui est communément rattaché au système fiscal davantage qu'au système juridique¹¹¹¹. En effet, si la raison économique pour la redistribution des richesses est l'utilité marginale décroissante dérivée de l'accumulation de richesses¹¹¹², il n'en demeure pas moins que cet argument se confronte à l'argument inverse, voyant la redistribution comme source de perte de productivité (et donc d'efficacité), du fait d'incitations moins importantes¹¹¹³. C'est pour cette raison qu'il est communément admis que le système fiscal

1111 L'analyse économique du droit délaisse majoritairement les questions de justice redistributive, afin de décrire et de recommander une organisation institutionnelle, favorisant une allocation efficiente (plutôt que la distribution) des ressources. Ainsi, Tribe (1985 : 594) affirme ainsi que « *this disregard of the distributional dimension of any given problem is characteristic of the entire law-and-economics school of thought (...)* ». Par ailleurs, Rawls (1971 : 244) considère également que la justice redistributive est mieux pourvue par ce qu'il appelle la « *distribution branch* » rendue possible par la taxation (« *to preserve an approximate justice in distributive shares by means of taxation and the necessary adjustments in the rights of property* »), par opposition aux « *allocation* » et aux « *stabilization branches* » (« *which together are to maintain the efficiency of the market economy generally* »).

1112 Cette idée remonte à Edgeworth (1897).

1113 C'est l'argument formulé de façon concise et convaincante par Okun (1975 : 1) lorsqu'il affirme que « *to the extent that the system succeeds, it generates an efficient economy. But that pursuit of efficiency necessarily creates inequalities. And hence society faces a tradeoff between equality and efficiency. Tradeoff are the central study of the economist* ». Mais il peut être ajouté que la mise en balance de valeurs (*tradeoffs*) est également l'attribut du juge de par la nécessité de trancher entre des arguments de valeurs opposés. Ce *tradeoff* est, continue Okun (1975 : 2), « *our biggest socioeconomic tradeoff, and it plagues us in dozens of dimensions of social policy. We can't have our cake of market efficiency and share it equally* ».

est mieux à même de redistribuer (si cela doit être le cas) la richesse car la perturbation sur les incitations, et sur le taux d'investissement, est réduite (Georgakopoulos 2005 : 84-89). Il semble plus recommandable d'un point de vue économique que le système juridique se concentre sur la création de richesses, tandis que le système fiscal se concentre sur la redistribution de richesses (Kaplou et Shavell 2002).

Ainsi l'effet redistributeur du droit (qu'il soit fait sciemment ou non) et de la jurisprudence ne saurait être ignoré, et c'est bien cet effet qui est à la base de la politique judiciaire qui nous intéresse. L'équité est la manifestation de considérations n'impliquant pas nécessairement le bien-être des individus mais davantage des sentiments d'égalité au sein d'une collectivité qui est essentiellement non-conséquentialiste¹¹¹⁴, à l'opposé donc de la notion d'efficacité économique, comme le résume Kaplow et Shavell (2002 : 39-40) : « *notions of fairness have the property that evaluations relying on them are not based exclusively – and sometimes are not dependent at all – on how legal policies affect individuals' well-being. Indeed, some analysis based on notions of fairness is entirely nonconsequentialist in that it does not depend on any effects of legal rules* ».

L'équité est, pour Aristote, le juste, non pas légal (la justice rendue selon l'interprétation littérale de la loi), mais le juste rectifiant les solutions anormales de la loi¹¹¹⁵. En cela, l'équité est précisément la manifestation de la marge d'appréciation du juge qui part de la loi afin de trancher un litige, selon son sentiment de justice entendu plus largement que l'interprétation de la loi. Pour

1114 A l'opposé, ainsi, de ce que Hume (1751 (1998 : 83)) définit comme étant les attributs même de la justice quand il affirme que : « *justice is useful to society, and consequently that part of its merit, at least, must arise from that consideration, it would be a superfluous undertaking to prove. That public utility is the sole origin of justice, and that reflections on the beneficial consequences of this virtue are the sole foundations of its merit (...)* » .

1115 Aristote affirme ainsi que « l'équitable tout en étant juste, n'est pas le juste légal, le juste suivant la loi ; mais il est une heureuse rectification de la justice rigoureusement légale (...). L'équité permet de corriger les désavantages anormaux résultant de l'application de la règle » (cité dans Martin 2006 : 520).

sa part, Kolm (1997 : 69-70) définit l'équité sur la base de l'absence de jalousie et d'envie entre individus : « *each person prefers to be in her own situation rather than in any other person's situation (...) No one can be jealous of anyone else* ».

Au-delà de la « fondamentalisation »¹¹¹⁶ de droits sociaux, au niveau européen, qui lie la Cour à protéger de nouveaux droits, notre analyse portera davantage sur la (ou l'absence de) mise en œuvre par la Cour de ces droits sociaux et, plus généralement, de la notion d'équité (ou justice sociale) dans sa jurisprudence lorsqu'elle jouit d'une large marge d'appréciation. En tant qu'opposée de l'efficacité économique, la question est alors de savoir comment et pourquoi la Cour traite de l'équité lorsque celle-ci est invoquée par les parties au litige ou s'impose par une nécessité de justice. Ainsi, nous étudierons successivement la jurisprudence de la Cour où l'équité est expressément impliquée (a) avant d'aborder la mise en place d'une équité comme limitation de l'efficacité, au nom de la construction d'une citoyenneté européenne (b). Enfin, nous traiterons de la réticence exprimée par la Cour à l'égard d'une consécration trop hâtive de « droits sociaux fondamentaux », s'imposant au détriment de l'efficacité (c) avant de conclure (d).

a. Jurisprudence et équité

Bien que non dénuée de bases morales (Schultz 2001), l'efficacité économique se voit nécessairement restreinte au nom de la justice sociale, notamment lorsque les juges européens doivent rendre leurs décisions. Les décisions de jurisprudence européenne impliquant

1116 De Witte (2009) ; Marzo (2009).

explicitement la notion d'équité sont peu nombreuses¹¹¹⁷, et nous analysons les plus importantes d'entre elles.

Dans l'affaire *Koninklijke*¹¹¹⁸, il était question de plaider auprès de la CJUE l'équité envers certains agriculteurs pour qui les règles d'organisation commune des marchés agricoles devenaient trop rigoureuses. En l'espèce, Cosun, une coopérative des Pays-Bas, s'est vu infliger une amende de plus de 2 millions d'euros pour ne pas avoir prouvé que les lots de sucre, qu'elle produisait, avaient bien quitté le territoire de l'UE pour pouvoir estampiller ces lots « C », conformément à ce que ce label exige. Cosun a demandé une remise de l'amende à l'autorité administrative en question sans que cette remise soit accordée. Cosun a par ailleurs introduit un recours en annulation devant le Tribunal contre la décision de la Commission de se déclarer irrecevable quant à la décision de la remise. Le Tribunal a déclaré ce recours non fondé. Au principal, le *College van Beroep voor het bedrijfsleven* a demandé à la CJUE de se prononcer sur la demande, faite par le requérant, d'une remise de droit, et pose cette question parmi les deux posées:

«Au cas où la faculté d'accorder une remise de droit au titre de l'article 13 du Règlement (CEE) n° 1430/79, actuellement remplacé par l'article 239 du [règlement (CEE) n° 2913/92 du Conseil, du 12 octobre 1992, établissant le] code des douanes communautaire [(JO L 302, p. 1)], ne s'applique pas à des [montants] sur du sucre C tels que celui en cause, le règlement (CEE) n° 1785/81 [...] et le règlement (CEE) n° 2670/81 [...] sont-ils non valides en tout ou en partie, compte tenu de l'absence de la faculté de remboursement ou de remise de [montants] sur le sucre C pour un certain nombre de raisons tirées de l'équité ? »

1117 Les affaires majeures sont les suivantes : T-204/02 (2004) *Koninklijke Coöperatie Cosun UA c/ Commission*, II-04237, en appel dans C-248/06 (2006) *Koninklijke Coöperatie Cosun UA c/ Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, I-10211 ; T-313/04 (2005) *Hewlett-Packard GmbH c/ Commission*, II-00077 ; T-272/02 (2005) *Commune de Napoli c/ Commission*, II-01849 ; C-290/91 (1993) *Johannes Peter c/ Hauptzollamt Regensburg*, I-02981 ; Affaire 113/81 (1982) *Otto Reichelt GmbH c/ Hauptzollamt Berlin-Süd*, 01957 ; Affaire 118-76 (1977) *Balkan-Import-Export GmbH c/ Hauptzollamt Berlin-Packhof*, 01177.

1118 C-248/06 (2006) *Koninklijke Coöperatie Cosun UA c/ Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, I-10211.

La Cour fait remarquer, à juste titre, que l'article 13 précité est inopérant car il concerne les droits à l'importation, tandis que le litige concerne la quantité de sucre qui n'a pas été exportée (§ 33). Ensuite, la Cour va affirmer que rien ne permet de démontrer, dans les textes législatifs de référence, que le législateur européen ait eu l'intention de placer dans la même situation l'importateur de sucre en provenance des pays tiers et le producteur de sucre C au sein du Marché Intérieur. Enfin, la Cour refuse de considérer qu'un importateur de sucre, redevable de droits à l'importation, soit dans une situation similaire qu'un producteur européen, redevable de droits au titre des règlements précités, et refuse d'octroyer au requérant le bénéfice d'une législation qui leur serait plus favorable. Concernant le règlement 2670/81, le requérant fait valoir que son article 3 (établissant les modalités d'application du montant dû pour la production de sucre hors quota) doit être interprété à la lumière des principes généraux du droit européen « en ce sens qu'il prévoit la faculté, pour les autorités nationales compétentes, d'accorder une remise pour des motifs d'équité dans des circonstances particulières telles que celles en cause au principal » (§54). De plus, Cosun avance que le droit européen ne s'oppose pas, pour la politique agricole commune, à ce qu'un « principe national d'équité » soit appliqué.

La réponse de la Cour sera claire et directe : elle refuse de modifier sa jurisprudence constante¹¹¹⁹. Cela signifie que la Cour refuse de reconnaître toute base juridique dans le droit européen permettant, pour des motifs d'équité, des redevances perçues (§63). Le juge européen s'illustre par une justice déléguée dès lors qu'il s'agit d'appliquer toute notion d'équité, et accepte d'appliquer une telle notion à la seule condition que le droit écrit le prévoit expressément.

1119 Voir, cité plus haut, C-118-76 (1977) *Balkan-Import-Export GmbH c/ Hauptzollamt Berlin-Packhof*, 01177, à §7, §8 et §10 ; C-299/84 (1985) *Neumann*, 3663, à §24 ; C-174/89 (1990) *Hoche*, I-2681, §31.

Or, l'équité est justement une notion subjective impliquant une approche casuistique à l'opposé des concepts législatifs généraux tels que l'égalité devant la loi ou l'efficacité économique. Ainsi, si le législateur européen omet d'inscrire la référence à la notion d'équité pour trancher des litiges à propos de ces lois, ce n'est pas tellement parce qu'il souhaite que l'équité ne soit pas appliquée mais davantage parce que cette notion rentre nécessairement, et naturellement, dans la marge d'appréciation du juge étant dans la capacité d'utiliser un tel concept juridique subjectif qu'est l'équité. Au lieu de comprendre son rôle de manière extensive lorsqu'il s'agit de répondre à la demande d'équité, le juge européen répond par une de façon lacunaire par :

« En outre, sans préjudice des cas particuliers expressément prévus par le législateur communautaire (...), le droit communautaire ne connaît pas de principe général du droit selon lequel une norme en vigueur du droit communautaire ne peut pas être appliquée par une autorité nationale lorsque cette norme entraîne, pour l'intéressé, une rigueur que le législateur communautaire aurait manifestement cherché à éviter s'il avait envisagé ce cas au moment d'édicter la norme (...) *L'équité ne permet donc pas de déroger à l'application des dispositions communautaires hors les cas prévus par la réglementation ou dans l'hypothèse où la réglementation elle-même serait déclarée invalide (...)* » (§63-64).

Dans ce passage, la Cour exprime ainsi son souhait de ne pas intégrer l'équité comme un principe général du droit. Alors que les principes généraux du droit européen ont été progressivement découverts par la Cour par le fruit des traditions constitutionnelles des Etats Membres ou par la référence à une mystique de droit naturel, la Cour précise que l'équité pourrait être appliquée et mise en œuvre si, et seulement si, le législateur l'a expressément souhaité. Ainsi, en exigeant cette source écrite pour l'équité par rapport à la liberté qu'ont prise les juges européens pour découvrir les principes généraux du droit européen (tels que la proportionnalité, la sécurité juridique...), les juges européens veulent établir une distinction, non pas de degré, mais de nature

entre équité et principe général du droit européen. Par conséquent, l'équité semble exclue de toute argumentation juridique comme argument autonome : seule sa mention dans une source législative rendrait cet argument recevable aux yeux des juges européens. Etant donné que l'équité n'est pas mentionnée dans les Traités européens et très rarement dans le droit européen secondaire, cette position jurisprudentielle revient à nier toute base juridique à l'équité, non seulement pour les textes invoqués dans cette affaire, mais également de manière générale. En effet, la carence du constituant et du législateur européens ne conduit pas la Cour à adopter l'équité comme valeur juridique à cause de cette carence, bien que les requérants puissent invoquer l'équité. Ainsi, sans être une norme constitutionnelle ou législative, ni un principe général de droit européen, l'équité ne contient aucune valeur juridique, et donc aucune juridicité, aux yeux des juges européens. Alors, à la question posée par la juridiction nationale, la Cour répondra « le *prétendu* principe d'équité invoqué par Cosun se confond en réalité avec le principe d'égalité, dont il a été constaté (...) que le règlement de base et le règlement 2670/81 ne le violent pas ».

Dans l'affaire *Johannes Peter*¹¹²⁰, la question portée par le *Finanzgericht Munchen* concernait la compatibilité de dispositions nationales de remises de dettes fiscales au nom de l'équité avec la législation européenne relative aux quotas laitiers. Le requérant, Mr Peter, exploite une entreprise agricole spécialisée dans la production laitière. Un quota lui a été attribué pour la campagne 1984/1985, et des quotas supplémentaires lui ont été attribués pour les campagnes futures. Cependant, bien qu'il espérait que le quota soit relevé, cela n'a pas été le cas et il a été obligé de verser un prélèvement sur les quantités de lait qu'il avait livrées en 1984/1985, en dépassement du quota qui lui avait été alloué pour cette campagne. Le requérant invoqua devant une juridiction allemande une disposition fiscale allemande permettant le renoncement des dettes fiscales aux motifs d'équité. En appel de la décision de refus, la juridiction nationale demande si le droit

1120 C-290/91 (1993) *Johannes Peter c/ Hauptzollamt Regensburg*, I-02981.

européen fait obstacle à ce renoncement aux motifs d'équité. Il est une jurisprudence constante de la Cour que des dispositions nationales, prévoyant des remises de redevances pour des motifs d'équité, ne peuvent être appliquées lorsque cette application aurait pour effets d'affaiblir l'effectivité du droit européen de par le lien entre ces dispositions et le droit européen¹¹²¹. Si ces motifs d'équité sont recevables en droit européen lorsque l'équité est elle-même présente dans les dispositions européennes, ce n'est pas le cas en l'espèce où les Règlements en question ne prévoient une telle exonération (lorsqu'une mention expresse est présente, elle est souvent désignée sous le nom de « clause d'équité »).

Cependant, si l'effectivité et l'intégrité du droit européen sont préservées, et si le caractère de la demande d'équité est exceptionnelle au vu des difficultés financières du requérant¹¹²², alors la Cour n'interdit pas (mais encourage ouvertement) des juridictions nationales à octroyer un renoncement de dettes fiscales au motif d'équité :

« (L)e droit communautaire ne fait pas obstacle à l'application d'une disposition nationale qui habilite les autorités nationales, dans certains cas exceptionnels et pour des motifs d'équité personnelle, à ne pas recevoir le prélèvement dû en application de l'article 5 quater du règlement 804/68 du Conseil, *sous réserve toutefois qu'il ne doit pas être fait de cette disposition une application discriminatoire par rapport au traitement réservé aux dettes fiscales équivalentes purement nationales, ni une application portant atteinte aux objectifs du régime des quotas laitiers introduits par ledit règlement*. Il n'est pas compatible, avec les objectifs du régime des quotas laitiers, d'exonérer de l'obligation d'acquitter le prélèvement supplémentaire un producteur au motif que

1121 Voir Conclusions de l'Avocat Général Jacobs pour C-290/91 (1993) *Johannes Peter c/ Hauptzollamt Regensburg*, I-02981 à §16.

1122 La Cour affirmant ainsi que « il convient toutefois de signaler que même si la règle d'équité personnelle ne peut pas être invoquée en présence de difficultés financières pour être libéré de l'obligation de payer le prélèvement supplémentaire, les autorités nationales peuvent, en principe, appliquer les dispositions nationales permettant de suspendre le recouvrement immédiat de la somme due ou d'autoriser l'échelonnement de paiements au cas où un exploitant est effectivement en difficulté. En effet, ces mesures sont susceptibles de tenir compte d'une situation difficile (...) » (§16).

ce dernier rencontre des difficultés financières, même si celui-ci est fondé sur l'hypothèse erronée qu'un quota supplémentaire lui serait ultérieurement accordé ».

Si la Cour pose fermement les conditions à l'acceptation de l'équité, elle ajoute une précision concernant l'inacceptabilité absolue de demandes d'équité par sa dernière phrase. En effet, cet avertissement vaut pour les affaires futures avec la volonté pour la Cour de démontrer que, non seulement elle exigera les deux conditions précitées pour accepter que la juridiction nationale applique un traitement exceptionnel « équitable », mais également qu'il existe une interdiction absolue de clémence automatique : l'équité doit être jugée, et le cas échéant appliquée, a posteriori de l'obligation pour le requérant d'honorer ses dettes fiscales. C'est seulement au moment où celui-ci s'apprête à les honorer, ou s'est déjà exécuté, que la demande d'équité peut être étudiée en cela qu'elle ne fait pas obstacle à l'effectivité du droit et à la sécurité juridique. Par conséquent, cette justice prudente, où le juge européen ménage la marge d'appréciation du juge national et la fidélité à l'interprétation du droit national avec la nécessité de préserver l'effectivité et la primauté du droit européen, est certainement la position la plus modérée et pragmatique que la Cour pouvait adopter¹¹²³.

Dans *Reichelt*¹¹²⁴, l'entreprise requérante, Otto Reichelt, conteste devant les juridictions allemandes le refus de l'administration fiscale allemande de ne pas accorder au requérant une diminution des droits de douane payés en trop au motif d'équité. Le remboursement du trop-perçu n'a été que partiel car le délai, pour la restitution des droits de douane, était expiré selon le droit allemand. C'est la raison pour laquelle l'entreprise a, sans succès, fait appel à l'équité afin d'obtenir le remboursement total du trop-perçu. La réponse de la Cour rappelle la jurisprudence constante

1123 En cela, elle a largement suivi les conclusions de l'Avocat Général Jacobs.

1124 C-113/81 (1982) *Otto Reichelt GmbH c/ Hauptzollamt Berlin-Süd*, 01957.

qui tient à la possible acceptation de motifs d'équité par la juridiction nationale, conformément à sa marge d'appréciation tant que le droit européen ne se voit pas menacé dans son effectivité : « en l'absence de réglementation communautaire applicable, une administration des douanes nationale peut appliquer à une demande de remise, pour des motifs d'équité, des redevances dues en vertu du droit communautaire, les dispositions de son droit national, pour autant que cette application n'affecte pas l'effet des règles communautaires relatives à l'assiette, aux conditions d'imposition ou au montant de la redevance en cause » (§7).

Ainsi, la Cour traite l'équité, non pas comme un principe auquel elle se réfère, mais comme une sorte de règle d'exception envisageable par la juridiction nationale seulement et ce, à la condition que l'effectivité (à défaut de l'efficience) du droit européen ne soit questionnée. En l'espèce, davantage que la possibilité d'équité (qui semble acquise pour la Cour), la question juridique se déplaça vers le principe de sécurité juridique (et plus précisément l'effet rétroactif allégué du règlement concerné) (§12).

Enfin, en ce qui concerne l'arrêt fondateur de la position de la jurisprudence pour les questions d'équité (et particulièrement l'équité à l'égard d'un régime fiscal trop sévère par rapport à la situation des requérants), il s'agit de la décision *Balkan-Import* de 1977¹¹²⁵. La requérante est une exploitante agricole en Allemagne ayant importé du fromage de brebis de Bulgarie. Les autorités douanières ont refusé d'accorder à la requérante, comme elle le réclamait, une remise des montants compensatoires monétaires perçus à l'importation de produits agricoles en provenance de pays tiers. L'équité est ici, comme c'est toujours le cas, invoquée par la requérante ainsi que le précise l'Avocat Général Reischl dans ses Conclusions : « à l'appui de sa demande, la demanderesse n'a invoqué que des motifs d'équité objectifs : elle a allégué l'esprit et le but des normes communautaires sur la compensation monétaire et elle a fait valoir que, dans son cas, la perception

1125 C-118/76 (1977) *Balkan-Import-Export GmbH c/ Hauptzollamt Berlin-Packhof*, 1177.

de la taxe aboutissait à un résultat non voulu par le droit communautaire »¹¹²⁶. Ce point de vue est critiqué par le celui de la Commission qui estime que les motifs d'équité ne peuvent être invoqués en l'espèce et plus généralement en application du droit européen. En effet, la Commission, affirme l'Avocat Général Reischl, a fait valoir « que les Etats membres n'avaient pas le pouvoir de réglementer la remise pour des motifs d'équité objectifs, parce que la Communauté avait fait usage des compétences qui lui ont été attribuées par le traité et qu'elle avait fixé toutes les conditions requises pour la perception de taxes ». Autrement dit, lorsqu'il s'agit d'équité, la Commission recommande une interprétation littérale des traités et des pouvoirs conférés par ceux-ci à la Commission : parce que l'équité ne figure nullement dans les sources juridiques mentionnées¹¹²⁷, cette interprétation littérale souhaitée par la Commission équivaut à faire de l'équité du non-droit. L'équité est alors une norme sociale et non une norme juridique, toute invocabilité de l'équité devant le prétoire européen est exclue, sauf mention expresse dans une source législative.

Dans son raisonnement, la Cour fera notamment remarquer qu'il y a une division des compétences entre institutions européennes et institutions nationales dans le domaine du droit concerné, car si les institutions européennes déterminent les conditions d'imposition de la redevance, ce sont les institutions nationales qui en opèrent le recouvrement. Il ressort de cette distinction, selon la Cour :

« que si cette répartition des fonctions, entre la Communauté et les Etats Membres, peut éventuellement justifier l'application, par une administration fiscale, d'une règle d'équité prévue par sa législation nationale, en rapport avec les formalités applicables à la perception d'une redevance établie par le droit

1126 Conclusions de l'Avocat Général Reischl de 1977 dans l'affaire C-118/76 (1977) *Balkan-Import-Export GmbH c/ Hauptzollamt Berlin-Packhof*, 1177.

1127 Afin d'en venir à cette conclusion, la Commission et l'Avocat Général utilisent la technique du droit européen comparé afin de palier à l'absence de mention expresse de norme d'équité dans le droit européen. Après avoir analysé les droits nationaux, l'Avocat Général en conclut : « qu'un principe juridique général (d'équité) n'existe pas en droit communautaire ».

communautaire, la prise en considération d'une telle règle serait, par contre, exclue dans tout la mesure où elle aurait pour effet de modifier la portée des dispositions du droit communautaire relatives à l'assiette, aux conditions d'imposition ou au montant d'une redevance établie par celui-ci. (II) en résulte, en particulier, qu'une autorité nationale ne saurait donner suite à une demande de remise pour des motifs d'équité si celle-ci est fondée sur des considérations tirées de la justification économique de la redevance en cause (§5) ».

On voit ainsi que la Cour a une appréciation plus restrictive de l'équité, encore que l'Avocat Général, même s'ils arrivent tous deux aux mêmes conclusions. En effet, avancer que les motifs d'équité sont irrecevables, dès lors qu'il s'agit pour le requérant d'éviter l'application du droit pour des raisons de solidarité du fait d'une situation économique difficile, revient à vider de son sens la notion même d'équité car celle-ci implique, précisément (et seulement), que des conditions économiques difficiles puissent justifier la dérogation au droit commun. Ainsi, il est peu clair sur la question de savoir si cette condition de la non invocabilité de l'équité, pour des justifications économiques, est cumulative aux autres conditions – à savoir, l'effectivité et la primauté du droit européen et la situation exceptionnelle en l'espèce¹¹²⁸ – ou si cette condition est alternative. Il semble, dans l'hypothèse la plus probable (étant donné la grande réticence de la Cour à accepter des considérations d'équité), que ces trois conditions soient cumulatives : la situation doit être exceptionnelle et rare, le droit européen doit être préservé dans son effectivité (§6) et dans sa primauté, et la requête du plaignant ne doit pas invoquer l'équité du fait de considérations tirées de la justification économique. Ainsi, on apprécie les précautions (et garanties juridiques) prises par la Cour pour écarter, de la façon la plus claire possible, les arguments juridiques portant sur l'équité, opposé de l'efficacité. Par conséquent, la Cour refuse la juridicité de l'équité et affirme

1128 C-113/81 (1982) *Otto Reichelt GmbH c/ Hauptzollamt Berlin-Süd*, 01957 ; C-290/91 (1993) *Johannes Peter c/ Hauptzollamt Regensburg*, I-02981.

« qu'il n'existe pas de base juridique, dans le droit communautaire, permettant une remise de montants compensatoires monétaires pour motifs d'équité » (§10).

Là encore, la justice déléguée dont fait preuve la Cour démontre davantage sa réticence à entendre toute considération tirée de l'équité, plus que sa volonté de formuler un raisonnement juridique à la fois cohérent et complet. En effet, que l'équité ne soit pas dans le droit positif européen ne signifie pas pour autant que la Cour n'aurait pas pu (encore eût-il fallu qu'elle l'ait souhaité) recevoir cette considération d'équité et juger en équité. D'aucuns pourraient affirmer légitimement que l'équité est précisément une norme à la fois sociale et juridique de droit naturel, impliquant des sentiments de bonne administration de la justice plutôt que de fidélité littérale à la loi, et ainsi pouvant être, à bon droit, invoquée en tous temps devant le prétoire européen pour toute affaire. Si la Cour refuse d'entendre l'équité et, par là même, accepte de voir ses jugements vus comme étant inéquitables, dans quelles mesures alors est-il possible de dire que la Cour conserve la légitimité judiciaire tenant au bon délivré de la justice imposant d'être (et de dire le) juste. En quelles proportions l'iniquité inhérente à ces jugements serait-elle entachée d'injustice ? Par l'insistance répétée de la Cour à écarter l'équité (au profit de l'efficacité et de l'effectivité du droit européen), cette position fait continuellement encourir à la Cour un risque quant à la légitimité de l'institution judiciaire et, plus généralement, de la jurisprudence européenne. Que la Cour soit attachée à l'efficacité, c'est non seulement un fait, mais également une vertu. En revanche, que la Cour soit excessivement attachée à l'efficacité et à l'effectivité du droit européen, au point d'écarter d'autres concepts fondamentaux du droit, est un attribut qui ne saurait rester sans interrogation quant à l'opportunité et la désirabilité d'une telle approche restée inchangée.

Ainsi, nous avons vu par l'analyse jurisprudentielle de la référence à l'équité, par quelques arrêts principaux de la ligne jurisprudentielle de la Cour en ce domaine, que celle-ci exprime une vive réticence à l'acceptation de l'équité comme norme juridique européenne. En effet, non seulement la Cour ne reconnaît pas l'origine textuelle de l'équité, mais elle refuse également de s'en

remettre à l'invocation de cette norme aux confins entre la sociologie et le droit. Ainsi, le droit naturel de l'équité est âprement rejeté (sans que cela soit nécessairement explicitement précisé) et avec lui, la marge d'appréciation du juge européen que celui-là même aurait du s'accorder afin de juger en équité. Au lieu de cela, nous pouvons réaffirmer que le juge européen juge en efficacité. Si cette caractéristique est démontrée par le poids conséquent que l'efficacité détient dans la jurisprudence européenne, cette caractéristique a également été démontrée par le poids minime accordé à l'équité. Si l'équité a, jusqu'alors, été abordée en tant que telle, des considérations d'équité peuvent faire jour par le biais de la construction progressive d'une citoyenneté européenne.

b. Jurisprudence de l'efficacité vs. Justice de la citoyenneté

La justice sociale (ou équité) se manifeste dans la jurisprudence européenne, non pas tant par la référence directe à l'équité comme nous en avons vu les limites, mais davantage comme une acceptation par la Cour de la préservation de la justice sociale des Etats Membres incarnée par leurs Etats-Providence respectifs. A défaut de politique sociale européenne véritable, deux remarques font suite. Dans un premier temps, les systèmes sociaux des Etats Membres sont exclusivement l'incarnation de cette justice sociale au sein de l'UE car les institutions européennes ne peuvent, et ne veulent, endosser le rôle de catalyseurs d'une politique sociale européenne (Lenaerts et Heremans 2006 : 101). Dans un second temps, cet état de fait conduit à ce qu'une politique sociale européenne se dessine d'abord de façon négative, et ensuite de façon positive¹¹²⁹.

1129 Cette terminologie de l'intégration négative caractérisée par un laisser-faire par opposition à une intégration positive, caractérisée par une construction socio-économique, a été conceptualisée par Scharpf (1996).

En effet, une politique sociale européenne s’instaurera subrepticement dans les institutions européennes, non pas par les actions de la Commission, mais par la politique judiciaire de la Cour. Celle-ci participera à cette émergence, négativement, par l’acceptation de considérations d’équité en opposition à la logique d’efficacité du Marché Intérieur, et positivement, par la facilitation de l’émergence d’une citoyenneté européenne qui introduira davantage d’équité que la simple liberté de circulation des personnes.

Ainsi, afin de mieux comprendre la politique sociale européenne, il est nécessaire d’appréhender la proportion dans laquelle la Cour s’est éloignée de sa jurisprudence principale, concernant l’efficacité dérivée des libertés de circulations en raison d’équité (i), mais également de l’évolution subséquente de la Cour dans la généralisation d’une justice sociale par la construction d’une citoyenneté européenne (ii).

i) L’équité tolérée ou la politique sociale négative de la Cour

Bien que la Cour veuille bien rappeler que le droit européen « ne porte pas atteinte à la compétence des Etats Membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale »¹¹³⁰, il est dans la pratique observé que ces systèmes sont mis à mal par la recherche de toujours plus d’efficacité par l’environnement concurrentiel au sein du Marché Intérieur, et ce, en dépit des déclarations d’intentions vantant un « Etat-Providence européen » en émergence¹¹³¹. Il est vrai que cet

1130C-70/95 (1997) *Sodemare/ Regione Lombardia*, I-3395 à §27.

1131 Ainsi, le Comité Economique et Social Européen a récemment affirmé que l’UE « *is founded on certain common values : freedom, democracy, respect for human rights, dignity, equality, solidarity, dialogue, and social justice (...)* The achievements of the European Social Model, which has evolved over (a) long time, are substantial in economic, social and environmental terms. The emergence of a European

environnement est favorisé par la Cour elle-même. En revanche, il est possible d'identifier certaines positions de la Cour où celle-ci démontre une plus grande attention à l'égard des arguments d'équité, invoqués par les parties au litige, sur le fondement d'une protection nationale garantie par un système de sécurité sociale¹¹³². Afin de « socialiser » le marché¹¹³³, la Cour va accepter certaines exceptions à une allocation efficiente des ressources qui serait promue par le marché, car l'exigence d'équité comme contrainte externe revendiquée par les parties au litige aux juges européens est nécessairement un attribut de la légitimité de l'institution judiciaire¹¹³⁴.

Welfare Area is the most tangible result ». Opinion du Comité Economique et Social Européen : *Fleshing Out a European Model* (2006), C 309, 25.

1132 Nous étudierons essentiellement l'équité en opposition à l'efficience, seulement en ce qui concerne les domaines du droit européen régissant les citoyens européens, et non les non-Européens résidents dans un Etat membre de l'UE. Il est question de la mise en balance, par la Cour, de l'efficience des libertés de circulation avec la nécessité d'équité. En ce qui concerne les non-Européens, voir pour une introduction : Chalmers et al. (2006 : 606-655).

1133 Everson (2002 : 158-159) affirme ainsi : « *Having once rationalised away the national policial economy, liberating the ideas and interests that were once restrained within the cohesive and controlling national collectivities, primary European law, together with the secondary market-anagement institutions that derive from it, have not simply become empty shells, whose underlying meaning is fought over by various and varying European, national, public, and private interests. The European market is thus simply a politicised arena wherein the public and private actors who Voirk to determine the manner in which regulatory and redistributive issues are addressed are equally endeavouring (...) to "socialize" the market (...)* ». Ainsi, il est apparent dans cette opinion que différents interest publics, mais également privés, sont à l'œuvre afin d'influer sur l'économie politique européenne et la « socialiser » par la notion redistributive d'équité.

1134 Il s'agit bien, encore une fois, d'une « contrainte externe » en cela qu'elle est imposée par la Cour qui l'accepte, bon gré mal gré, afin de ne pas menacer sa légitimité dans de trop grandes proportions. Même si l'équité peut parfois être invoquée par les Etats Membres eux-mêmes, elle est le plus souvent (et indirectement lorsque les Etats actent en justice) invoquée par les individus et entreprises, afin de bénéficier de régimes fiscaux donnant droit à des prestations sociales. Cependant, cette contrainte externe est manifestée par le fait que la Cour est réticente à l'idée de trop protéger les systèmes fiscaux des Etats Membres au détriment des libertés de circulations, notamment la liberté d'établissement qui serait utilisée pour l'évasion

La politique sociale européenne, visant à promouvoir l'émergence de ce qui est communément appelé « l'Europe Sociale », est principalement façonnée dans les strictes limites accordées par la Cour, au cas par cas, par la restriction des libertés de circulation favorisant l'efficience d'allocation en faveur d'une acceptation des politiques sociales des Etats Membres, limitant nécessairement ces mêmes libertés de circulation. Cette position jurisprudentielle est illustrée notamment par l'affaire *Rene Humbel et Marie-Thérèse Edel*¹¹³⁵. Les époux Humbel sont des ressortissants français ayant envoyé leur fils Frédéric dans des écoles belges tout en s'acquittant des frais de scolarité de l'année scolaire 1978-1979 jusqu'à l'année 1984-1985 comprise, année à partir de laquelle les frais de scolarité ont été supprimés. Les questions soulevées par la juridiction nationale sont les suivantes : les études concernées relèvent-elles de la formation professionnelle ? L'obligation de payer ces frais de scolarité est-elle constitutive d'une restriction à la liberté de Frédéric Humbel de recevoir des services si ce dernier est considéré comme destinataire de ces services ? Existe-il un droit pour un ressortissant français d'exiger la gratuité de ces services dans la mesure où un ressortissant luxembourgeois le peut ?

Contre les conclusions de l'Avocat Général Slynn¹¹³⁶, la Cour va juger que la formation est une formation professionnelle car la finalité de celle-ci prise dans sa globalité est un objectif professionnalisant. De plus, les cours dispensés ne sont pas des services au sens du Traité car il y a

fiscale. Ceci est illustré par l'affaire C-9/02 (2004) *De Lasteyrie du Saillant c/ Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, I-2409. Dans cette affaire, la Cour affirmera que la liberté d'établissement s'oppose à ce que, en prévention d'un risque d'évasion fiscale, un Etat discrimine entre les individus maintenant leur domicile dans cet Etat, et les individus transférant leur domicile dans un autre Etat par la taxation de ces derniers. La préservation des recettes fiscales ne saurait ainsi limiter la liberté d'établissement en l'espèce.

1135 C-263/86 (1988) *Belgique c/ René Humbel et Marie-Thérèse Edel*, 05365.

1136 Conclusions de l'Avocat Général Slynn pour l'affaire C-263/86 (1988) *Belgique c/ René Humbel et Marie-Thérèse Edel*, 05365.

une absence de rémunération en contrepartie. Enfin, la Cour déclarera que le droit européen (par l'article 12 du Règlement 1612/68) ne s'oppose pas à ce qu'un Etat Membre exige des frais de scolarité aux enfants de travailleurs migrants (le père de Frédéric étant français employé au Luxembourg), alors même que cet Etat n'impose pas cette charge aux ressortissants de l'Etat de résidence du travailleur migrant. Par conséquent, la Cour en revient à rejeter l'allégation du requérant selon laquelle la charge qui lui est imposée est un obstacle, si ce n'est pas à la libre prestation de services, du moins à la liberté de circulation des travailleurs. En effet, le statut du père de Frédéric de travailleur migrant français, employé au Luxembourg, le discrimine par rapport à tout autre Luxembourgeois qui se serait vu octroyer la gratuité des frais de scolarité. Par rapport à la position, souvent soutenue avec vigueur par la Cour de ne pas restreindre l'accès à l'éducation¹¹³⁷ ou à la liberté de circulation des travailleurs, que ce soit directement ou indirectement par la diminution de bénéfices octroyés lorsqu'une personne devient migrante, cette solution de l'affaire *René Humbel et Marie-Thérèse Edel* tranche par son attachement démontré à la provision d'un service public national (l'enseignement en question) pour lequel des recettes fiscales sont nécessaires, quitte à restreindre la liberté de circulation des travailleurs en discriminant par rapport à leur origine et leur lieu de résidence.

A l'efficacité d'allocation privilégiant un accès indiscriminé à un service dans un Etat Membre aux conditions imposées pour les résidents de cet Etat Membre, ou pour les résidents de tout autre Etat Membre, la Cour a clairement fait le choix de la préservation des modèles sociaux nationaux afin qu'une justice sociale (celle invoquée par l'Etat Membre en cause au bénéfice de ses

1137 Voir C-293/83 (1985) *Gravier*, 593 où il a été jugé qu'une étudiante française en Belgique ne pouvait se voir imposer des frais de scolarité qui n'étaient pas imposés aux nationaux ; C-24/86 (1998) *Blaizot*, 379 ; C-224/98 (2002) *D'Hoop*, I-6191. Par contre, la solution en ce qui concerne les bourses étudiantes est différente en cela qu'une discrimination est possible car il s'agit d'une politique éducative n'ayant pas de base juridique dans les Traités. Voir ainsi C-39/86 (1988) *Universität Hannover*, 3161 ; C-197/86 (1988) *Brown c/ Secretary of State for Scotland*, 3205.

nationaux) soit protégée¹¹³⁸. Cette « discrimination » est autorisée car elle est non arbitraire étant donné qu'elle repose sur la participation des intéressés au système fiscal qui rend possible cet accès à l'enseignement. Ainsi, on le voit, la restriction dans la jouissance des libertés de circulation se fait sur le fondement de la préservation des systèmes fiscaux nationaux dédiés à renforcer l'équité et la justice sociale à l'intérieur d'un pays¹¹³⁹. Cette tolérance, à l'égard du contrôle de migration

1138 Ce raisonnement est à opposer à la solution trouvée dans C-175/88 (1990) *Biehl c/ Administration des contributions du grand-duché du Luxembourg*, I-1779. En l'espèce, un travailleur migrant a été déclaré être en droit d'avoir les mêmes avantages fiscaux que les nationaux de l'Etat Membre dans lequel il réside. D'un point de vue économique, recevoir les mêmes avantages fiscaux et ne pas être soumis à des charges fiscales différentes revient à octroyer la même égalité. Ainsi, il est difficile d'un point de vue économique d'expliquer la différence entre l'arrêt René Humbel et Marie-Thérèse Edel et l'arrêt Biehl car l'un interdit la différence de traitement fiscal entre migrants nationaux, tandis que l'autre l'autorise. La seule différence est juridique, en cela que la différence de régime est tolérée car il s'agit d'une charge qui est due (dans René Humbel et Marie Thérèse Edel), tandis que dans l'autre cas il s'agit de ne pas exiger une charge qui n'est pas due (dans Biehl). Mais encore une fois, d'un point de vue économique, ces deux arrêts concernent les dépenses fiscales des Etats Membres et l'acceptabilité de non nationaux aux bénéfices de la justice sociale pourvue par l'Etat Membre d'accueil. Cette solution est rencontrée dans C-279/93 (1995) *Finanzamt Köln-Altstadt c/ Schumacker*, I-225. Voir Vanistendael (1995). Dès lors, il semble que la Cour fasse une utilisation aléatoire de l'Article 7(2) du Règlement 1612/68 affirmant que le travailleur migrant « bénéficie des mêmes avantages sociaux et fiscaux que les travailleurs nationaux ». Ce Règlement a été prolongé par la Directive 2004/38. Egalement, voir C-152/73 (1974) *Sotgiu c/ Deutsche Bundespost*, 153 ; C-237/74 (1996) *O'Flynn c/ Adjudication Officer*, I-2617 ; C-176/96 (2000) *Lehtonen c/ FRBSB*, I-2681.

1139 Dans un autre domaine, celui de la libre circulation des capitaux, il convient de rappeler l'Article 65.1 du TFUE dans lequel il est inscrit que cette liberté « ne porte pas atteinte au droit qu'ont les Etats Membres : a) 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 ; b) de prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers, de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique, ou de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique ».

(Chalmers *et al.*2006 : 832) au nom de la préservation d'un système fiscal assurant la justice sociale, est une illustration de la relative acceptation par la Cour de considérations autres que la simple efficacité économique.

Cet argument de la restriction des libertés de mouvement, au profit d'une cohésion et d'une préservation des systèmes fiscaux¹¹⁴⁰ oeuvrant à la justice sociale, n'est pas un argument convaincant de la part de la Cour comme elle le démontre régulièrement en jugeant de manière opposée. En effet, la Cour peut affirmer dans certaines situations, que les avantages sociaux et les politiques redistributives, instituées par les Etats Membres, doivent bénéficier aux non-nationaux, peu importe la contribution de ceux-ci au régime fiscal en question. Ce jugement, en contradiction avec *René Humbel et Marie-Thérèse Edel et Schumacker*, est rencontré dans l'affaire *Anita Critini*¹¹⁴¹. Dans sa décision, la Cour va interpréter l'Article 7 du Règlement 1612/68 comme donnant droit à une ressortissante italienne, vivant en France, de bénéficier des cartes de réduction sur les prix de transport « même si ce bénéfice n'est demandé qu'après le décès du travailleur, au profit de sa famille demeurée » en France (§19)¹¹⁴². Ainsi, lorsqu'il s'agit de faciliter la liberté de circulation tout en promouvant la justice sociale et l'accès aux personnes défavorisées à des bénéfices sociaux, la Cour n'hésite pas à mettre la cohérence et la préservation des systèmes fiscaux des Etats Membres en retrait¹¹⁴³. Cette relative incohérence, dans le raisonnement judiciaire européen, s'explique en partie par la difficile tâche des juges européens de s'en remettre aux Etats-providence nationaux

1140 Reconnu également dans C-204/90 (1992) *Bachmann c/ Etat Belge*, I-249 ; C-35/98 (2000) *Verkoijjn*, I-4071.

1141 C-32/75 (1975) *Anita Cristini c/ SNCF*, 01085. Voir également C-261/83 (1984) *Castelli c/ ONPTS*, 3199.

1142 Voir également C-76/72 (1973) *Michel S. c/ Fonds National de Reclassement Handicapés*, 457.

1143 Voir concernant les allocations familiales accordées pour des non-nationaux, C-65/81 (1993) *Reina c/ Landeskreditbank Baden-Württemberg*, 33 ; C-212/05 (2007) *Hartmann c/ Freistaat Bayern*, I-6303. Concernant la libre prestation de services et la nécessité de donner l'accès aux logements sociaux dans l'Etat d'accueil aux non ressortissants de cet Etat, voir C-63/86 (1988) *Commission c/ Italie*, 29.

pour la protection de la justice sociale (et non une nécessité de ne pas démanteler, de façon excessive, ces institutions oeuvrant à la justice sociale et bénéficiant d'une forte légitimité dans l'opinion), tout en s'assurant que les libertés de circulation de ne soient pas niées¹¹⁴⁴.

Par ailleurs, le conflit potentiel entre l'équité vis-à-vis de l'accès à des bénéfices sociaux pour les non ressortissants d'un Etat Membre, et l'équité à l'égard de l'accès à ces bénéfices par les propres nationaux, est mis en exergue dans *Watts*¹¹⁴⁵. Alors que la question portait sur le fait de savoir si des ressortissants d'autres Etats Membres pouvaient se voir attribuer un accès plus rapide au système de santé britannique, en prenant le risque de leur donner la priorité par rapport à des nationaux qui auraient des besoins médicaux plus urgents, l'Avocat Général a, dans ses conclusions, conclu que « si les conditions auxquelles est subordonnée la délivrance d'une autorisation de bénéficier de soins hospitaliers dans un autre Etat Membre sont destinées à garantir la stabilité financière du système national de santé, les considérations de nature purement budgétaire ou économique ne sauraient justifier un refus de délivrer un telle autorisation »¹¹⁴⁶. Comme l'affirme Newdick (2009 : 856), la Cour va mettre l'accent sur les temps d'attentes raisonnables qui « *optimize efficiency and fairness* ». En effet, la Cour considère que :

« Il s'ensuit que, lorsque le délai découlant de telles listes d'attente s'avère excéder, dans le cas individuel concerné, le délai acceptable compte tenu d'une évaluation médicale objective de l'ensemble des circonstances caractérisant la situation et les besoins cliniques de l'intéressé, l'institution compétente ne

1144 Voir également C-63/86 (1988) *Commission c/ Italie*, 29 ; C-305/87 (1989) *Commission c/ Grèce*, 1461 ; C-111/91 (1993) *Commission c/ Luxembourg*, I-817 ; C-78/91 (1992) *Hughes*, I-4839 ; C-356/89 (1991) *Newton*, I-3017 ; Affaires jointes C-379 et 381/85 et 93/86 (1987) *Giletti et autres*, 955 ; C-249/83 (1985) *Hoeckx*, 973 ; C-464/02 (2005) *Commission c/ Danemark*, I-07929.

1145 C-372/04 (2006) *Yvonne Watts c/ Bedford Primary Care Trust, Secretary of State for Health*, I-04325.

1146 Conclusions de l'Avocat Général Geelhoed pour l'affaire C-372/04 (2006) *Yvonne Watts c/ Bedford Primary Care Trust, Secretary of State for Health*, I-04325, à §92.

peut refuser l'autorisation sollicitée en se fondant sur des motifs tirés de l'existence de ces listes d'attente, d'une prétendue atteinte portée à l'ordre normal des priorités lié au degré d'urgence respectif des cas à traiter, de la gratuité des soins hospitaliers prodigués dans le cadre du système national en cause, de l'obligation de prévoir des moyens financiers spécifiques aux fins de la prise en charge du traitement envisagé dans un autre État membre et/ou d'une comparaison des coûts de ce traitement et de ceux d'un traitement équivalent dans l'État membre compétent (§120) ».

La Cour impose ainsi une exigence de provision de soins de santé et réfute l'idée de distorsions dans l'offre de soins du fait de demandes de non-ressortissants. La Cour adopte une approche individualiste où chacun protège son droit à des biens sociaux indépendamment des conséquences créées sur la collectivité (Newdick 2009 : 856 ; Davies 2004). Alors, la Cour affirme par ailleurs que la libre prestation de services implique que « dans l'hypothèse où la législation de l'Etat Membre compétent prévoit la gratuité des soins hospitaliers prodigués dans le cadre d'un service national de santé, et où la législation de l'Etat Membre dans lequel un patient relevant dudit service a été, ou aurait dû être, autorisé à recevoir un traitement hospitalier aux frais de ce service ne prévoit pas une prise en charge intégrale du coût dudit traitement, il doit être accordé à ce patient, (...) un remboursement correspondant à la différence éventuelle entre d'une part, le montant du coût (...) d'un traitement équivalent (...) et d'autre part, le montant à concurrence duquel l'institution de ce dernier Etat Membre est tenu d'intervenir (...) en application des dispositions de la législation de cet Etat Membre » (§149)¹¹⁴⁷.

La contradiction apparente, entre cette ligne de jurisprudence avec *René Humbel et Marie-Thérèse Edel* et *Schumacker*, peut s'expliquer non seulement par la difficulté qu'a la Cour à définir sa politique judiciaire à l'égard de la justice sociale qui se résume à l'adjudication de l'accès des non-

1147 Des solutions similaires avaient déjà pu être exprimées par la Cour avec C-158/96 (1998) *Kohll*, I-1931 ; C-120/95 (1998) *Decker c/ Caisse de maladie des employés privés*, I-831.

ressortissants aux bénéfices sociaux nationaux, mais également cette confusion s'explique par l'arrivée croissante de la notion de citoyenneté européenne avec laquelle la Cour va adopter une vision davantage « positive ». Il en ressort alors que la Cour a exprimé une réticence à l'idée d'octroyer des restrictions trop grandes aux libertés de circulation pour des considérations de justice sociale, mais a su utiliser ces revendications d'accès aux aides sociales comme moteur pour un accès facilité et encouragé par les citoyens européens à d'autres marchés nationaux. Au lieu d'envisager la justice sociale comme une exigence collectiviste, la Cour appréhende la justice sociale par la maîtrise de la politique sociale des Etats Membres mais surtout par l'importance donnée à l'accès au marché plutôt qu'à la justice sociale en tant que tel. Ainsi, cette conception, Newdick (2009 : 857) l'affirme, « *is not based on fairness or consistency between patient* ».

Ainsi, la Cour a une vision instrumentale et conséquentialiste de la justice sociale et de l'équité¹¹⁴⁸, une interprétation pour le renforcement de l'accès aux marchés mais également pour le renforcement du sentiment de citoyenneté européenne. C'est d'ailleurs par ce concept de citoyenneté européenne, créé initialement par le constituant européen mais rapidement endossé, favorablement, par les juges européens, que la Cour adoptera une attitude plus « positive » par rapport à la préoccupation d'équité devant son prétoire.

ii) L'équité par la citoyenneté ou la politique sociale positive de la Cour

1148 Ce que Newdick (2006 : 858) appelle, concernant les droits à la santé publique, l'approche économique (ou approche par le marché) des droits sociaux par la Cour. Voir aussi Scharpf (2002) ; Morone (2000).

Par les articles 20 à 25 du TFUE, l'UE institue une citoyenneté¹¹⁴⁹ européenne qui, notamment, dispose ainsi (Article 20) :

« Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un Etat Membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas.
»

En plus de certains droits politiques accordés tels que pour les élections européennes (Article 22 du TFUE), il est énoncé dans l'Article 21 que « tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats Membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application ». Les dispositions concernant la citoyenneté européenne sont directement applicables aux individus¹¹⁵⁰.

L'idée selon laquelle la Cour a progressivement « fondamentalisé » la citoyenneté européenne est une idée juste et répandue¹¹⁵¹. En poussant pour que le législateur fasse muter le droit social européen en véritable politique sociale européenne (Hatzopoulos 2007 : 23), la Cour a réussi, autour de la citoyenneté européenne, à octroyer aux individus des droits qui leur étaient refusés jusque-là. En effet, l'idée d'une citoyenneté européenne s'est initialement imposée aux juges européens par les modifications juridiques opérées par le constituant et le législateur

1149 Held (1991 : 20) définit la citoyenneté : « *citizenship has meant reciprocity of rights against, and duties towards, the community. Citizenship has entailed membership, membership of the community in which one lives one's life. And membership has invariably involved degrees of participation in the community* ».

1150 C413/99 (2002) *Baumbast et R. c/ Secretary of State for the Home Department*, I-7091 ; C-200/02 (2004) *Zhu et Chen c/ Secretary of State for the Home Department*, I-9925.

1151 Somek (2007) ; De Witte (2009) ; Marzo (2009) ; Maciejczyk (2009).

européens¹¹⁵². Si la citoyenneté européenne est plutôt pauvre dans ses dispositions par rapports aux autres dispositions déjà prévues par les Traités avec les libertés de circulation, il n'empêche que cette citoyenneté européenne va créer un « attachement psychologique » entre les peuples européens et entre les individus et les institutions européennes (Barber 2002 : 245).

La Cour va percevoir cette opportunité formidable¹¹⁵³ offerte par le constituant européen en cela que la citoyenneté européenne sera perçue comme la légitimation (par une rhétorique

1152 Dans le Traité de Maastricht, les Etats Membres se sont accordés pour inscrire dans le Préambule la référence à une citoyenneté européenne qui était détaillée dans la Partie II « Citoyenneté de l'Union » qui est désormais avec le Traité de Lisbonne dans la Partie II du TFUE intitulé « Non Discrimination et Citoyenneté de l'Union ». Bien que cette citoyenneté soit instituée, elle ne crée aucune obligation ni devoirs supplémentaires car il est précisé que « les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par les traités ». Cela étant dit, les droits créés sont politiques (comme le plus grand accès aux élections européennes et municipales et le droit à une pétition). Cette Partie sera reprise, dans l'essentiel, dans le Chapitre V « Citoyenneté » de la Charte des Droits Fondamentaux. La répétition de dispositions par l'inclusion de la Charte dans le Traité de Lisbonne est dommageable et ne fait que concourir au manque de clarté des droits fondamentaux au niveau européen. Voir Arnulf (2003).

1153 Il est possible d'affirmer que la Cour ne va pas être très enthousiaste dans les débuts à cette idée de citoyenneté européenne. En effet, les requérants invoquaient les dispositions sur la citoyenneté européenne pour défendre leur liberté d'établissement. En revanche, la Cour va évincer cet argument tenant de la citoyenneté, car considérant que ces dispositions sur la citoyenneté sont secondaires par rapport à celles tenant aux libertés de circulation, et qu'il y a donc dès lors pas de besoin de les invoquer. Ainsi, la Cour déclare qu'il « convient de relever ensuite que l'article (9 TUE), qui énonce de manière générale le droit, pour tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats Membres, trouve une expression spécifique dans l'article (49 TFUE). Or, dans la mesure où l'espèce au principal relève de cette dernière disposition, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur l'interprétation de l'article (9 TUE) » (§22), C-193/94 (1996) *Skanavi* et *Chryssanthakopoulos*, I-929. Similairement, la Cour affirmera qu'il « y a lieu de relever que la citoyenneté de l'Union, prévue à l'article (9 TUE) n'a pas pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du traité également à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire » (§23), Affaires jointes C-64 et 65/96 (1997) *Land Norhein-Westfalen c/ Uecker et Jacquet c/ Land Norhein-Westfalen*, I-3171. Par conséquent, comme on peut le voir, les premières années d'existence de

différente de celle de l'efficacité du marché par l'accroissement des libertés de circulation) de décisions judiciaires participant néanmoins à l'agenda politique de la Cour. Cet agenda politique a toujours été, et demeure, le renforcement du Marché Intérieur tout en s'assurant de l'acceptabilité sociale de cette entreprise, une acceptabilité précisément renforcée dès lors qu'au registre du marché se substitue un registre de la citoyenneté. Ainsi, sous l'apparence « cynique » (Arnull 2006 : 511) d'une approche plus attentive à la correction politique du marché (par l'émergence d'une citoyenneté européenne perçue comme contrebalançant la simple rationalité économique), la Cour fera avancer son agenda politique d'une efficacité toujours plus grande avec une préoccupation plus importante pour la justice sociale.

L'arrêt marquant dans lequel la Cour va commencer à appréhender la citoyenneté européenne, comme facteur de promotion de la justice sociale (mais également de construction politique) et qui soit conciliable avec son attachement à favoriser les libertés de circulation, est *Martinez Sala*¹¹⁵⁴. En l'espèce, il s'agissait d'une espagnole vivant au chômage en Allemagne qui s'était vue octroyer des titres de séjour de façon non continue. Pendant les années où elle ne disposait pas de titre de séjour, elle a donné naissance à un enfant, et s'est vue refuser l'octroi d'allocations d'éducation pour son enfant parce qu'elle n'avait pas la nationalité allemande et un titre de séjour valide. Bien qu'il existât des règlements européens régissant cette situation (§28)¹¹⁵⁵, la Cour préféra laisser à la juridiction nationale le soin d'appliquer, en l'espèce, ces règlements du fait de l'information insuffisante dont disposait la Cour concernant la situation personnelle de la

la citoyenneté européenne, loin d'être caractérisées par un engouement de la part de la Cour à utiliser ces dispositions, se caractérisent par la volonté de la Cour de ne pas recourir à ces dispositions initialement perçues comme minorant potentiellement les dispositions sur les libertés de circulation. Cette position jurisprudentielle sera abandonnée par la suite et la Cour jouera sur la citoyenneté européenne afin d'attacher aux libertés de circulation une légitimité socio-politique.

1154 C-85/96 (1998) *Martinez Sala*, I-2691.

1155 Les règlements 1408/71 et 1612/78 en l'occurrence.

requérante (§45). La question fondamentale était de savoir si le droit européen s'opposait à ce qu'un Etat membre exige des ressortissants des autres Etats Membres qu'ils produisent une carte de séjour, en bonne et due forme, pour bénéficier d'une allocation d'éducation. La Cour fait remarquer, qu'un Etat Membre peut légitimement exiger des ressortissants d'autres Etats Membres qu'ils soient en possession d'un titre de séjour valide car cette obligation est comparable à l'exigence de possession d'une carte d'identité pour les nationaux¹¹⁵⁶. En revanche, la Cour va contester le fait que la carte de séjour ait une « valeur constitutive » pour reconnaître le droit de séjour et non pas simplement une « valeur déclaratoire et probante » (§53). Dès lors, les documents exigés par l'administration pour que les individus bénéficient de l'allocation en cause diffèrent et discriminent selon l'origine du requérant donc contraire à l'interdiction de discrimination de l'Article 18 du TFUE). Mais, la requérante va en plus faire valoir que la citoyenneté européenne instituée depuis l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht au 1^{er} Novembre 1993 lui donne un droit de séjour. Et la Cour d'être compréhensive à son égard en déduisant une réelle conséquence juridique de cette citoyenneté européenne qui, jusqu'ici avait été perçue par cette même Cour comme secondaire (voire répétitive) avec d'autres dispositions du Traité. Ainsi, la Cour déclare que :

« Il en résulte qu'un citoyen de l'Union Européenne qui, telle la requérante au principal, réside légalement sur le territoire de l'Etat Membre d'accueil peut se prévaloir de l'Article (21 TFUE) dans toutes les situations relevant du domaine d'application *ratione materiae* du droit communautaire, y compris la situation dans laquelle cet Etat membre retarde ou lui refuse l'octroi d'une prestation qui est accordée à toute personne résidant légalement sur le territoire de cet Etat, au motif qu'il ne dispose pas

1156 C-321/87 (1989) *Commission c/ Belgique*, 997 ; C-24/97 (1998) *Commission c/ Allemagne*, I-02133. Par ailleurs, en dépit de l'acceptation large que fait la Cour de la citoyenneté européenne, celle-ci ne signifie pas pour autant que les citoyens européens, tout comme les nationaux d'un Etat Membre, sont exonérés de subir des contrôles d'identité (notamment pour les aéroports) : voir ainsi C-378/97 (1999) *Wijsenbeek*, I-6207.

d'un document qui n'est pas exigé des ressortissants de ce même Etat et dont la délivrance peut être retardée ou refusée par son administration (§63) ».

Par cette solution¹¹⁵⁷, la Cour semble ouvrir la voie à un droit indépendant au séjour des citoyens européens dans tous Etats Membres peu important les conséquences, ou plutôt, précisément les avantages sociaux que ce droit peut engendrer. En cela, la Cour ne se place plus dans une logique de cohérence et de préservation des systèmes fiscaux (et donc dans la justification de possibles discriminations en fonction de la participation des individus au système fiscal), mais davantage dans un droit absolu, opposable à tous, pour les citoyens européens d'accéder à toute aide délivrée par les autorités nationales d'un Etat Membres dès lors qu'il y a une preuve d'un séjour. De plus, cette autorisation de séjour se voit facilitée par *Martinez Sala*¹¹⁵⁸ et ainsi le champ d'application des bénéfices (sociaux) de la citoyenneté européenne se voit largement étendu.

Cette faculté trouvée par la Cour de rendre une justice sociale par le biais des Etats Membres en statuant dans le sens des requérants, invoquant la citoyenneté européenne, sera confirmée notamment dans deux autres affaires majeures. Dans l'affaire *Baumbast*¹¹⁵⁹, la question était de savoir si les enfants d'un citoyen européen, installés dans un Etat Membre par le statut de travailleurs migrants des parents, ont le droit de suivre des cours d'enseignement général même si les parents ont, entre-temps, divorcé et que le seul des deux parents citoyen européen n'est plus travailleur migrant. La Cour fera le lien fondamental entre la justice sociale offerte par les Etats Membres (de par l'octroi d'avantages sociaux mais également la plus grande générosité envers les

1157 Voir également C-456/02 (2004) *Trojani*, I-7573.

1158 A la fois par rapport à la jurisprudence précédente mais également par rapport aux textes législatifs récents. Voir Directive 90/364 ; Directive 90/365 ; Directive 93/96.

1159 C-413/99 (2002) *Baumbast et R.*, I-7901.

cartes de séjour afin de faire bénéficier les citoyens européens de ces avantages sociaux), et l'efficacité d'allocation générée par les libertés de circulation (une préoccupation qui correspond plus classiquement à l'agenda politique de la Cour). Ainsi, la Cour considère que « empêcher l'enfant d'un citoyen de l'Union de continuer sa scolarité dans l'Etat Membre d'accueil en lui refusant une autorisation de séjour pourrait être de nature à dissuader ledit citoyen d'exercer les droits de libre circulation » (§52). Après avoir franchi cette étape historique dans la position « sociale » de la jurisprudence européenne, la Cour conclut ainsi que les enfants en question résidant dans l'Etat Membre « sont en droit d'y séjourner afin d'y poursuivre des cours d'enseignement général (...). Le fait que les parents des enfants concernés ont entre temps divorcé, le fait que seul l'un des parents est un citoyen de l'Union et que ce parent n'est plus un travailleur migrant dans l'Etat Membre d'accueil ou le fait que les enfants ne sont pas eux-mêmes des citoyens de l'Union n'ont à cet égard aucune incidence » (§63).

Le courage de la Cour d'exprimer une telle volonté d'émancipation des citoyens européens envers leur lien économique, avec l'Etat Membre dans lequel ils résident, ne s'explique que par son désir de minimiser les coûts pour ces citoyens de circuler librement au sein de l'UE¹¹⁶⁰. Quand bien même le droit national n'octroierait pas aux enfants de citoyens européens un statut particulier afin que ceux-ci bénéficient d'avantages sociaux comparables aux nationaux, la Cour considère que ces enfants sont automatiquement citoyens européens, et par là même, en droit d'accéder à ces avantages sociaux afin de ne pas décourager le (ou les) parent(s) de faire usage des libertés de

1160 Voir aussi C-310/08 (2010) *London Borough of Harrow c/ Ibrahim*, I-000 où la Cour considéra que les enfants d'un ressortissant d'un Etat Membre qui travaille ou a travaillé dans l'Etat Membre d'accueil et le parent qui a effectivement la garde de ceux-ci peuvent se prévaloir, dans ce dernier Etat, d'un droit de séjour sur le fondement de l'article 12 du Règlement 1612/68 (...) sans qu'un tel droit soit soumis à la condition qu'ils disposent de ressources suffisantes et d'une assurance maladie complète dans cet Etat.

circulation. De plus, la Cour considéra que ce lien économique jusqu'à là exigé n'était plus intact depuis l'institution de la citoyenneté européenne :

« S'il est vrai que, avant l'entrée en vigueur du traité sur l'Union Européenne, la Cour avait précisé que ce droit de séjour, conféré directement par le traité CE, était soumis à la condition de l'exercice d'une activité économique (...), il n'en reste pas moins que, depuis lors, le statut de citoyen de l'Union a été introduit dans le traité CE et un droit a été reconnu, pour tout citoyen, de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats Membres (§81) ».

Par conséquent, la Cour conclut « qu'un citoyen de l'Union européenne qui ne bénéficie plus dans l'Etat Membre d'accueil d'un droit de séjour comme travailleur migrant peut, en qualité de citoyen de l'Union, y bénéficier d'un droit de séjour par application directe de l'article (21 TFUE) »¹¹⁶¹.

Ainsi, à la logique de marché qui a été prédominante dans la jurisprudence de la Cour jusque-là, une logique de droits opposables (*entitlements*) s'imisce par le biais de la citoyenneté

1161 Voir également C-274/96 (1998) *Bickel et Franz*, I-7637 ; C-200/02 (2004) *Zhu et Chen c/ Secretary of State for the Home Department*, I-09925 ; C-138/02 (2004) *Collins c/ Secretary of State for Work and Pensions*, I-02703. Voir également C-209/03 (2005) *Bidar*, renversant les affaires C-39/86 (1988) *Lair c/ Universität Hannover*, 3161 et C-197/86 (1988) *Brown c/ Secretary of State for Scotland*, 3205. Dans *Bidar*, la Cour a considéré qu'avec la citoyenneté européenne, les avantages sociaux accordés aux étudiants résidents dans un autre Etat Membre rentre dans le champ d'application des Traités : ces étudiants peuvent ainsi se prévaloir de la citoyenneté européenne pour accéder aux avantages sociaux accordés aux étudiants nationaux. Voir O'Leary (1999 : 77-78) affirmant que la Cour a voulu rompre ce lien économique (« *explode the linkages* ») ; Wollenschläger (2011 : 20-22).

européenne¹¹⁶², cette « *romantic idea of solidarity among citizens of the Union* » (Arnull 2006 : 531). Cela est possible car la citoyenneté européenne, si elle comporte une dimension davantage politique que la simple formation d'un marché transnational voulue par la Cour, n'est pas pour autant dénuée de rationalité dans cet agenda politique de la Cour : par la logique de droits opposables que crée la citoyenneté européenne, les citoyens européens sont plus à même de profiter des libertés de circulation si des avantages sociaux leur sont accordés, non seulement sans discrimination par rapport aux nationaux, mais également plus facilement¹¹⁶³.

Autrement dit, la politique judiciaire de la Cour concernant la justice sociale consiste à préserver son agenda politique d'une constitution rapide d'un marché transnational tout en s'assurant que la nécessaire justice sociale, pourvue par les Etats Membres, est généralisée à tous citoyens européens résidant dans la juridiction de l'Etat Membre en question. Que cette stratégie judiciaire et politique pose de grands défis aux Etats-providence nationaux est une évidence, il n'empêche que la Cour a su, par cette exigence de justice sociale revendiquée par les parties se présentant à son prétoire (contrainte externe), concilier habilement justice sociale et justice de l'efficacité, dans un mouvement institutionnel ne participant qu'au renforcement de l'importance de la Cour par la place-pivot que cet acteur politique européen s'est octroyée.

En réalité, loin de « pervertir » l'idée de citoyenneté, et plus précisément de citoyenneté européenne, la Cour rend compte de cette notion avec intelligence, en cela qu'elle donne existence

1162 Ainsi, la citoyenneté européenne est bien plus que ce concept vide de sens et de conséquences décrit par Weiler (1996b : 68) : « *little more than a cynical exercise in public relations on the part of High Contracting Parties* », ou encore Jessurun d'Oliveira (1995 : 147) décrivant la citoyenneté européenne comme « *a symbolic plaything without substantive content* ».

1163 Ceci est une illustration de ce que Everson (1995) appelle le « *market citizen* ».

à la citoyenneté¹¹⁶⁴ en dépit du peu de pouvoirs (en termes de construction de politiques publiques et de pouvoirs de taxation) dont elle dispose comme toute institution judiciaire. En effet, si l'on se réfère à Marshall (1950 : 28-29) et à sa conceptualisation de la notion de citoyenneté, l'on perçoit la citoyenneté comme un statut de membre donné à des individus au sein d'une communauté, un statut impliquant le développement de droits civiques, politiques mais également sociaux. Or, ces droits sociaux sont pourvus, par la Cour, par le recours à la notion de citoyenneté par la coordination judiciaire des systèmes d'Etats-providence nationaux¹¹⁶⁵. Cette coordination et facilitation de l'accès à des droits sociaux n'est rien d'autre qu'une politique judiciaire européenne élaborée en réaction aux initiatives constitutionnelles (Traité de Maastricht), mais également des revendications populaires (exigence de justice sociale délivrée par la CJUE). A ces contraintes externes, la Cour va non seulement « fondamentaliser » les droits sociaux par la citoyenneté européenne, mais surtout « constitutionnaliser » l'agencement institutionnel concernant les revendications de droits sociaux pourvus par les Etats¹¹⁶⁶.

Dans ce double mouvement juridique, la Cour se place en arbitre final régulant, au niveau supranational, l'accès à la justice sociale locale. Dans ce jeu de contraintes et d'influences mutuelles

1164 Pour une approche divergente appréhendant la citoyenneté comme créatrice de droits et d'obligations, mais sans nécessairement d'attachement culturel particulier, voir Preuß (1995). Et pour une recommandation de reconsidérer ce point de vue des développements initiés par la Cour, voir Barnard (2010 : 477). Weiler (1997b) voit la citoyenneté européenne comme une construction basée sur l'attachement à deux peuples (demoi) où les facteurs d'identification subjectifs jouent un rôle important et où les droits sociaux sont revendiqués de façon transnationale.

1165 Ces droits participent alors à la « politique d'inclusion » des citoyens par ces droits sociaux (Holmes et Sunstein 1999 : 204-219).

1166 Voir par exemple la consécration législative de la jurisprudence européenne avec notamment la Directive 2004/38 sur les droits des citoyens : la Directive 68/360 concernant les droits de résidence et le Règlement 1251/70 sur le droit de rester dans le pays de résidence.

entre la Cour et les autres institutions européennes, et entre la Cour et les Etats-providence, et enfin entre la Cour et les revendications populaires, la Cour en sort renforcée en incarnant (paradoxalement) cette « Europe sociale » qui n'était pas, précisément, dans son agenda politique. En d'autres termes, ces contraintes externes, de nature constitutionnelle, modifièrent l'agenda politique de la Cour qui dut s'adapter dans un « constitutionnalisme multi-niveaux »¹¹⁶⁷, mais n'a pas fondamentalement questionné le rôle d'arbitre final de la Cour dans la conciliation entre citoyenneté sociale et citoyenneté marchande¹¹⁶⁸, ainsi, entre justice sociale et justice de l'efficacité. Ainsi, aux fins de concilier la justice sociale et la justice de l'efficacité par le biais de la citoyenneté européenne, la Cour a revalorisé le *principe de solidarité* au niveau européen¹¹⁶⁹.

Mais si la Cour a su « internaliser » ces contraintes externes qu'on pu être la création constitutionnelle de la citoyenneté européenne et la demande populaire pour un plus grand accès aux avantages sociaux inhérents à la construction européenne, il en a été tout autrement en ce qui concerne la réaction de la Cour à propos de la constitutionnalisation des droits sociaux au niveau européen. Cependant, tout en européanisant les systèmes de solidarité nationale et reconnaissant

1167 Pernice cité dans Wollenschläger (2011 : 34) et Ipsen cité dans Giubboni (2006 : 5) où il est question de Markbürger.

1168 Par conséquent, la stratégie du marché n'a été ni unique, ni idéologique, contrairement à ce que Jabko (2009) appelle « l'idéologie de marché ». Par opposition, nous arrivons à la conclusion de Harzopoulos (2007) lorsqu'il affirme que « *the EC has been gradually building up a social profile, despite the fact that the corresponding empowering provisions in the Treaty are quite limited. This profile has been pioneered by the Court (...)* ». Ainsi, comme l'affirme Costamagna (2011 : 4), « *there has been a tendency to depict the Court as a "market police force", downplaying all its efforts to reach a balanced compromise between the functioning of a competitive internal market and national welfare states* ». En cela, il s'agit davantage d'une conciliation que d'un « changement de paradigme » où il y aurait « *a new fundamental freedom beyond market integration (Grundfreiheit ohne Markt)* » comme l'envisage Wollenschläger (2011).

1169 Barnard (2010 : 477). Ce principe de solidarité est à la base de la justice sociale car elle (ou redistributive – *iustitia distributiva*) sous-tend les systèmes d'Etat-providence et matérialise le principe de solidarité sur lequel ces systèmes évoluent (Balandi 2005).

ainsi le principe de solidarité au travers d'une citoyenneté européenne compatible avec l'efficacité économique, la Cour rejette (ou du moins repousse) la « socialisation » de la Constitution Economique Européenne. C'est cette dichotomie essentielle dans la justice sociale rendue par la Cour (du fait de la plus faible protection des droits sociaux fondamentaux par la Cour¹¹⁷⁰) que nous allons à présent élucider.

c. Jurisprudence de l'efficacité vs. Justice de droits sociaux fondamentaux

La Charte des Droits Fondamentaux de l'UE a été proclamée en Décembre 2000, et bien qu'elle n'ait acquis d'effets juridiques explicitement qu'en 2009 avec son incorporation dans le Traité de Lisbonne, la valeur « morale » et interprétative de cette Charte a été défendue par de nombreux auteurs¹¹⁷¹. En dépit de cette constitutionnalisation symbolique¹¹⁷², la Cour va

1170 Maduro (1998b).

1171 Parmi la riche doctrine, voir notamment De Witte (2001) ; Dutheil de la Rochère (2001) ; De Burca (2001). En ce qui concerne les premières réactions des Avocat Généraux, voir les conclusions de l'Avocat Général Tizzano dans l'affaire C-173/99 (2001) *BECTU c/ Secretary of State for Trade and Industry*, I-04881 ; conclusions de l'Avocat Général Jacobs dans l'affaire C-377/98 (2001) *Pays-Bas c/ Parlement et Conseil*, I-07079 ; conclusions de l'Avocat Général Léger dans l'affaire C-353/99 P (2001) *Conseil c/ Hautala et autres*, I-09565 ; conclusions de l'Avocat Général Mischo dans les affaires jointes C-122 et 125/95 P (2001) *D. et Royaume de Suède c/ Conseil*, I-04319 ; conclusions de l'Avocat Général Jacobs dans l'affaire C-270/99 P (2001) *Z. c/ Parlement*, I-09197 ; conclusions de l'Avocat Général Alber dans l'affaire C-340/99 (2001) *TNT Traco SpA c/ Poste Italiane*, II-02905 ; conclusions de l'Avocat Général Léger dans l'affaire C-309/99 (2002) *Wouters*, I-01577.

continuellement s'efforcer de ne pas se référer à la Charte¹¹⁷³ et préférera construire une jurisprudence dans laquelle la justice sociale, inhérente à cette Charte, sera rejetée afin de privilégier une justice de l'efficacité conforme au positionnement classique de la Cour. Car si la Charte reformule des droits fondamentaux déjà protégés¹¹⁷⁴, d'autres droits (notamment des droits sociaux) sont proclamés à un haut niveau et avec une force équivalente aux autres droits plus « traditionnels »¹¹⁷⁵.

1172 Burgogue-Larsen (2003 : 77) ; Tidimas (2006 : 359-362) ; Ray (2000 : 52) qualifiant cette Charte « d'opération de marketing politique et social ».

1173 L'exception étant avec l'affaire C-540/03 (2006) Parlement Européen c/ Conseil, I-5769. La Cour mentionnera la Charte mais en suggérant qu'elle n'ajoute rien au catalogue de droits existants et n'en crée pas de nouveaux : « S'agissant de la charte, elle a été proclamée solennellement par le Parlement, le Conseil et la Commission à Nice le 7 décembre 2000. Si cette charte ne constitue pas un instrument juridique contraignant, le législateur communautaire a cependant entendu en reconnaître l'importance en affirmant, au deuxième considérant de la directive, que cette dernière respecte les principes qui sont reconnus non seulement par l'article 8 de la CEDH, mais également par la charte. Par ailleurs, l'objectif principal de la charte, ainsi qu'il ressort de son préambule, est de réaffirmer « les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres, du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la [...] [CEDH], des Chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour [...] et de la Cour européenne des droits de l'homme » (§38). Voir également C-131/03 (2006) *R.J. Reynolds Tobacco Holdings c/ Commission*, I-7795.

1174 Alinéa 5 du Préambule de la Charte. Voir Lenaerts et De Smijter (2001). La Cour a pu se référer à des principes généraux afin de ne pas citer la Charte, comme par exemple avec le respect de la dignité humaine (Tinière 2008 : 91).

1175 En effet, la Charte n'est pas simplement une « *Bill of Rights* » anodine se bornant à répéter certains droits consacrés dans d'autres textes (constitutions nationales ou Convention Européenne des Droits de l'Homme). Au lieu de cela, la Charte innove véritablement en consacrant de nombreux droits sociaux, notamment avec son Chapitre IV « Solidarité » dans lequel est protégé le droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise (Article 27) ; le droit de négociation et d'actions collectives (Article 28) ; le droit d'accès aux services de placement (Article 29) ; le droit à la protection en cas de licenciement injustifié (Article 30) ; le droit à des conditions de travail justes et équitables (Article 31) ; l'interdiction du travail

Nous allons étudier, par l'illustration de quelques cas de jurisprudence, comment la Cour a véritablement opéré, postérieurement à la proclamation de la Charte, une distinction entre d'une part, une protection renforcée des droits civiques (et politiques) et d'autre part, une protection toujours aussi (si ce n'est plus) faible des droits sociaux « fondamentaux ». Cette distinction fait jour par l'étude de deux séries d'affaires : la première série est constituée des arrêts *Schmidberger*¹¹⁷⁶ et *Omega*¹¹⁷⁷ ; la seconde série est constituée des arrêts *Viking* et *Laval*.

De la confrontation entre libertés de circulation et droits sociaux « fondamentaux »¹¹⁷⁸, les arrêts *Schmidberger* et *Omega* vont s'illustrer par la prééminence donnée par la Cour aux exigences d'équité et de justice sociale. *Schmidberger* concernait 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 »¹¹⁷⁹. Ainsi, la requérante se plaignait de l'inaction de l'Autriche

des enfants et protection des jeunes au travail (Article 32) ; le droit à la protection de la vie familiale et professionnelle (Article 33) ; le droit à la Sécurité Sociale et à l'aide sociale (Article 34) ; le droit à la protection de la santé (Article 35) ; le droit à l'accès aux services d'intérêt économique général (Article 36) ; le droit à la protection de l'environnement (Article 37) ; le droit à la protection des consommateurs (Article 38). De plus, certains droits inscrits dans d'autres chapitres sont nouveaux et/ou s'apparentent à cette nouvelle catégorie de droits sociaux : le droit à une bonne administration (Article 41) ; le droit à la protection diplomatique et consulaire (Article 46) ; le droit de se marier et le droit de fonder une famille (Article 9) ; le droit à l'éducation (Article 14) ; les droits de l'enfant (Article 24).

1176C-112/00 (2003) *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c/ Republik Österreich*, I-5659.

1177C-36/02 (2004) *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs-GmbH c/ Ober-bürgermeisterin des Bundesstadt Bonn*, I-9609.

1178 Voir antérieurement à la Charte : C-368/95 (1997) *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags und vertriebs GmbH c/ Heinrich Bauer Verlag*, I-3689 ; C-62/90 (1992) *Commission c/ RFA*, I-2575 ; C-260/89 (1991) *ERT c/ Domotroki Pliroforissis et Sotirius Kouvelas*, I-2925.

1179C-112/00 (2003) *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c/ Republik Österreich*, I-5659 à §77. La rhétorique des libertés de circulation désignées comme « libertés fondamentales » des Traités s'est imposée progressivement par différents arrêts. Voir C-137/04 (2006) *Amy Rockler c/ Försäkningskassan*, I-1441 ; C-514/03 (2006) *Commission c/ Espagne*, I-

dans le blocage de l'autoroute du Brenner (seul axe reliant l'Allemagne et l'Italie) pour des manifestations écologistes, une inaction constitutive d'une entrave à la liberté de circulation. *Omega* concernait l'interdiction, pour la société Omega, d'exploiter un jeu britannique de laser de la société Pulsar simulant de tirer sur des cibles humaines du fait de la violation de la dignité humaine que la pratique d'une telle activité faisait encourir, restreignant ainsi la liberté de prestation de service d'Omega pour son appel à Pulsar. Alors que dans l'affaire *Schmidberger*, la Cour va considérer la balance entre la liberté de circulation et la liberté d'association invoquées, la Cour va, dans l'arrêt *Omega*, concilier la liberté de circulation invoquée avec (non pas directement le respect de la dignité humaine invoqué par l'Allemagne sur le fondement de l'Article 1^{er} de la Loi Fondamentale) la notion d'ordre public (comprenant indirectement la dignité humaine). Cette différence, d'apparence anodine, ne doit pas être sous-estimée. Le refus de la Cour de se référer directement à la dignité humaine peut s'expliquer par son refus de ce référer soit à la Loi Fondamentale allemande, soit (plus fondamentalement) à la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE. En effet, alors que la liberté d'association est un droit fondamental reconnu de longue date par la Cour, la dignité humaine¹¹⁸⁰ est un « nouveau » droit proclamé par la Charte. Ainsi, la Cour, dans sa réticence à citer directement la Charte et en faire ainsi *de facto* une norme juridique, va se référer aux « principes généraux du droit » et utiliser la notion d'ordre public¹¹⁸¹.

963 ; C-12/62 (2003) *Marco Grilli*, I-11585 ; C-265/04 (2006) *Margaretha Bouanich c/ Skatteverket*, I-923. La formule de « liberté économique fondamentale » peut paraître plus appropriée, et en cela nous rejoignons Tinière (2008 : 433).

1180 Malgré une référence dans l'affaire C-13/94 (1996) *P c/ S et Cornwall County Council*, I-02143.

1181 Cette volonté de la Cour de ne pas utiliser le concept de dignité humaine protégé par elle-même est démontrée dans une affaire précédente. Alors que l'Avocat Général Jacobs dans l'affaire C-377/98 (2001) *Pays-Bas c/ Parlement et Conseil*, I-7079, prônait la protection de la dignité humaine devant la Cour sur le fondement que celle-ci est inscrite à l'Article 1er de la Charte, la Cour rejettera cette référence explicite. En effet, la Cour se contentera de préciser « qu'il appartient à la Cour, dans son contrôle de la conformité des actes des institutions aux principes généraux du droit communautaire, de veiller au respect du

La circonvolution (d'autres pourraient affirmer, l'hypocrisie) de la Cour est flagrante lorsque, dans l'arrêt *Omega*, la Cour précise que « ainsi que l'expose Mme L'Avocat Général aux points 82 et 91 de ses conclusions, l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit » (§34)¹¹⁸². Or, c'est bien l'Article 1^{er} de la Charte que l'Avocat Général Stix-Hickl cite au point 91 de ses conclusions. Ainsi, si la Cour refuse d'explicitement se référer à la Charte pour la protection des droits fondamentaux, il n'en demeure pas moins, qu'en ce qui concerne la protection de la dignité humaine, la Cour protège implicitement ce droit tel qu'il est inscrit dans la Charte.

A la fois dans l'arrêt *Schmidberger* et dans l'arrêt *Omega*, la Cour semble donner « un léger avantage aux droits de l'Homme » (Tinière 2008 : 439) par rapport aux libertés de circulation. En effet, par une mise en balance de manière relativement souple des intérêts en présence (à savoir la liberté de circulation des marchandises et la légitime expression d'opinions et la possibilité de réunion)¹¹⁸³, la Cour va considérer que les autorités nationales disposent d'un large pouvoir discrétionnaire aux fins de réguler l'exercice des droits fondamentaux en question, mais précise néanmoins que non seulement une « action de ce type entraîne normalement certains inconvénients pour les personnes qui n'y participent pas, en particulier en ce qui concerne la liberté de circulation, ceux-ci peuvent en principe être admis dès lors que le but poursuivi est essentiellement la manifestation publique et dans les formes légales d'une opinion » (§91), et que « les autorités nationales (...) ont raisonnablement pu considérer que l'objectif légitimement

droit fondamental à la dignité humaine et à l'intégrité de la personne » (§70). Ainsi, la Cour laisse sous silence la source juridique textuelle protégeant la dignité humaine afin de ne pas juridiciser la Charte, et préfère s'en remettre à sa faculté de se référer aux principes généraux du droit européen.

1182 Voir également C-173/99 (2001) BECTU, I-4881 ; C)377/98 (2001) *Pays-Bas c/ Parlement et Conseil*, I-7079.

1183 Une mise en balance inhérente à l'adjudication de droits fondamentaux car, comme l'affirment Weiler et Lockhart (1995 : 585), « *human rights by their nature are rarely, if at all, absolute* ».

poursuivi par ledit rassemblement ne pouvait pas, en l'occurrence, être atteint par des mesures moins restrictives des échanges intracommunautaires » (§93). Ainsi, l'Etat n'est pas fautif pour inaction, et implicitement il est dit que la liberté d'expression et de réunion a prévalu, en l'espèce, sur les considérations tirées de la maximisation des échanges commerciaux. Dans l'affaire *Omega*, la Cour conclura que le droit européen « ne s'oppose pas à ce qu'une activité économique consistant en l'exploitation commerciale de jeux de simulation d'actes homicides fasse l'objet d'une mesure nationale d'interdiction adoptée pour des motifs de protection de l'ordre public en raison du fait que cette activité porte atteinte à la dignité humaine » (§41). Ainsi, parce que l'interdiction est nécessaire et proportionnée (§35-40), la Cour protège (indirectement) la dignité humaine sur la liberté de prestations de services. Cette déférence¹¹⁸⁴ de la Cour remarquée par les arrêts *Schmidberger* et *Omega* a pu, trop rapidement¹¹⁸⁵, amener d'aucuns à conclure que l'ère post-Charte de la protection européenne des droits fondamentaux serait invariablement plus heureuse que la protection prévalant dans la jurisprudence européenne d'avant la Charte¹¹⁸⁶.

1184 Arnulf (2006 : 363).

1185 Notamment Tridimas (2006 : 339) affirmant que ces arrêts révèlent que la Cour est désormais encline à une véritable protection des droits fondamentaux en priorité sur toute autre considération : « *Schmidberger gives the clearest sign yet that the Court takes human rights seriously and conducts itself not as the Court of an economic union but as the Supreme Court of a constitutional order* ».

1186 Ainsi, Tinière (2008 : 441-450) a parlé de la « fin de la spécificité communautaire au regard de la protection des droits fondamentaux » du fait de la protection renforcée, au niveau de la CEDH et des cours constitutionnelles nationales, des droits fondamentaux par la CJUE avec les arrêts *Schmidberger* et *Omega*. Comme nous allons le voir, ce vœu pieu ne s'est pas confirmé dès lors qu'il s'est agit de droits sociaux fondamentaux protégés par la Charte. En cela, nous rejoignons Simon (1991 : 81) lorsque celui-ci affirme que « la fécondation de l'ordre juridique communautaire par des gènes externes n'est admise que pour autant qu'elle n'affecte pas le patrimoine génétique propre de la Communauté ». Ces « gènes externes » sont les contraintes externes dont nous faisons régulièrement référence et qui ont été internalisées pour certaines d'entre elles (car n'affectant pas précisément ce « patrimoine génétique » de l'UE) ou repoussées (lorsqu'est menacé ce patrimoine). Or, les

L'utilisation subreptice de la Charte par la Cour ne signifie pas pour autant que celle-ci souhaite protéger tous les droits fondamentaux de cette Charte, et particulièrement les moins civiques et politiques que sont les droits fondamentaux sociaux¹¹⁸⁷. Ainsi, cette réticence de la Cour de céder à la contrainte constitutionnelle d'une « fondamentalisation » des droits sociaux, au niveau européen¹¹⁸⁸, est illustrée par la seconde série d'affaires avec *Viking*¹¹⁸⁹ et *Laval*¹¹⁹⁰.

Ces deux affaires concernent l'usage du droit de grève à l'encontre d'entreprises jouissant de leurs libertés économiques au titre des Traités Européens. Ainsi, il s'agissait de mettre en balance un droit social fondamental (le droit de grève) avec une liberté économique. Plus précisément, dans l'affaire *Laval*, des syndicats suédois firent grève afin de protester contre une entreprise lettone ayant remporté un marché public grâce au détachement de travailleurs lettons (rémunérés au salaire letton) en Suède. Parce qu'il s'agissait de travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services, l'Article 56 du TFUE (liberté de prestations de services) et la Directive 96/71 (détachement de travailleurs pour prestations de services) étaient à la fois invoqués par l'entreprise lettone, tandis que les syndicats suédois invoquaient les droits

droits sociaux fondamentaux, comme nous allons le voir, sont perçus par la Cour comme menaçant son « patrimoine génétique ».

1187 Pour une défense d'une protection juridictionnelle des droits sociaux fondamentaux de la Charte par la Cour après Lisbonne, voir Costamagna (2011 : 12) affirmant « *now that the Lisbon Treaty has finally overcome this uncertainty, it can be expected that the Court will find the Charter's provisions on solidarity rights an even firmer "anchor" for the re-balancing of economic freedoms and social objectives. This should provide a stronger support to Member States when they claim exception from the internal market rules in order to pursue social objectives* ».

1188 A l'inverse, il serait possible d'arguer que si la Cour a fondamentalisé des normes juridiques européennes, ce ne sont pas les droits sociaux « fondamentaux » mais bien les libertés de circulation désormais « libertés fondamentales » des Traités (Wollenschläger 2011 : 30-32).

1189 C-438/05 (2007) *The International Transport Workers' Federation c/ Viking Line ABP et Viking Line Eesti*, I-10779.

1190 C-341/05 (2007) *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet et autres*, I-11767.

fondamentaux (Article 28 de la Charte). Les actions puissantes des syndicats suédois se sont manifestées par des pressions, blocus et boycotts dans la durée afin que l'entreprise adopte les salaires suédois (§30-38). La question portait sur le fait de savoir si des syndicats, par une action collective prenant la forme de blocus, pouvaient contraindre un prestataire de services étranger à adhérer, dans l'Etat Membre d'accueil, à une convention collective relative aux conditions de travail et d'emploi à la lumière des Traités et de la Directive 96/71, alors même que la législation nationale transposant cette directive « ne renferme aucune disposition expresse relative à l'application de conditions de travail et d'emploi figurant dans les conventions collectives » (§51). Si « la directive 96/71 n'a toutefois pas harmonisé le contenu matériel de ces règles impératives de protection minimale » (§60) que sont les conditions de rémunération et d'emploi, la Cour considère que les syndicats ne sont pas en droit de forcer l'adoption, pour l'employeur, de conventions collectives (§71). Bien que le droit de grève soit reconnu par plusieurs instruments internationaux et notamment par la Charte des Droits Fondamentaux comme la Cour elle-même le reconnaît (§90-91)¹¹⁹¹, la Cour considère qu'il « n'en demeure pas moins que (...) ce droit (...) peut être exercé sauf si des dispositions prévues par une loi ou par une convention s'y opposent » (§92).

Mais, la Cour va implicitement accorder à l'article 56 du TFUE une relative prééminence lorsqu'elle affirme que cet article « s'impose aussi aux réglementations de nature non publique qui visent à régler, de façon collective, les prestations de services. En effet, l'abolition entre les Etats Membres des obstacles à la libre prestation de services serait compromise si l'abolition des barrières d'origine étatique pouvaient être neutralisée par des obstacles résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations ou des organismes ne relevant pas du droit public »

1191 Cette Charte en son Article 28 déclare que « les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève ».

(§98). Si la Cour admet la possibilité d'action collective, la libre prestation de services ne saurait souffrir « d'obstacles » provenant d'organismes publics ou privés résultant précisément de l'exercice de ces actions collectives. La contradiction n'est qu'apparente car elle ne saurait révéler une approche restrictive de la Cour où la vision hiérarchique entre libertés économiques et droits fondamentaux (au bénéfice des premières) prévaut. Concernant l'obligation par la réglementation suédoise, pour les travailleurs détachés en Suède, d'adopter une convention collective suédoise est discriminatoire. La Cour ajoute qu'il résulte de l'article 56 du TFUE « qui est d'interprétation stricte, que des règles discriminatoires ne peuvent être justifiées que par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique » (§117). Cette appréciation très restrictive tranche avec *Schmidberger* et *Omega*¹¹⁹², et révèle la position de la Cour qui est de n'accepter des revendications de droits fondamentaux qu'en termes de « restrictions », et sans même que les droits fondamentaux ne soient cités comme restrictions.

En ce qui concerne *Viking*¹¹⁹³, il s'agissait d'un exploitant finlandais de services de ferry (« Viking ») entre Helsinki et Tallinn qui voulut transférer son lieu d'établissement en Estonie afin de profiter des bas salaires. Cette délocalisation a été menacée par un syndicat finlandais (« FSU ») qui exigeait le même niveau de salaires des travailleurs estoniens avec les travailleurs finlandais. La

1192 Et avec l'appréciation de l'Avocat Général Mengozzi qui considère, en substance, que du fait de l'absence dans l'Etat membre en question d'applicabilité générale des conventions collectives, alors le droit européen ne s'oppose pas « à ce que des organisations syndicales tentent, par des actions collectives prenant la forme d'un blocus et d'une action de solidarité, de contraindre un prestataire de services d'un autre Etat membre à souscrire au taux de salaire, déterminé conformément à une convention collective (...) dès lors que les actions collectives sont motivées par des objectifs d'intérêt général, tels que la protection des travailleurs et la lutte contre le dumping social, et ne sont pas exercés d'une manière disproportionnée par rapport à la réalisation des objectifs » (§308). Il conclut en recommandant de laisser l'examen de la proportionnalité à la juridiction nationale.

1193C-438/05 (2007) *The International Transport Workers' Federation c/ Viking Line ABP et Viking Line Eesti*, I-10779.

liberté d'établissement de l'article 49 du TFUE était donc ainsi restreinte de par l'action syndicale. Cette restriction était-elle compatible avec le droit européen ? Alors se posait nécessairement la question de la proportionnalité et de la mise en balance des intérêts en présence, similairement à l'affaire *Laval*. L'Avocat Général Maduro dans ses conclusions proposait que « l'action collective menée par un syndicat ou une association syndicale qui vise à promouvoir les objectifs de la politique sociale communautaire n'est pas exemptée, pour ce seul motif, de l'application de l'article (49 TFUE) ou du Règlement 4055/86 » (§28). Sans reprendre l'expression ambitieuse de « politique sociale communautaire », la Cour va suivre ses conclusions et considérer que l'article 49 du TFUE s'applique aux actions en cause (§42). La Cour va ensuite répéter la protection juridique accordée au droit de grève, mais également sa nécessaire restriction : « il ne peut être considéré qu'il serait inhérent à l'exercice même de la liberté syndicale et du droit de mener une action collective de porter une certaine atteinte auxdites libertés fondamentales » (§52). Ainsi, la liberté syndicale ne saurait s'exempter du respect des libertés économiques, mais est plutôt condamnée à se voir conciliée avec celles-ci. La Cour rejette donc l'idée selon laquelle les actions collectives sortent du champ d'application des libertés économiques comme cela aurait pu être admis en suivant sa jurisprudence *Albany*¹¹⁹⁴. Ensuite, la Cour va retrouver sa jurisprudence traditionnelle concernant la restriction d'une liberté économique, à savoir la nécessaire proportionnalité de la restriction pour l'objectif de politique publique. La protection des droits fondamentaux (et en l'espèce la protection du droit social fondamental qu'est le droit de grève) n'est pas garanti *per se* (§75). Or, la Cour doute de la proportionnalité de l'action entreprise par le syndicat mais préfère

1194 C-67/96 (1999) *Albany International BV c/ Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, I-05751. En l'espèce, la Cour avait exempté les conventions collectives du droit de la concurrence car la restriction de la concurrence est intrinsèque aux conventions collectives. A l'évidence, dans *Viking*, la Cour n'a pas admis l'idée que les conventions collectives soient naturellement restrictives dans les libertés de circulation, et que pour cette seule raison, elles ne pourraient être soumises au droit du marché intérieur.

laisser la juridiction nationale juger tout en réitérant les conditions à l'acceptabilité de la restriction imposée à la liberté d'établissement. Ce jugement, à la fois conservateur¹¹⁹⁵ mais prudent¹¹⁹⁶, s'inscrit dans la lignée de *Laval*, et tous deux peuvent ainsi être appréhendés comme contredisant les auteurs qui ont prédit une adhésion enthousiaste, par la Cour, de la protection de droits sociaux fondamentaux.

Il ressort de ces affaires une relative absence de clarté dans la jurisprudence de la Cour dans sa protection des droits fondamentaux depuis la proclamation de la Charte. Cette ambivalence est principalement due au fait que la Cour a su distinguer entre, d'une part, les droits politiques plus anciens pour lesquels un attachement particulier a pu s'exprimer précédemment et qui, ainsi, bénéficient d'une véritable protection, et d'autre part, les nouveaux droits sociaux pour lesquels une vraie politique sociale européenne (élaborée par la Cour¹¹⁹⁷) est en jeu, et la justice de l'efficience est la plus atténuée au profit d'une justice sociale¹¹⁹⁸. Alors que les premiers droits sont illustrés par des arrêts ambitieux tels que *Schmidberger* et *Omega*, les seconds droits sont illustrés par la traditionnelle jurisprudence, des arrêts *Laval* et *Viking*, attachée à des considérations d'efficience.

1195 Joerges et Rödl (2009 : 12) estimant que la Cour « *adopted instead its own legal reasoning literally and held that Albany should be construed restrictively* ». Mais par l'interprétation restrictive d'*Albany*, la Cour démontre en réalité une approche restrictive dans *Viking* car ne souhaitant pas s'inspirer de sa propre jurisprudence plus indulgente avec les normes « sociales ».

1196 Inspiré par les conclusions de l'Avocat Général Maduro.

1197 Ce qui préfigurerait une véritable « démocratie sociale » initiée par la CJUE (Burchill 2004), à défaut de quoi la Cour développe un « déficit social » par la bifurcation entre démocratie et justice sociale. Voir Joerges et Rödl (2009) et McCormick (2007) qui offrent un bon résumé de la vaste littérature concernant la démocratie sociale européenne.

1198 Or, cette bifurcation trop grande de la part de la Cour de sa « justice de l'efficience », comme nous l'avons nommée, en faveur d'une justice sociale n'est pas souhaitée par la Cour elle-même, préférant ainsi donner un rang constitutionnel aux libertés fondamentales (libertés économiques) et droits fondamentaux (droits de l'Homme) et un rang inférieur aux droits sociaux. Ainsi, Joerges et Rödl (2009 : 15) affirment justement que la Cour s'est efforcée de relativiser le « *right to strike with the help of an entrepreneurial freedom of constitutional rank* ».

L'équité inhérente aux droits sociaux fondamentaux explique, en partie, l'instauration par la Cour de cette dichotomie, encore qu'on ne saurait ignorer la vigueur avec laquelle la Cour prône l'équité généralisée au niveau national par le recours à la notion de citoyenneté européenne.

Conclusion Chapitre I : Les décisions de la Cour telles que *Viking* et *Laval* ou *Schmidberger* et *Omega* participent à ce que Joerges et Rödl (2009 : 18) appellent le « *constitutional politics* » de la Cour. Cette politisation de la jurisprudence constitutionnelle européenne, et plus généralement de l'ordonnancement constitutionnel de l'UE par la Cour, nous l'avons vu, se manifeste par différentes contraintes imposées à la Cour et stratégies de celle-ci par la réponse à ces contraintes. Les contraintes constitutionnelles externes que nous avons identifiées sont les droits fondamentaux et l'exigence de justice sociale. Loin d'être un acteur passif se voyant imposer ces contraintes, et subissant ainsi une réduction de la marge d'appréciation des juges européens, la Cour est véritablement un acteur politique stratégique de l'agencement institutionnel européen. Qui plus est, c'est un acteur-pivot car sa place cruciale de dernière interprète du droit européen fait de cette institution, bien que la moins « dangereuse » des institutions européennes, un acteur redoutable pouvant diriger l'évolution de la construction européenne dans le sens (et seulement dans ce sens) où la Cour se voit renforcée plutôt que menacée.

Ainsi, à ces contraintes externes, nous avons vu que la Cour en « internalise » quelque unes¹¹⁹⁹, en écarte d'autres¹²⁰⁰ ou encore s'en approprie certaines pour renforcer sa légitimité¹²⁰¹.

1199 Par exemple, en ce qui concerne l'enthousiasme de la Cour pour endosser le concept de citoyenneté européenne, initialement imposé par le constituant européen et pour lequel la Cour n'avait que très peu d'estime dans les premières années post-Maastricht.

Quoi qu'il en soit, ces contraintes externes sont de véritables contraintes, provenant d'une multitude d'acteurs politiques européens¹²⁰², car elles sont toutes des contraintes à la « justice de l'efficience » qui est l'agenda politique traditionnel de la Cour. Nous avons démontré que le degré d'internalisation de ces contraintes externes dépend précisément, du coût d'efficience que ces contraintes font peser sur le positionnement jurisprudentiel de la Cour : plus la contrainte réduit l'efficience, moins elle sera internalisée ; plus la contrainte est compatible avec l'efficience, plus elle aura de chance d'être reformulée par la Cour en accord avec son propre intérêt institutionnel. A la jurisprudence de l'efficience se substitue progressivement une autre justice de l'efficience où l'efficience est davantage Wicksellienne qu'efficience au sens de Kaldor-Hicks. En effet, la Cour subvient à la demande du bien public qu'est la demande de justice en endossant, non pas la seule justice de l'efficience, mais également la question de la légitimité et de l'acceptabilité de ses jugements. En acceptant de faire supporter quelques coûts d'efficience pour une légitimité renforcée, la Cour se préoccupe de l'optimum social où l'acceptabilité de ses solutions est accrue dans un sens où cette acceptabilité tend vers l'unanimité (et ainsi l'efficience Wicksellienne, reprise par Buchanan et Tullock (1962)) davantage que la majorité (avec l'efficience à la Kaldor-Hicks où les gagnants sont plus importants que les perdants pour que la solution soit adoptée).

1200 Par exemple, en ce qui concerne la justice sociale au niveau européen où la prééminence constitutionnelle des libertés économiques désignées comme libertés fondamentales tranche avec la faible protection de droits sociaux tels que le droit de grève.

1201 Voir notamment le « mythe » de la protection des droits fondamentaux au niveau de l'UE. Le chemin parcouru entre Stauder et Schmidberger ou Omega est colossal, mais quoi qu'il en soit, la Cour a réussi à s'approprier ces contraintes constitutionnelles en donnant l'illusion d'une protection élevée dans l'optique de légitimer son propre pouvoir judiciaire.

1202 Ces acteurs sont le constituant européen, le législateur européen, les parties au litige, les juridictions nationales, la CEDH... En cela notre analyse s'est véritablement inscrite dans un constitutionnalisme multi-niveaux mais également dans un dépassement de la focalisation excessive de l'Etat pour y inclure des acteurs non-étatiques.

Ainsi, la protection des droits fondamentaux et la construction d'une citoyenneté européenne sont deux exemples de contraintes constitutionnelles externes où la Cour a pu, et a su, tendre vers un optimum social en acceptant (du fait des faibles coûts d'efficacité) l'atténuation de sa justice de l'efficacité (traditionnelle) en faveur d'une justice de l'optimum social (cet optimum social correspond à l'efficacité au sens de Pareto qui implique l'unanimité¹²⁰³).

Si ces contraintes constitutionnelles externes ont été identifiées et analysées dans une perspective de la justice de l'efficacité, il n'en demeure pas moins que ces contraintes ne sont pas les seules. En effet, il est également possible d'identifier, à l'instar de l'analyse général de Buchanan et Tullock (1962), des contraintes internes dans le choix des règles juridiques par les acteurs politiques institutionnels. Ainsi, des contraintes internes s'imposent aux juges européens concernant leur volonté de suivre leur agenda politique traditionnel de l'efficacité et, pareillement aux contraintes externes, nous pouvons identifier deux types de contraintes internes réduisant à (voire s'opposant à) la faculté et la volonté des juges européens de ne pas se départir de cette justice de l'efficacité. Ces contraintes internes seront étudiées successivement dans la partie suivante. Elles sont d'une part, la rationalité inhérente des juges européens de maximiser leurs pouvoirs qui, si elle peut souvent s'accorder avec la justice de l'efficacité, peut néanmoins conduire, parfois, les juges européens à préférer la maximisation de leurs pouvoirs au détriment de la maximisation de l'efficacité économique¹²⁰⁴ ; et d'autre part, l'information limitée à laquelle doivent faire face les juges européens qui, du fait du problème de la connaissance, ne sauraient être

1203 Voir Buchanan et Tullock (1962) concernant la similitude d'une part, entre la « justice » de Wicksell et l'efficacité au sens de Pareto, et d'autre part, la similitude entre l'efficacité au sens de Pareto et la règle de l'unanimité. Ainsi, par un syllogisme, il est possible d'affirmer que la justice de Wicksell et la règle de l'unanimité Voir également Silvestre (2003).

1204 Cette contrainte interne à l'efficacité est plus communément connue dans un langage d'économistes comme le problème d'agence entre principal (en l'espèce le législateur et le constituant européens) et l'agent (les juges européens).

omniscients quant à la question de savoir ce qu'est la justice de l'efficience, quand bien même ils auraient le désir de poursuivre une telle justice¹²⁰⁵.

1205 Cette contrainte interne à l'efficience s'apparente au « *Knowledge Problem* » décrit par Hayek (1945).

Chapitre 3/ Les Contraintes Internes à l'Effici

conomique dans la Jurisprudence Européenne

Nous identifions principalement deux contraintes internes conduisant les juges européens à faire évoluer la jurisprudence européenne vers davantage d'inefficience économique. Ces deux contraintes sont les contraintes institutionnelles incitant les juges européens à promouvoir leurs pouvoirs et leur prestige en dépit de l'efficience économique (I), et les contraintes cognitives faisant obstacles à la poursuite de l'efficience économique par les juges européens, quand bien même ceux-ci seraient enclins à promouvoir l'efficience économique (II).

1. Rationalité des juges européens entre justice de l'efficience et maximisation des pouvoirs institutionnels

Les juges européens de la CJUE agissent dans leur production de solutions jurisprudentielles de façon, non pas simplement, comme il l'est classiquement entendu dans l'interprétation du droit, mais davantage selon leurs propres intérêts. Si les agents économiques agissent selon leurs intérêts propres ce qui n'est pas synonyme d'égoïsme car ces intérêts peuvent comprendre différents facteurs, dont l'altruisme), les acteurs politiques représentant des

institutions particulières agissent également selon leurs intérêts propres ce qui peut être défini comme « l'intérêt institutionnel »).

Cet intérêt institutionnel est, pour les juges, le renforcement non seulement des pouvoirs de leur institution en tant que tels, mais également des pouvoirs directs des acteurs. Autrement dit, les juges européens de la Cour peuvent légitimement être perçus comme maximisant leurs pouvoirs par leurs actions au sein même de cette institution. Cette maximisation peut prendre différentes formes, mais la forme la plus intéressante, et la plus importante, est naturellement la maximisation par les juges européens de leurs pouvoirs par le rendu de leurs décisions jurisprudentielles. Cette approche rationaliste des actions des juges européens prend essentiellement sa source dans le travail de Posner (2008) qui décrypta, de manière rationnelle, la manière dont les juges pensent. Par ailleurs, notre approche a pour point de départ l'analyse de Von Wangenheim (1993) décrivant ce qu'il appelle « *the selfish judge* », qui est l'extension de l'*Ecole de Choix Publics*, cet acteur politique qu'est le juge. Par ailleurs, si l'approche du juge européen, par la perspective de son intérêt propre, n'étonnera pas l'économiste, elle peut également sembler familière au juriste habitué au réalisme juridique dans lequel le juge a souvent été perçu comme un être humain jugeant évidemment sans se débarrasser des attributs qui y sont inhérents¹²⁰⁶.

Posner avance l'idée de départ selon laquelle les juges ne sont pas simplement dans des cours pour dire le droit de façon littérale mais que des choix politiques, aidés par une marge d'appréciation non négligeable, sont faits. Il se demande si les juges sont simplement des « *politicians in robes* » (Posner 2008 : 8). Posner (2008 : 13) reconnaît que les juges peuvent être soumis à des contraintes externes¹²⁰⁷ mais surtout à des contraintes internes et ainsi, si le juge est

1206 Voir notamment Holmes (1897) et Radin (1925).

1207 Entendues différemment dans notre définition dans la section précédente, en cela que Posner voit les contraintes externes comme les possibles diminutions de l'indépendance des juges (par les mécanismes de nominations, carrières, etc...).

pragmatique, « *the good pragmatist judge, we know, is not a shortsighted pragmatist. He is not a philosophical pragmatist. But he is a constrained pragmatist. We know (...) that judges in (the US) operate under both internal and external constraints* » (Posner 2008 : 253).

Si les juges américains sont contraints d'un point de vue interne et externe, ces contraintes se manifestent différemment en ce qui concerne les juges européens¹²⁰⁸, mais sont néanmoins présentes sous d'autres formes. Appréhender les actions des juges européens, dans la perspective que ceux-ci poursuivent leurs propres intérêts, participe à l'analyse économique de l'activité judiciaire et des cours, et plus précisément du comportement des acteurs politiques que sont les juges, encore que l'analyse économique du comportement des juges soit indéniablement un défi du fait de leur isolement de toute influence explicite (Posner 1995 : 112). Cette approche économique se rattache à l'idée selon laquelle les juges agissent rationnellement selon leurs propres intérêts, et que ces juges maximisent « quelque chose » comme tout agent économique. Ainsi, comme le précise Posner (2008 : 35) :

« The economic theory of judicial behavior treats the judge as a rational, self-interested utility maximizer. He has a "utility function", as economists term the complex of objectives that guide rational action ».

Posner continue et décrit cette « fonction d'utilité judiciaire » qui comprend, entre autres choses : « *money income, leisure, power, prestige, reputation, self-respect, the intrinsic pleasure (challenge, stimulation) of the work, and the other satisfactions that people seek in a job* » (Posner 2008 : 36 ; Posner

1208 Ne serait-ce que parce que les juges européens ne peuvent produire d'opinions divergentes ou dissidentes (et donc l'analyse des contraintes internes des juges américains quant à la « politisation » de leurs raisonnements n'est pas transposable), et également parce que les nominations sont moins politisées en Europe (à la nomination par consensus des Etats Membres s'oppose la nomination d'un juge par le Président américain selon sa couleur politique).

1995 : 117-121). Ces paramètres sont variables car la modification des incitations (pour différentes raisons, comme par exemple la modification du cadre de travail imposé par le pouvoir exécutif) entraîne nécessairement une modification des comportements judiciaires, et ainsi de la fonction d'utilité judiciaire qui reste maximisée¹²⁰⁹. Quoiqu'il en soit, la fonction d'utilité des juges (U) peut être formulée par l'équation suivante proposée par Posner (1995 : 135-136) :

$$U = U(t_j, t_l, I, R, O)$$

Où t_j représente le nombre d'heures par journée ouvrée pendant lesquelles le juge effectivement juge, t_l représente le nombre d'heures de loisirs, I est le salaire du juge, R est sa réputation, et O représente tous les autres facteurs d'utilité, à l'exception du fait de juger, tels que la popularité, le prestige et la confirmation de ses jugements. Parce que R , O , et I peuvent être présumés fixes, tout juge cherchera donc à allouer son temps entre l'acte de juger et son temps de loisirs, de manière à ce que sa dernière heure allouée à l'acte de juger lui procure autant d'« utilité » (ou de plaisir) que sa dernière heure de loisir, sans quoi le juge allouerait son temps de l'activité lui procurant le moins de plaisir vers celle qui lui en procure davantage (Posner 1995 : 136).

1209 Posner donne lui-même les limites à l'approche économique du comportement judiciaire, mais ces limites ne semblent pas compromettre notre analyse car, justement, nous les traitons plutôt que de les évincer et, ainsi, notre analyse peut être vue comme renforçant la légitimité de l'approche économique des comportements judiciaires. Ces limites sont : « *the economic theory of judicial behavior has to surmount two difficulties. One is neglect of psychological factors – of cognitive limitations and emotional forces that shape behavior along with rational calculation. But cognitive limitations can be modeled as costs of processing information (...)* The other difficulty that the economic theory faces is that of identifying the incentives and constraints that shape the vocational behavior of workers whose work is so structured as to eliminate the common incentives and constraints of the workplace » (Posner 2008 : 37). Ainsi, la première difficulté décrite, qui sera adressée dans la section suivante, concerne les coûts d'information pour les juges européens de juger, tandis que la seconde difficulté concernant l'identification des contraintes, modifiant les incitations des juges, est essentiellement notre travail de ce chapitre qui entend identifier et analyser les quatre contraintes majeures s'imposant aux juges européens comme « juges de l'efficacité ».

En supposant que les juges européens n'ont que l'activité de juger comme seule activité et donc comme seule source de revenus¹²¹⁰, il est possible d'affirmer qu'ils vont s'adonner à l'activité de juger tant que celle-ci leur procure un plaisir et que leur prestige (autrement dit l'autorité de leur pouvoir judiciaire) est, sinon ils prendraient des heures de loisirs. Ainsi, la préoccupation des juges est de garantir leur prestige tout en minimisant les heures travaillées à juger. Parce que leur prestige est la source de leur autorité judiciaire, qui est elle-même à l'origine de leur légitimité, les juges européens vont s'assurer que leur légitimité est affirmée car celle-ci leur permet d'entendre des affaires, sans quoi la Cour n'aurait pas d'activités et les juges plus de revenus le cas échéant.

Ainsi, les juges européens doivent s'assurer une quantité raisonnable d'*inputs* (que sont les affaires portées devant elle) grâce à sa légitimité. Cette quantité doit être *raisonnable* car trop peu signifierait qu'il y a, non seulement, un risque de voir la Cour délaissée dans l'architecture institutionnelle européenne (et ainsi les membres de cette Cour que sont les juges perdraient en prestige, un facteur de leur fonction d'utilité), mais surtout, un risque de conduire à la perte substantielle de revenus, pour les juges, du fait de réductions de salaires ou de réductions d'effectifs. A l'inverse, trop d'*inputs* signifieraient que les juges doivent allouer des heures de travail sans que leur prestige croisse conjointement, tout en faisant décroître leurs heures de loisirs disponibles. Ainsi, il est nécessaire que la quantité et la qualité des *inputs* soient raisonnables, c'est-à-dire au niveau où l'accroissement marginal d'*inputs* est égal à l'accroissement marginal de prestige. Alors, le travail judiciaire est maximisé dans son efficacité et les juges peuvent donc allouer leurs heures supplémentaires à davantage de loisirs.

D'autre part, les juges européens vont chercher à produire le minimum d'*outputs* (affaires jugées) tout en maximisant l'impact de ceux-ci en ce qui concerne leur réception, l'absence de revirements, leur légitimité et leur effectivité. Ainsi, les juges vont particulièrement essayer de

1210 Ainsi nous évinçons les hypothèses formulées par Posner (1995 : 137-144) où les juges ont des activités extra-judiciaires.

formuler des doctrines qui permettront, parce qu'il n'y a pas de norme juridique contrôlant *a priori* les *inputs* (par un système de *docket control*), de réduire le nombre d'affaires jugées une fois que ces affaires sont portées devant le prétoire européen. Parce que ces affaires n'apporteront rien en termes de prestige, de légitimité et d'autorité accrus, et de plaisir au travail, les juges préféreront allouer leur temps aux loisirs.

Ce mécanisme de modération à la fois des *inputs* mais également des *outputs* est illustré par deux séries de positionnement jurisprudentiel des juges européens qui révèlent une utilité judiciaire *a contrario*. La jurisprudence démontrant notre propos concernant les *inputs* est la jurisprudence tenant à la *procédure en annulation* développée par la Cour, tandis que la jurisprudence démontrant notre propos concernant les *outputs* est la jurisprudence qui a développé la doctrine dite de *l'acte clair*. Nous analyserons successivement ces deux lignes de jurisprudences, ainsi que d'autres illustrations de ce que nous pensons être des manifestations de la maximisation du pouvoir judiciaire recherché par le juge européen, une maximisation participant à la poursuite par le juge de son propre intérêt. Afin de replacer notre analyse dans celle plus globale des contraintes à la justice de l'efficacité développée par le juge européen lui-même, nous affirmons que cette recherche de l'intérêt personnel des juges européens va régulièrement à l'encontre de ce que seraient des solutions jurisprudentielles s'ils se focalisaient sur cette justice de l'efficacité et ne « souffraient » pas de cette contrainte interne qu'est la recherche de leurs propres intérêts (ou la maximisation de leur fonction d'utilité judiciaire par opposition à la maximisation de la fonction d'utilité sociale).

Il convient de préciser que si les juges européens peuvent agir sur les incitations des autres acteurs afin qu'ils poursuivent leurs propres intérêts, cela est rendu possible seulement parce que les juges européens disposent d'une liberté suffisante d'action. Cette liberté est due au fait que les juges européens, s'ils peuvent légitimement être considérés comme des agents principaux

(constituants et législateurs)¹²¹¹, ils sont des agents avec suffisamment de distance et d'indépendance vis-à-vis de leurs principaux pour qu'ils puissent poursuivre leurs propres intérêts. Le problème que nous allons analyser ci-dessous se distingue des analyses institutionnelles classiques de relation principal-agent, car il ne s'agira pas d'affirmer que l'agent (la CJUE) agit contre les intérêts du principal (à cause de ce qui est communément dénommé comme *bureaucratic drift*), ou encore que le principal module les incitations de l'agent et que celui-ci agit dans un sens différent que celui préféré par le principal (ce qui est connu sous le nom de *agency slippage*). En effet, à la différence des analyses concernant la délégation, nous démontrerons que les juges européens comme agents agissent, non seulement, selon leurs propres intérêts du fait de leur « confinement » institutionnel, mais surtout nous démontrerons que cette poursuite de leurs intérêts propres va à l'encontre, dans certaines situations, de leur préférence principale qui est de faire progresser leur agenda politique concernant la justice de l'efficacité. Ainsi, si les juges peuvent se départir volontairement de cette justice de l'efficacité, cela ne signifie pas pour autant qu'ils agissent de manière irrationnelle, mais révèle plutôt une priorité de préférences donnée à la protection de leur utilité judiciaire afin de préserver leurs rôles et leurs statuts par rapport à leurs préoccupations d'une justice de l'efficacité, alors reléguée au second plan. Par conséquent, le problème que nous posons peut être formulé en ces termes : de quelle manière les juges européens élaborent-ils une

1211 La doctrine concernant la Cour de Justice et les juges européens comme agents des Etats Membres est vaste. Elle est particulièrement représentée par Garrett (1995), Garrett et Weingast (1993), Stephan (2002) ; Pollack (2003 : 155-202), Vaubel (2006). Ceux-ci affirment que la Cour ne dispose pas de l'autonomie suffisante pour agir contre les intérêts des plus puissants Etats Membres. MacCubbins et Kiewiet (1991 : 5) résume en substance le problème de manière générale : « *Delegation (...) entails side effects that are known, in the parlance of economic theory, as agency losses. There is almost always some conflict between the interests of those who delegate authority (principals) and the agents to whom they delegate it. Agents behave opportunistically, pursuing their own interests subject only to the constraints imposed by their relationship with the principle* ». Pour une critique, voir Alter (2009 : 109-136).

jurisprudence qui se distingue d'une justice de l'efficacité afin de protéger leur propre intérêt institutionnel ?

a. Maximisation du ratio *inputs-outputs* et l'agenda politique des juges européens

Par la maîtrise du ratio *inputs-outputs*, les juges peuvent, non seulement, poursuivre leurs propres intérêts car ils dominent le processus décisionnel qui est le leur plutôt que de subir la fréquence, et la nature de leurs nécessaires prises de décisions. Ainsi, appliqué aux juges européens qui sont mus essentiellement par une justice de l'efficacité, s'opère alors un glissement entre l'objectif initial d'efficacité économique dans la société vers une efficacité de la Cour par la maximisation de la fonction productive de la Cour, en termes de production du droit et de prestige pour les juges, tout en minimisant la charge de travail et le temps passé sur chaque affaire. De l'efficacité économique se substitue alors l'efficacité de la Cour¹²¹².

Naturellement cette focalisation sur le ratio *inputs-outputs* conduit à ce que l'efficacité économique soit réduite, et ainsi que des coûts d'efficacité soient créés par les juges aux fins, pour ceux-ci, de conserver leurs intérêts, c'est-à-dire allouer de façon optimale leurs temps de travail et leurs temps de loisirs.

1212 Voir notamment Fix-Fierro (2003 : 1-31).

La Cour va limiter le nombre d'affaires qu'elle a à entendre par le biais d'une restriction des voies de droit, particulièrement par l'interprétation qu'elle fait de l'article 263 du TFUE. Cet article dispose que la Cour « contrôle la légalité des actes législatifs, des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque Centrale Européenne, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement Européen et du Conseil Européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers (...). L'alinéa 3 de cet article précise la qualité à agir des requérants : « toute personne physique ou morale peut former (...) un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution ». La formulation de cet article est resté inchangée jusqu'au Traité de Lisbonne où il n'a (malheureusement) pas mis à jour la nomenclature juridique conservée du Traité de Nice (et non celle de la Constitution Européenne avortée). Ainsi, alors que la Constitution Européenne n'a pas été adoptée, et avec elle les normes de « loi européenne » et de « règlement européen », cet article conserve ces références. Néanmoins, la Cour n'a pas changé sa jurisprudence consistant à minimiser la probabilité d'un recours effectif et efficace en annulation par une personne physique ou morale. C'est la raison pour laquelle nous analysons à présent cette jurisprudence dans le cadre de la maîtrise, par le juge européen, de ses *inputs*¹²¹³.

Cette jurisprudence est particulièrement intéressante en ce qui concerne l'approche extrêmement restrictive que va faire la Cour de la qualité à agir des requérants afin que l'annulation de normes européennes soit facilitée, et par là même, préservant le corpus juridique européen car cette préservation renforce le prestige des juges européens comme seuls interprètes ultimes de ce

1213 La seule différence est donc que l'article précédent ne distinguait pas loi européenne et règlement européen, et ainsi imposait indistinctement que le requérant soit concerné « directement et individuellement » pour tout acte juridique européen afin qu'il puisse agir en justice.

corpus. Si la condition du caractère « direct » des effets de l'acte juridique européen en cause sur le requérant est relativement aisée à remplir pour celui-ci¹²¹⁴, il n'en va pas de même pour le caractère « individuel ». La condition de l'individualité a été entendue de manière très restrictive par la Cour dès l'instant où celle-ci a eu à se prononcer sur l'interprétation de cette condition. Cette opportunité s'est présentée dans l'affaire *Plaumann*¹²¹⁵. L'apport de *Plaumann*¹²¹⁶ réside dans la définition que donne la Cour de l'intérêt individuel visé à l'article 263 du TFUE. L'intérêt individuel est démontré seulement lorsque les destinataires de la décision en cause « en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire » (§223). Non seulement les conditions restrictives posées par la Cour conduiront celle-ci à rejeter, en l'espèce, la requête du requérant agissant en annulation d'une décision de la Commission, mais surtout ces conditions vont conduire à ce que la Cour établisse une jurisprudence fermant l'accès au prétoire pour les individus et personnes morales agissant dans le cadre d'un recours en annulation (Nihoul 1994 ; Arnull 1995 ; Keeling 1998 : 520). En effet, ce choix politique¹²¹⁷ du juge européen de fermer cet accès sera confirmé et constant¹²¹⁸, et révélera sa préoccupation à isoler de

1214 L'intérêt est direct dès lors qu'il y a un lien de causalité entre l'acte en cause et la modification du patrimoine juridique du requérant. Voir Affaires jointes C-41-44 /70 (1971) *International Fruit Company*, 411.

1215 C-25/62 (1963) *Plaumann & Co. c/ Commission*, 95.

1216 Reformulé mais resté inchangé avec l'arrêt *Deutz*. Voir C-26/86 (1987) *Deutz et Geldermann c/ Conseil*, 941 à §9.

1217 Ward (2003).

1218 Cette constance sera néanmoins marquée par une hésitation dans l'affaire *Cordoniu* dans laquelle la Cour a adopté une approche plus généreuse en considérant que, parce que l'entreprise requérante était dans une situation qui la différenciait de tous les autres concurrents, la décision impactant l'usage du nom de sa marque concernait cette entreprise individuellement. C-309/89 (1994) *Cordoniu SA c/ Conseil*, I-1853. Néanmoins, cette générosité fut infirmée plus tard par le Tribunal de Première Instance avec l'affaire *Greenpeace* dans laquelle Tribunal va rester fidèle à *Plaumann* et ira même jusqu'à considérer que, parce que *Greenpeace* n'avait pas participé à la procédure d'adoption de la décision en cause, son intérêt ne

nombreuses normes européennes de la critique populaire et ainsi de tout véritable contrôle juridictionnel¹²¹⁹. Or, ce positionnement, s'il conduit nécessairement à renforcer les pouvoirs des juges européens car il s'inscrit dans une protection du corpus juridique européen tout en

pouvait être individualisé, privant ainsi encore davantage Greenpeace d'un accès effectif à un contrôle juridictionnel. T-585/93 (1995) *Greenpeace et autres c/ Commission*, II-2205, confirmé dans C-321/95 P (1998) *Greenpeace et autres c/ Commission*, I-1651. Cordoniu aura été une parenthèse où la Cour a été plus souple mais pour ensuite reprendre son approche très restrictive. Voir en particulier C-204/94 (1996) *P Buralux SA c/ Conseil*, I-615.

1219 Voir particulièrement la critique constructive des conclusions de l'Avocat Général Jacobs dans l'affaire C-50/00 (2002) *P Union de Pequenos Agricultores c/ Conseil*, I-6677. Paradoxalement, ce sera le Tribunal qui adoptera les recommandations de l'Avocat Général Jacobs dans l'affaire T-177/01 (2002) *Jego-Quéré SA c/ Commission*, II-2365, avant que ce jugement soit censuré par la Cour dans C—263/02 (2004) *P Commission c/ Jego-Quéré SA*, I-3425. L'argumentation de l'Avocat Général Jacobs repose sur deux idées fortes : l'idée selon laquelle la qualité à agir doit être déterminée de manière indépendante, et l'idée selon laquelle l'exigence de protection juridictionnelle, adéquate et effective, nécessite une approche plus souple de la Cour à l'égard de la qualité à agir des agents économiques pour le contentieux en annulation. Un point particulièrement intéressant en ce qui concerne notre propos est l'argument avancé par Jacobs concernant la nécessité de faire changer le débat de nature : à la question de la qualité à agir doit se substituer la question de fond de l'annulation invoquée. Ce changement induirait tout de même une protection des normes européennes « qui pourrait être garantie de manière plus adéquate en prévoyant des conditions de fond pour que puisse s'exercer un contrôle juridictionnel conférant aux institutions une « marge d'appréciation » appropriée dans l'exercice de leurs pouvoirs plutôt qu'en appliquant des règles strictes sur la recevabilité qui ont pour effet d'exclure « aveuglément » des requérant sans égard au bien-fondé des moyens qu'ils font valoir » (§66). Autrement dit, l'Avocat Général Jacobs recommande une plus grande souplesse dans la recevabilité de ces requêtes afin que la Cour restreigne moins ses inputs et s'attelle à analyser au cas par cas la légitimité de la requête au fond, ce qui ne conduirait pas systématiquement au prononcé de l'annulation de la norme en cause. A cette charge de travail accrue pour les juges européens, sans pour autant qu'il y ait un accroissement du prestige de la Cour, les juges européens s'opposent et « verrouillent » ainsi les affaires en annulation a priori par le contrôle des *inputs*. Il convient ici de rappeler Radin (1925 : 362) affirmant simplement que « *judge are people and the economizing of mental effort is a characteristic of people, even if censorious persons call it by a less fine name* ». C'est ce que Posner (2003 : 544) appelle « *judicial preference for leisure* ».

questionnant nombreuses normes nationales¹²²⁰, empêche de la sorte aux juges européens d'entendre des considérations économiques portées par les requérants potentiels¹²²¹. Dans une perspective d'efficience évolutionnaire, rendue possible par la multiplication des affaires mais surtout par le large accès octroyé aux agents économiques à la Cour¹²²², la quasi-fermeture du prétoire européen, par les juges européens, pour les agents économiques en cas de recours en annulation d'une norme européenne, entraîne un isolement de certaines de ces normes qui seraient inefficaces de la critique possible exprimée lors d'un litige¹²²³.

Alors que le recours en annulation est normalement ouvert aux institutions étatiques, les agents économiques ne peuvent faire valoir leurs intérêts, ce qui, en langage économique, pourrait

1220 Le contraste entre Plaumann et l'arrêt *Van Gend en Loos* concernant l'application du droit européen par le renvoi préjudiciel. C-26/62 (1963) *Van Gend en Loos c/ Nederandse Administratie der Belastingen*, 1.

1221 Voir notamment C-10/95 (1995) *P Asociacion Espanala de Empresas de la Carne*, I-4149 ; T-94/04 (2005) *EEB c/ Commission*, II-4919.

1222 L'efficience évolutionnaire du contrôle juridictionnel, et plus largement de la formation du droit par le juge, se rattache naturellement à l'hypothèse de l'efficience du droit de la jurisprudence formulée par l'Ecole de Chicago, mais également, de manière moins formalisée, par l'école autrichienne. Pour un résumé de l'argument de l'Ecole de Chicago, voir Rubin (1999) ; pour un résumé de l'argument de l'école autrichienne, voir Beck, Demirguc-Kunt et Levine (2003, 2005) et Mahoney (2001).

1223 Il s'agit bien d'une quasi-fermeture et non d'un refus absolu car la Cour a pu, avec parcimonie, accepter la qualité à agir d'agents économiques. En effet, les arrêts *Piraiki-Pitraiki* et *Sofrimport* illustrent cette possibilité, certes limitée, seulement parce que les requérants, en l'espèce, ont été considérés par la Cour comme pouvant être suffisamment individualisés du fait de leur identification comme un groupe d'administrés relativement fermé (en l'espèce, ils avaient entamé des relations commerciales avec des partenaires lors l'entrée en vigueur d'un Règlement restreignant ces relations). C-295/92 (1992) *Landbouwschap*, I-5003 ; C-113/77 (1979) *NTN Tokyo Bearing Company*, 1185 ; C-138/79 (1980) *Roquettes Frères*, 3333 ; C-11/82 (1985) *Piraiki-Patraiki c/ Commission*, 207 ; C-152/88 (1990) *Sofrimport c/ Commission*, I-2477. Dans le contentieux du droit anti-dumping, la Cour semble plus généreuse. Voir notamment C-264/82 (1985) *Timex c/ Commission*, 849 ; Affaires jointes C-239 et 275/82 (1984) *Allied Corporation et autres c/ Commission*, 1005 ; C-358/89 (1991) *Extramet Industrie SA c/ Conseil*, I-2501.

conduire à réduire les coûts imposés par ces normes tout en préservant leurs bénéfices. Autrement dit, l'efficacité évolutionnaire, pouvant être avancée par les agents économiques affinant l'analyse coûts-bénéfices des normes européennes par l'information qu'ils procurent aux juges européens, est restreinte (voire écartée). Or, la restriction par les juges européens de la possibilité, pour les agents économiques, de contester certaines normes juridiques, a pour effet néfaste d'isoler ces normes d'une concurrence juridique qui soit bénéfique dans le sens où le système juridique évoluerait vers des normes plus optimales du fait du remplacement de celles qui le sont moins¹²²⁴.

Cette restriction est causée par deux éléments fondamentaux : (i) par l'absence de véritable contrôle juridictionnel *a posteriori* des normes européennes ; (ii) et par la nature intrinsèquement hiérarchique de l'imposition du droit européen qui ne bénéficie plus, dès lors, de l'information nécessaire quant à la réception de ce droit, par les agents économiques, afin de tendre vers davantage d'optimalité de ce droit d'un point de vue dynamique. A la possibilité d'un droit appréhendé de manière dynamique et polyarchique, les juges européens, du fait non pas de considérations tirées de l'efficacité évolutionnaire produite par le mécanisme de multiplication de

1224 Ainsi, le contrôle juridictionnel et les pouvoirs du juge exercés par un large accès pour les agents économiques à un prétoire participent à l'efficacité évolutionnaire du droit jurisprudentiel (ou Common law). Mais également, cette efficacité évolutionnaire du droit jurisprudentiel a des similitudes avec une approche darwinienne du droit où la norme juridique survit parce qu'elle est la plus apte à fournir le bien désiré à moindre coût. Pour une explication de cette ligne entre efficacité évolutionnaire et darwinisme juridique et social, voir Reese (1989) et Terrebonne (1981). Aussi, cette référence darwinienne à l'efficacité évolutionnaire de l'accès répété aux juges se retrouve chez Priest (1977) et Rubin (1977). Autrement dit, plus des normes juridiques sont contestées devant le juge, plus ces normes seront efficaces (Rubin et Priest) et seront sélectionnées en fonction de leur aptitude (approche darwinienne) ou de l'ordre spontané (approche hayekienne). Déjà, chez Cardozo (1921 : 178) il était possible de voir cette efficacité évolutionnaire implicitement lorsqu'il affirmait que la jurisprudence est un mécanisme dans lequel « *the bad will be rejected and cast off in the laboratory of the years* ».

l'offre de justice, ont préféré un droit appréhendé de manière statique et hiérarchique¹²²⁵. Non seulement ce choix politique est potentiellement néfaste pour l'efficacité évolutionnaire du droit européen en général et de l'efficacité économique de la jurisprudence européenne en particulier¹²²⁶, mais comme nous le verrons dans la section suivante, la pratique confirme que ce choix porte préjudice à l'émergence de normes européennes davantage efficaces.

D'autre part, la Cour va limiter le nombre d'affaires qu'elle doit juger (ses *outputs*) par le biais d'une restriction de la pertinence de l'affaire, particulièrement par sa création jurisprudentielle

1225 Rasmussen (1980 : 122) affirme que la Cour a un intérêt à organiser un système judiciaire européen qui soit hiérarchique plutôt que coopératif : « *the Court arguably has a long term interest in reshaping the judiciary of the Community to allow itself to act more like a high court of appeals of Community law, with the courts and tribunals of the Member States, and any administrative and other Community courts which might be established, acting as courts of first instance. This interest outweighs the citizen's interests in direct access to the Court* ». Mais, comme le fait remarquer Arnulf (2006 : 93), la Cour a gardé son approche restrictive même après que le Tribunal ait été instauré. Ainsi, le seul intérêt de constituer un système d'appels ne suffit pas à expliquer le comportement des juges européens. Alors, notre analyse portant sur le comportement des juges européens, non seulement comme simplement intéressés par le renforcement du statut de la Cour (avec un système d'appels), mais également comme poursuivant leur utilité judiciaire (notamment par la maximisation des pouvoirs judiciaires avec un ratio *inputs-outputs* plus favorable aux juges européens), permet d'expliquer cette position de la Cour. En effet, les juges européens sont réticents à allouer leur temps pour questionner la légitimité du corpus juridique européen fondant leur propre légitimité, et préfèrent, ainsi, soit allouer leur temps au travail aux affaires renforçant leur position par l'affaiblissement des droits nationaux (exemple avec l'Article 267 du TFUE), soit allouer leur temps à des loisirs et ainsi maximiser leur fonction d'utilité à partir d'un certain nombre d'heures de travail intellectuel effectué.

1226 A l'efficacité évolutionnaire délivrant une efficacité économique, les juges européens ont préféré l'efficacité législative et normative, c'est-à-dire dans la production du droit. Or, la rapidité et la facilité à produire et à protéger des normes juridiques ne rendent pas pour autant ces normes optimales d'un point de vue économique. Ainsi, l'Avocat Général Jacobs dans C-50/00 (2002) *P Union de Pequeños Agricultores c/ Conseil*, I-6677 affirma : « Le fait d'isoler des mesures potentiellement illégales du contrôle juridictionnel peut rarement, voire jamais, être justifié pour des raisons d'efficacité administrative ou législative » (§77) (Il aurait fallu traduire l'anglais « efficiency » par « efficacité » et non « efficacité » comme cela a été fait).

de la *théorie de l'acte clair*. La procédure de renvoi préjudiciel n'est pas une procédure contentieuse mais davantage une procédure de coopération, entre la Cour et les juridictions nationales, destinée à ce que le droit européen soit appliqué de façon uniforme dans toute l'UE¹²²⁷. Même si le renvoi préjudiciel ne permet pas à la Cour de se prononcer ouvertement sur la compatibilité d'une norme nationale à l'égard du droit européen¹²²⁸ (Favret 2005 : 522), les formulations de la Cour sont telles que lorsqu'une censure d'une norme est implicitement recommandée, le fait que le juge national ne suive pas cette recommandation de la Cour met en danger cette norme par le biais d'un recours en manquement exercé ultérieurement.

Quoiqu'il en soit, la Cour va utiliser les articles des Traités à son avantage afin de garantir, non seulement son rôle d'interprète exclusif du droit européen en jouant sur l'obligation pesant sur les juridictions de dernier ressort (Article 267 du TFUE alinéa 2), mais aussi de substituer subrepticement à la faculté des juridictions ne statuant pas en dernière instance (Article 267 du TFUE aliéna 3) une quasi-obligation de renvoi. En effet, alors que l'Article 267 du TFUE aliéna 2 prévoit que « lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des Etats membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question », l'Article 267 du TFUE alinéa 3 prévoit que « lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire en cours devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour ». Ainsi, est établie à l'alinéa 2 une faculté de renvoi tandis qu'une obligation de renvoi est posée à l'alinéa 3. Cette dichotomie compréhensible, instaurée par le constituant européen, est destinée à assurer la liberté d'action des juridictions nationales lorsqu'elles produisent un jugement pouvant faire l'objet d'un appel, tout en assurant

1227 C-166/73 (1974) *Rheinmühlen*, 33.

1228 C-62/93 (1995) *BP Supergaz*, I-1883 ; C-177/94 (1996) *Perfili*, I-161.

l'uniformité du droit européen par la contrainte imposée aux cours de dernier ressort de se référer à la Cour. Mais, si cette dichotomie est louable, la Cour va l'atténuer par la progressive confusion entre les deux types de juridictions nationales distingués dans les Traités. La Cour va développer la *théorie de l'acte clair* avec l'arrêt fondateur *CILFIT*¹²²⁹. Si la Cour va rappeler la nécessaire liberté d'appréciation dont disposent les juridictions nationales visées à l'alinéa 3 de l'article 267 du TFUE, elle affirme par la suite que « l'application correcte du droit (européen) peut s'imposer avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée. Avant de conclure à l'existence d'une telle situation, la juridiction nationale doit être convaincue que la même évidence s'imposerait également aux juridictions des autres Etats Membres et à la Cour de Justice. Ce n'est que si ces conditions sont remplies que la juridiction nationale pourra s'abstenir de soumettre cette question à la Cour et la résoudre sous sa propre responsabilité » (§16). Et à cette condition exigeante posée par la Cour, cette dernière précise les trois critères devant permettre au juge national de faire son jugement : (i) la prise en compte des versions linguistiques du texte en question¹²³⁰ ; (ii) la terminologie du droit européen ; (iii) la prise en compte du contexte dans lequel le droit européen s'inscrit (§18-20). Ainsi, bien que posant des conditions relativement strictes¹²³¹, la Cour minore (voire lève) l'obligation pour les juridictions nationales de dernier ressort de se référer à la Cour.

La CJUE garantit ainsi la constance de sa jurisprudence par les juridictions nationales, sauf décision contraire de sa part. Dans le choix du juge national de se référer à la CJUE¹²³², celui-ci doit s'abstenir de demander clarification sur une question inopportune ou de demander

1229 C-283/81 (1982) *Sarl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c/ Ministère de la santé*, 3415.

1230 Voir les arrêts C-187/87 (1988) *Land de Sarre*, 5013 ; C-372/88 (1990) *Cricket St Thomas*, I-1345.

1231 Koopmans (1987 : 203) affirmera même que ces conditions sont irréalistes : « *Compliance with these requirements for acte clair is virtually impossible. In practice this test is unworkable* ».

1232 C-5/72 (1972) *Fratelli Grassi*, 443.

clarification sur une question déjà précisée. La CJUE s'octroie alors le droit de ne pas répondre à la question posée¹²³³ ou de prendre quelques libertés dans la formulation des questions¹²³⁴. Cette politique de réduction par la Cour des affaires que celle-ci a à entendre va à l'encontre des thèses suggérant que la Cour tente à tout prix d'accroître sa compétence juridictionnelle¹²³⁵ : la Cour et les juges européens accroissent leur utilité, ce qui peut différer, comme nous l'avons vu, de la simple question de la compétence juridictionnelle. Par ailleurs, la Cour instaurera une quasi-obligation pour les juridictions nationales, ne statuant pas en dernier ressort, de se référer à la Cour, en dépit de la lettre des Traités.

Ainsi, dans l'affaire *Foto-Frost*¹²³⁶, la Cour a estimé que ces juridictions nationales ne peuvent pas constater l'invalidité d'une norme européenne. Dans cette affaire, alors que la Cour rappelle que la juridiction nationale, posant la question de la validité d'une norme de droit européen, relève de l'article 267 du TFUE alinéa 2, et ainsi n'est pas tenue de poser sa question à la CJUE (§12), la Cour considère que cette faculté de poser une question ne concerne pas les questions préjudicielles en interprétation ou en appréciation de validité (§13), une distinction que la Cour opère mais qui n'apparaît nul part dans les Traités originaux ou ultérieurement amendés. La Cour va même jusqu'à considérer qu'il y a une sorte d'obligation implicite pour ces juridictions nationales de juger que

1233 C-286/88 (1990) *Falciola*, I-191 ; C-130/73 (1973) *Vandeweghe*, 1329 ; C-267/86 (1988) *Van Eycke*, 4769 ; C-222/78 (1979) *Benvenuti*, 1163 ; C-83/91 (1992) *Wienand Meilicke*, I-4871 ; C-126/80 (1981) *Solania*, 1563 ; C-130/85 (1986) *Groothandel*, 2035 ; C-104/79 (1980) *Foglia c/ Novello*, 745 ; C-130/95 (1997) *Giloy*, I-4291 ; C-83/91 (1992) *Meilicke*, I-4871 ; Affaires jointes C-320, 321 et 322/90 (1993) *Telemarsicabruzzo*, I-424. Voir plus pour une critique de cette position, Barav (1980).

1234 C-212/91 (1965) *Schwarze*, 1082 ; C-381/89 (1992) *Vasko*, I-2111 ; C-20/67 (1968) *Tivoli*, 293 ; C-158/80 (1981) *Rewe*, 1805 ; C-20/64 (1975) *Albatros c/ SOPECO*, 45.

1235 Pour une critique de ces thèses, voir Keeling (1998 : 524).

1236 C-314/85 (1987) *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 4199.

toutes les normes européennes sont valides. La Cour continue, « elles n'ont pas le pouvoir de déclarer invalides les actes des institutions (européennes) » (§15). L'intégrité, la cohérence et la préservation du système juridique européen sont garanties par la seule Cour : ces juridictions nationales ne peuvent que simplement appliquer uniformément le droit européen¹²³⁷. La Cour suit l'Avocat Général Mancini, dans ses conclusions, qui conteste que cette faculté pour le juge national de constater « l'invalidité d'une disposition arrêtée par les institutions est, en fait, privée de portée générale, c'est-à-dire qu'elle ne sort pas du cadre du litige ». L'invalidité ne saurait être qu'*inter partes* et non *erga omnes*, et ainsi cette invalidité est inenvisageable car l'uniformité du droit européen serait menacée¹²³⁸.

La Cour confirmera sa position de *Foto-Frost* avec l'arrêt *Zuckerfabrik*¹²³⁹. Elle a répété l'exigence qu'elle avait posée dans *Foto-Frost* pour le juge national de surseoir à statuer pour avoir à connaître la validité de toute norme européenne, mais la Cour a néanmoins admis qu'il était possible, pour la juridiction nationale, d'accorder un sursis à exécution d'un acte d'administration nationale, adopté sur le fondement d'une norme européenne dont la validité est discutable¹²⁴⁰. Il n'en demeure pas moins que la question de validité de la norme européenne reste l'exclusivité de la

1237 Cette supériorité auto-proclamée de la Cour est explicite. En effet, elle affirme qu'il « y a d'ailleurs lieu de souligner que c'est la Cour qui est la mieux placée pour se prononcer sur la validité des actes (européens) ».

1238 Cette interprétation va à l'encontre de la position de la Cour exprimée à l'occasion de l'affaire ICC dans laquelle elle a affirmé qu'un jugement déclarant invalide une norme européenne a pour effet de rendre cette norme inapplicable par toute juridiction nationale. C-66/80 (1981) *International Chemical Corporation c/ Amministrazione Finanze*, 1191.

1239 Affaires jointes C-143/88 et C-92/89 (1991) *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c/ Hauptzollamt Itzehoe et Zuckerfabrik Soest GmbH*, I-00415.

1240 Par ailleurs, la Cour a pu estimer que cette solution trouvait son origine dans le besoin de cohérence avec sa décision dans l'affaire *Factortame*. La Cour estima alors que la juridiction nationale avait la possibilité d'ordonner des mesures provisoires et de suspendre l'application d'une loi nationale critique, jusqu'à ce que la Cour se prononce sur sa compatibilité avec le droit européen. C-213/89 (1989) *The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd*, I-2433.

CJUE. Cette confusion jurisprudentielle entre, d'une part, l'obligation constitutionnelle de se référer à la Cour pour les juridictions (dont les jugements peuvent faire l'objet d'appel) qui est devenu une possibilité de ne pas s'y référer, et, d'autre part, la faculté de se référer à la Cour pour les juridictions (statuant en dernier ressort) qui est devenu une quasi-obligation, tranche avec la clarté constitutionnelle. Cette confusion, rendue possible par le jeu combiné des jurisprudences *CILFIT* et *Foto-Frost*, s'analyse comme la volonté, pour les juges européens, d'accroître les possibilités pour eux de faire évoluer le droit européen en étant toujours au fait de ce qui est discuté dans les juridictions nationales, tout en réduisant les affaires inintéressantes à leurs yeux pour lesquelles ils ne soutirent aucune satisfaction au travail, tandis qu'ils pourraient avoir du temps de loisirs. Par conséquent, au-delà de l'importance du renvoi préjudiciel dans la construction juridique et politique de l'UE¹²⁴¹, la maîtrise du « flux » de ces renvois par les juges européens est grande, et ce, aux fins à la fois de maîtriser l'évolution du droit européen, mais surtout aux fins de satisfaire leur fonction d'utilité judiciaire.

Ces deux moyens élaborés par les juges européens pour contrôler, à la fois, les *inputs* (les affaires présentées devant le prétoire européen), et les *outputs* (les affaires une fois celles-ci jugées devant le prétoire européen), permettent aux juges européens de minimiser leur temps de travail tout en assurant (voire en accroissant) à la fois leurs pouvoirs et leur légitimité. Leurs pouvoirs sont accrus car ils participent à la censure de diverses normes nationales par leur large acceptation du mécanisme du renvoi préjudiciel tout en protégeant la croissance et la validité du droit européen pour lesquels ils sont les seuls interprètes en dernier ressort¹²⁴². Leur légitimité est accrue car, par

1241 Voir Arnulf (2006 : 98-103) pour un aperçu de la littérature discutant du rôle unificateur pour le droit européen du renvoi préjudiciel.

1242 Si la CJUE a une large acceptation de la voie de droit qu'est le renvoi préjudiciel (ne restreignant ainsi pas ses *inputs*), il n'en demeure pas moins que, par la théorie de l'acte clair, la CJUE a, comme nous l'avons vu, une acceptation beaucoup plus réduite de la nécessité de juger à partir de cette voie de droit qu'est le renvoi préjudiciel (restreignant par conséquent ses

leur refus d'entendre à nouveau des affaires similaires à celles déjà tranchées, les juges européens établissent une relative jurisprudence constante à laquelle tout juge national doit s'intégrer et que seuls les juges européens peuvent amender. Ainsi, cette sécurisation de la jurisprudence européenne permet à la Cour et aux juges européens d'être perçus véritablement comme la juridiction suprême en Europe. L'accroissement des pouvoirs et de la légitimité des juges européens participe à leur prestige et à asseoir leur autorité judiciaire.

Cependant, si cette utilité judiciaire est accrue (voire maximisée) du fait d'une subtile balance entre l'effectivité et le prestige du travail rendu et le temps de loisirs des juges préservé par une sorte de « *docket control* » *de facto*, ce comportement judiciaire peut parfois s'opposer à la justice de l'efficience que ces mêmes juges tentent d'instiller dans le droit européen.

outputs). Il est alors possible d'affirmer que la théorie de l'acte clair est la maîtrise, *a posteriori*, dans la procédure du renvoi préjudiciel correspondant à la maîtrise, *a priori*, exercé sur le recours en annulation. Si un type de contrôle des *inputs* et *outputs* venait à disparaître (du fait d'une modification constitutionnelle), alors la Cour compenserait cette perte de contrôle et réagirait, sans aucun doute, par un renforcement du contrôle *a priori* ou *a posteriori*. Ce mécanisme de maîtrise des *inputs* et *outputs* peut être aisément comparé à un mécanisme de marché (où les *inputs* correspondent à la demande de justice et les *outputs* à l'offre de justice). En limitant et contrôlant le ratio *inputs-outputs* de telle manière que les pouvoirs des juges européens soient maximisés tout en optimisant la valeur (en terme de prestige et légitimité) des décisions rendues, les juges européens se comportent à la façon d'un cartel. En effet, une cour collégiale produisant un bien (décisions de justice) en réduisant l'accès (la demande de justice) tout en accroissant le prix de ce bien (valeur attachée à ces décisions) adopte un comportement de cartélisation. Alors que les juges européens s'organisent pour que la valeur et la légitimité de leurs décisions croissent tout en maximisant leurs temps de loisirs, une relative « rareté » des décisions de justice européenne prend place, ce qui ne peut qu'accroître davantage le prestige et les pouvoirs des juges européens. Ainsi, la maîtrise d'un ratio « optimal » d'*inputs-outputs* permet aux juges européens de satisfaire leur fonction d'utilité judiciaire. Cette utilité peut néanmoins frustrer, comme nous l'avons démontré, dans la quête d'une justice de l'efficience car, conformément aux enseignements de l'Ecole de Choix Publics, la poursuite par les décideurs publics de leurs intérêts sur le court terme s'oppose nécessairement à ce que pourrait être la quête des meilleures conséquences économiques sur le long terme.

En effet, l'intérêt personnel du juge européen peut s'opposer aux considérations traditionnelles d'efficacité qu'il peut avoir, et ce, dans trois lignes de jurisprudence que nous identifions et utilisons comme illustrations de notre propos liminaire. Ces trois cas sont (i) la censure des normes nationales pour leur inefficacité tout en protégeant des normes européennes similaires ; (ii) la préservation d'un marché unique en dépit de possibles considérations d'efficacité ; (iii) la dérive d'un double standard judiciaire concernant la proportionnalité. Nous abordons maintenant ces situations développées par les juges européens.

b. La politique judiciaire européenne et l'anti-efficacité économique

L'expression de l'intérêt personnel des juges européens dans leurs décisions, au point d'aller à l'encontre de la justice de l'efficacité à laquelle ils sont traditionnellement attachés, sera démontrée par deux situations caractéristiques : (i) la première concerne le contentieux concernant le multilinguisme ; (ii) la seconde concerne le contentieux de la concurrence et plus particulièrement la discrimination de prix. La volonté des juges européens de préserver leur corpus juridique, tout en réduisant la portée des normes nationales, se manifeste non seulement, comme nous l'avons vu, par la maximisation de leurs pouvoirs grâce à la maîtrise du *ratio inputs-outputs*, mais se manifeste également par la sécurisation de normes européennes qui auraient été contestées pour des considérations d'efficacité si elles étaient d'origine nationale. Cette protection inefficace de normes européennes est démontrée par le positionnement des juges européens concernant le multilinguisme.

i) Langues

La Cour a développé une politique judiciaire concernant les langues et le multilinguisme en Europe qui est confuse¹²⁴³ dès lors que la stratégie des juges européens n'est pas prise en compte. En effet, l'antagonisme entre la position de la Cour dans une affaire telle que *Meyhui*¹²⁴⁴ et sa position dans *Piageme*¹²⁴⁵ démontre que les juges européens adoptent une attitude changeante selon que le litige en question menace le corpus juridique européen qu'ils se doivent de protéger.

Ainsi, dans l'affaire *Meyhui*, était en cause une Directive qui classifiait le verre cristal dans l'UE en quatre catégories avec à chaque fois les traductions correspondantes pour chaque langue des Etats Membres de ce produit. Cette Directive imposait que les produits soient vendus seulement dans la (ou les) langue(s) prescrite(s) en annexes de la Directive où les produits sont vendus. Un importateur belge de verre cristal initia une action en justice contre un exportateur allemand car celui-ci avait étiqueté ses produits en anglais, français et allemand sans la version néerlandophone. L'exportateur avança que cette Directive restreignait la liberté de circulation des marchandises protégée par les Traités européens, et suggéra qu'il devait être permis d'étiqueter des produits dans une langue aisément compréhensible par les consommateurs du pays dans lequel ces

1243 La politique européenne concernant les langues est considérée par l'Avocat Général Cosmas être caractérisée par « une absence de conception systématique et de cohérence ». Voir Conclusions de l'Avocat Général Cosmas dans l'affaire C-385/96 (1998) Hermann Josef Goerres, I-04431. La jurisprudence de la Cour, quant à elle, est considérée être un « *conundrum* » concernant les questions de langues et d'étiquetage (Creech 2005 : 84).

1244 C-51/93 (1994) *Meyhui NV c/ Schott Zwiesel Glaswerke AG*, I-3893.

1245 C-369/89 (1991) *Piageme c/ BVBA Peeters*, I-2971.

produits étaient destinés à être vendus¹²⁴⁶. La Cour va reconnaître que cette Directive constitue une barrière aux échanges intra-européens en affirmant que « l'interdiction d'apposer sur les produits de verre cristal (...) leur dénomination dans une langue autre que la ou les langues de l'Etat membre où ces produits sont commercialisés constitue une entrave au commerce intracommunautaire dans la mesure où les produits provenant d'autres Etats membres doivent être revêtus d'étiquetages différents entraînant des frais supplémentaires de conditionnement » (§13).

Mais, en dépit de ces coûts d'efficience entraînés par l'obligation de reconditionner les produits lorsque ceux-ci passent une frontière, la Cour va considérer que du fait du risque de confusion pour les consommateurs, cette exigence linguistique se justifie. En effet, parce que « la différence de qualité du verre utilisé n'est pas aisément perceptible pour le consommateur moyen, pour lequel l'achat de produits en verre de cristal n'est pas un acte fréquent » (§18), alors la Cour considère que « pour les consommateurs d'un Etat membre où les produits sont commercialisés, d'être informés dans la ou les langues de cet Etat constitue donc un moyen de protection approprié » (§19). Cette affirmation par la Cour est surprenante non seulement à l'aune de sa décision dans *Piageme* que nous allons voir, mais également parce que les différentes versions linguistiques différaient très peu dans les mots utilisés.

De plus, la Cour adoptera une position particulière dans l'examen de la Directive car elle décidera, contrairement à ce qu'elle a pu décider dans *Piageme*, que le fait que « l'hypothèse, évoquée par la juridiction nationale, selon laquelle une autre langue serait plus facilement compréhensible par l'acheteur, présente un caractère tout à fait marginal » (§19). Or, cette hypothèse ne présente pas un caractère marginal pour cette même Cour dans l'affaire *Piageme* et

1246 En l'occurrence, il s'agissait d'ajouter aux produits la version néerlandaise de *kirstallin-glass* alors même que l'exportateur avait déjà inscrit la version allemande (*Kristallglas*), la version française (*crystallin*) et la version anglaise (*crystal glass*).

l'approche très restrictive de la Cour¹²⁴⁷, consistant à exiger la protection de la norme en dépit des coûts d'efficience, ne s'inscrit pas dans la ligne de cet arrêt.

Dans *Piageme*, était contestée la possibilité d'étiqueter de l'eau minérale seulement en français et en allemand pour la vente de cette eau dans la région flamande de la Belgique, contrairement à ce que la Directive 79/112 indiquait selon les requérants. Cette Directive imposait que les produits alimentaires soient étiquetés dans une « langue facilement comprise » par les consommateurs afin que ceux-ci soient correctement informés des produits. L'obligation juridique d'informer les consommateurs participe à la réduction, dans une certaine mesure, de l'asymétrie d'information¹²⁴⁸ inhérente aux coûts de transactions dans le marché, et par là même, contribue à accroître l'efficience économique dès lors que les coûts entraînés, par la divulgation d'information aux consommateurs, sont moins importants que les avantages que ceux-ci en retirent en termes de choix plus éclairés et en adéquation avec leurs préférences¹²⁴⁹. Néanmoins, malgré le fait que cette Directive ait donc une préoccupation d'efficience économique en cela qu'elle assure non pas la divulgation mais la bonne compréhension des informations divulguées par les producteurs aux consommateurs, la Cour va considérer dans *Piageme* qu'il n'est pas possible d'« imposer une obligation plus stricte que celle de l'emploi d'une langue facilement comprise, à savoir, par exemple, le recours exclusif à la langue de la région linguistique, et, d'autre part, méconnaître la

1247 Cette approche n'était par ailleurs pas recommandée dans les conclusions de l'Avocat Général Gulmann pour l'affaire C-51/93 (1994) *Meyhui NV c/ Schott Zwiesel Glaswerke AG*, I-3893.

1248 Illustré par l'image du marché des voitures d'occasion proposée par Akerlof (1970).

1249 Ainsi, comme Mackaay et Rousseau (2008 : 368) l'affirment, si « l'asymétrie d'information pose problème seulement lorsque la partie la mieux informée réussit à s'en servir pour modifier significativement et en sa faveur – de façon subreptice – la répartition des gains conjoints que les parties ont envisagé au moment de la conclusion du contrat », il n'en demeure pas moins qu'il y « a un coût – de transaction – à ces précautions, même à la précaution extrême, qui est de ne pas conclure le contrat du tout : (...) un coût d'opportunité ».

possibilité d'assurer l'information du consommateur par d'autres mesures » (§16). Cette conclusion est certainement surprenante au regard du raisonnement de la Cour. En effet, alors que la Cour reconnaît que la Directive elle-même permet, dans une interprétation littérale, d'imposer l'usage exclusif d'une langue particulière dans une région linguistique¹²⁵⁰, la Cour va accepter de faire courir le risque que des consommateurs ne bénéficient pas de cette « langue facilement comprise » qu'est la langue régionale de cette région linguistique afin de réduire les barrières aux échanges, et plus précisément afin d'accroître l'efficacité productive pour les producteurs commercialisant dans différents Etats Membres et devant supporter les coûts de ré-emballage¹²⁵¹. De plus, l'incohérence du raisonnement juridique de la Cour est patente dès lors que celle-ci interdit à la loi nationale de prescrire l'utilisation *exclusive* de la langue de la région, alors même que cette loi ne posait en rien cette obligation : la loi belge rendait possible l'utilisation d'autres langues tant que la langue de la région apparaissait également sur l'étiquetage (Creech 2005 : 75).

La dichotomie de raisonnement entre *Piageme* et *Meyhui* est flagrante car, s'il s'agissait pour le premier cas d'examiner la légalité d'une loi nationale adoptée pour transposer une directive, et pour le second cas la légalité de la directive elle-même, la Cour va adopter des stratégies

1250 La Cour affirme en substance ainsi que « il est vrai que, selon une interprétation littérale de l'Article 14, celui-ci ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui n'admettrait, pour l'information du consommateur, que l'emploi de la langue ou des langues de la région où les produits sont vendus, dans la mesure où une telle règle permettrait aux acheteurs de comprendre aisément les mentions protégées sur les produits. La langue de la région linguistique est la langue qui apparaît être en effet la plus « facilement comprise » » (§14). La Cour rejettera donc cette interprétation littérale afin d'atteindre sa conclusion alors que cette même interprétation littérale (d'une autre directive) sera adoptée dans *Meyhui*.

1251 Ainsi, selon ce raisonnement, la Cour conclut naturellement que d'imposer exclusivement la langue de la région linguistique, même si cela est permis par la Directive selon une interprétation littérale, est interdit pour une loi nationale transposant cette Directive car cette obligation nationale « d'utiliser exclusivement la langue de la région linguistique constituerait une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative des importations » (§16).

fondamentalement différentes. Pour *Piageme*, l'interprétation littérale consistant à autoriser l'usage exclusif d'une langue particulière est explicitement rejetée (bien que juridiquement possible), tandis que dans le *Meyhui*, l'interprétation littérale est la seule adoptée afin d'imposer un régime linguistique extrêmement strict, peu importent les coûts d'efficience créés en termes d'obstacles aux échanges. La seule véritable explication de cette différence de politique judiciaire n'est pas vraiment celles des Directives en cause dans les affaires respectives mais davantage la nature de la norme juridique contestée (et le cas échéant, à protéger). L'effet restrictif de la Directive sur le verre cristal est évincé afin de préserver la signification littérale de cette Directive, alors même que l'effet restrictif de la loi nationale dans *Piageme* est souligné afin d'adopter une interprétation téléologique de la Directive invoquée en l'espèce.

Dans *Meyhui*, l'objectif des juges européens était de faire respecter la Directive européenne quels qu'en étaient les coûts d'efficience supportés, tandis que dans *Piageme*, l'objectif des juges européens était de minimiser les coûts d'efficience créés par la Directive quels qu'en étaient les conséquences sur la validité de la loi nationale en cause. Dans un cas la priorité semble être la préservation du corpus juridique européen peu importent les coûts d'efficience ; dans le second exemple, la priorité semble être la préservation d'une efficience économique peu importe l'intégrité du droit national.

Par ailleurs, dans *Meyhui*, la Cour rejeta l'argument de la similitude des termes pour justifier l'économie des coûts réalisés par les producteurs sur le ré-emballage. L'interprétation littérale adoptée par la Cour l'a amenée à évincer toute considération d'efficience (du fait des coûts importants supportés par la traduction, et des bénéfices peu importants supportés du fait de la similitude des termes). Or, dans « *Piageme II* »¹²⁵², la Cour a précisément accepté l'argument selon

1252 C-85/94 (1995) *Groupement des Producteurs, Importateurs et Agents Généraux d'Eaux Minérales Etrangères, VZW c/ Peeters NV* (« *Piageme II* »), I-2955.

lequel la similitude des termes pouvait justifier la non-traduction : « A cet égard, peuvent constituer des indices pertinents, sans être pour autant déterminants en soi, divers facteurs, tels que l'éventuelle similarité des mots dans différentes langues, la connaissance générale de plus d'une langue par la population concernée, ou l'existence de circonstances particulières telles qu'une vaste campagne d'information ou une large diffusion du produit, pourvu qu'il puisse être constaté que le consommateur est suffisamment informé » (§30). Cette approche casuistique, examinant les conséquences pratiques de la possible traduction est diamétralement opposée à l'approche littérale, légaliste adoptée dans *Meyhui*. De plus, si « l'indice pertinent » de la connaissance générale des langues par la population peut laisser supposer que seuls les Etat multilingues sont concernés¹²⁵³, il n'en est rien comme le démontre l'affaire *Geffroy c/ Casino France*¹²⁵⁴. Dans cette arrêt, la Cour ira jusqu'à estimer qu'il est tout à fait possible d'étiqueter un produit dans une langue étrangère dans un Etat Membre monolingue parce qu'il peut être estimé que l'étiquetage dans une telle langue est aisément compréhensible. En l'espèce, il s'agissait de boissons étiquetées en anglais et commercialisées en France. Pour la Cour, il ne faut pas s'arrêter à la seule « utilisation d'une langue déterminée pour l'étiquetage des denrées alimentaires », mais davantage examiner s'il existe une « possibilité qu'une autre langue facilement comprise par les acheteurs soit utilisée ou que l'information de l'acheteur soit assurée par d'autres mesures » (§28). C'est précisément ces alternatives que la Cour a refusé d'examiner dans *Meyhui*.

En conclusion, la position des juges européens en ce qui concerne la question des langues sur les produits circulant librement au sein de l'UE est mue par des intérêts personnels. En effet, les juges européens protègent artificiellement des normes européennes de la critique de leur

1253 Une position incarnée par l'Avocat Général Cosmas dans ses conclusions pour l'affaire C-385/96 (1998) *Hermann Josef Goerres*, I-04431.

1254 C-366/98 (2000) *Procédure pénale contre Yannick Geffroy et Casino France SNC*, I-06579.

inefficience (causée par l'accroissement inutile de coûts de transactions, ici coûts de traduction), tout en menaçant des normes nationales pouvant accroître l'efficience (ainsi les juges européens accroissent les coûts de transactions par une réduction de coûts de traduction nécessaires car ce sont des précautions indispensables afin de réduire l'asymétrie d'information). A l'inefficience tolérée par les juges européens d'un régime linguistique excessivement strict au niveau européen s'oppose l'inefficience instaurée par les juges européens d'un régime linguistique excessivement laxiste au niveau national. Cette double inefficience a pour origine et pour seule explication la protection du corpus juridique européen que les juges européens sont chargés de protéger, tout en menaçant des normes nationales perçues comme une concurrence à l'imposition et au renforcement de ce corpus juridique européen.

Si nous avons illustré la matérialisation de l'intérêt personnel des juges européens dans leurs actions par l'exemple des langues, un autre exemple révèle que l'efficience économique n'est pas une considération primordiale pour les juges européens dès lors qu'il s'agit de préserver l'intégrité de l'UE et du Marché Intérieur, et ainsi le statut du droit européen : c'est l'exemple de l'interdiction inefficace de la discrimination de prix fondée sur les barrières nationales.

ii) Discrimination territoriale de prix

Le fait de vendre des produits à des prix différents est une discrimination en termes de prix qui peut prendre trois formes. La discrimination dite de premier degré concerne la vente de biens identiques à des prix différents selon les individus, c'est la discrimination parfaite en termes de prix. La discrimination dite de second degré concerne des prix différents appliqués selon les quantités achetées, c'est la pratique des ristournes pour fidélité ou achat de gros. Enfin, la discrimination dite de troisième degré concerne des prix différents pratiqués selon des tarifs

préférentiels déterminés par catégories de personnes (étudiants, seniors...), c'est la discrimination la plus répandue.

Alors que la discrimination de premier degré maximise le surplus du producteur par sa disposition à appliquer un prix optimal à un individu particulier si la concurrence parfaite était possible, et alors que la discrimination de second degré permet au producteur de fidéliser des clients et d'accroître sa clientèle, la discrimination de troisième degré peut accroître l'efficacité économique du fait de la possible maximisation des profits du producteur dès lors que celui-ci peut clairement différencier les groupes de consommateurs et peut correctement estimer la propension à payer de chacun de ces groupes. Cette discrimination peut permettre d'accroître la production globale car le producteur pourra vendre sur les deux marchés d'individus si les prix sont différenciés de façon à respecter la différence de préférences de chacun des groupes visés. La discrimination de prix peut s'opérer sur une base territoriale, en déterminant des prix différents selon les lieux où le produit est vendu¹²⁵⁵.

La discrimination de prix fondée sur une base territoriale suppose, comme les autres types de discriminations, l'absence de possibilité d'*arbitrage*. Les consommateurs ayant acheté le bien à un prix modique ne doivent pas pouvoir revendre ce bien aux consommateurs préférant un prix plus élevé, sans quoi la discrimination de prix effectuée par le producteur ne saurait être réalisée. Dans l'UE, cette pratique appelée les *importations parallèles* concerne la revente de biens entre pays commercialisant des produits qui ne sont pas vendus aux mêmes prix. Or, les importations

1255 Tirole (1988 : 134) va plus loin encore en affirmant que des biens vendus à différents endroits peuvent être considérés comme des biens différents justifiant une différence de prix : « a general equilibrium theorist might rightly point out that goods delivered at different locations, in different states of nature, or of different quality are distinct economic goods and thus that the scope of "pure" discrimination is *very limited* ». Par ailleurs, Tirole souligne les effets parfois ambigus des discriminations de prix concernant l'efficacité économique en général. Voir également Rey et Venit (2009 : 278-280).

parallèles sont facilitées au sein de l'UE et ainsi la faculté pour le producteur de discriminer entre Etats Membres est compromise.

La discrimination de prix fondée sur les différences de préférences entre Etats Membres de l'UE permettrait d'accroître l'efficacité économique par une maximisation, à la fois du bien-être du producteur (maximisant ses profits) et des consommateurs (certains ayant accès au produit). Une démonstration théorique permet de souligner l'efficacité inhérente à ce type de discrimination¹²⁵⁶. Si un même bien est vendu dans deux pays (Allemagne et Portugal) et que la discrimination de prix est permise par le droit et réalisable pour le producteur, ce producteur vend son produit en Allemagne à un prix p_b (b signifiant un *prix haut*) et au Portugal au prix p_b (b signifiant *prix bas*). Ainsi, les consommateurs peuvent acheter ce produit selon leur aptitude à payer pour ce produit. Mais si la discrimination est rendue illégale et que le producteur est obligé de vendre son produit à un prix identique dans toute l'UE, alors celui-ci va très probablement établir son prix quelque part entre le prix le plus haut possible et le prix le plus bas possible. Ainsi, ce prix p_m (m signifiant un *prix moyen*) correspond à $p_b \ll p_m \ll p_b$.

Par conséquent, les consommateurs allemands seront mieux lotis avec l'absence de discrimination de prix tandis que les consommateurs portugais seront perdants. Cette stratégie peut vraisemblablement conduire à une réduction d'efficacité économique¹²⁵⁷, dès lors que l'accroissement du bien-être des consommateurs allemands est moins important que le décroissement du bien-être des consommateurs portugais et/ou que le producteur voit ses profits réduits. Mais il se peut également que face à l'interdiction juridique d'établir une discrimination de prix entre Etats Membres de l'UE, le producteur se décide à ne sélectionner que son prix allemand mais appliqué dans tous les pays : les profits réalisés en Allemagne sont inchangés mais très peu de

1256 Cette démonstration est inspirée de celle proposée par Motta (2004 : 23).

1257 Posner (2001 : 205) ; Gherig et Stenbacka (2005 : 137).

consommateurs portugais achèteront le produit avec ce prix. Ainsi, non seulement l'objectif d'éradiquer les différences entre marchés nationaux est non pas atteint, mais ces différences sont exacerbées, et surtout l'efficacité économique est réduite du fait de profits réduits pour le producteur, de consommateurs allemands ni gagnants ni perdants, et des consommateurs portugais perdants car n'ayant plus accès à ce produit (Malueg et Schwartz 1994). Par conséquent, l'inefficacité économique de l'interdiction de la discrimination de prix, fondée sur les différences de marchés entre Etats Membres de l'UE, est établie et ne devrait pas être adoptée *de jure* ou *de facto* par les institutions européennes en général, et par les juges européens en particulier si ceux-ci étaient préoccupés seulement par des considérations d'efficacité économique. Or, les juges européens interdisent ce type de discrimination de prix en dépit de l'inefficacité démontrée d'une telle interdiction.

Comme l'affirme Motta (2004 : 23), le droit européen de la concurrence a *de facto* interdit la discrimination de prix fondée sur les frontières nationales. Cette interdiction de facto est, non pas constitutionnelle ou législative, mais le fruit d'une jurisprudence voulue par les juges européens focalisés à promouvoir l'intégration au sein du Marché Intérieur. Alors que cet objectif peut sembler *a priori* compatible avec l'efficacité économique, cette intégration au détriment de la discrimination de prix n'a pas de rationalité économique (Motta 2004 : 23) et décroît l'efficacité économique pour des raisons autres que le simple raisonnement économique comme nous allons le voir. Avant cela, il convient désormais d'aborder cette jurisprudence empreinte d'inefficacité, consistant à ignorer les arguments d'efficacité avancés pour pratiquer la discrimination de prix fondée sur les frontières nationales. La perte de profit pour le producteur incapable de discriminer ses prix entre Etats Membres conduit à un sous-investissement (ce qui, à son tour, conduit à réduire l'efficacité dynamique). La Cour a initialement manifesté l'interdiction *per se* des discriminations de prix entre Etats Membres et ainsi une autorisation (voire un encouragement)

des importations parallèles. Cette phase initiale est illustrée notamment par un arrêt tel que *United Brand*¹²⁵⁸.

Dans l'affaire *United Brand*, la Cour va interdire des conditions de vente établies par l'entreprise *United Brand* consistant à interdire les importations parallèles d'un Etat Membre à un autre, par l'interdiction d'exporter des bananes vendues à des prix différents dans l'UE. Ces restrictions constituent, selon la Cour, « indéniablement une exploitation abusive de position dominante, en limitant les débouchés au préjudice des consommateurs et en affectant le commerce entre Etats Membres, notamment en cloisonnant les marchés nationaux » (§159). La focalisation excessive de la Cour sur le possible cloisonnement des marchés nationaux, qui pourrait porter atteinte à l'objectif d'intégration du Marché Intérieur, l'empêche d'apprécier que ce n'est pas la discrimination de prix pratiquée qui pourrait placer dans un désavantage concurrentiel les distributeurs de bananes (comme le prétend la Cour), mais davantage l'absence d'une telle discrimination qui conduirait à cette conséquence néfaste (Gérardin et Petit 2005 : 55)¹²⁵⁹. Plus tard, la Cour se montrera plus hésitante concernant la rationalité économique de l'autorisation des importations parallèles, sans pour autant aller jusqu'à questionner sa ligne de jurisprudence traditionnelle¹²⁶⁰.

1258 C-27/76 (1978) *United Brands Company c/ Commission*, 207. Voir également Affaires jointes C-96-102, 104, 105, 108, 110/82 (1983) *NV IAZ International Belgium c/ Commission*, 3369

1259 Cette position se confirmera notamment avec T-83/91 (1994) *Tetra Pak International SA c/ Commission*, II-755; C-226/84 (1986) *British Leyland plc c/ Commission*, 3263 ; T-228/97 (1999) *Irish Sugar plc c/ Commission*, II-2969. En ce qui concerne la propriété intellectuelle et les importations parallèles, voir C-15/74 (1974) *Centrafarm c/ Sterling Drug*, 1183; C-355/98 (2000) *Silhouette c/ Hartlauer*, I-1221 ; Affaires jointes C-56-58/64 (1966) *Consten and Grundig c/ Commission*, 299. Voir plus généralement Stothers (2007).

1260 Cette évolution aura certainement été influencée par les conclusions de l'Avocat Général Jacobs pour l'affaire C-53/03 (2004) *Syfait et autres c/ GlaxoSmithKline plc*, I-04609 où, précisément, l'Avocat Général il reprendra les arguments

Cette phase est illustrée notamment par l'affaire *Glaxo c/ Wellcome*¹²⁶¹ où le producteur a été interdit d'établir un double système de prix pour des produits pharmaceutiques correspondant à différents pays de l'UE¹²⁶². En l'espèce, Glaxo vendait ses produits pharmaceutiques à des grossistes espagnols à des prix différents selon l'endroit où ces produits étaient consommés. Glaxo se conformait donc au prix espagnol indiqué dans la loi nationale et fixait librement ses prix pour les produits destinés à l'export. Le Tribunal de Première Instance a considéré que les conditions de ventes de Glaxo constituaient une violation de l'Article 101(1) du TFUE, mais ces conditions n'avaient pas pour *objet* une restriction de la concurrence, seulement pour *effets* (§147).

Aussi, le Tribunal a considéré que les importations parallèles doivent être considérées à la lumière du bien-être des consommateurs, donnant ainsi davantage de place à une analyse économique questionnant, en l'espèce, l'efficacité de ces importations plutôt qu'une approche simplement juridique. Le Tribunal reprochera également à la Commission de ne pas avoir

économiques communément avancés et dont nous avons résumé la teneur plus haut. Ainsi, l'impossibilité pour les entreprises pharmaceutiques de discriminer leurs prix conduira au retrait du marché de certains produits dans certains Etats, fragmentant encore plus le Marché Intérieur et fragilisant l'investissement (§95). Ainsi, en ce qui concerne l'industrie pharmaceutique, il estime « qu'une restriction de l'approvisionnement par une entreprise pharmaceutique dominante en vue de limiter le commerce parallèle est susceptible d'être justifiée en tant que mesure raisonnable et appropriée destinée à défendre les intérêts commerciaux de cette entreprise. Une telle restriction ne vise pas à maintenir des différences de prix qui lui sont imputables et n'entrave pas directement le commerce ; ce sont plutôt les obligations de service public qu'imposent les Etats Membres qui font obstacle aux échanges » (§100). Cette position de l'Avocat Général sera suivie en partie dans des affaires telles que *Bayer c/ Commission et Bundesverband der Arzeimitell-Importeure*. Voir T-41/96 (2000) *Bayer AG c/ Commission*, II-03383 ; C-2-3/01 (2004) *P Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV c/ Commission*, I-00023.

1261 T-168/01 (2006) *GlaxoSmithKline Services Unlimited c/ Commission*, II-2969.

1262 Les importations parallèles ne conduisent pas, comme cela serait le cas pour d'autres produits, à une égalisation des prix dans l'UE en ce qui concerne les produits pharmaceutiques du fait des réglementations nationales fixant leurs prix. Voir Danzon (1998) ; Jenny (2002).

suffisamment entendu les considérations tirées de l'Article 101(3) du TFUE avancées par le défendeur. Le Tribunal annulera la décision de la Commission de ne pas octroyer une exemption à Glaxo. Si cette décision est importante car le Tribunal remplace une approche d'interdiction *per se* des mesures restreignant les importations parallèles par une *règle de raison* de ces mesures avec le bien-être des consommateurs comme critère d'analyse (Rey et Venit 2009 : 272-273), cette annulation ne sera que temporaire. En effet, la Cour va reprendre son approche traditionnelle¹²⁶³ en critiquant l'approche davantage économique (et tournée vers des considérations d'efficacité) adoptée par le Tribunal¹²⁶⁴. La Cour considéra que ces conditions avaient pour objet de restreindre la concurrence et que le marché des produits pharmaceutiques n'était pas exempt des obligations de droit commun (§59-60). Clairement, la décision de la Cour rappelle, contrairement à ce que le Tribunal a pu considérer que l'objectif de poursuite de l'intégration du Marché Intérieur, plutôt que le bien-être des consommateurs en particulier et l'efficacité économique plus généralement, est un objectif qui peut et doit être préservé en tant que tel (Dostert 2009 : 29).

L'interdiction d'établir des prix différents sur la base des frontières nationales et l'encouragement des importations parallèles sont le fruit, en Europe, d'une politique publique consistant à réaliser l'intégration du Marché Intérieur par le droit de la concurrence, davantage que le fruit d'une analyse économique du droit de la concurrence. En effet, Perrot (2005 : 163) affirme que « *in the European context, the objective of building a single market also interferes with the analysis of price discrimination (...)* ». La politique de la concurrence est ainsi instrumentalisée aux fins de réaliser cette intégration, faisant supporter des coûts d'efficacité non-négligeables. Plutôt qu'une analyse économique soulignant l'importance des conséquences d'un point de vue de l'efficacité

1263 Affaires jointes C-468 et 478/06 (2008) *Sot. Lelos c/ GlaxoSmithKline*, I-7139.

1264 Affaires jointes C-501/06 P, 513/06 P, 515/06 P, 519/06 P (2009) *GlaxoSmithKline Services Limited c/ Commission*, I-09291.

économique (Perrot 2005 : 183), les juges européens ont toujours préféré une analyse plus politique et juridique, soulignant l'importance de la réalisation du Marché Intérieur et s'arrêtant aux désignations juridiques formelles. S'il n'est pas possible d'affirmer qu'il faudrait que les juges européens abandonnent leur approche pour des seules considérations d'efficacité, il est néanmoins possible d'affirmer que ces mêmes juges s'éloignent de leur jurisprudence générale (au-delà du droit de la concurrence et de la discrimination de prix) caractérisée essentiellement par une justice de l'efficacité. Cette divergence est due au fait qu'à choisir entre la promotion inconditionnelle de l'efficacité économique dans leurs jugements et la protection du Marché Intérieur par l'effacement des frontières nationales qui assoit davantage leur autorité judiciaire, les juges européens préfèrent en l'occurrence la seconde option, quitte à faire exception à leur justice de l'efficacité. L'abolition de toute frontière, privée ou publique, aux échanges intra-européen participe au renforcement du droit et des institutions européennes et au premier rang desquelles la Cour. Cette préoccupation prime alors sur toute préoccupation d'efficacité, reléguée au rang d'arguments invoqués par les parties au litige mais écartés par les juges européens.

2. Recherche de la justice de l'efficacité et information limitée des juges européens

Nous avons démontré dans la section précédente que les juges européens peuvent, dans certaines situations, choisir d'adopter des solutions allant à l'encontre de ce que serait une justice exclusivement tournée vers l'efficacité économique. Ces choix ne sont pas subis ou le fruit d'heuristiques mais bien voulus et calculés pour les avantages supérieurs qu'ils délivrent en termes

de satisfactions de l'utilité judiciaire des juges européens. Ainsi, les juges européens savent que leurs choix ne vont pas dans le sens d'une justice de l'efficacité et, pourrait-on même affirmer, c'est précisément pour cette raison que ces choix sont faits. Nous allons à présent envisager une hypothèse toute différente car il s'agit des situations dans lesquelles les juges européens peuvent ne pas promouvoir l'efficacité économique dans l'économie européenne, soit parce qu'ils ne savent pas ce qu'est l'efficacité économique dans une situation particulière, soit parce qu'ils pensent promouvoir l'efficacité économique mais se sont « trompés »¹²⁶⁵. Les limites cognitives et l'information limitée fonctionnent ainsi comme contrainte interne aux juges dans leurs processus de décision judiciaire, notamment lorsqu'il s'agit de rendre des décisions ayant une rationalité économique¹²⁶⁶. Ainsi, il est désormais question de l'information limitée des juges européens à promouvoir la justice de l'efficacité qu'ils affectionnent particulièrement, une information limitée issue soit d'un savoir limité (réflexion judiciaire autonome limitée¹²⁶⁷), soit de mauvais conseils (expertise économique erronée).

Nous analyserons ainsi successivement les origines de cette information limitée tenant à l'efficacité économique dans la politique judiciaire, ainsi que ses manifestations jurisprudentielles. Nous aborderons le problème de l'imprécision de la notion d'efficacité économique pour des juges disposant d'une connaissance économique limitée (a) avant d'étudier les controverses pouvant se faire jour sur la définition même de cette efficacité économique par des experts

1265 L'analyse des capacités cognitives des juges reste relativement « primitive » (Dobrak et North 2008 : 145), mais nous ne prétendons pas analyser exhaustivement ces limites cognitives mais seulement celles tenant à la définition et à la poursuite de l'efficacité économique par les juges.

1266 Dobrak et North (2008 : 151), après avoir étudié plusieurs modèles de contraintes cognitives inhérentes aux juges, concluent que ces contraintes limitent le pouvoir discrétionnaire des juges et réduisent la force de la théorie des choix rationnels et de l'approche économique néo-classique des institutions.

1267 Voir plus généralement sur les biais et limites cognitives des juges Rachlinski (2000).

économiques appelés devant le prétoire européen (b). Enfin, nous analyserons les manifestations jurisprudentielles de ces possibles inefficiences causées par l'information limitée dans la résolution du litige (c).

a. Analyse économique et juges européens : le problème de la pratique judiciaire de l'efficacité économique

La poursuite par les juges du principe d'efficacité économique peut conduire à deux écueils caractéristiques de toute décision jurisprudentielle¹²⁶⁸. Ces deux écueils sont, comme l'avance Epstein (1987 : 45), soit l'erreur par commission (type I), soit l'erreur par omission (type II). Des juges peuvent être intéressés à faire avancer l'efficacité économique en exerçant leur contrôle juridictionnel (et le cas échéant la censure judiciaire) de règles considérées être inefficaces (ainsi les juges pensent éviter l'erreur de type II). Mais, si dans cette entreprise, les juges censurent des règles qui se révèlent être efficaces en faveur d'un vide juridique ou d'autres règles inefficaces, alors les juges commettent une erreur de type I. L'activisme judiciaire dans la promotion, par exemple, du principe d'efficacité économique correspond à l'approche activiste principielle défendue par Barnett (1987), fondée sur un pragmatisme juridique et qu'il appelle ainsi « judicial

1268 Au-delà du possible danger d'un excès pour le juge d'« économisme » comme avertissait déjà Jacquemin (1978 : 490) : « la tentation est grande pour le juriste de s'abandonner à l'économisme et de se considérer comme étant le serviteur du seigneur ».

pragmativism »¹²⁶⁹. Cet activisme judiciaire dans la recherche de « bonnes » conséquences (notamment économiques, et donc une efficacité économique)¹²⁷⁰ peut conduire à ce que les juges deviennent « *efficiency pragmatists* »¹²⁷¹. Mais si ces juges font erreur dans ce qu'ils croient être l'efficacité, alors cet activisme judiciaire crée un coût d'erreur correspondant au type I dans la distinction opérée par Epstein.

Par conséquent, la recherche de l'efficacité économique ne se fait pas sans coûts (ne serait-ce que les coûts du procès et les coûts d'incertitude juridique), mais surtout peut conduire à l'adoption de règles moins optimales économiquement que celles en cause. Cette possibilité d'erreur est notamment illustrée par l'arrêt *United Brands*¹²⁷² de la Cour dans lequel celle-ci va adopter une position « dogmatique »¹²⁷³ des préférences des consommateurs, alors même que les juges européens semblaient recourir à un raisonnement économique dans cette affaire¹²⁷⁴. Ainsi,

1269 La définition de « *judicial pragmatism* » est la suivante : « *a system of philosophy or jurisprudence that tests the validity of a decision concerning the appropriate sphere of judges or law courts by its tendency to actively achieve a practical result or results* » (Barnett 1987 : 207).

1270 Le « pragmatisme judiciaire » est davantage intéressé par les résultats et les fins que par le raisonnement et la procédure employée. Ainsi, « *judicial pragmatism has nothing to say about the ends of law. It applies only to the choice of means to achieve ends that may be established in numerous and nonpragmatic ways, and even then it applies only to the limited choice between the judiciary or the legislature as the appropriate means to these ends* » (Barnett 1987 : 207).

1271 Ainsi, Barnett (1987 : 208) affirme que « *one may be an efficiency pragmatist and argue that judges should acquiesce to the legislature when a statute leads to the efficient outcome but should blaze new creative legal trails when a statute is inefficient* ».

1272 C-27/76 (1978) *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c/ Commission*, 207.

1273 Sibony (2008 : 365)

1274 La Cour va tenter de définir le marché pertinent pour les bananes par le recours à la notion économique de substituabilité des produits entre eux. La Cour conclut que les produits en question ne sont pas substituables tout au long de l'année. Comme s'interroge Sibony (2008 : 362), « pourquoi exiger que les fruits soient substituables tout au long de l'année ? C'est que, fondamentalement, le raisonnement qui sous-tend ce motif n'est pas économique ». La Cour va ainsi évincer la question

l'activisme judiciaire en faveur d'un principe erroné d'efficacité économique cause davantage de coûts et d'inconvénients que ce que causerait la justice déléguée insensible à toute notion d'efficacité économique (à supposer que cette insensibilité soit vraiment possible).

Cette conséquence est rendue possible par l'information limitée des juges sur ce qu'est l'efficacité économique, et plus généralement par les limites cognitives inhérentes aux juges¹²⁷⁵. Cette efficacité économique, Rizzo (1980), exige un niveau d'information qui est impossible à atteindre pour tout observateur, et *a fortiori* pour les juges pris dans le temps du procès. En effet, le langage du droit – et plus particulièrement le langage judiciaire – n'est pas celui des économistes, encore que cette différence de vocabulaire ne signifie pas pour autant qu'il y ait toujours une différence fondamentale¹²⁷⁶. Cette traduction juridique du langage économique peut être aussi

économiquement fondamentale de savoir s'il y a des modifications à la marge (et non d'ensemble) des prix en fonction de la variation des prix de l'autre prix en cause. De plus, la Cour va se contenter d'identifier les deux groupes de consommateurs de deux produits analysés et ne s'intéressera pas à la capacité, pour l'entreprise défenderesse, de discriminer les consommateurs selon leurs choix du produit : plus la discrimination est difficile, plus une hausse de prix du produit consommé est insoutenable pour l'entreprise du fait de la perte de profitabilité. L'absence d'analyse de la discrimination et l'analyse faite sur la variation d'ensemble des prix conduisent les juges à déterminer un marché pertinent trop petit et trop réducteur, par rapport à ce qu'un raisonnement économique élaboré aurait conduit, si celui-ci n'était que préoccupé par l'efficacité économique (Sibony 2008 : 364-365).

1275 Concernant les multiples biais heuristiques des juges, voir Hirsch (2003) et Simon (1998). Plus généralement, sur les limites cognitives intrinsèques aux décideurs (législateurs et juges) conduisant à une inefficacité économique, voir Jolls, Sunstein et Thaler (1998) ; Posner (1998b) ; Sunstein (1999).

1276 L'utilisation d'un vocabulaire économique par le juge ne signifie pas automatiquement qu'un véritable raisonnement économique est entrepris, et inversement, l'absence de référence économique par le juge n'exclut pas la présence d'un raisonnement économique sous-jacent. Ainsi, Sibony (2008 : 34) affirme que « le juge peut aussi user d'un florilège de termes économiques sans pour autant mener un raisonnement cohérent. Inversement, le juge peut raisonner en économiste sans utiliser de termes techniques ».

risquée que toute traduction entre différentes langues¹²⁷⁷. Même Posner (1993 : 372-373) le reconnaît: « *the vocabulary of economics, however, is designed for the use of specialists in economics. We should be no more surprised that judges talk in different terms while doing economics than that businessmen equate marginal costs to marginal revenue without using the terms and often without knowing what they mean* »¹²⁷⁸.

Or, l'absence de connaissances économiques par les juristes et les juges, si elle est dommageable¹²⁷⁹ parce que la complexité des modèles économiques participe à l'interprétation des

1277 Cette similitude est avancée par Sibony (2008 : 164-165) qui considère que « souhaitable dans son principe, la traduction de la réflexion économique en outils préparatoires pour le juge rencontre néanmoins des difficultés. Les difficultés de traduction sont connues dans le domaine des langues ». Mais, ajoute-t-elle plus loin, « la discussion qui vise à établir une correspondance entre la grille de lecture juridique et la grille de lecture économique relève à notre avis du travail de la doctrine juridique » (Sibony 2008 : 175). Ainsi, le juriste (et le juge en particulier) est le traducteur ultime de la doctrine économique, sans pour autant que soit expliqué et justifié cette primauté du juriste par rapport à l'économiste. De servant, le juriste semble alors passer à l'état de maître de la doctrine économique. Cette domination renversée est malheureuse, car c'est bien ce rapport de domination (en l'absence d'un rapport de justifications dans des raisonnements différents) qu'il s'agit d'éviter et de dépasser. Notre avis serait que le juge ne peut se passer du fort pouvoir justificateur du raisonnement économique, mais qu'il doit également pouvoir traduire ce raisonnement et cette traduction devant s'opérer de préférence avec le regard critique de l'économiste. Comme Sibony (2008 : 214) le reconnaît, « la logique commune au juge et au raisonnement économique est une logique de l'argumentation ». En cela, les arguments doivent s'influencer mutuellement sur un pied d'égalité plutôt que certains puissent dominer les arguments d'une autre nature.

1278 Egalement, un autre fondateur de l'analyse économique du droit tel que Calabresi (1980 : 558) affirme ainsi simplement que « *justice language is different from justice (...)* ».

1279 Il convient ici de rappeler que Brandeis (1935 : 325) considérait, à juste titre, que « *a lawyer who has not studied economics and psychology is very apt to become a public enemy* ». Par ailleurs, Sibony (2008 : 11) considère que « si le besoin d'une formation économique des juges se fait jour, c'est donc le signe, sinon d'une spécificité radicale du contentieux économique, du moins du fait que, comme l'avaient pressenti les tenants du droit économique, l'économie n'intervient pas seulement dans la connaissance des faits. L'économie ne serait pas seulement un savoir d'expert, mais aussi un outil pour le juge lui-même ». Pour sa part, Breyer (2004 : 2) a toujours été un ardent défenseur d'une éducation économique des juges et affirme ainsi : « *I*

faits présentés au juge¹²⁸⁰, reste largement un fait¹²⁸¹. D'aucuns ont pu proposer la création de « magistratures économiques » où se réaliserait « l'alliage de la science de l'économiste et de la conscience du juriste » (Champaud 1995 : 63). Cependant, des questionnements légitimes peuvent s'élever concernant la possibilité et l'opportunité de voir les juges se muer en économistes (Canivet

shall consider the older, unfashionable practical problem of bringing economic reasoning to bear in legal fields that undoubtedly call for it, for example, antitrust law, intellectual property law, and economic regulation. In these areas of law, I side with those who favor greater judicial use of economic reasoning. Economics will not necessarily determine the outcome of such cases, but if courts and agencies get the economics right, at least they may more intelligently consider the role of non-economic ingredients of sound public policy ».

1280 En cela, Sibony (2008 : 144-145) considère que « dire que les modèles sont des interprétations plus ou moins vraisemblables des faits, c'est aussi dire qu'ils ne sont pas étrangers à l'activité quotidienne du juge, puisque celui-ci a, de manière générale, le devoir d'apprécier la vraisemblance des interprétations qui lui sont soumises. Les modèles ne sont qu'un moyen particulier de produire des interprétations des faits ». Encore faut-il, pourrait-on ajouter, que les juges puissent et veulent utiliser ces modèles car une interprétation plus « classique » des faits sans modélisation est toujours possible et mieux comprise au sein de la communauté de juristes. Par ailleurs, Dobrak et North (2008 : 149-150) affirment que l'éducation des juges peut fonctionner comme une contrainte à leur prise de décisions judiciaire : « *Judges are also constrained by the society in which they live ; they are subject to contemporary culture, values, and norms, as we all are. And feedback from court decisions, both in terms of social commentary and visible effects on economic and social affairs, surely creates some incentives for different outcomes in subsequent cases. Education also reinforces the rational doctrinal method of decision-making ».*

1281 Voir notamment Canivet (1997 ; 2002a ; 2002b). Professeur Kornhauser bien que sensible aux bienfaits potentiels d'une promotion de l'efficacité économique par les juges, reste lucide sur l'inaptitude des juges à opérer le raisonnement économique suffisamment juste pour que cette efficacité économique soit poursuivie. Ainsi, il affirme : « *few courts have the competence to make economic judgments or weigh economic evidence. Judges are generally not trained in economic reasoning or in the manipulation of statistical data, and they generally have little or no access to people who are trained in such matters. Accordingly, case reports rarely weigh the marginal benefits of a variety of rules against the respective marginal costs and then choose on economic grounds. A judicial system designed to effectuate wealth maximization would undoubtedly look significantly different than the current system »* (Kornhauser 1980 : 606). Dans une note légèrement différente, Breyer (1983 : 305) affirme que les juristes, et les juges en particulier, n'ont pas à devenir nécessairement des économistes et des statisticiens, mais ils devraient englober dans leurs réflexions davantage de considérations économiques.

2002b : 2). En effet, il pourrait être avancé simplement que le juge a pour mission d'appliquer le droit, pas l'économie (Sibony 2008 : 9-10). Mais quand bien même le « juge-économiste »¹²⁸² souhaiterait promouvoir l'efficacité économique du fait de « la puissance mystique de l'efficacité » (Muir-Watt 2001 : 35), il doit faire face à l'ambiguïté de cette « science » économique qui pousse ainsi le juge à une simple « efficacité approximative ». Ainsi, loin d'être de simples protecteurs d'une efficacité économique (Bork 1985), les juges peuvent seulement tendre, tout au plus, vers une « efficacité approximative » mais pas vers une efficacité mathématique objectivement démontrée (Rizzo 1980 : 653) non seulement, comme nous l'avons vu, du fait des limites cognitives des juges, mais également, comme nous allons le voir, de l'absence de consensus économique autour de ce qu'est l'efficacité économique.

b. Expertise économique et juges européens : la difficulté d'une acception consensuelle de la notion d'efficacité économique

La notion même d'efficacité économique n'est certainement pas dénuée de controverses, et la plus courante est bien celle tenant à l'approche excessivement statique de cette notion au détriment d'une perspective plus dynamique. Devant le prétoire européen, cela se traduit par le recours à une expertise économique qui peut se révéler être sans grand intérêt à cause de

1282 L'expression est de Richer (2000).

controverses économiques et du fameux « toutes choses égales par ailleurs »¹²⁸³ qui ôte tout caractère tranché pourtant nécessaire au prononcé d'un jugement. Ainsi, Vesterdof (2007 : xiii) révèle, concernant l'expérience de services pourvus par un économiste auprès des juges européens, que « l'expérience n'a pas été totalement concluante sur tous les points : les juges l'ont peu consulté et, lorsqu'ils l'ont fait, ils ont parfois été assez peu éclairés par ses réponses, généralement sujettes à la réserve de « toutes choses égales par ailleurs » ».

L'économiste-expert peut s'avérer être de précieux conseils pour les juges (Breyer 2004 : 18), encore que ces conseils peuvent se révéler être d'une portée réduite et contraignant le juge dans ses choix par sa propre volonté de recourir à ces experts (Lopaka et Page 2005). Que l'économiste agisse en tant qu'*amicus curiae* ou au sein de la juridiction comme membre ou assesseur¹²⁸⁴, l'inutilité relative de l'expertise économique auprès des juges – et plus particulièrement auprès des juges européens – est le résultat du caractère impénétrable de la mathématisation grandissante de l'économie alors réduite à une succession de modèles tous éloignés de la normativité et de la spécificité inhérentes aux décisions de justice (Ogus et Faure 2002 : 27). Cette mathématisation¹²⁸⁵, initiée par Walras à la fin du XIX^{ème} siècle avec les premiers modèles d'équilibre général, pris une accélération au sortir de la Seconde Guerre Mondiale où la discipline économique n'aura eu de cesse de se « modéliser » (Sibony 2008 : 140-141). Cette

1283 Ce fameux *ceteris paribus* fragilise le pouvoir prédictif et même le pouvoir descriptif de l'analyse économique. Pour cette raison, cette caractéristique du raisonnement économique a pu être « souvent moqué » (Sibony 2008 : 159).

1284 Voir Sibony (2008 : 566-574) pour un aperçu des différents statuts des interventions d'économistes auprès des Cours.

1285 Cette mathématisation, au lieu d'être vue comme un signe du « scientisme » de l'économie, est critiquée, notamment par Rosenberg (1983 : 311), qui y voit une preuve du caractère non-scientifique de l'économie et affirme que : « *We should view it as a branch of mathematics, one devoted to examining the formal properties of a set of assumptions about the transitivity of abstract relations: axioms that implicitly define a technical notion of « rationality » just as geometry examines the formal properties of abstract points and lines* ».

« économie mathématique » se heurte à toute possibilité pour le juge d'endosser, même s'il le désirait, une « économie littéraire »¹²⁸⁶ : la traduction littéraire (et donc judiciaire) de modèles économiques suppose, non seulement, la bonne compréhension et la justesse de ces modèles, mais également la bonne « traduction » judiciaire de ces modèles¹²⁸⁷. A ce risque important pouvant faire encourir des erreurs de type I, les juges préfèrent s'en référer à des experts économiques pour des conseils, voire abandonnent cette entreprise d'un raisonnement économique dans leurs décisions juridiques¹²⁸⁸.

Même les plus fervents défenseurs de l'analyse économique du droit reconnaissent les limites cognitives et les limites par leur formation de la possibilité d'une analyse économique opérée par les juges¹²⁸⁹. Par ailleurs, Armentano (1987 : 312) observe que « *critics have argued that the standard view is a static and partial equilibrium analysis and, more seriously, that the conventional theory of efficiency assumes information concerning social costs and social benefits that is impossible, even in theory, to obtain* ».

Par exemple, même l'interdiction *per se* d'accords horizontaux, entre entreprises, sur lesquels un large consensus sur leur inefficience s'est installé depuis le *Sherman Act* pourrait avoir certaines conséquences accroissant l'efficacité économique dans une perspective davantage

1286 Weber (1904) considérait déjà les modèles économiques comme des « ideal-types » ayant l'avantage de la clarté et de la cohérence intellectuelle mais d'un réalisme limité.

1287 Ainsi, la compétence économique des juges étant limitée, « *(the judges cannot) talk directly to the economists, question the experts, or ensure that every piece of information finds its way into the record* » (Wald 1983 : 46)

1288 Voir Wald (1987 : 229) concluant que « *given the overload of courts, most judges will hesitate to further complicate decisionmaking unless they are reasonably sure that the benefits of the new technique outweigh the costs* ».

1289 Ainsi, Posner (2008 : 77) considère que « *judicial performance in the open area might be improved by training judges in economics* ».

évolutionnaire que statique¹²⁹⁰. En effet, parce que les coûts et bénéfices sont difficilement mesurables, il se peut que les bénéfices de ces « cartels » soient plus importants que les coûts créés¹²⁹¹. Par conséquent, la difficulté pour les juges de définir l'efficacité économique se résume à la difficulté intrinsèque de la définition des coûts et bénéfices induits par une action ou une règle de droit (Rizzo 1980 : 650-652).

De plus, la difficulté de décrire les coûts et bénéfices est problématique pour la poursuite de l'efficacité économique (Summers et Kelley 1981 : 217-219, et particulièrement l'efficacité au sens de Kaldor-Hicks car celle-ci repose essentiellement sur cette comparaison de coûts et bénéfices afin de choisir la solution maximisant les bénéfices nets¹²⁹². Or, cette efficacité au sens

1290 Concernant les fusions d'entreprises concurrentes, Breyer (1983 : 300) se demande si les efficacités de l'autorisation de ces fusions sont réellement des efficacités, et considère que la décision ultime doit revenir aux juges avec toute la part d'erreur en termes d'efficacité que cela suppose : « *Are the gains – allowing mergers that achieve economic efficiencies – worth the costs? These costs include court decisions that “wrongly” find the existence of efficiencies and anticompetitive mergers that take place because there is no longer a simple antimerger rule (...). Both sides of “efficiencies” questions can be argued in good faith using economics, but ultimately economics will inform not determine a court’s decision* ».

1291 Armentano (1987 : 313) considère dès lors que : « *the easy assumption in antitrust has always been the the costs of “naked” collusive agreements greatly outweigh the benefit (if any), and that their flat prohibition per se is “efficient”. Yet it costs are subtle and subjective, such an easy antitrust conclusion may no longer be warranted. Market division agreements may end costly cross-hauling and advertising. Agreements between competitors (in transportation) may reduce information and transaction costs. Horizontal agreements that reduce risk and uncertainty can promote efficiency* ». Néanmoins, l'approche de Armentano consistant à défendre ce qu'il appelle une approche d'un « *plan-coordination theory of efficiency* » est trop vague pour qu'une alternative crédible à l'interdiction *per se* des collusions horizontales soit envisageable.

1292 Le problème de la mesure des coûts et des bénéfices dans toute analyse coûts-bénéfices a été largement discuté et se résume en la grande difficulté qu'il y a de, non seulement révéler les préférences et les coûts et bénéfices concernés, mais également dans la difficulté (et la légitimité) à tout « monétariser » afin d'opérer la nécessaire comparaison entre coûts et bénéfices. Ce problème est inhérent à l'analyse coûts-bénéfices mais aussi, plus généralement, à l'utilitarisme lorsque ces coûts et bénéfices ne sont pas exprimés en termes d'argent mais en termes d'utilité (Summer et Kelley 1981 : 224-235). La critique

de Kaldor-Hicks peut, elle-même, être discutée pour privilégier une efficacité au sens de Pareto¹²⁹³. Ainsi, par exemple, pour le droit de la concurrence, le juge européen aura des difficultés à porter une analyse économique rigoureuse¹²⁹⁴, même si l'attraction du juge pour le raisonnement économique est palpable¹²⁹⁵. Et cette controverse autour de ce qu'est l'efficacité économique, et plus vaguement ce que recommanderaient des économistes, conduit les juges européens à se méfier, précisément, d'une trop grande adhésion à une « expertise » économique. Ainsi, l'Avocat

hayekienne de l'utilitarisme repose précisément sur la prétention à l'omniscience (Hayek 1973 : 16-24). Ainsi, certains vont jusqu'à exiger que les économistes, et ainsi les juristes, arrêtent de parler d'efficacité (Lawson 1992 : 97-98).

1293 L'efficacité au sens de Pareto est considérée comme supérieure mais plus exigeante à atteindre car cette efficacité suppose que tout le monde soit mieux loti avec le changement en cause, sans que personne ne soit moins bien loti (Mathis 2009 : 32-35). Voir plus généralement l'exposé de Coleman (1980 : 512-520) des différents critères d'efficacité au sens de Kaldor-Hicks (supposant une compensation), l'efficacité au sens de Pareto-supérieur (où personne ne perd au changement) et l'optimalité au sens de Pareto (où tout changement est impossible sans rendre au moins une personne moins bien lotie). Voir également Lawson (1992 : 84-92). Ainsi, il est possible d'affirmer avec Posner (1981 : 54) que « *the pareto approach may Voirm to offer a solution to the problem of measuring satisfaction* », même si le critère de Pareto reste extrêmement exigeant. Par opposition, l'efficacité au sens de Kaldor-Hicks accepte que certains soient moins bien lotis par le changement en cause, tant que les gagnants à ce changement peuvent compenser les perdants du fait de gains plus importants que les pertes (Mathis 2009 : 38-42).

1294 Dans le seul domaine du droit de la concurrence, l'expertise économique diffèrera diamétralement selon que les économistes écoutés se rattachent à l'école structuraliste de l'école de Harvard ou l'école comportementaliste de l'école de Chicago, ou encore des compromis entre ces deux écoles. Pour un aperçu de la différence des approches économiques concernant la notion de concurrence, voir Sibony (2008 : 238-245.)

1295 Sibony (2008 : 129) affirme, par conséquent, qu'en « matière d'accords anticoncurrentiels, on peut donc dire qu'il n'y a pas, à propos de l'intérêt du consommateur, d'obstacle de principe à la réception du raisonnement économique par le juge, mais un obstacle pratique, tenant à une lacune de l'analyse économique ».

Général Darmon a déclaré, dans ses conclusions pour l'affaire *Pâte de bois*¹²⁹⁶, que « la circonstance que deux explications (économiques) opposées aient pu être avancées à propos d'un fait inexact conduit à une prudence légitime quant aux certitudes à retirer en l'espèce des enseignements de l'argumentation économique » (§384).

Ainsi, l'efficacité économique peut être critiquée, à la fois dans l'insuffisance de la prise en compte d'une perspective davantage dynamique¹²⁹⁷, mais peut également être critiquée, plus fondamentalement encore, par la nature même de l'efficacité au sens de Kaldor-Hicks qui est, par essence, moins optimal que l'efficacité au sens des Pareto (Summer et Kelley 1981 : 255). A ces controverses économiques, les juges doivent se contenter de promouvoir l'efficacité au sens de Kaldor-Hicks (ne serait-ce que parce que la présence de parties perdantes au litige empêche toute solution juridique qui soit Pareto-optimale) et qui est, au surplus, entachée d'une approche excessivement statique (voire même rétroactive du fait d'une décision judiciaire prise concernant de faits passés). Par conséquent, quand bien même les juges poursuivraient explicitement l'objectif d'efficacité économique, celle-ci serait critiquée par certains observateurs adoptant d'autres acceptions du principe d'efficacité économique¹²⁹⁸.

1296 Conclusions de l'Avocat Général Darmon pour l'affaire C-89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85 (1993) *Alhström e.a. c/ Commission*, I-1307.

1297 Au-delà de la critique évolutionnaire propre à l'analyse hayekienne, on peut apercevoir des doutes chez les tenants d'une analyse économique du droit plus « traditionnelle ». Voir notamment Kornhauser (1980 : 612-627).

1298 Posner (1993 : 361) considère que « *if judges are failing to maximize wealth, the economic analysis of law will urge them to alter practice or doctrine accordingly* ».

Conclusion du Chapitre 3 : Nous avons vu que les juges européens sont sujets à ce que l'on a appelé des « contraintes internes » qui ont été définies comme étant des limites institutionnelles¹²⁹⁹ restreignant la capacité, voire la volonté, des juges européens de tendre vers l'efficacité économique dans leurs décisions. Ces contraintes internes peuvent se manifester sous la forme d'une volonté lorsque les juges européens préfèrent une inefficacité participant au renforcement de leur statut et de leur prestige, ou sous la forme de limites présentes, indépendamment de la volonté des juges, comme les limites cognitives inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire. Ainsi, ces contraintes internes révèlent que le jeu institutionnel dans lequel les juges européens s'insèrent est beaucoup plus complexe que ce que d'aucuns pourraient, de prime abord, penser.

En effet, la définition d'un « intérêt institutionnel » pour chaque institution - corrélat de la supposition d'un intérêt personnel des agents économiques portée au niveau institutionnel pour autonomiser l'action d'une institution - ne suffit pas à appréhender les mécanismes dans lesquels la politique judiciaire européenne (et plus généralement la politique économique européenne) s'élaborent. La seule étude des contraintes juridiques imposées par les autres institutions et acteurs extérieurs à la Cour sur celle-ci est largement insuffisante pour comprendre la possibilité d'une inefficacité économique créée par la jurisprudence européenne. Cette possibilité d'inefficacité économique doit également (si ce n'est principalement) être étudiée de l'intérieur de la Cour, ce sont les contraintes internes à la Cour.

Ainsi, le choix ne se fait pas simplement entre différentes règles juridiques selon leur efficacité, mais également selon l'attractivité et la possibilité de cette efficacité économique par le droit. Quand bien même les juges européens auraient la faculté de faire le choix de l'économie orthodoxe par la poursuite de l'efficacité, cet objectif est-il en soi souhaitable pour les juges

1299 Entendues d'un point de vue formelles (règles juridiques, normes...) et informelles (culture, cognition...) selon la définition classique donnée par North.

européens ? Sans même avoir discuté la controverse de l'efficacité économique par la philosophie du droit, on a vu que cette efficacité économique n'est pas toujours recherchée¹³⁰⁰ ou est parfois évitée et contrariée¹³⁰¹. Quoiqu'il en soit, il a été démontré que si les contraintes internes aux juges européens, dans leur processus de décision judiciaire, a pu être jusqu'à présent négligé car ces contraintes internes sont davantage subtiles et subreptices que les contraintes externes visibles et conflictuelles, il n'en demeure par moins que ces contraintes internes sont d'une importance aussi (voire plus) grande que les contraintes externes car leur intensité et leur prégnance sont cruciales dans la politique judiciaire européenne en ligne avec une justice de l'efficacité.

Notre analyse ci-dessus a dressé un tableau des contraintes pouvant s'imposer aux juges européens dans l'élaboration de leur politique judiciaire. Il convient de rappeler ici que les contraintes étudiées ne se manifestent qu'en termes de contraintes à l'efficacité économique dans la jurisprudence européenne, et plus largement comme contraintes à la justice de l'efficacité traditionnellement privilégiée par les juges européens.

Pourquoi cette justice de l'efficacité ? Notre supposition part du fait que, non seulement tout un pan de la doctrine s'accorde à affirmer que la jurisprudence facilite, sur le long terme, l'émergence de règles juridiques efficaces par rapport à la création législative¹³⁰². Mais aussi, concernant les juges européens, que la Cour a un « intérêt institutionnel » qui est davantage celui du marché européen, de l'intégration économique par le droit, de la dérégulation (plus forte

1300 Voir notamment le scepticisme des juges européens quant au savoir économique nécessaire pour la bonne poursuite de l'efficacité économique.

1301 Voir notamment la maximisation du ratio *inputs-outputs* où les juges européens souhaitent, implicitement, contrarier une efficacité évolutive par la protection de leurs pouvoirs et la diminution de la quantité de décisions, afin d'accroître le « prix » (et donc le prestige) attaché à chacune de ces décisions.

1302 Voir notamment Parisi (2004) pour un aperçu de l'hypothèse de l'efficacité économique du droit créée par les juges.

concernant les régulations nationales et plus tolérante concernant les régulations de la Commission)... Les juges européens poussent à l'émergence toujours plus rapide et plus forte d'une véritable « Constitution Economique Européenne » dans un premier temps, par la constitutionnalisation du droit européen; et dans un second temps, par l'efficacité croissante de cette jurisprudence constitutionnelle européenne façonnée par les juges européens.

Par conséquent, cette justice de l'efficacité est contrariée par la pratique même de l'office du juge européen¹³⁰³. En effet, les juges européens, par l'exigence de justice qui englobe d'autres considérations que la simple justice de l'efficacité, sont amenés à se départir de l'agenda politique des premiers juges européens qui étaient largement préoccupés par des considérations strictement économiques. Néanmoins, si l'agenda politique des juges européens a marginalement changé pour se rapprocher du comportement de tout juge, il reste fondamentalement une lignée dans laquelle cette institution, qu'est la Cour, s'inscrit. En effet, la Cour reste ce moteur de l'intégration incarnant un intérêt supranational juridiciarisé dans lequel l'optimalité du droit (notamment par la minimisation des coûts de transactions et donc par l'efficacité économique) prévaut par rapport aux intérêts, de nature plus politique, portés devant des institutions telles que la Commission ou encore le Conseil et le Parlement. Ainsi, bien plus que le simple agenda de la constitutionnalisation souvent prêté à la Cour dans la doctrine ou encore au-delà de l'agenda de la seule efficacité économique que prêterait les économistes du droit à ce qui s'apparente à un « *judge-made law* » européen, il apparaît une image de la nature et de l'action de la Cour plus complexe que ces seuls déterminants.

Ainsi, des influences mutuelles faites de contraintes et de moyens de pouvoirs conduit l'architecture institutionnelle européenne à évoluer de manière davantage hétérarchique et polyarchique. En ce qui concerne particulièrement la Cour et les juges européens, l'objet de notre

1303 Voir pour une analyse également des contraintes, Sutter (1997).

étude, cette Cour évolue dans un environnement éclaté où les contraintes jouent un rôle fondamental dans le résultat juridique et institutionnel atteint. Cet environnement est caractérisé par l'abandon, non seulement des paradigmes traditionnels étatistes, mais également par le dépassement des paradigmes offerts par les observateurs européens pouvant se résumer grossièrement dans le dilemme entre supranationalisme et intergouvernementalisme libéral. Cet environnement prend place dans ce que nous avons appelé en Introduction, et qui nous a servi pour poser les bases conceptuelles de notre analyse jurisprudentielle, le *constitutionnalisme libéral*.

Après avoir introduit ce paradigme permettant¹³⁰⁴ d'appréhender la nature et l'action de la Cour (en particulier, et des institutions européennes en général), il convient à présent d'utiliser notre analyse des contraintes ci-dessus, afin de l'insérer dans un cadre de recherche de l'économie politique constitutionnelle et au sortir de cette confrontation, d'élaborer un cadre d'analyse au constitutionnalisme libéral de la Cour, appréhendé par les contraintes institutionnelles. Alors, la falsification à notre hypothèse de l'efficacité économique de la jurisprudence européenne s'en trouvera renforcée et conceptualisée.

1304 Pour un argument similaire concernant l'aptitude de l'économie constitutionnelle à mieux expliquer l'intégration juridique européenne, voir Griffith (2006).

Chapitre 4/ Le constitutionnalisme libéral de la jurisprudence européenne

1. La perspective de l'économie politique constitutionnelle de la CJUE

L'économie politique constitutionnelle, ou économie des règles¹³⁰⁵, a véritablement émergé avec la publication, en 1962, du livre de Buchanan et Tullock, *The Calculus of Consent*¹³⁰⁶. En une phrase, il est possible de dire que l'économie politique constitutionnelle¹³⁰⁷ est la discipline qui s'intéresse à la recherche concernant les constitutions et la justice constitutionnelle en adoptant

1305 Vanberg (2005 : 24).

1306 Buchanan et Tullock (1962). De ce livre, l'analyse politiste positive (*public choice*) sera complétée par une analyse politiste normative (*constitutional political economy*). L'école des choix publics (*public choice theory*) est essentiellement l'analyse économique des phénomènes politiques. Pour une genèse, voir Mueller (2004). Vaubel (1994) offre un résumé de l'approche par les choix publics de l'intégration européenne en général et Feld (2005) une approche par l'économie constitutionnelle du projet de constitution européenne. Le livre de Buchanan et Tullock a influencé directement de nombreux livres, et particulièrement, a conduit à l'ouverture de l'approche entreprise par Buchanan et Tullock aux groupes d'intérêts par Olson avec son livre de 1965, *The Logic of Collective Action*.

1307 Aussi connue sous le nom de *Virginia school of political economy* du nom de l'Université de Virginia où Buchanan a développé cette discipline. Voir l'article de Congleton accessible à <http://publicchoice.info/Buchanan/files/congleton.htm>

l'approche économique des choix rationnels et en se prononçant par rapport à l'efficacité économique¹³⁰⁸. Il s'agit de savoir comment les agents économiques et les acteurs politiques peuvent améliorer et évoluer au mieux dans l'environnement institutionnel et ses contraintes socio-économico-politiques¹³⁰⁹. L'économie politique constitutionnelle (*constitutional political economy*, ou économie constitutionnelle - *constitutional economics*¹³¹⁰) se différencie de l'économie que Buchanan (1990 ; 2004) appelle « orthodoxe » en ce qui concerne son rapport aux contraintes dans les décisions institutionnelles¹³¹¹.

1308 L'importance de la rationalité économique dans l'économie politique constitutionnelle différencie cette discipline de la majeure partie des approches politistes (Mueller 1996 ; Brennan et Hamlin 2001). Cette rationalité se justifie par le cadre de l'individualisme méthodologique (*methodological individualism*) adopté par l'économie politique constitutionnelle (Buchanan 2004 : 65). Précisément, concernant cette rationalité, Mueller (2004 : 43) affirme que non seulement celle-ci est pertinente, mais que cette hypothèse est la seule pouvant « triompher » : « *the assumption that individuals rationally pursue specific objectives has proven to be so powerful when developing testable hypotheses about their behavior, that this methodology — the methodology of public choice — must eventually triumph in some form throughout the political science field* ». Nous pensons que, bien que cette hypothèse soit suffisamment robuste pour l'adopter dans notre analyse, elle ne saurait être la seule possible.

1309 Ces contraintes sont les « *rules of the game* » qui déterminent les actions de chacun. Concernant la pertinence de la métaphore du jeu, voir Vanberg (2005 : 25). Le terme de constitution dans l'économie politique constitutionnelle est entendu, à la fois, au sens strict (la constitution formelle) et au sens large (toute règle constitutive d'un intérêt individuel ou institutionnel). Ainsi Vanberg (2005 : 47) définit les constitutions dans l'économie constitutionnelle comme étant « *the rules of the game that define the constraints under which individuals are allowed, in either arena, to pursue their own interests* ».

1310 Buchanan (2004 : 61) assimile ces deux termes lorsqu'il affirme que « *the analysis of individual choice behavior is necessarily shifted from the subject realm of the private to the public or political. The analysis becomes political economy almost by definition. Constitutional economics morphs into constitutional political economy* ».

1311 Pour un aperçu de l'économie politique constitutionnelle, voir Buchanan (1987 ; 2004) ; Vanberg (1998) ; Van den Hauwe (1999 ; 2000).

Si l'économie orthodoxe focalise son attention sur les choix opérés à l'intérieur des contraintes¹³¹², l'économie constitutionnelle met l'accent sur l'analyse des choix en amont des contraintes¹³¹³. Autrement dit, l'économie politique constitutionnelle considère essentiellement les choix *ex ante* des contraintes, plutôt que les choix *ex post* une fois que les contraintes se manifestent. De plus, l'économie constitutionnelle se différencie aussi de l'économie orthodoxe car si la première accepte, à la fois, que les contraintes puissent être également inhérentes ou internes (*endogènes*) à l'institution et aux acteurs politiques, l'économie orthodoxe, quant à elle, n'accepte que la vue de contraintes imposées par une série de facteurs extérieurs (*exogènes*) sur lesquelles les acteurs n'ont quasiment aucune prise¹³¹⁴. Au surplus, l'économie constitutionnelle se distingue de l'économie orthodoxe car la première accepte, naturellement du fait de son acceptation de contraintes internes, que les acteurs politiques ne puissent pas, ou ne sachent pas, agir en conformité avec la maximisation de leur utilité, tandis que l'économie orthodoxe présuppose une fonction de maximisateur de leurs utilités. C'est parce que les individus et les acteurs politiques peuvent parfois choisir leurs contraintes, ou même s'imposer certaines contraintes, que ces agents ne maximisent pas toujours leur utilité (et donc l'efficacité économique), mais poursuivent un optimal social distinct de l'efficacité économique. En effet, Buchanan (2004 : 60) affirme :

1312 « *In ordinary or orthodox economics, no matter how simple or how complex, analysis is concentrated on choices made within constraints* » (Buchanan 2004 : 60).

1313 « *Constitutional economics directs analytical attention to the choice among constraints* » (Buchanan 2004 : 60).

1314 Ces facteurs extérieurs sont cités pêle-mêle par Buchanan (2004 : 60) comme étant des contraintes imposées par la « *nature, by history, by a sequence of past choices, by other persons, by laws and institutional arrangements, or even by custom and convention* ».

Or, les contraintes sont fondamentales dans l'étude de la politique d'une institution en général et de la CJUE en particulier.

Ainsi, Carruba, Gabel et Hankla (2008 : 435) font remarquer que « *empirical evidence that courts do in fact respond to these threats is limited. The typical empirical strategy for estimating the effects of political constraints on judicial decisions is to examine whether the presence of a political constraint is associated with court decisions that are (a) consistent with the interests of the actors controlling the constraints and (b) different from how the court would decide otherwise* ».

« It is essential to acknowledge, near the outset of discussion, that individuals choose to impose constraints or limits on their own behavior primarily, even if not exclusively, as a part of an exchange in which the restrictions on their own actions are sacrificed in return for the benefits that are anticipated from the reciprocally extended restrictions on the actions of others with whom they interact along the boundaries of private spaces and within the confines of acknowledged public spaces ».

Cet attribut fondamental de la liberté des acteurs politiques qu'est cet échange voulu (ou « calculé »¹³¹⁵), trop longtemps ignoré dans l'économie « orthodoxe », n'échappe pas à la CJUE en général (et aux juges européens en particulier) comme nous le verrons lorsque nous démontrerons que cet « échange », décrit par Buchanan, s'opère véritablement et ce, dans le cadre de notre constitutionnalisme libéral.

Nous y reviendrons plus loin, mais nous pouvons déjà affirmer que notre approche, si elle s'inspire de l'économie constitutionnelle par l'analyse des contraintes en soi plutôt que de les postuler, s'en distingue légèrement en raison du nécessaire compromis opéré avec l'approche juridique du constitutionnalisme. Nous retenons l'apport fondamental de l'économie politique constitutionnelle quant à l'endogénéité, mais également l'exogénéité des contraintes institutionnelles s'imposant à l'institution en cause et aux acteurs politiques de cette institution¹³¹⁶.

1315 Au-delà du *Calculus of the Consent* où Buchanan et Tullock démontrent la faculté des acteurs politiques à opérer ce calcul de l'échange plutôt que la maximisation d'un bien unique, Buchanan précisera plus tard : « *The derivation of institutional constraints is based on a calculus of individual interests, which, in turn, requires the introduction and use of an exchange paradigm as opposed to the idealists' search for the unique good* » (Buchanan 2004 : 62). De plus, la présence et le rôle fondamental de l'échange, au sein de l'économie politique constitutionnelle, font opposer cette discipline à la politique constitutionnelle (*constitutional politics*), en cela que cette dernière discipline étudie les rapports conflictuels et non les rapports coopératifs, et avec des influences mutuelles (Buchanan 2004 : 63).

1316 Pour une approche davantage mathématique des contraintes constitutionnelles, voir Xefteris (2011).

Notre étude aura consisté à l'analyse de l'importance des contraintes sans pour autant adopter une perspective normative propre à l'économie constitutionnelle : l'analyse positive des contraintes constitutionnelles se fait à l'aune de l'efficacité économique et, en cela, permet d'appréhender la politique économique judiciaire de la CJUE (ou la « judiciarisation de la politique »¹³¹⁷), mais également d'envisager l'environnement institutionnel dans lequel s'inscrit la CJUE.

2. D'un constitutionnalisme économique à un constitutionnalisme juridique

Le pluralisme constitutionnel est une forme récente de constitutionnalisme¹³¹⁸. Il se caractérise par un constitutionnalisme multi-niveaux à l'instar de la gouvernance multi-niveaux (Marks, Hooghe et Blank 1996). Le pluralisme constitutionnel a, depuis quelques années, reçu une attention toute particulière au sein de l'UE pour l'acuité de sa description de l'environnement institutionnel propre à l'UE. Mais si le pluralisme constitutionnel a été proposé par des juristes et a pu servir pour décrire ce cadre institutionnel, il est cependant resté le plus souvent cantonné au

1317 Stone Sweet (2010 : 7) décrit cette « *judicialisation of politics* » comme l'approche se demandant : « *how judicial lawmaking – defined as the law produced by a judge through normative interpretation, reason-giving, and the application of legal norms to facts in the course of resolving disputes – influences the strategic behavior of non-judicial agents of governance* ».

1318 Comme nous avons pu déjà le préciser dans l'Introduction de ce chapitre, notre constitutionnalisme libéral se distingue fondamentalement du constitutionnalisme libéral caractérisant des économies de marché d'après-guerre ayant été l'objet de processus de constitutionnalisation. Aussi, notre constitutionnalisme libéral diffère des études pouvant porter sur le libéralisme constitutionnalisés par la protection de certaines libertés religieuses, économiques et politiques dans un texte constitutionnel. Pour un exemple de ces études, voir Hardin (1999).

dialogue entre juristes sans que ni les économistes ni les politistes ne s'emparent de cette approche afin d'offrir un paradigme nouveau parmi ceux déjà existants. Quoiqu'il en soit, s'il est une caractéristique essentielle du pluralisme constitutionnel au sein de l'UE, c'est bien l'importance cruciale donnée à l'échange constitutionnel ou, plus précisément, à l'influence mutuelle entre ordres et intérêts constitutionnels placés, non pas dans une situation hiérarchique et conflictuelle, mais hétérarchique et coopérative.

Or, cette cristallisation de l'analyse constitutionnelle autour de l'échange est, précisément, la particularité, comme nous l'avons vu plus haut, de l'économie politique constitutionnelle. En effet, les rapports constitutionnels coopératifs par l'échange sont l'objet de recherche d'économie politique constitutionnelle, comme le rappelle Buchanan (2004 : 66) :

« Constitutional political economy is a domain of inquiry and discourse among scientists who choose to perceive social interaction as a set of complex relationships, both actual and potential, among autonomous persons, each of whom is capable of making rational choices. (...) There is simply no common basis for scientific argument, and ultimately agreement, with those who choose to perceive social interaction either in purely conflictual or purely idealistic visions ».

En ce qui concerne la doctrine politiste européenne, les travaux de Marks, Hooghe et Blank (1993) adoptent une approche par l'économie politique constitutionnelle. Ces auteurs mettent en effet l'accent sur les rapports institutionnels complexes mais coopératifs dans l'UE. Les influences d'ordre constitutionnel, entre institutions européennes, sont envisagées dans un jeu européen (au sens de la théorie des jeux) dans lequel les participants (ici, les institutions) sont tous gagnants (d'où la possibilité d'unanimité chez Buchanan). En revanche, les acteurs restent institutionnels (en évinçant les acteurs non-institutionnels) et l'importance des contraintes est toute

relative. Aussi, la Cour ne dispose pas d'une place de premier rang alors que c'est notre objet d'étude principal¹³¹⁹.

Par ailleurs, l'économie constitutionnelle partage, avec le constitutionnalisme juridique de l'UE, le même intérêt, du fait de l'importance donnée aux échanges institutionnels complexes et diffus, au fédéralisme concurrentiel¹³²⁰ ou, plus largement, au pluralisme constitutionnel.

3. L'importance pour la politique judiciaire des contraintes constitutionnelles

Face à la relative impasse à laquelle a débouché le débat académique concernant les deux grands paradigmes dominant les études européennes que sont le supranationalisme¹³²¹ et l'intergouvernementalisme libéral¹³²², certains auteurs ont pu légitimement proposer une synthèse

1319 Ainsi, ils considèrent simplement que « *Court rulings have been pivotal in shaping European integration. However, the ECJ depends on other actors to force issues on the European political agenda and condone its interpretations. Legislators . . . may always reverse the course set by the Court by changing the law or by altering the Treaties. In other words, the ECJ is no different from the Council, Commission, or European Parliament in that it is locked in mutual dependence with other actors* » (Marks, Hooghe et Blank 1993 : 370).

1320 Vanberg (2005 : 46).

1321 Représenté notamment par Stone Sweet et Sandholtz (1997) et le concept de « *supranational governance* » qui, malgré l'intention des auteurs de s'en distinguer, est très proche du néofonctionnalisme de Haas Tsebelis et Garret (2001 : 361). Burley et Mattli (1993 : 43) se situent également dans une approche néofonctionnaliste en se focalisant sur la Cour, considérant que « *the legal integration of the [European] community corresponds remarkably closely to the original neofunctionalist model developed by Ernst Haas* » .

1322 Bien sur représenté par Moravcsik (1991 ; 1993 ; 1997).

(ou plutôt un compromis) entre ces deux paradigmes. C'est le cas de Tsebelis et Garrett (2001) qui ont proposé un modèle « unifié » de la politique au sein de l'UE dans une approche institutionnaliste¹³²³.

Carruba, Gabel et Hanka (2008) adoptent une approche qui peut apparaître comme proche de celle que nous avons adoptée dans notre analyse. En revanche, dans leur étude sur les contraintes politiques limitant les choix institutionnels de la CJUE, ces auteurs se focalisent seulement sur les effets que peut avoir la contrainte d'une non-application, par les Etats Membres, des arrêts de la Cour et concluent relativement dans le sens de l'intergouvernementalisme libéral, en cela qu'ils considèrent que la Cour est contrainte par les gouvernements des Etats Membres. Ils délaissent les contraintes institutionnelles autres que les gouvernements nationaux et les contraintes non-institutionnelles, ignorent la possibilité de comportements stratégiques et coopératifs de la Cour vis-à-vis de ces contraintes, et adoptent une approche statistique plutôt que jurisprudentielle comme nous l'avons fait.

Par conséquent, si l'approche se veut relativement proche de celle que nous avons adoptée, le fait, pour les auteurs, de ne pas adopter une perspective par l'économie politique constitutionnelle et par le pluralisme constitutionnel (les deux piliers de notre constitutionnalisme libéral), leur permet de ne rendre qu'une analyse partielle des contraintes et de la façon dont la Cour réagit à celles-ci.

Or, c'est bien le lien entre, d'une part, l'économie constitutionnelle (se focalisant sur l'échange entre contraintes qui soit mutuellement bénéfique aux acteurs institutionnels) et, d'autre

1323 Ils affirment notamment que leur approche institutionnaliste démontre l'impossibilité de chacun des deux paradigmes du fait de leurs insuffisances : «*institutional approach demonstrates that intergovernmentalists' laser-like focus on treaties requires a prior study of the everyday realities these treaties generate (or are likely to generate) in the EU, and that supranationalists' focus on the study of these realities requires microfoundations and structure*»(Marks, Hooghe et Blank 1993 : 385).

part, le pluralisme constitutionnel (se focalisant sur la multitude de relations institutionnelles complexes et hétérarchiques entre acteurs constitutionnels), qui permet d'appréhender de façon plus englobante le jeu des contraintes auxquelles la Cour doit faire face et potentiellement exploiter¹³²⁴. Si l'économie politique constitutionnelle envisage les influences et contraintes mutuelles, entre acteurs institutionnels, comme source d'échanges volontaires efficients (au sens de Pareto-supérieurs), le pluralisme constitutionnel envisage ces mêmes influences mais sans véritablement percevoir des points de contacts : il se situe davantage dans une perspective d'apprentissage mutuel de cultures constitutionnelles différentes.

Ainsi, la prudence du juriste le conduit à envisager le pluralisme constitutionnel comme permettant de protéger l'identité constitutionnelle d'un acteur institutionnel, tout en saisissant les informations utiles, tandis que l'activisme de l'économiste ne trouve de raison d'être de cet environnement institutionnel complexe que dans l'action mutuellement bénéfique, l'échange¹³²⁵. En

1324 L'étude des contraintes est essentielle pour la compréhension de l'action d'une institution et particulièrement de la politique judiciaire de la Cour. Or, l'importance de cette étude n'a d'égale que son absence dans les travaux académiques, une absence que nous espérons avoir, en partie, pallié. Ainsi, Correba, Gabel et Hankla (2008 : 437) font le même constat et s'étonnent ainsi : « *Surprisingly, though, we have little or no systematic evidence of to what degree, if at all, political constraints actually influence ECJ decision-making. This is a crucial issue, since the weaker the constraints, the greater the latitude for the Court to execute an agenda distinct from those of the member states* ».

1325 Les échanges décrits dans la tradition de l'intergouvernementalisme libéral de Moravcsik (1991 ; 1993) diffèrent fondamentalement des échanges décrits dans le cadre du constitutionnalisme libéral, en cela que les premiers concernent exclusivement les accords entre Etats et où les autres accords (entre autres institutions ou impliquant des acteurs non-institutionnels) n'occupent pas de place ou une place très marginale. A l'opposé, dans le second cas, les échanges prennent place entre toute institution désireuse de coopérer avec ce qui fait sa « constitution » (les règles dans lesquelles elle évolue et son intérêt institutionnel) à l'égard d'autres acteurs qu'ils soient institutionnels ou pas. L'échange est alors multiple et non-prédéterminé par la nature de l'institution, et concernant la Cour, l'échange est fait d'influences mutuelles dans la jurisprudence. Par ailleurs, la perspective par échange est radicalement différente de la perspective de la substitution par

dépit de cette dichotomie apparente, un recouplement entre ces deux paradigmes des sciences économiques et du droit (que sont respectivement l'économie politique constitutionnelle et le pluralisme constitutionnel) est envisageable. Notre constitutionnalisme libéral s'élabore ainsi, à la fois par l'apport de l'économie politique constitutionnelle et du pluralisme constitutionnel, mais également par le rejet des théories politistes du néofonctionnalisme (et corrélativement du supranationalisme) et de l'intergouvernementalisme libéral. En se basant sur les apports des sciences économiques et du droit, le constitutionnalisme libéral s'inscrit dans le domaine de la science politique par la perspective alternative qu'il entend proposer. Ainsi, l'expression de *constitutionnalisme libéral* se justifie amplement : d'une part, par l'assise de notre approche dans la théorie *libérale* des relations internationales caractérisée par l'importance cardinale de la rationalité des acteurs, de la pluralité d'acteurs entretenant des relations complexes et hétérarchiques entre eux ainsi que de l'accent mis aux relations institutionnelles/non-institutionnelles, et d'autre part, le *constitutionnalisme* signifie que notre objet d'étude est le choix des règles déterminant l'environnement institutionnel dans lequel ces acteurs constitués évoluent.

Il s'ensuit que le *constitutionnalisme libéral* joint un constitutionnalisme économique (à savoir celui présent dans l'économie constitutionnelle) au constitutionnalisme juridique européen (à savoir le pluralisme constitutionnel), à l'instar d'autres jonctions théoriques telles que ce que représentait l'intergouvernementalisme libéral dans sa jonction entre, d'une part, la théorie libérale des relations internationales et, d'autre part, la théorie intergouvernementalisme des négociations étatiques (Moravcsik 1993 : 481-482).

laquelle Weiler (1991) a pu affirmer que la Cour prenait le relais de blocages institutionnels au niveau du législateur européen. Cette vue est reprise par Alter (2009 : 5) qui affirme : « *A common view is that the ECJ is most expansionist when the political process is blocked* ». Alors que la perspective par l'échange suppose une influence mutuelle dans des actions simultanées et cumulatives, la perspective par la substitution suppose un jeu institutionnel avec des actions différées et alternatives.

4. Essai de conceptualisation du constitutionnalisme libéral de la CJUE

L'échange constitutionnel décrit par Buchanan ramène l'exploitation des contraintes internes et externes au rang de bien d'échanges au sens où les acteurs politiques (et les institutions si ces contraintes sont exercées à l'encontre d'institutions comme pour la CJUE) s'influencent mutuellement et échangent leurs contraintes afin de poursuivre leurs intérêts. Si ces contraintes s'opèrent auprès de toute juridiction¹³²⁶, et auprès de la CJUE particulièrement, c'est essentiellement à l'encontre de la justice de l'efficacité dont nous présumons mais qui est une hypothèse de départ crédible¹³²⁷. Par ailleurs, Buchanan (2004 : 61) écrit que « *the choice of a reciprocally binding constraint by individuals who are related one to another in an anticipated set of interactions becomes fully analogous to trade in ordinary goods and services* ».

1326 Pour une perspective de l'école des choix publics des juridictions en général, voir Cross (1999).

1327 Voir l'introduction pour la justification de cette hypothèse de la justice de l'efficacité. Un argument supplémentaire, justifiant cette hypothèse pour analyser les contraintes, est l'argument selon lequel la CJUE est une institution supranationale pouvant être appréhendée comme intéressée par une « intégration négative » au sein de l'UE. Or, cette intégration négative promeut l'efficacité à l'opposé de politiques redistributives. Cet argument se retrouve chez Majone (2004 : 191 lorsque celui-ci affirme : « *Aside from foreign and security policy, the public agenda would mostly include efficiency-enhancing, market-preserving policies – a combination of liberalization and negative integration measures to remove obstacles to the free movement of people, services, goods, and capital within the territory of the federation. [. . .] In contrast, redistributive policies can only be legitimated by majority decisions and hence place too heavy a burden on the fragile normative foundations of a transnational policy* ».

Or, nous avons pu voir dans notre étude des contraintes de la CJUE, concernant sa justice de l'efficacité, qu'un tel « échange » prenait place à la lumière d'une contrariété à l'hypothèse d'efficacité économique de la jurisprudence européenne que nous avons formulée jusqu'à présent. En effet, la Cour a accepté de minorer sa justice de l'efficacité, et donc la satisfaction de l'intérêt des juges européens, en échange d'un bien dont elle manquait : une légitimité constitutionnelle incontestée. Ainsi, à l'instar d'un producteur s'étant spécialisé dans un produit et pour lequel elle est prête à un échange du fait de son besoin pour un autre bien qu'elle valorise mais dont elle dispose pas ou peu, la CJUE a « échangé » avec les juridictions nationales un peu d'efficacité en altérant sa justice de l'efficacité à la condition que la CJUE gagne, dans cet échange, une fraction de la légitimité constitutionnelle de ces juridictions nationales¹³²⁸.

Ainsi, l'arrêt *Stander* a été rendu dans les premières décisions de la CJUE car elle n'avait que très peu « produit » de justice de l'efficacité. A l'opposé, au fur et à mesure que la CJUE confortait son rôle de productrice d'une justice de l'efficacité, la valeur marginale de l'efficacité déclinait jusqu'à ce que la valeur marginale d'une légitimité accrue devienne plus importante. Alors, la CJUE a commencé à volontairement échanger ses "biens" (justice de l'efficacité contre légitimité constitutionnelle d'une justice des droits fondamentaux) en s'imposant une contrainte interne (la protection des droits fondamentaux aussi élevée que celle garantie par les juridictions nationales et par la Cour Européenne des Droits de l'Homme).

Une fois que la CJUE s'était imposée des contraintes constitutionnelles élevées au prix d'une justice de l'efficacité réduite, le constituant européen a pu « officialiser » la jurisprudence

1328 Concernant le « prix » de ces contraintes échangées pour un avantage mutuel, voir Vanberg (2005 : 29) qui écrit : « *To have one's own behavior constrained by constitutional commitments is a "price" worth paying in return for the corresponding constraints on all other members of the respective groups, and collective organization is, again, the instrument for implementing such "exchange of commitments"* ».

européenne par l'adoption de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE en 2000 et les juges européens adopter des arrêts tels que *Omega* ou *Schmidberger* en 2003 et 2004. En cela, cette contrainte constitutionnelle, que la Cour accepte de supporter, est le fruit d'un échange volontaire produisant des bénéfices (en termes de légitimité) qui n'auraient pas pu être profitables à la Cour si celle-ci ne s'était pas contrainte. Ce bénéfice mutuel gagné par la contrainte est le propre de l'engagement constitutionnel appréhendé à l'aune de l'économie politique constitutionnelle (Vanberg 2005 : 29).

Une autre illustration de cet échange constitutionnel est donnée avec la jurisprudence des juges européens concernant la citoyenneté européenne. Ce « bien » qu'est la citoyenneté européenne a été produit par les institutions européennes de nature législative, et a été utilisé par les juges européens comme contrainte permettant de faire avancer leur agenda politique de libéralisation de la circulation des personnes au sein de l'UE, mais également pouvant être la source d'un accroissement des requêtes tendant à des droits sociaux auprès des administrations nationales, ces mêmes requêtes pouvant freiner, d'un point de vue économique, cette mobilité des personnes. Par ailleurs, cette contrainte de la citoyenneté européenne endossée par la CJUE¹³²⁹, et qui est susceptible de minorer sa justice de l'efficacité, a permis à la Cour de pallier à l'absence de symbolique démocratique entourant sa jurisprudence¹³³⁰.

Autrement dit, au prestige juridictionnel des juridictions nationales rendant la justice en bénéficiant de la légitimité de s'exprimer sur le fondement de la nationalité, les juges européens ont cherché à accroître leur prestige juridictionnel en dépit d'une justice de l'efficacité possiblement minorée sur le fondement de la citoyenneté. Ne pouvant, dans cet exemple, échanger la citoyenneté européenne avec les nationalités des Etats Membres, les juges européens

1329 Voir Martinez Sala.

1330 A l'opposé, voir notamment Habermas (1995).

s'aperçurent¹³³¹ qu'il leur était favorable de délaissier une part de leur justice de l'efficience afin de jouir de la valeur du bien proposé par le législateur européen, à savoir la construction d'une symbolique légitimante autour de la jurisprudence européenne¹³³².

Carruba, Gabel et Hankla (2008 : 436) considèrent que la question actuelle la plus importante concernant la Cour est la suivante : « *to what degree has the Court influenced the direction of social, economic, and political integration in the European Union (EU) independent of member-state government preferences ?* ». A cette question, notre constitutionnalisme libéral, adopté dans notre analyse, nous conduit à conclure que la Cour a largement influencé et poussé pour l'intégration socio-économique de l'UE mais avec des modalités différentes dans son agenda de politique judiciaire. En effet, initialement, la Cour a adopté une justice de l'efficience au nom de l'intégration que celle-ci pouvait offrir, et la Cour se caractérisait par très peu de rapports coopératifs avec les autres acteurs institutionnels et non-institutionnels : ces relations étaient des relations conflictuelles de méfiance. Autrement dit, les contraintes constitutionnelles n'étaient pas suffisamment importantes pour empêcher la Cour de poursuivre son agenda, à savoir une justice de l'efficience au service de l'intégration européenne.

En cela, notre *constitutionnalisme libéral* réfute l'argument de l'intergouvernementalisme libéral selon lequel les acteurs supranationaux, tels que la Cour, ne disposent pas d'une autonomie suffisante pour poursuivre leurs propres intérêts : au contraire, l'indépendance importante dont jouit la Cour lui permet de faire avancer ses choix politiques souvent au détriment de la la volonté des acteurs institutionnels et non-institutionnels.

1331 Tardivement car la citoyenneté européenne a initialement été perçue simplement comme une contrainte externe avant de voir le potentiel dans l'échange.

1332 Ainsi, une véritable légitimation constitutionnelle de l'espace politique s'opère par cet échange volontaire constitutionnalisés (Besson 2004b : 23)

Par ailleurs, notre *constitutionnalisme libéral* réfute également l'argument du supranationalisme (et néofonctionnalisme) selon lequel les acteurs supranationaux disposent d'une entière liberté d'action et imposent leurs choix aux acteurs nationaux. La critique du néofonctionnalisme, pour sa description d'une automaticité de l'intégration voulue par des agents supranationaux, formulée par l'intergouvernementalisme libéral, est pertinente (Moravcsik 1993 : 475-476). En effet, cette affirmation ne tient pas face l'évolution de la stratégie de la Cour en faveur de comportements davantage coopératifs¹³³³ avec, à la fois, des acteurs institutionnels nationaux, mais également avec des acteurs non-institutionnels : la Cour n'a pas toujours voulu davantage d'intégration mais a toujours préféré préserver son intérêt institutionnel. En effet, comment expliquer sa réticence initiale à l'égard de l'idée portée par la Commission (institution pourtant supranationale) d'introduire une citoyenneté européenne, ou encore comment expliquer sa réticence à intégrer dès le début des droits fondamentaux, alors même que ces droits auraient contribué à établir la Cour comme cour constitutionnelle européenne ?

La réponse à ces deux questions se trouve dans le jeu des contraintes institutionnelles exercées auprès de la Cour, contraintes à la justice de l'efficacité voulues par cette même Cour. Par conséquent, c'est bien un mécanisme de transformation¹³³⁴ et d'internalisation des contraintes et d'échanges mutuellement bénéfiques des contraintes, entre la Cour et ces acteurs institutionnels et non-institutionnels, qui s'est opéré dans le temps afin d'atteindre l'environnement institutionnel où les « biens » politiques (efficacité, légitimité, autorité...) sont échangés en accord avec les échanges volontaires Pareto-supérieurs prenant place dans l'économie de marché.

1333 Ces comportements coopératifs induisent ce que Besson (2004a : 277-278) appelle « contrôles constitutionnels coopératifs » où la CJUE joue un rôle essentiel dans ce respect constitutionnel mutuel.

1334 Pour la thèse de la « transformation » ou de la « révolution » de l'environnement institutionnel par la Cour dans le temps, voir Weiler (1991 ; 1995) et Shapiro (1992).

Par conséquent, les différentes contraintes, envisagées dans notre étude pour déchiffrer le comportement de la Cour dans le cadre de notre *constitutionnalisme libéral*, démontrent que la Cour n'est pas celle dépeinte par les néo-fonctionnalistes où elle poursuivrait un agenda politique en l'absence de contraintes constitutionnelles car cet agent supranational se serait émancipé de son principal (le constituant et législateur européens), et n'est pas non plus la Cour dépeinte par les intergouvernementalistes libéraux où la Cour serait en proie aux exigences et préférences des seuls Etats Membres les plus puissants de l'UE. Nous avons pu démontrer par un exposé jurisprudentiel et une formalisation de notre perspective avec la notion de *constitutionnalisme libéral* que la vérité se situe entre ces deux approches diamétralement opposées. Si la Cour est sujette à des contraintes, celles-ci sont bien plus nombreuses et plus essentielles que ce que les néo-fonctionnalistes ont bien pu admettre jusqu'à présent. Mais si la Cour doit faire face à ces contraintes, elle a su en « jouer » dans une perspective intelligente par la « politique comme échanges » où les contraintes ont été perçues comme des opportunités pour poursuivre un intérêt institutionnel, et la Cour dispose d'une liberté suffisante pour poursuivre son intérêt et son agenda politique, réfutant ainsi la position des intergouvernementalistes libéraux percevant la Cour comme simple agent doté d'une liberté d'action réduite, voire seulement conforme, aux préférences des Etats Membres. *A contrario* de ces deux approches, nous avons pu démontrer que la Cour dispose d'une véritable liberté d'actions qui, si elle reste caractérisée par une série de contraintes, a permis à la Cour de faire avancer ses préférences et son intérêt institutionnel au-delà d'une simple justice de l'efficacité. Ainsi, alors que l'économie « orthodoxe » pourrait avancer l'argument que la Cour se situe dans une perspective maximisatrice (principalement de l'efficacité économique par ses décisions de justice), notre approche empruntée à l'économie politique constitutionnelle et au pluralisme constitutionnel a pu démontrer qu'au contraire, la Cour est mieux appréhendée lorsqu'elle est perçue dans une perspective d'échanges constitutionnels où l'échange importe davantage que la maximisation.

Conclusion Titre II

Nous avons pu démontrer que la Cour est mue par un agenda politique que les juges européens font avancer dans le cadre de contraintes constitutionnelles qui ont pu être échangées afin de préserver l'intérêt institutionnel de la Cour. La Cour n'est pas passive face à ces contraintes, mais joue un jeu stratégique dans lequel, quand bien même des réductions à sa jurisprudence traditionnelle compatible avec l'efficacité économique sont admises, la Cour est suffisamment flexible pour adapter sa jurisprudence tout en réaffirmant continuellement des lignes de jurisprudence dans lesquelles l'efficacité économique est promue.

Aux fins de démonstration, nous avons recouru à une conceptualisation que nous nommons *constitutionnalisme libéral* pour son attachement, à la fois au pluralisme constitutionnel et à l'économie constitutionnelle, ainsi qu'aux fondamentaux d'une théorie libérale des relations internationales. Le juriste a pu être familier avec notre approche en cela que celle-ci repose méthodologiquement sur une analyse empirique essentiellement faite de décisions de jurisprudence. L'économiste a certainement reconnu l'apport crucial de l'analyse économique du droit ainsi que de l'économie constitutionnelle, afin d'analyser la politique économique de la Cour à l'aune de contraintes exercées à l'encontre d'une justice de l'efficacité. Enfin, le politiste a reconnu le débat académique entre néofonctionnalisme et intergouvernementalisme libéral et a pu se satisfaire de l'approche politique alternative proposée sous le label de constitutionnalisme libéral qui a ambitionné d'analyser les choix politiques de la Cour et le comportement des juges européens. Quoiqu'il en soit, chacun de ces trois observateurs a certainement pu apprécier les ramifications intellectuelles entre différentes doctrines trop souvent dissociées concernant la Cour.

Si notre approche a l'ambition de proposer une approche unifiée rapprochant le droit, l'économie et les sciences politiques, notre étude souffre néanmoins de limites qu'il convient de mentionner. D'abord, notre *constitutionnalisme libéral* est partiel car il n'a pas été appliqué à toutes les institutions européennes mais seulement à la Cour. Ainsi, on ne saurait conclure trop rapidement avec notre étude sur les institutions européennes en général, mais seulement concernant la Cour. D'autres recherches entreprenant des études sectorielles de chaque institution européenne dans ce *constitutionnalisme libéral* devraient suivre afin d'obtenir une vision générale des institutions européennes dans ce cadre de recherches renouvelé. Ensuite, notre approche, si elle s'est voulue empirique, n'a eu recours qu'à l'analyse jurisprudentielle : une approche davantage quantitative pourrait venir compléter à l'avenir cette approche qualitative. Enfin, ce cadre de recherches étant initié, il convient d'être prudent concernant sa réception par la doctrine afin d'en améliorer le cadre.

Par conséquent, ces contraintes (externes et internes) prennent place dans un cadre que nous avons appelé le *constitutionnalisme libéral* de la Cour. Ce constitutionnalisme libéral est la démonstration jurisprudentielle de la falsification de notre hypothèse initiale de l'efficacité économique de la jurisprudence européenne : la jurisprudence européenne n'est pas toujours efficace et n'évolue pas toujours dans le sens de l'efficacité économique du fait d'une stratégie judiciaire prenant place devant la réalité de ces contraintes. Mais, la Cour est active pour minimiser le poids de ces contraintes, et ainsi, minimiser sa distance par rapport à sa jurisprudence initiale compatible avec l'efficacité économique. Ainsi, la falsification de notre hypothèse menée à bien, il est possible d'affirmer que notre hypothèse est à la fois falsifiable et falsifiée. Cet état de fait permet d'accorder à notre hypothèse le statut d'hypothèse scientifique au sens de Popper. En conclusion, nous pouvons avancer que notre falsification opérée dans ce Titre a participé à la scientificité de l'hypothèse fondamentale de notre étude qui est l'hypothèse de l'efficacité économique de la jurisprudence européenne.

Conclusions Générales

« L'essence du drame est d'affirmer et de conclure »

Jacques Copeau.

Notre thèse a, en formulant scientifiquement une hypothèse de l'efficacité économique de la jurisprudence européenne, critiqué en creux deux thèses d'importance dans leurs domaines respectifs.

La première thèse critiquée en creux concerne l'analyse économique du droit et le droit comparé où il a longtemps pu être défendu une hypothèse de l'efficacité économique de la *Common law* par rapport au droit civil. Notre hypothèse de l'efficacité économique de la jurisprudence européenne n'est pas une attaque frontale de cette hypothèse classique de l'analyse économique du droit, mais constitue une critique plus subtile de cette hypothèse. Le prétendu monopole de l'efficacité économique de la *Common law* a été remis en cause : désormais, une efficacité économique produite par d'autres juges que les juges de la *Common law* a pu être démontrée. De plus, désormais, il ne sera plus possible pour les juristes et économistes (anglo-saxons spécifiquement) d'ignorer ce droit, qui est à l'intersection du droit civil et du droit de la *Common law*, le droit supranational européen. Par conséquent, l'hypothèse de l'efficacité économique de la jurisprudence européenne remet en cause la supériorité comparative de la *Common law* sur les autres systèmes de droit, par la démonstration qu'une rationalité d'efficacité

économique se dégage dans d'autres jurisprudences, et particulièrement la jurisprudence européenne.

La seconde thèse critiquée en creux concerne la doctrine en droit européen. Nous avons démontré que les juges européens avaient une forte propension à adopter des solutions jurisprudentielles souvent en faveur de l'efficacité économique, une notion impersonnelle et bénéficiant de manière relativement neutre à tous les participants à la société concernée. A l'inverse, Maduro a élaboré la thèse selon laquelle la Cour de Justice a souvent adopté des solutions jurisprudentielles qui se conformaient à la majorité des préférences des Etats Membres. Bien que cette thèse puisse parfois être compatible avec notre hypothèse, notre étude conduit à des conclusions relativement opposées à celles formulées par Maduro. En effet, l'efficacité économique a été préférée par la Cour de Justice, non pas parce qu'elle favorisait certains Etats par rapport à d'autres, mais précisément parce qu'elle était suffisamment impersonnelle et neutre pour ne bénéficier explicitement et directement à aucun Etat en particulier. Or, après avoir consacré toute notre étude à la description de l'efficacité économique dans la jurisprudence européenne, nous arrivons à la justification de cette efficacité économique. Pourquoi la Cour de Justice a-t-elle pu être intéressée spécifiquement par l'efficacité économique au-delà des bienfaits économiques et sociaux évidents à cette recherche ? L'efficacité économique était un impératif comme principe sous-jacent de la jurisprudence européenne, afin de faire respecter le droit européen comme bénéfique à l'ensemble des Etats sans que les « gagnants » et les « perdants » puissent être identifiés avec certitude. Ainsi, par la recherche de la neutralité de l'efficacité économique dans la jurisprudence européenne, la Cour de Justice a pu imposer l'impartialité et le prestige de sa jurisprudence, en opposition aux négociations politiques qui prennent place au sein des institutions

politiques (Commission et Conseil) où la redistribution de richesses (davantage que la création de richesses) est l'objet de leurs activités et la marque de leur partialité¹³³⁵.

Si la Cour avait réellement favorisé la majorité des Etats membres comptant souvent les plus puissants d'entre eux), les petits Etats en minorité auraient eu tout loisir à décrier une jurisprudence partielle, biaisée, faisant le jeu (et la prospérité) d'un nombre connu d'Etats. Ce manque d'impartialité aurait réduit le prestige de la jurisprudence européenne, et donc de la Cour de Justice elle-même. Par voie de conséquences inéluctables, ce prestige réduit aurait conduit à une applicabilité réduite de la jurisprudence européenne dans les Etats membres identifiés comme perdants par cette jurisprudence. Or, il n'en a rien été. L'applicabilité de la jurisprudence européenne n'a cessé d'être incontestée, voire renforcée. Cela est bien le résultat d'une perception claire au sein de l'Union Européenne, selon laquelle la jurisprudence européenne ne bénéficie pas à certains Etats membres au détriment d'autres. Cette jurisprudence européenne bénéficie, selon un intérêt supranational, à l'ensemble de l'Union Européenne de façon indéterminée et indéterminable. Cela est possible parce que les juges européens ne se situent pas dans une logique de transferts de richesses entre Etats par la jurisprudence, mais bien dans une logique de création de richesses communes par une jurisprudence commune. Seule la promotion d'un principe neutre d'efficacité économique pouvait rendre possible l'absence de suspicions (pourtant fortes à l'origine de la construction européenne) de transferts de richesses de certains Etats au détriment d'autres Etats membres. Par conséquent, la promotion de l'efficacité économique dans la jurisprudence européenne n'a pas été inconsciemment conçue, par les juges européens, comme souhaitable pour ses bienfaits sociaux, mais a également été perçue comme nécessaire à l'établissement d'une

1335 Le seul épisode fameux de Thatcher s'exclamant « *I want my money back !* » suffit à démontrer la politisation des institutions telles que la Commission et le Conseil, où les gagnants et les perdants peuvent être identifiés clairement (par opposition évidemment à la Cour de Justice où l'accroissement de l'efficacité économique au sein de l'Union Européenne est difficile à saisir par sa relative neutralité).

jurisprudence supranationale jouissant d'un prestige et d'une neutralité suffisants afin d'assurer l'applicabilité pleine et entière de cette jurisprudence européenne.

Notre étude est ainsi riche de différents enseignements doctrinaux. Par ailleurs, d'un point de vue comparatif, l'un des enseignements de notre recherche est qu'une cour véritablement supranationale, donnant accès aux justiciables individuels à un prétoire supranational, aura tendance à développer une jurisprudence allant dans le sens de l'efficacité économique de la zone où cette Cour a une compétence juridictionnelle. A la différence de l'efficacité économique de la *Common law* qui était affirmée d'un point de vue horizontal (la jurisprudence produite par le pouvoir judiciaire serait plus efficace que la loi et les règlements produits par le Parlement et le Gouvernement), notre hypothèse d'efficacité économique de la jurisprudence européenne se situe d'un point de vue vertical et elle est, en cela, davantage exportable. En effet, c'est bien la supranationalité de la Cour qui permet l'efficacité économique de sa jurisprudence, et non sa nature même de jurisprudence par rapport aux autres institutions européennes. Ainsi, le paramètre de la supranationalité serait un facteur déterminant dans l'émergence d'une société transnationale prospère s'émancipant de la tutelle des gouvernements nationaux ou, à tout le moins, détournant le canal traditionnel des gouvernements nationaux par l'accès à un prétoire supranational.

Ainsi, l'une des seules conclusions normatives que nous formulerons ici sera de promouvoir les cours supranationales dans différentes zones du monde afin de promouvoir, par le respect du droit supranational, la prospérité économique. Des exemples similaires à la Cour de Justice ont été pensés, mais l'accès au prétoire supranational par les justiciables individuels afin de détourner les cours nationales est resté fragile (Alter 2009 : 263-286 ; Alter 2009 : 287-303). Ainsi, davantage qu'un système judiciaire efficace, comme le défend classiquement la discipline du « droit et développement », les pays en voie de développement gagneraient en terme de prospérité économique en développant des systèmes judiciaires supranationaux protégeant les droits des justiciables individuels à l'encontre des gouvernements nationaux. Une justice de l'efficacité

pourrait se développer dans ces cours de justices supranationales avec une évolution relativement similaire à celle de la Cour de Justice. En cela, l'expérience de la Cour de Justice est davantage éclairante en termes de conclusions normatives que l'expérience de la Cour Suprême américaine. Notre étude en aura fait une démonstration probante. A la volonté politique, à présent, de se manifester.

Bibliographie

- Adams, W. (1954) The Rule of Reason : Workable competition or Workable Monopoly. *Yale Law Journal*. Vol.63, 348.
- Adler, M., Posner, E. (2006) *New Foundations of Cost-Benefit Analysis*. Cambridge : Harvard University Press
- Akerlof, G. (1970) The Market for “Lemons” : Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *Quarterly Journal of Economics*. Vol.84, 488-500.
- Alberti, E., Fossas, E., Cabellos, M-A (2005) *El Principi de subsidiarietat a la Unio Europea*. Barcelona : Parlament de Catalunya
- Alemanno, A. (2005) Fundamental common market freedoms v. fundamental individual rights in the EU : what role for the ECJ after Omega ? *EU Focus*. Vol.165, 2-5.
- Alexander, L. (1987) Striking Back at the Empire : A Brief Survey of Problems in Dworkin’s Theory of Law. *Law and Philosophy*. Vol.6, 419.
- Alexy, R. (2000) On Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*. Vol.13, 294-304.
- Alexy, R. (2002) *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford : Oxford University Press.
- Alexy, R. (2010) The Construction of Constitutional Rights. *Law & Ethics of Human Rights*. Vol.4, 20-32.
- Alhborn C., Evans, D., Padilla, J. (2004) The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to *Per Se* Illegality, *Antitrust Bulletin*, Vol.49, 287-341
- Alston, P., Weiler, J.H.H. (1999) An EU Human Rights Policy. In P. Alston, M. Bustelo et J. Heenan (Eds.) *The EU and Human Rights*. Oxford : Oxford University Press, 3-66.
- Alter, K. (1998) Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence : A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration. In A-M. Slaughter, A. Stone Sweet et J.H.H. Weiler (Eds.) *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*. Oxford : Hart Publishing, 227-252.
- Alter, K. (2001) *Establishing the Supremacy of European Law*. Oxford : Oxford University Press.
- Alter, K. (2009) *The European Court’s Political Power*. Oxford : Oxford University Press.
- Areeda, P., Turner, D. (1980) *Antitrust. Vol IV*. Washington DC : Little Brown
- Armentano, D.T. (1987) Efficiency, Liberty and Antitrust Policy. In J. Dorn et H. G. Manne (Eds.) *Economic Liberties and the Judiciary*. Fairfax : George Mason University Press, 309-316.
- Arnall, A. (1990) *The General Principles of EEC Law and the Individual*. London and Leicester : Leicester University Press.
- Arnall, A. (1995) Private applicants and the action for annulment under Article 173 of the EC Treaty. *Common Market Law Review*. Vol.32, 7.
- Arnall, A. (2003) From Charter to Constitution and beyond : fundamental rights in the new European Union. *Public Law*, 774.
- Arnall, A. (2006) *The European Union and Its Court of Justice*. Second Edition. Oxford : Oxford University Press.
- Art, J-Y. (1992) Legislative Lacunae, The Court of Justice and Freedom to Provide Services. In D. Curtin et D. O’Keefe (Eds.) *Constitutional Adjudication in European Community and National Law. Essays for*

- the Honorary Mr. Justice T.F. O'Higgins*. Dublin, 121-132.
- Arthur, T. (2000) A Workable Rule of Reason. *Antitrust Law Journal*. Vol.68, 337.
- Avbelj, M., Komarek, J. (2008) Four Visions of Constitutional Pluralism – Symposium Transcript. *European Journal of Legal Studies*. Vol.2, 325.
- Azoulaï, L ; (2003) L'ordre concurrentiel et le droit communautaire. Dans *L'ordre concurrentiel - Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*. Paris : Editions Frison-Roche, 284.
- Bauer, J.P. (1979) Per se illegality of Concerted Refusals to Deal: A Rule Pipe for Reexamination. *Columbia Law Review*. Vol.79, 685.
- Baumol W. Willig, R. (1986) Contestability : Developments Since the Book, *Oxford Economic Papers*, Vol.38, 9-36.
- Baumol W., Panzar, J., Willig, R. (1982) *Contestable Markets and the Theory of Industrial Structure*, New York: Harvard Brace Jovanovitch.
- Beck, T., Demirguc-Kunt, A., Levine, R. (2003) Law and Finance : Why Does Legal Origin Matter ? *Journal of Comparative Economics*. Vol.31, 653-675.
- Beck, T., Demirguc-Kunt, A., Levine, R. (2005) Law and Firms' Access to Finance. *American Law and Economics Review*. Vol.7, 211-252.
- Bengoetxea, J. (1993) *Legal Reasoning of the European Court of Justice*. Oxford : Clarendon Press.
- Bermann, G. (1978) The Principle of Proportionality. *American Journal of Comparative Law*. Vol.26, 415-432.
- Bermann, G. (1994) Taking Subsidiarity Seriously : Federalism in the European Union and the United States. *Columbia Law Review*. Vol.94, pp.331-456.
- Bernhardt, R. (1976) The Problems of Drawing Up a Catalogue of Fundamental Rights for the European Communities. *Annex to Report of the Commission on the Protection of Fundamental Rights as Community Law. EC Bulletin Supplement*, 5- 1976.
- Berteau, S. (2004) Certainty, Reasonableness and Argumentation in Law. *Argumentation*. Vol.18, 465-478.
- Besson, S. (1997) Europe as a Demoi-cratic Polity. *Refvaerd – Nordisk Juridisk Tidsskrift*. Vol.1/116, 3.
- Besson, S. (2004a) From Integration to Integrity : Should European Law Speak With Just One Voice? *European Law Journal*. Vol.10, 257.
- Besson, S. (2004b) Sovereignty in Conflict. *European Integration Online Papers*. Vol.8, 1-23.
- Betten, L. (1996) The Protection of Fundamental Social Rights in the European Union – Discussion Paper. In L. Betten and D. MacDevitt (Eds.) *The Protection of Fundamental Social Rights in the European Union*. The Hague : Kluwer Law International, 3-30.
- Bhagwati, J. (1988) *Protectionism*. Cambridge : MIT Press.
- Black, O. (1997) Per Se Rules and Rules of Reason: What are They? *European Community Law Review*, Vol.3, 145.
- Boom, S. (1995) The European Union after the Maastricht Decision ; Will Germany be the Virginia of Europe ? *American Journal of Comparative Law*. Vol.43, 177-226.
- Bork, R. (1966) Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act. *Journal of Law and Economics*. Vol.9, 7.
- Bork, R. (1978) *The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself*. Maxwell Canada : The Free Press.
- Bork, R. Bowman, W. (1965) The Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy. *Columbia Law Review*. Vol.65, 363.
- Bork, R.H. (1985) The Role of Courts in Applying Economics. *Antitrust Law Journal*. 21-26.
- Bouët, A. (2002) *Le protectionnisme. Analyse économique*. Paris : Vuibert.
- Boyle, J. (1985) The Politics of Reason : Critical Legal Theory and Local Social Thought. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol.133, 685.
- Brandeis, L.D. (1935) The Living Law. *The Curse of Bigness*, 316.
- Brennan, H.G. and Hamlin, A. (2001) Constitutional choice. In W.F. Shughart et L. Razzolini (eds.) *The*

- Elgar Companion to Public Choice*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 117–139.
- Brennan, T., Buchanan, J. (1985) *The Reasons of Rules : Constitutional Political Economy*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Brennan, T., Epstein, L., Staudt, N. (2009) The Political Economy of Judging. *Minnesota Law Review*. Vol.93, 1503-1534.
- Breyer, S. (1983) Economics for Lawyers and Judges. *Journal of Legal Education*. Vol.33, 294-305.
- Breyer, S. (2004) Economic Reasoning and Judicial Review. *AEI-Brookings Joint Center 2003 Distinguished Lecture*. Washington D.C. : The Brookings Institution.
- Bribosia, H. (2005) Subsidiarité et repartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres dans la Constitution européenne. *Revue de Droit de l'Union Européenne*. Vol.1 pp.25-64.
- Brousseau, E. (2001) Did the Common Law Biased the Economics of Contract... And May It Change? Dans B. Deffains and T. Kirat (Eds.) *Law and Economics in Civil Law Countries*. London: Elviesier, 79-105.
- Brown, C. (2003) "Case-note : Schmidberger". *Common Market Law Review*, 1499.
- Buchanan, J. (1987) Constitutional Economics. In J. Eatwell, M. Milgate et P. Newman (Eds.) *The New Palgrave: A Dictionary of Economics, Vol. I*, London: Macmillan, 585–588.
- Buchanan, J. (2004) Constitutional Political Economy. Dans C. Rowley et F. Schneider (Eds.) *Encyclopedia of Public Choice*. Vol I. New York: Kluwer Academic Publishers, 60-66.
- Buchanan, J., Tullock, G. (1962) *The Calculus of Consent : Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Michigan : University of Michigan Press.
- Burchill, R. (2004) The EU and European Democracy – Social Democracy or Democracy with a Social Dimension ? *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Vol.71, 185-207.
- Bureau, D., Champsaur, P. (1992). Fiscal Federalism and European Economic Unification. *The American Economic Review*. Vol.82, pp.88-92.
- Burgogue-Larsen, L. (2003) La « force de l'évocation » ou le fabuleux destin de la Charte des droits fondamentaux. Dans *Mélanges Pierre Pactet, L'esprit des Institutions, l'équilibre des Pouvoirs*. Paris : Dalloz, 77-104.
- Burgogue-Larsen, L. (2008) L'internationalisation du dialogue des juges. Dans *Le dialogue des juges – Mélange en hommage à B. Genevois*. Paris : Dalloz.
- Burley, A-M., Mattli, W. (1993) Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration. *International Organization*. Vol.47, 41-76.
- Calabresi, G. (1980) About Law and Economics : A Letter to Dworkin. *Hostra Law Review*. Vol.8, 553-562.
- Calmes, S. (2001) Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemands, communautaire et français. Paris: Dalloz.
- Canivet, G. (1997) The Role of the Judge. In C-D. Ehlermann et L.L. Laudati (Eds.) *Robert Schuman Centre Annual on Competition Law 1996*. Amsterdam : Kluwer Law International, 325-333.
- Canivet, G. (2002a) La formation du juge à l'économique. *RJC*. 63-73
- Canivet, G. (2002b) Préface. In B. Deffain (Ed.) *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*. Paris : Cujas.
- Canivet, G. (2005) La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge. *Petites Affiches N°99 sous la direction de G. Canivet, B. Deffains, M-A. Frison-Roche*.
- Canivet, G. (Ed.) (2006) *La Modernisation du Droit de la Concurrence*. Paris : LGDJ
- Canor, P. (2000) Primus Inter Pares – Who is the Ultimate Guardian of Fundamental Rights in Europe ? *European Law Review*. Vol.25, 3.
- Caporaso, J. (1996) The European Union and Forms of State : Westphalian, Regulatory or Post-Modern ? *Journal of Common Market Studies*. Vol.34, 29-52.
- Cappelletti, M. (1987) Is the European Court of Justice "Running Wild" ? *European Law Review*. Vol.12, 3.

- Cardozo, B ; (1921) *The Nature of the Judicial Process*. New Haven : Yale University Press.
- Carey, W. (1974) Federalism and Corporate Law : Reflections from Delaware. *The Yale Law Journal*. Vol.83 pp.663-705.
- Carlton, D., Perloff, J. (2005) *Modern Industrial Organization. 4th Int. Edition*. Boston : Pearson Addison Wesley.
- Carpano, E. (2010) Commentaire CJCE 11 Juillet 1974, Procureur du Roi c/ Benoît et Gustave Dassonville, aff. 8/74, Rec. 837, in M. Karpenschif et C. Nourissat (Eds.) *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union Européenne. Les 100 grandes décisions de la Cour de Justice de l'Union Européenne*. Paris : PUF, 61-66.
- Carrubba, C., Gabel, M. Hankla, C. (2008) Judicial Behavior under Political Constraints : Evidence from the European Court of Justice. *American Political Science Review*. Vol.102, 435-452.
- Carrubba, C., Murrain, L. (2005) Legal Integration and the Use of Preliminary Ruling Process in the European Union. *International Organization*. Vol.59, 399-418.
- Casey Mullaly, K. (1991) Legal (Un)certainly, Legal Process and Patent Law. *Loyola of Los Angeles Law Review*. Vol.43, 1109-1160.
- Cass, D. (1992) The Word that Saves Maastricht ? The Principle of Subsidiarity and the Division of Power Within the European Community. *Common Market Law Review*. Vol.29, pp.1107-1136.
- Cass, R. (1995) Judging: Norms and Incentives of Retrospective Decision-Making. *Boston University Law Review*. Vol.75, 941-996.
- Chalmers, D. (2010) Looking Back to ERT and its Contribution to an EU Fundamental Rights Agenda. In M. Maduro et L. Azoulai (Eds.) *The Past and Future of EU Law*. Portland : Hart Publishing, 140-150.
- Chalmers, D., Chaves, M. (2011) The Reference Points of EU Judicial Politics. *LQS Paper 43/2011*.
- Chalmers, D., Hadjiemmanuil, C., Monti, G., Tomkins, A. (2006) *European Union Law*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Champaud, C. (1995) L'idée d'une magistrature économique, Bilan de deux décennies. *Revue Justices* N°1/1995, 61.
- Chow, D. (1990) Trashing Nihilism. *Tulane Law Review*. Vol.65, 221.
- Clapham, A. (1991) Human Rights and the European Community: A Critical Overview. In *European Union - The Human Rights Challenge*. Volume I, Baden-Baden: Nomos, 29-61.
- Coase, R. (1932) The Nature of the Firm. *Economica*. Vol.4, 386.
- Coase, R. (1960). The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics* , Vol.3, 1-44.
- Coate, M. (1995) The Shifting Sands of Merger Enforcement at the Federal Trade Commission. *International Journal of Economics and Business*. Vol.2, 393.
- Coate, M. (2005) Efficiencies in Merger Analysis: An Institutionalist View. *Supreme Court Economic Review*. Vol.13, 189.
- Coate, M., Rodriguez, A. (1997) *The Economic Analysis of Mergers*. Monterey Institute.
- Coleman, J. (1980) Efficiency, Utility and Wealth maximisation. *Hostra Law Review*. Vol.8, 509-550.
- Colin, J-P. (1966) Gouvernement des Juges dans les Communautés Européennes. Paris : LGDJ.
- Conseil d'Etat (2006) Sécurité juridique et complexité du droit. *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, 229-406.
- Constantinesco, V. (1992) Who's Afraid of Subsidiarity ? *Yearbook of European Law*. Vol.11, pp.33-55.
- Cooter, R. (1982). The Cost of Coase. *Journal of Legal Studies*. Vol.11, pp.1-33.
- Cooter, R., Eisenberg, M.A. (1985) Damages for Breach of Contract. *California Law Review*. Vol.73, 1432.
- Cooter, R., Kornhauser, L. (1980) Can Litigation Improve the Law Without the Help of Judges ? *Journal of Legal Studies*. Vol.9, 139-163.
- Coppel, J., O'Neill, A. (1992) The European Court of Justice: Taking Rights Seriously ? *Common Market Law Review*. Vol.29, 669.

- Costamagna, F. (2011) The Internal Market and the Welfare State after the Lisbon Treaty. *Ose Paper Series No4/ April 2011*.
- Cotter, T. (1996) Legal Pragmatism and the Law and Economics Movement. *Georgetown Law Journal*. Vol.84, 2071-2141.
- Cournot, A. (1838) *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*. Paris: Calmann-Lévy.
- Craig, P. (1996) Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law. *The Cambridge Law Journal*. Vol.55, 289-312.
- Craig, P. (1999) Unreasonableness and Proportionality in UK Law. In E. Ellis (Ed.) *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford: Hart Publishing, 85-106.
- Craig, P. (1999) Unreasonableness and Proportionality in UK Law. In E. Ellis (Ed.) *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford: Hart Publishing, 85-106.
- Craig, P. (2001) Constitutions, Constitutionalism, and the European Union. *European Law Journal*. Vol.7, 125-150.
- Craig, P. (2006) *EU Administrative Law*. Oxford : Oxford University Press.
- Crane, D. (2007) Rules versus Standards in Antitrust Adjudication. *Washington & Lee Law Review*. Vol.64, 68.
- Creech, R.L. (2005) *Law and Language in the European Union. The Paradox of Babel "United in Diversity"*. Amsterdam : European Law Publishing.
- Cremer, J., Estache, A., Seabright, P. (1994) The Decentralization of Public Services : Lessons from the Theory of the Firm. *Policy Research Working Paper 1345. Development Economics*, World Bank, Washington DC.
- Cremer, J., Estache, A., Seabright, P. (1994) The Decentralization of Public Services : Lessons from the Theory of the Firm. *Policy Research Working Paper 1345. Development Economics*, World Bank, Washington DC.
- Cross, E. (1992) Pre-emption of Member State Law in European Economic Community : A Framework Analysis. *Common Market Law Review*. Vol.29, pp.447.
- Cross, F. (1999) The Judiciary and Public Choice. *Hastings Law Journal*. Vol.50, 355-382.
- Danzon, P.M. (1998) The Economics of Parallel Trade. *Pharmacoeconomics*. Vol.13, 293-304.
- Dari-Mattiacci, G., Deffains, B. (2007) Uncertainty of Law and Legal Process. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. Vol.163, 627-656.
- Davies, G. (2003) *Nationality Discrimination in the European Internal Market*. Amsterdam : Kluwer Law International.
- Davies, G. (2004) Health and Efficiency : Community Law and National Health System in the Light of Muller-Faure. *Modern Law Review*. Vol.67, 94.
- Davies, G. (2005) Subsidiarity as a Method of Policy Centralisation. *International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Research Paper* 11-06.
- Davies, G. (2006) Subsidiarity: The Wrong Idea, In the Wrong Place, At the Wrong Time. *Common Market Law Review*. Vol. 43, pp.63-84.
- De Alessi, L., Staaf, R. (1991) The Common Law Process : Efficiency or Order? *Constitutional Political Economy*. Vol.2, 107-126.
- De Burca, G: (1998) The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor. *Journal of Common Market Studies*. Vol.36, 217-235.
- De Burca, G. (1993) The Principle of Proportionality and its Application in EC Law. *Yearbook of European Law*. Vol.13, 105.
- De Burca, G. (1996) The Language of Rights and European Integration. In G. More and J. Shaw (Eds.) *New Legal Dynamics of European Union*. Oxford : Oxford University Press.
- De Burca, G. (2001) Human Rights : The Charter and Beyond. *Jean Monnet Working Paper N. 10/01*.

- De Burca, G. (2009) The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi. *Harvard International Law Journal*. Vol.51.
- De Burca, G., Aschenbrenner, J. (2003) The Development of European Constitutionalism and the Role of the EU Charter of Fundamental Rights. *Columbia Journal of European Law*. Vol.9, 355-382.
- De Burca, G., Gerstenberg, O. (2006) The Denationalization of Constitutional Law. *Harvard International Law Journal*. Vol.47, 243-262.
- De Geest, G. (2001) Comparative Law and Economics and the Design of Optimal Legal Doctrines. In B. Deffains and T. Kirat (Eds.) *Law and Economics in Civil Law Countries*. London : Elvesier, 107-124.
- De Londras, F., Kingston, S. (2010) Rights, Security, and Conflicting International Obligations : Exploring Inter-Jurisdictional Judicial Dialogues in Europe. *The American Journal of Comparative Law*. Vol.58, 359-414.
- De Sandeleer, N. (1996) *Essai sur la génèse des principes du droit de l'environnement : l'exemple du droit communautaire*. Documentation Francaise, disponible à : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/984000492/index.shtml>
- De Schutter, O. (2000) La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire. *RUDH* Vol.15, 33-47.
- De Witte, B. (1991) Community law and National Constitutional Values. *Legal Issues of Economic Integration*. Vol.2, 3.
- De Witte, B. (1994) The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights. P. Alston, M. Bustelo et J. Heenan (Eds.) *The EU and Human Rights*. Oxford : Oxford University Press, 859-897.
- De Witte, B. (1999) The past and future role of the European Court in the protection of human rights. In Alston (Ed.) *The EU and Human Rights*. Oxford : Oxford University Press, 859.
- De Witte, B. (2001) The Legal Status of the Charter ; Vital Questions or Non-Issue ? *Modern Journal*. Vol.8, 81.
- De Witte, B. (2009) Fundamental, Yes – But Wha Does It Mean ? *EUI Working Paper. Law 2009/05*, 1-2.
- Deal, E. (2006) La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires – La Cour de Justice face à la Communauté de droit. *Thèse de l'Universit  Paul C zanne Aix-Marseille III*.
- Defeis, E. (1999) Human Rights and the European Union: Who Decides ? Possible Conflicts Between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights. *Dickison Journal of International Law*. Vol.19, 301-331.
- Deffains, B. (2005) Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l' conomiste. *Petites Affiches N 99 sous la direction de G. Canivet, B. Deffains, M-A. Frison-Roche*.
- Dehousse, R. (1994) Community competences: are there limits to growth ? In R. Dehousse (Ed.), *Europe After Maastricht : An Ever Closer Union ?* Munchen : Law Books in Europe, pp.103-124.
- Dehousse, R. (1995) Institutional Reform in the European Community: Are there Alternatives to the Majoritarian Avenue? *EUI Working Paper RSC 95/4*.
- Dehousse, R. (1998) *The European Court of Justice: The Politics of Judicial Integration*. New York : St Martin's Press.
- Del Gatto, M., Mion, G., Ottaviano, G. (2007) Trade Integration, Firm Selection and the Costs of Non-Europe. *CRENOS Working Paper 2007/03*.
- Delors, J. (1991) The Principle of Subsidiarity: A Contribution to the Debate. In Proceedings of the Jacques Delors Colloquium, *Subsidiarity: The Challenge of Change*. Maastricht: European Institute of Public Administration.
- Demsetz, H. (1964), "The Exchange and Enforcement of Property Rights", *Journal of Law and Economics*, Vol.7, 11-26.
- Demsetz, H. (1969) Information and Efficiency: Another Viewpoint. *Journal of Law and Economics*. Vol.12, 1.

- Denizeau, C. (2004) L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union Européenne. Paris : LGDJ.
- Depoorter, B. (2009) Technology and Uncertainty: The Shaping Effect on Copyright Law. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol.157, 1831-1868.
- Depoorter, B., Parisi, F. (2005) The Modernization of European Antitrust Enforcement : The Economics of Regulatory Competition. *George Mason Law Review*. Vol.13. pp.1-21.
- Dewey, J. (1916). The Logic of Judgments of Practice. Dans J. Dewey. *Essays in Experimental Logic*. Chicago: University of Chicago. 335-442.
- Dewey, J. (1924). Logical Method and Law. *The Philosophical Review*. Vol.33, 560-572.
- Director, A., Levi (1956) Law and the Future : Trade Regulation. *Northwestern University Law Review*. Vol.51, 281.
- Diver, C. (1983) The Optimal Precision of Administrative Rules. *Yale Law Journal*. Vol.93, 65-109.
- Diver, C. (1983) The Optimal Precision of Administrative Rules. *Yale Law Journal*. Vol.93, 65-109.
- Do, T.U. (2008) Arrêt « Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission ». *Revue du Droit de l'Union Européenne*. Vol.4, 867-873.
- Dobrak, J., North, D. (2008) Understanding Judicial Decision-Making : The Importance of Constraints on Non-Rational Deliberations. *Washington University Journal of Law and Policy*. Vol.26, 131-152.
- Dorn, J. (1987) Introduction. Judicial Protection of Economic Liberties. Dans J. Dorn and H. Manne (Eds.), *Economic Liberties and The Judiciary*. Fairfax: George Mason University Press.
- Dostert, A. (2009) Parallel Trade in Pharmaceutical Products Within the Internal Market : The Recent Glaxo Judgment of the ECJ. *The Columbia Journal of European Law*. Vol.16, 25-29.
- Douglas-Scott, S. (2002) *Constitutional Law of the European Union*. Harlow : Longman.
- Downes, T. (2001) Market Citizenship: functionalisme and fig-leaves, Dans R. Bellamy, A. Warleigh (Eds.) *Citizenship and governance in the European Union*. London : Continuum, 93.
- Driedger, E.A. (1978) Statutes: Retroactive Retrospective Reflections. *Canadian Bar Review*. Vol.56, 268.
- Dubos, O., Kauffmann, P. (2009) Le marché européen des services : quels instruments pour quels enjeux ? Dans O. Dubos et P. Kauffmann (Ed.) *L'Europe des services. L'approfondissement du marché intérieur*. Paris : Pedone, 9-30.
- Dubout, E. (2006) L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations. Bruxelles : Bruylant.
- Duguit, L. (2008). *Le Pragmatisme Juridique. Conférences prononcées à Madrid, Lisbonne & Coïmbre 1923*. Traduit et présenté par Simon Gilbert. Paris : La Mémoire du Droit.
- Dutheil de la Rochère, J. (2001) Droits de l'Homme – la Charte des Droits Fondamentaux et au-delà. *Jean Monnet Working Paper N. 10/01*.
- Dutheil de Lamothe, O. (2005) Regards croisés sur la sécurité juridique. Cour de Cassation, *Séminaire franco-brésilien 19 septembre 2005*.
- Dworkin, R. (1965) Philosophy, Morality and Law – Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol.113, 668-690.
- Dworkin, R. (1970) Is Law a System of Rules? In R. Summers (Eds.) *Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Basil Blackwell.
- Dworkin, R. (1972) Social Rules and Legal Theory. *Yale Law Journal*. Vol.81, 855.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. London : Duckworth.
- Dworkin, R. (1981) Is There A Right to Pornography ? *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol.1, 1.
- Dworkin, R. (1985) *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986) *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1996) Objectivity and Truth : You'd Better Believe it. *Colloquian Philosophy and Public Affairs*. Vol.25, 87.
- Dworkin, R. (1998) Darwin's New Bulldog. *Harvard Law Review*. Vol.111, 1718-1738.
- Dworkin, R. (1998). *Law's Empire*. Oxford : Hart Publishing.

- Dworkin, R. (2006) *Justice in Robes*. Cambridge : Harvard University Press.
- Dyevre, A. (2007) La prise en considération de critères « extraconcurrentiels » dans le droit communautaire de la concurrence. *Revue Internationale de Droit Economique*. Vol.21, 415-440.
- Easterbrook, F. (1982) Is There a Ratchet in Antitrust Law ? *Texas Law Review*. Vol.60, 705.
- Easterbrook, F. (1985) Foreword : The Court and the Economic System. *Harvard Law Review*. Vol. 98, 4-60.
- Easterbrook, F., Fischel, D. (1984) Mandatory Disclosure and the Protection of Investors. *Virginia Law Review*. Vol.70, 669-715.
- Easterbrook, F.H. (1988) Stability and Reliability. *Cornell Law Review*. Vol.73, 422-433.
- Edgeworth, F.Y. (1897) The Pure Theory of Taxation. *Economic Journal*. Vol.7, 46-70.
- Eeckhout, P. (2002) The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question. *Common Market Law Review*. Vol.39, 945-994.
- Ehrlich, I, Posner, R. (1974) An Economic Analysis of Legal Rulemaking. *Journal of Legal Studies*. Vol.3, 257-286.
- Elhauge, E; (2003) Defining Better Monopolization Standards. *Stanford Law Review*. 253-344.
- Eliya, M.C., Porat, I. (2010) American balancing and German proportionality : historical origins. *International Journal of Constitutional Law*. Vol.8, 263-286.
- Ellickson, R. (1979). Public Property Rights : Vicarious Intergovernmental Rights and Liabilities as a Technique for Correcting Intergovernmental Spillovers. Dans D. Rubinfeld (Ed.). *Essays on the Law and Economics of Local Governments*. Washington DC : Urban Institute, pp.51-101.
- Ellickson, Robert C. (1989), "Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics", *Chicago-Kent Law Review*, Vol.65, 23-55.
- Ellingsen, T. (1998) Externalities versus Internalities: A Model of Political Integration. *Journal of Public Economics*. Vol.68 pp.251.
- Elliot, M. (2001) The Human Rights Act and The Standard of Substantive Review. *The Cambridge Law Journal*. Vol.60, 301-336.
- Elliot, W.Y. (1927). Pragmatic Ethics, Positivistic Law, and the Constitutional State. *Economica*, N°19, 1-26.
- Ely, J.H. (1980) *Democracy and Distrust : A Theory of Judicial Review*. Cambridge : Harvard University Press.
- Emerson, M., Auejan, M., Catinat, M., Goybet, P., Jacquemin, A. (1988) The Economics of 1992. *European Economy*, March.
- Emiliou, N. (1992) Subsidiarity : An Effective Barrier Against « the Entreprises of Ambition » ? *European Law Review*. Vol.17, pp.383-407.
- Emiliou, N. (1996) *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*. London: Kluwer Law International.
- Endicott, T. (2001). *Vagueness in Law*. Cambridge : Oxford University Press.
- Endo, K. (1994) The Principle of Subsidiarity : From Johannes Althusius to Jacques Delors. *Hokkaido Law Review*. Vol.44, pp.2064-1965.
- Engel, K. (1997) State Environmental Standard-Setting : Is There a « Race » and Is it « To The Bottom » ? *Hastings Law Journal*. Vol.48 pp.271.
- Epple, D., Romer, T. (1991) Mobility and Redistribution. *Journal of Political Economy*. Vol.99, pp.828-858.
- Epstein, L. (1978). The Next Generation of Legal Scholarship ? *Stanford Law Review*, Vol.30, 635-645.
- Epstein, L. (1990). The Independence of Judges : The Uses and Limitations of Public Choice Theory. *Brigham Young University Law Review*, 827-829.
- Epstein, L. & Segal, J. (2005) *Advice and Consent : The Politics of Judicial Appointments*. Cambridge: Harvard University Press.
- Epstein, R. (1973) The Reasonable Man Revisited. *Law and Society Review*. Vol.7, 643-666.
- Epstein, R. (1984) Asleep at a Constitutional Switch. *Wall Street Journal*. 9 August 1984: 28.

- Epstein, R. (1985) *Takings: Private Property and The Power of Eminent Domain*. Cambridge: Harvard University Press.
- Epstein, R. (1987) Judicial Review: Reckoning On Two Kings of Error. In J. Dorn and H. Manne (Eds.) *Economic Liberties and The Judiciary*. Fairfax: George Mason University Press, 39-46.
- Estella, A. (2005) *The Principle of Subsidiarity and Its Critique*. Oxford : Oxford University Press.
- Esty, D., Gerardin, D. (2004) Regulatory Co-opetition. In D. Esty and D. Gerardin (Eds.) *Regulatory Competition and Economic Integration. Comparative Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, pp.30-46.
- European Court of Justice. (1999). *The Future of the Judicial System of the European Union*. www.curia.eu.int/en/instit/txtdocfr/autrestxts/ave.pdf.
- European Court of Justice. (2005). *Annual Report of the European Court of Justice 2004*. Luxembourg: OJEC.
- Everling, U. (1983) Der Gerichtshof als Entscheidungsinstanz. In J. Schwarze (Ed.) *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtschützinstanz*. Baden-Baden.
- Everson, M. (1995) The legacy of the market citizen, in J. Shaw, G. More (Eds.) *New legal dynamics of European Union*. Oxford : Clarendon Press, 73.
- Everson, M. (2002) Adjudicating the Market. *European Law Journal*. Vol.8, 152.
- Everson, M. (2005) The legacy of the market citizen. In J. Shaw and G. More (Eds.) *New Legal Dynamics of the European Union*. Oxford : Clarendon Press.
- Fallon, R. (1987). A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review* , Vol.100, 1120-1123.
- Farber, D. (1986) State Regulation and the Dormant Commerce Clause. *Constitutional Commentary*. Vol.3 pp.395.
- Färber, G. (2001) Effizienz zentralisierter unter decentralisierter Verwaltungen. Dans P. Pernthaler et P. Bußjäger (Eds.), *Ökonomische Aspekte des Föderalismus*. Innsbruck : Institut für Föderalismus, pp.105-137.
- Färber, G. (2001) Effizienz zentralisierter unter decentralisierter Verwaltungen. Dans P. Pernthaler et P. Bußjäger (Eds.), *Ökonomische Aspekte des Föderalismus*. Innsbruck : Institut für Föderalismus, pp.105-137.
- Farjat, G. (2006) Observations sur la dynamique du droit de la concurrence, Dans G. Canivet (Ed.) *La Modernisation du Droit de la Concurrence*. Paris : LGDJ, 3-29.
- Favret, J-M. (2005) *Droit et pratique de l'Union Européenne*. 5ème Edition. Paris : Gualino Editeur.
- Favret, J. (2005). *Manuel Droit et Pratique de l'Union Européenne*, 5ème Edition. Paris: Gualino Editeur.
- Feenstra, R. (1992) How Costly is Protectionism? *The Journal of Economic Perspectives*, Vol.6, 159-178.
- Feld, L. (2005) The European constitution project from the perspective of constitutional political economy. *Public Choice*. Vol.122, 417-448
- Feldman, D. (1999) Proportionality and the Human Rights Act. In E. Ellis (Ed.) *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford: Hart Publishing, 117-144.
- Feldman, H.L. (1994). Objectivity in Legal Argument. *Michigan Law Review*, Vol.92, 1187.
- Feldstein, H. (1967) A Study of Transaction and Political Integration : Transnational Labour Flow within the European Economic Community. *Journal of Common Market Studies*. Vol.6, 24-55.
- Fetzer, J.H. (1983) The Rationality of Reasonableness. *Synthese*. Vol.57, 225-247.
- Fines, F. (1990) *Etude de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté européenne*. Paris : LGDJ.
- Finger, J.M. (1982) Incorporating the Gains from Trade into Policy. *World Economy*. Vol.5, 367-377.
- Fischer, F. (1987) Horizontal Mergers: Triage and Treatment. *Journal of Economic Perspectives*. Vol.1, 23-40.
- Fish, J. (1997) Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach. *Harvard Law Review*. Vol.110, 1056.

- Fix-Fierro, H. (2003) *Courts, Justice & Efficiency*. Oxford : Hart Publishing.
- Fligstein, N. (2008) *Euro-Clash: The EU, European Identity and the Future of Europe*, Oxford : Oxford University Press.
- Fligstein, N., McNichol, J. (1998) The Institutional Terrain of the European Union, in W. Sandholtz et A. Stone Sweet (Eds.), *European Integration and Supranational Governance*, Oxford : Oxford University Press, 59-91
- Fligstein, N., Stone Sweet, A (2002) Constructing Politics and Markets: An Institutional Account of European Integration. *American Journal of Sociology* Vol.107, 1206-1243.
- Fon, V., Parisi, F. (2003) Litigation and Evolution of Legal Remedies : A Dynamic Model. *Public Choice*. Vol. 116, 419.
- Fox, E. (1985) US and EU Competition Law: A Comparison. *Global Competition Policy*. 339-354.
- Fox, E. (1980) The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium. *Cornell Law Review*. Vol.66, 1140.
- Frank, R. (2000) Why is Cost-Benefit Analysis so Controversial? *Journal of Legal Studies*. Vol.29, 913-930.
- Friedman, M. (1962) *Capitalism and Freedom*. Chicago : Chicago University Press.
- Friedrich, C. (1963). *The Philosophy of Law in Historical Perspective, 2nd Ed*. Chicago : The University of Chicago Press.
- Frydman, B. (2000). Le projet scientifique de Francois Gény. Dans C. Thomasset, J. Vanderlinden, P. Jestaz. François Gény, F. Mythe et Réalités 1899-1999 Centenaire de Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif, Essai Critique., Montréal : Editions Yvon Blais.
- Fuller, L. (1964). *The morality of law*. New Haven : Yale University Press.
- Gardam, J. (1999) Proportionality as a Restraint on the Use of Force. Vol.20. *Yearbook of International Law*. 161-173.
- Garoupa, N., Ogus, A. (2006) A strategic interpretation of legal transplants. *Journal of Legal Studies*. Vol.35, pp.339-363.
- Garrett, G. (1992) International Cooperation and Institutional Choice: The European Community's Internal Market. *International Organization*. Vol.46, 533-560.
- Garrett, G. (1995) The Politics of Legal Integration in the European Union. *International Organization*. Vol.49, 171-181.
- Garrett, G. Keleman, D., Schulz, H. (1998) The European Court of Justice, National Governments, and Legal Integration in the European Union. *International Organization*. Vol.52, 149-176.
- Garrett, G. Weingast, B. (1993) Ideas, Interests and Institutions : Constructing the EC's Internal Market. In J. Goldstein and R. Keohane (Eds.) *Ideas and Foreign Policy. Beliefs, Institutions and Political Change*. Ithaca : Cornell University Press, 107-206.
- Gebhardt, M. (2008) *The Power of Precedent*. New York : Oxford University Press.
- Gely, R., Spiller, P. (1990) A Rational Choice Theory of Supreme Court Statutory Decisions With Application to the State Farm and Grove City Cases. *Journal of Law, Economics & Organizations*. Vol.6, 263.
- Gény, F. (1919). *Méthode d'interprétation et sources de droit privé positif. 2nd Edition*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Georgakopoulos, N.L. (1997) Predictability and legal evolution, *International Review of Law and Economics*. Vol.17, 475-489.
- Georgakopoulos, N.L. (2005) *Principles and Methods of Law and Economics. Basic Tools for Normative Reasoning*. Cambridge : Cambridge University press.
- Gérard, D. (2003) Merger Control Policy : How to Give Meaningful Consideration to Efficiency Claims ? *Common Market Law Review*. Vol.40, 1367.
- Gerardin, D., Petit, N. (2005) Price discrimination under EC competition law. In C. Norgen (Ed.) *The Pros and Cons of Price Discrimination*. Konkurrensverket/Swedish Competition Authority. Stockholm : Elanders Gotab, 21-64.

- Gerber, D. (1994) Constitutionalizing the Economy: German neoliberalism, Competition Law, and the New Europe. *American Journal of Comparative Law*. Vol.42, 25.
- Gerber, D. (2006) Les doctrines européenne et américaine du droit de la concurrence, in G. Canivet (Ed.) *La Modernisation du Droit de la Concurrence*. Paris : LGDJ, 107-129.
- Gerret, G., Kelemen, D., Schulz, H. (1998) The European Court of Justice, National Governments, and Legal Integration in the European Union. *International Organization*. Vol.52, 149-176.
- Gherig, T., Stenbacka, R. (2005) Price discrimination, competition and antitrust. In C. Norgen (Ed.) *The Pros and Cons of Price Discrimination*. Konkurrensverket/Swedish Competition Authority. Stockholm : Elanders Gotab, 131-160.
- Gibson, J., Caldeira, J. (1995) The Legitimacy of Transnational Legal Institutions : Compliance, Support, and the European Court of Justice. *American Journal of Political Science*. Vol.39, 459.
- Gillman, H. (2001). Review: What's Law Got to Do with It ? Judicial Behaviorists Test the «Legal Model» of Judicial Decision Making. *Law & Social Inquiry*. Vol.26, 465-504.
- Gilpin, R. (1989) *The Political Economy of International Relations*. Princeton: Princeton University Press.
- Ginsburg, D. (2006) An Introduction to Bork (1996) *Competition Policy International*. Vol.2, 225.
- Giubboni, S. (2006) Free movement of persons and European solidarity. *URGE Working Paper 9/2006*.
- Goessel-Le Bihan, V. (1997) Reflexions iconoclastes sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil Constitutionnel. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 227-267.
- Goessel-Le Bihan, V. (2007) Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel : figures récentes. *Revue Française de Droit Constitutionnel*. Vol.2, 269-295.
- Gonzalez, J-P. (1995) The Principle of Subsidiarity. *European Law Review*. Vol.20, pp.355-370.
- Goodhart, C. (1997) Economics and the Law: Too Much One Way Traffic ? *Modern Law Review*. Vol.60, 1.
- Goodman, J. (1979) An Economic Theory of the Evolution of the Common Law. *Journal of Legal Studies*. Vol.7, 235.
- Goodspeed, T. (1999). Tax Competition and Tax Structure in Open Federal Economies : Evidence from OECD Countries with Implications for the European Union. *Centre of European Economic Research, Mannheim*.
- Goodspeed, T. (1999). Tax Competition and Tax Structure in Open Federal Economies : Evidence from OECD Countries with Implications for the European Union. *Centre of European Economic Research, Mannheim*
- Gordon, R. (1981) Historicism in Legal Scholarship. *Yale Law Journal*. Vol.90, 1017.
- Gormley, L. (1990) Recent Case Law on the Free Movement of Goods : Some Hot Potatoes. *Common Market Law Review*. Vol.27, 825.
- Gormley, L. (1996) Two Years After Keck. *Fordham International Law Journal*. Vol.19, 866.
- Gormley, L. (1996) Two Years After Keck. *Fordham International Law Journal*. Vol.19, 866.
- Goucha Soares, A. (1998) Pre-emption, Conflict of Powers and Subsidiarity. *European Law Review*. Vol.23, pp.132-145.
- Gould, J.P. (1973) The Economics of Legal Conflicts. *Journal of Legal Studies*. Vol.2, 279-300.
- Goyard-Fabre, S. (1994). La philosophie morale et politique : entre le contractualisme et l'utilitarisme. Dans Michel Meyer, *La philosophie anglo-saxonne*. Paris : PUF.
- Goyens, M. (1985) EC Competition Policy and the Consumer Interest. (Ed.) Bruxelles : Bruylant.
- Graetz, M. (1986) Retroactivity Revisited. *Harvard Law Review*. Vol.98, 1820.
- Grant, R. (1989). Judge Posner's wealth maximization principle : another form of utilitarianism? *Cardozo Law Review*, 815-845.
- Gray, J.C. (1921). *The Nature and the Sources of Law*. New York : Macmillan.
- Greer, S., Williams, A. (2009) Human Rights in the Council of Europe and the EU : Towards "Individual", "Constitutional" or "Institutional Justice" ? *European Law Journal*. Vol.15, 462-481.

- Grey, T.C. (1989). Holmes and Legal Pragmatism. *Stanford Law Review*. Vol.41, 787-870.
- Grey, T.C. (2003). Judicial Review and Legal Pragmatism. Stanford Law School Research Paper N°52.
- Griffith, N. (2006) Déjà Vu All Over Again ? Constitutional Economics and European Legal Integration. *Constitutional Political Economy*. Vol.17, 15-29.
- Groussot, X., Minssen, T. (2007) Res Judicata in the Court of Justice Case-Law: Balancing Legal Certainty with Legality ? *European Constitutional Law Review*. Vol3, 385-417.
- Guersent, O. (2003). L'autorité de concurrence et l'analyse économique. *L'analyse économique : serviteur ou maître du droit de la concurrence*. Paris : Ateliers de la concurrence. DGCCRF. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Emploi.
- Guest, S. (1992) *Ronald Dworkin*. Edinburg : Edinburg University Press.
- Guillochon, B. (2001) *Le protectionnisme*. Paris : La Découverte.
- Gunther, G., Sullivan, K.M. (1997) *Constitutional Law. 13th Edition*. New York : The Foundation Press.
- Haas, E. (1958) The Uniting of Europe. Political, Economic and Social Forces : 1950-1957. Stanford : Stanford University Press.
- Haas, E. (1963) *Technocracy, Pluralism, and the New Europe*. Los Angeles : University of California.
- Haas, E. (1966) International Integration: The European and the Universal Process. In *International Political Communities : An Anthology*. New York : Doubleday, 93-130.
- Habermas, J. (1995) Multiculturalism and the Liberal State. *Stanford Law Review*. Vol.47, 849-853.
- Halberstam, D. (2009) Constitutional Heterarchy : The Centrality of Conflict in the European Union and the United States. In J. Dunoff and J. Trachtman (Eds.) *Ruling the World ? Constitutionalism, International Law and Global Government*. New York : Cambridge University Press.
- Hale, R.L. (1944) The Supreme Court and the Contract Clause. *Harvard Law Review*. Vol.57, 852.
- Hammond, P. (1990) Uncertainty In J. Eatwell et al. (Eds.) *The New Pelgrave: Utility and Probability*
- Handler, M. (1957) The Judicial Architects of the Rule of Reason, *Antitrust in Perspective*.
- Harbenger, A. (1971) Three Basic Postulates for Applied Welfare Economics. *Journal of Economic Literature*. Vol.9, 785-797.
- Hardin, R. (1992). The Morality of Law and Economics. *Law and Philosophy*, Vol.11, 331-384.
- Hardin, R. (1999) *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*. Oxford : Oxford University Press.
- Harpaz, G. (2009) The European Court of Justice and Its Relations with the European Court of Human Rights : The Quest ofr Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy. *Common Market Law Review*. Vol.46, 105-141.
- Hart, H. (1997). *The concept of law. 2nd Ed*. Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H. (1965). Book review of *Morality of law* by Lon Fuller. *Harvard Law Review*. Vol.78, 1281-1296.
- Hart, H., Sacks, A. (1958). *The Legal Process : Basic Problems in the Making and Application of Law*. West Publishing Company [2001].
- Hart, H.L.A. (1961) *The Concept of Law*. Oxford : Oxford University Press.
- Hartley, T.C. (2010) *The Foundations of European Community Law. 7th Ed*. Oxford: Oxford University Press.
- Hartley, T.C. (2010) *The Foundations of European Community Law. 7th Ed*. Oxford: Oxford University Press.
- Hartley, T.C. (2010) *The Foundations of European Union Law. Seventh Edition*. Oxford : Oxford University Press.
- Hatzopoulos, V. (2005) Trente ans après les arrêts fondamentaux de 1974, les quatre libertés : quatre ? Dans P. Demaret, I. Govaere, D. Hanf (Eds.) *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe*. Bruxelles : Peter Lang, 185-201.
- Hatzopoulos, V. (2007) Current Problems of Social Europe. *HEC Europe Symposium. Discussion Paper*.
- Hawk, B. (2006) Analyse comparative de l'article 82 du traité CE et de la section 2 du Sherman Act, in G. Canivet (Ed.) *La Modernisation du Droit de la Concurrence*. Paris : LGDJ, 131-149.
- Hayek, F. (1944) *The Road to Serfdom*. Chicago : Chicago University Press, [1975].
- Hayek, F. (1945) The Use of Knowledge in Society. *The American Economic Review*. Vol.35, 519-530.

- Hayek, F. (1960) *The Constitution of Liberty*. Chicago : Chicago University Press.
- Hayek, F. (1967) *Studies in Philosophy, Politics and Economics*. Chicago: University of Chicago Press.
- Hayek, F. (1973) *Law, Legislation and Liberty*. Chicago : Chicago University Press.
- Hayek, F. (1973). *Rules and Order*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Hayek, F. (1985) *La route vers la servitude*. Paris : Presses Universitaires de France
- Hayek, F. (1992) *Droit, législation et liberté*. Paris : Presses Universitaires de France
- Heiner, R.A. (1986) Imperfect Decisions and the Law: On the Evolution of Legal Precedent and Rules. *Journal of Legal Studies*. Vol.25, 227-261.
- Held, D ; (1991) Between state and civil society : citizenship. In G. Andrews (Ed.) *Citizenship*. London : Lawrence and Wishart.
- Helfer, J., Slaughter, A-M. (1998) Towards a Theory of Effective Supranational Adjudication. *Yale Law Journal*. Vol.107, 273.
- Helliwell, J. (1994) Empirical Linkages between Democracy and Economic Growth. *British Journal of Political Science*. Vol.24, 225-248.
- Hemming, R., Spahn, P. (1997) European Integration and the Theory of Fiscal Federalism. Dans M. Bleyer, T. Ter-Minassian (Eds.). *Macroeconomic Dimensions of Public Finance : Essay in Honour of Vito Tanzi*. New York : Routledge, pp.110-128.
- Hernu, R. (2003) Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Paris : LGDJ.
- Herzel, L., Richman, L. (2009) Delaware's Preeminence by Design, Foreword. Dans R.F. Balotti et J.A. Finkelstein, « The Delaware Law of Corporatipons and Business Organizations » 3ème Ed., Aspen Publishers.
- Hetherington, J. (1958) State Economic Regulation and Substantive Due Process of Law. *Northwestern University Law Review*. Vol.53, 226-251.
- Hickman, T. (2004) The Reasonableness Principle : Reassessing Its Place in the Public Sphere. *Cambridge Law Journal*. Vol. 63, 166-198.
- Hicks, J. (1939). The Foundations of Welfare Economics, *Economic Journal*, Vol.49, 696.
- Hicks, N. (1931) The Theory of Uncertainty and Profit. *Economica*. Vol.32, 170-189.
- Hilson, C. (1999) discrimination in Community free movement law. *European Law Review*. 445-42.
- Hinton, E.F. (1997) Balancing Justice, Expediency, and Legal Certainty: The Free Movement of Goods in the European Union. *Willamette Journal of International Law and Disupute Resolution*. Vol.5, 1-28.
- Hirsch, A. (2003) Cognitive Jurisprudence. *Southern California Law Review*. Vol.76, 1331-1370.
- Hirsch, A. (2005) Evolutionary Theories of Common Law Efficiency : Reasons for (Cognitive) Skepticism. *Florida State University Review*. Vol.32 ? 425-441.
- Hirschl, R. (2004). Toward Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Harvard University Press.
- Hockman, C.B. (1960) The Supreme Court and the Constitutionality of Retroactive Legislation. *Harvard Law Review*. Vol.73, 692-727.
- Hofstadter, R. (1965) What Happened to the Antitrust Movement in *The Paranoid Style in American Politics and Other Essays*, R. Hofstadter (Ed.), Cambridge: Harvard University Press, 188-237
- Holden, K., Peel, D.A., Thompson. J.L. (1992) *Expectations: Theory and Evidence*. London : MacMillan.
- Holmes, O. (1897). The path of the law. *Harvard Law Review*, Vol.10, 457-478.
- Holmes, O.W. (1897) The Path of the Law. *Harvard Law Review*. Vol.10, 457.
- Holmes, S., Sunstein, C. (1999) *The Cost of Rights*. New York : Norton & Company.
- Hooghe, L., Marks, G. (2001) Types of Multi-Level Governance. *European Integration Online Papers*. Vol.5
Disponible à : <http://eiop.or.at/eiop/texte/2001-oua.htm>
- Hos, N. (2009) The principle of proportionality in the Viking and Laval Cases : An Appropriate Standard of Judicial Review ? *EUI Working Paper 2009/06*.

<http://www.laits.utexas.edu/poltheory/sidgwick/me/index.html>

- Hufbauer, G., Schott, J. (1985) *Trading for Growth*. Washington DC: Institute for International Economics.
- Hume, D. ((1751) 1998) *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*. T. Beaucham (Ed.) Oxford : Oxford University Press.
- Ilioupoulou, A. (2007) Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union Européenne. Bruxelles : Bruylant.
- Inman, R., Rubinfeld, D. (1997) The Political Economy of Federalism. Dans D. Mueller (Ed.). *Perspectives on Public Choice : A Handbook. Vol2*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Inman, R., Rubinfeld, D. (1997b) The Political Economy of Federalism. Dans D. Mueller (Ed.). *Perspectives on Public Choice : A Handbook*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Inman, R., Rubinfeld, D. (1998) Subsidiarity and the European Union. In P. Newman (Ed.), *The New Palgrave of Economics and the Law*. MacMillan Reference Limited.
- Isiksel, T. (2010) Fundamental Rights in the EU after Kadi and Al Barakaaat. *European Law Journal*. Vol.16, 551-577.
- Jabko, N. (2009) L'Europe par le marché. Histoire d'une stratégie improbable. Paris : Les Presses de Sciences Po.
- Jackson, V. (1999) Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening Up the Conversation on "Proportionality", Rights and Federalism. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*. Vol.1, 583.
- Jackson, V. (1999) Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening Up the Conversation on 'Proportionality', Rights and Federalism. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*. Vol.1, 583.
- Jacobs, F. (1999) Recent Developments in the Principle of Proportionality in EC Law. In E. Ellis (Ed.) *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford : Hart Publishing, 1-21.
- Jacobs, F. (2001) Human Rights in the European Union : the role of the Court of Justice. *European Law Review*. Vol.26, 331.
- Jacqué, J-P., Weiler, J.H.H. (1990) On the Road to the European Union – A New Judicial Architecture : An Agenda for the Intergovernmental Conference. *Common Market Law Review*. Vol.27, pp.185.
- Jacquemin, A. (1978) Droit et économie dans l'interprétation de la règle de droit économique. Dans M. Van de Kerchove (Ed.) *L'interprétation du droit*. Bruxelles : Publication des facultés universitaires de Saint-Louis, 485-504.
- Jaffe, L. (1969). *English and American Judges as Lawmakers*. Oxford: Oxford University Press.
- Jans, J.H. (2000) Proportionality Revisited. *Legal Issues of Economic Integration*. Vol.27, 239-265.
- Jenny, F ; (2002) Pharmaceuticals, Competition and Free Movement of Goods. *EU Competition Law & Policy, Developments & Priorities*, Hellenic Competition Commission. Athens Conference, 19 April : 77-87.
- Jenny, F. (1989) Pratiques verticales restrictives, concurrence et efficience. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*. Vol.4, 5.
- Jenny, F. (1993) Competition and Efficiency. *Fordham Corporate Law Institute*.
- Jessurun d'Oliveira, H.U. (1995) Union Citizenship : Pie in the Sky ? In A. Rosas and E. Antola (Eds.) *A Citizens' Europe*. London : Sage, 126.
- Joerges, C., Rödl, F. (2009) Informal Politics, Formalised Law and the "Social Deficit" of European Integration : Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking* and *Laval*. *European Law Journal*. Vol.15, 1-19.
- Johnson, E., O'Keefe, D. (1994) From discrimination to obstacles to free movement: recent developments concerning the free movement of workers 1989-1994. *Common Market Law Review*, 1313.
- Joliet, R. (1967) The Rule of Reason in Antitrust Law: American, German and Common Market Laws in

- Comparative Perspective. Faculté de Droit de Liège.
- Joliet, R. (1984) La licence de marque et le droit européen de la concurrence. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1.
- Joliet, R. (1994) La libre circulation des marchandises : l'arrêt Keck et Mithouard et les nouvelles orientations de la jurisprudence. *JT de droit européen*. N°12, 145-152.
- Jolls, C., Sunstein, C., Thaler, R. (1998). A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*. Vol.50, 1471-1550.
- Jovanovic, M. (2005) *The Economics of European Integration. Limits and Prospects*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Kaldor, N. (1939). Welfare Propositions of Economics and Inter-personal comparisons of Utility, *Economic Journal*, Vol.49, 549.
- Kaplow, L. (1986) An Economic Analysis of Legal Transitions. *Harvard Law Review*. Vol.99, 509.
- Kaplow, L. (1992) Rules versus Standards: An Economic Analysis. *Duke Law Journal*. Vol.42, 557-629.
- Kaplow, L., Shavell, S. (2002) *Fairness vs Welfare*. Cambridge: Harvard University Press.
- Kattan, J. (1993) Efficiencies in Merger Analysis. *Antitrust Law Journal*. Vol.62, 513.
- Keeling, D ; (1998) In Praise of Judicial Activism. But What does it Mean ? And Has the Cour of Justice ever Practise it ? In *Scritti in onore di Federic Mancini, Vol.II*. Milano: Giuffrè, 505-536.
- Kelsen, H. (1967). *Pure Theory of Law. 2nd Ed*. Los Angeles: Unversity of California Press.
- Kemp, M. (1966) The Gain from International Trade and Investment: A Neo-Heckscher-Olin Approach. *American Economic Review*. Vol.61, 788-809.
- Kennedy, D. (1976) Form and Substance in Private Law Adjudication. *Harvard Law Review*. Vol.89, 1685.
- Kenner, J. (2003) Economic and social rights in the EU legal order: the mirage of indivisibility Dans T. Hervey and J. Kenner (eds), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights*. New Yorkd: Hart Publishing, 1–25.
- Keohane, R. (1990) International Liberalism Reconsidered. In J. Dunn (Ed.) *The Economic Limits to Modern Politics*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Keohane, R., Martin, L. (1995) The Promise of Institutional Theory. *International Security*. Vol.20, 39-51.
- Kerber, W. (2000) Interjurisdictional Competition Within the European Union. *Fordham International Law Journal*. Vol.23, pp.217-249.
- Kindleberger, C. (1983) Cycles in Protection and Free Trade. *Le Temps Stratégique*. Vol.3, 95-100.
- Kirat, T. (2001) Legal Systems and Economic Analysis. In B. Deffains and T. Kirat (Eds.) *Law and Economics in Civil Law Countries*. London : Elvesier, 61-78.
- Kirchner, C. (1997) Competence Catalogues and the Principle of Subsidiarity in a European Constitution. *Constitutional Political Economy*. Vol.8, pp.71-87.
- Kirkpatrick, C., & Parker, D. (2007). Regulatory impact assessment: An overview. In C. Kirkpatrick and D. Parker (Eds.), *Regulatory impact assessment. Towards better regulation ?* Cheltenham : Edward Elgar, 2-16.
- Kirkwood, J., Lande, R. (2008) The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Efficiency. *Notre Dame Law Review*. Vol.84, 191.
- Kirloy, B. (1999) *Integration Through Law : ECJ and Governments in the EU*. PhD Dissertation. University of California.
- Knight, J., Epstein, L. (1996) The Norm of Stare Decisis. *American Journal of Political Science*. Vol.40, 1018.
- Kokott, J. (1998) Report on Germany. In A-M. Slaughter, A. Stone Sweet et J.H.H. Weiler (Eds.) *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*. Oxford : Hart Publishing, 77-132.
- Kolasky, W., Dick, A. (2003) The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers. *Antitrust Law Journal*. Vol.71, 207.
- Komarek, J. (2010) Institutional Dimension of Constitutional Pluralism. *Eric Stein Working Paper No*

3/2010.

- Komesar, N. (1994) *Imperfect Alternatives. Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy.* Chicago : Chicago University Press.
- Komesar, N. (2001). *Law's Limit : The Rule of Law and the Supply and Demand of Rights.* Cambridge: Cambridge University Press.
- Koopmans, T. (1957). *Three Essays on the State of Economic Science.* New York: Mc Graw-Hill.
- Koopmans, T. (1982). *Stare Decisis in European Law.* Dans D. O'Keeffe, & H. Schermers, *Essays in European Law and Integration.* Deventer: Kluwer.
- Koopmans, T. (1987) *La Procédure Préjudicielle - Victime de son Succès ?* Dans F. Capotori et al. (Eds.), *Du Droit International au Droit de l'Intégration - Liber Amicorum Pierre Pescatore.* Bruxelles : Bruylant.
- Koopmans, T. (1987) *The technique of the preliminary question – a view from the Court of Justice.* In H. Schermers (Ed.) *Article 177 EC : Experiences and Problems.* London : Elvesier.
- Koopmans, T. (1991) *The Future of the Court of Justice of the European Communities.* *Yearbook of European Law.* Vol.11, 15.
- Korah, V. (1981) *The Rise and Fall of Provisional Validity – The Need for a Rule of Reason in EEC Antitrust.* *New York International Law and Business.* Vol.3, 320.
- Korah, V. (1986) *EEC Competition Policy-Legal Form or Economic Efficiency.* *Current Legal Problems.* 85
- Kornhauser, L. (2000) *On Justifying cost-Benefit Analysis.* *The Journal of Legal Studies.* Vol.29, 1037-1057.
- Kornhauser, L. (2009). *Modeling Courts.* Dans M. White, *Theoretical Foundations of Law and Economics* (pp. 1-20). Cambridge: Cambridge University Press.
- Kornhauser, L.A. (1980) *A Guide to the Perplexed Claim of Efficiency in the Law.* *Hofstra Law Review.* Vol.8, 591-639.
- Kornhauser, L.A. (2009) *Modeling Courts.* In M.D. White (Ed.), *Theoretical Foundations of Law and Economics.* Cambridge : Cambridge University Press.
- Kovacic, W. (2007) *The Intellectual DNA of Modern US Competition Law for Dominant Firm Conduct : The Chicago/Harvard Double Helix.* *Columbia Business Law Review.* Vol.1, 35.
- Kovar, R. (1987) *Le droit communautaire de la concurrence et la « règle de raison ».* *Revue Trimestrielle de Droit Européen,* 237.
- Kovar, R. (2006) *Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose,* *Revue trimestrielle de droit européen,* 213
- Kox, H., Lejour, A. (2006) *The Effects of the Services Directive on Intra-EU Trade and FDI.* *Revue économique.* Vol.57, 747-769.
- Kramer, L. (2000). *Putting the Politics Back Into the Political Safeguards of Federalism.* *Columbia Law Review.* Vol.100, pp.215-293.
- Kramer, M. (2007). *Objectivity and the Rule of Law.* Cambridge : Cambridge University Press.
- Krasner, S. (1993) *Global Communications and Global Powers.* Dans D. Baldwin (Ed.) *Neorealism and Neoliberalism: The Contemporary Debate.* New York : Columbia University Press.
- Kraut, R. (1990). *Varieties of Pragmatism.* *Mind.* New Series.Vol.99, 157-183.
- Krecké, E. (2003) *Economic Analysis and Legal Pragmatism.* *International Review of Law and Economics.* Vol.23, 421-437.
- Krelove, R. (1992). *Efficient Tax Exporting.* *Canadian Journal of Economics.* Vol.11, pp.145-155.
- Krisch, N. (2008) *The Open Architecture of European Human Rights Law.* *The Modern Law Review.* Vol.71, 183-216.
- Kumm, M. (2006) *Constitutionalising Subsidiarity in Integrated Markets : The Case of Tobacco Regulation in the European Union.* *European Law Journal.* Vol.12, 503-533.
- Kumm, M. (2010) *International Handelsgesellschaft, Nold, and the New Human Rights Paradigm.* In M. Maduro et L. Azoulai (Eds.) *The Past and Future of EU Law.* Portland : Hart Publishing, 106-118.

- Kunoy, B. Dawes, A. (2009) Plate Tectonics in Luxembourg : The Menage a Trois Between EC Law, International Law and the European Convention on Human Rights Following the UN Sanction Cases. *Common Market Law Review*. Vol.46, 73-104.
- Kymlicka, W. (2003) Les théories de la justice : une introduction. Paris : La Découverte.
- Lande, R. (1988) The rise and (coming) fall of efficiency as the ruler of antitrust. *Antitrust Bulletin*. Vol.33, 429-465.
- Landes, W. (1971) An Economic Analysis of Courts. *Journal of Law and Economics*. Vol.14, 61.
- Landes, W. (2003) The Empirical Side of Law and Economics. *The University of Chicago Law Review*. Vol.70, 167-180.
- Landes, W. & Posner, R. (1993). The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study. *Journal of Law and Economics*, Vol.36, 385-424.
- Landes, W., Posner, R. (1979) Adjudication as a Private Good. *Journal of Legal Studies*. Vol.8, 235.
- Lasser, M. (2004). Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy. Oxford : Oxford University Press.
- Lasser, M. (2010) Judicial Deliberations : A Comparative Analysis of Transparency and Legitimacy. New York: Oxford University Press.
- Laurent, E., Le Cacheux, J. (2006) Integrity and Efficiency in the EU : The Case Against the European Economic Constitution. CES Working Paper Series 130. Available at : <http://aei.pitt.edu/9030/>
- Lauwaars, R. (2009) Recent Case Law of the Bundesverfassungsgericht and EC Law : A View from the Outside. In M. Bulterman, L. Hancher, A. McDonnell and H. Sevenster (Eds.) *Views of European Law from the Mountain. Liber Amicorum Piet Jan Slot*. Netherlands : Kluwer Law International, 429-438.
- Law, D. (2005) Generic Constitutional Law. *Minnesota Law Review*. Vol.89, 652.
- Lawson, G. (1992) Efficiency and Individualism. *Duke Law Journal*. Vol.42, 53-98.
- Lawson, R. (1994) Confusion or Conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg. In R. Lawson et M. de Bloijs (Eds.) *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe : Essays in Honour of Henry G. Schermers. Volume III*. London : Kluwer Academic Publishers.
- Layard, R. (1976) Introduction. In R. Layard (Ed.) *Cost-Benefit Analysis. 3rd Edition* . London : Penguin Books.
- Lenaerts, K., De Smijter, E. (2001) A “Bill fo Rights” for the European Union. *Common Market Law Review*. Vol.38, 273.
- Lenaerts, K.(1994) The Principle of Subsidiarity and the Environment in the European Union : Keeping the Balance of Federalism. *Fordham International Law Journal*.Vol. 17, pp.846
- Lecourt, R. (1976). *L'Europe des juges*. Bruxelles : Editions Bruylant [2007].
- Lee, T.R., Lehnof, L.S. (2001) The Anastasoff Case and the Judicial Power to “Unpublish” Opinions. *Notre Dame Law Review*. Vol.77, 135.
- Leebron, D.W. (1996) Lying Down with Procrustes : An Analysis of Harmonization Claims. In J. Bhagwati and RE. Hudec (Eds.) *Fair Trade and Harmonization. Prerequisites for Free Trade ? Vol. I Economic Analysis*. Cambridge : MIT Press, 88.
- Légal, H. (2003). Le juge et les instruments de l'analyse économique. *L'analyse économique : serviteur ou maître du droit de la concurrence*. Paris : Ateliers de la concurrence. DGCCRF. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Emploi.
- Leigh, I.D., (2002) Taking Rights Proportionately: Judicial Review, The Human Rights Act and Strasbourg. *Public Law*. Vol.47, 265-287.
- Leitzel, J. (1989) Reliance and contract Breach. *Law & Contemporary Problems*. Vol.52, 87.
- Lenaerts, K. (1992) Some Thoughts About the Interaction Between Judges and Politicians in the European Community. *Yearbook of European Law*. Vol.12, 1.

- Lenaerts, K. (2000) Respect for Fundamental Rights As A Constitutional Principle of the European Union. *Columbia Journal of European Law*. Vol.6, 1-25.
- Lenaerts, K. (2005) The Unity of European Law and the Overload of the ECJ - The System of Preliminary Rulings Revisited. In I. Pernice I *et al.* (Eds.) *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, 212.
- Lenaerts, K., Ypersele, P. (1994). Le principe de subsidiarité et son contexte : Etude de l'article 3B du Traité CE. *Cahiers de droit européen*, Vol.30 N°1-2, 3.
- Leoni, Bruno. 1961. *Freedom and the Law*. William Volker Fund Series in the Humane Studies. Princeton, NJ : Van Nostrand.
- Lévy-Lambert, H., Guillaume, H. (1970) L'analyse coûts-avantages dans la RCB. *Bulletin RCB*, 9-17.
- Lianos, I. (2007) La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique. Bruxelles : Bruylant.
- Lianos, I. (2009) "Judging" Economists : Economic Expertise in Competition Law Litigation, in I. Lianos et I. Kokkoris (Eds.) *New Challenges in EC Competition Law Enforcement*. London : Kluwer.
- Lindberg, L.N., Scheingold, S.A. (Eds.) (1971) *Regional Integration: Theory and Research*. Cambridge : Harvard University Press.
- Lindberg, L.N., Scheingold, S.A. (Eds.) (1971) *Regional Integration: Theory and Research*. Cambridge : Harvard University Press.
- Lindquist, S.A., Cross, F.B. (2005) Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory : Studying the Path of Precedent. *New York University Law Review*. Vol.80, 1156.
- Lipset, S. M. (1959) Some Social Requisites of Democracy : Economic Development and Political Legitimacy. *American Political Science Review*. Vol.53, 69-105.
- Lopaka, J., Page, W. (2005) Economic Authority and the Limits of Expertise in Antitrust Cases. *Cornell Law Review*. Vol.90, 617-703.
- MacCormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press [1994].
- MacCormick, N. (1994) The Concept of Law and *The Concept of Law*. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol.14, 1-23.
- MacCormick, N. (1995) The Maastricht Urteil : Sovereignty Now. *European Law Journal*. 259.
- MacCormick, N. (2007) Weber, Habermas, and Transformations of the European State. Constitutional, Social, and Supranational Democracy. Cambridge : Cambridge University Press.
- MacCormick, N., Summers, R. (1997). Further general reflections and conclusions. Dans N. MacCormick et R. Summers, *Interpreting Precedents : A Comparative Study*. Dartmouth: Ashgate.
- MacCubbins, M., Kiewiet, D.R. (1991) The Logic of Delegation : Congressional Parties and the Appropriations Process. Chicago : Chicago : University Press.
- Macey, J.R. (1989) The Internal and External Costs and Benefits of Stare Decisis. *Chicago-Kent Law Review*. Vol.65, 93-113.
- MacHugh, M. (1988) The Law-Making Function of the Judicial Process – Part II. *ALJ*. Vol.62, 116.
- Maciejczyk, A. (2009) Constitutional Courts as Actors of Fundamentalisation of Social Rights. *EUI Working Paper. Law 2009/05*, 5-16.
- Mackaay, E., Rousseau, S. (2008) *Analyse économique du droit*. Paris : Dalloz.
- MacKenzie Stuart, A.I, Warner, J-P. (1981) Judicial Decisions as a Source of Community Law. In W. Grewe, H. Rupp and H. Schneider (Eds.) *Europäische Gerichtsbarkeit und Nationale Verfassungsgerichtsbarkeit*. Baden-Baden : Nomos.
- Maduro, M. (1994) *Keck* : The End ? The Beginning of the End ? Or Just the End of the Beginning?, *Irish Journal of European Law*, 36
- Maduro, M. (1998a) We, the Court : The European Court of Justice and the European Economic Constitution. Oxford : Hart.
- Maduro, M. (1998b) Striking the Elusive Balance between Economic Freedom and Social Rights in the

- EU. In P. Alston (Ed.) *The EU and Human Rights*. Oxford : Hart Publishing.
- Maduro, M. (1999) Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU. In P. Alston, M. Bustelo et J. Heenan (Eds.) *The EU and Human Rights*. Oxford : Oxford University Press, 449-472.
- Maduro, M. (2002) Harmony and Dissonance in Free Movement, in M. Andenas et W-H. Roth (Eds.) *Services and Free Movement in EU Law*, 52.
- Maduro, M. (2003a) Courts and Pluralism : Essay on Theory of Judicial Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism. In J. Dunoff and J. Trachtman (Eds.) *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Movement*. New York : Cambridge University Press.
- Maduro, M. (2003b) Europe and the Constitution: What If This Is as Good as It Gets ? In J. Weiler and M. Wind (Eds.), *European Constitutionalism beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 66.
- Maduro, M. (2004) Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective. *Jean Monnet Working Paper 5/04*.
- Maduro, M. (2007) Intepreting European Law : Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism. *European Journal of Legal Studies*. Vol.1.
- Mahoney, P.G. (2001) The Common Law and Economic Growth : Hayek Might Be Right. *Journal of Legal Studies*. Vol.30, 503-525.
- Majone, G. (1996) *Regulating Europe*. London : Routledge.
- Majone, G. (1998) Europe's Democratic Deficit. *European Law Journal*. Vol.5, 5-28.
- Majone, G. (2004) Dilemmas of European Integration. The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth. Oxford : Oxford University Press.
- Malueg, D., Schwartz, M. (1994) Parallel Imports, Demand Dispersion and International Price Discrimination. *Journal of International Economics*. Vol.37, 167-195.
- Mancini, F., Di Bucci, V. (1990) Le développement des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire *RC ADE*. Vol.I-1.
- Mancini, G. (1989) The Making of a Constitution for Europe. *Common Market Law Review*. Vol.26, 595.
- Mancini, G. (1989) The Making of a Constitution for Europe. *Common Market Law Review*. Vol.26, 595.
- Mann, C. (1972) The Function of Judicial Decisions in European Economic Integration. The Hague : Nijhoff.
- Marenco, G. (1984) Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesures d'effet équivalent. *CDE*, N°3/4, 291-364.
- Marenco, G. (1991) The Notion of Restriction on the Freedom of Establishment and Provision of Services in the Case-Law of the Court. *Yearbook of European Law*. Vol.11, 111.
- Marenco, G. (1999) La notion de restriction de concurrence dans le cadre de l'interdiction des ententes. *Mélanges en l'honneur de M. Waelbroeck*. B ruxelles : Bruylant.
- Marglin, S.A. (1972) The Opportunity Costs of Public Investment. In R. Layard (Ed.) *Cost-Benefit Analysis*. Middlesex : Penguin Books, 284-302.
- Marglin, S.A. (1972) The Opportunity Costs of Public Investment. In R. Layard (Ed.) *Cost-Benefit Analysis*. Middlesex : Penguin Books, 284-302.
- Marks, G., Hooghe, L., Blank, K. (1996) European Integration from the 1980s: State Centric Versus Multi-level Governance. *Journal of Common Market Studies*. Vol.34, 341-378.
- Markusen, J., Morey, E., Oleweiler, N. (1995) Competition in Regional Environmental Policies when Plant Locations are Endogeneous. *Journal of Public Economics*. Vol.56 pp.55.
- Marneff, W., Vereeck, L. (2010) The meaning of regulatory costs. *European Journal of Law and Economics*. Retrievable online since November 2010 at DOI : 10.1007/s10657-010-9194-7 .
- Marshall, T.H. (1950) *Citizenship and Social Class*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Marshall, T.H. (1975) *Social Policy*. London : Hutchinson.

- Martelmans, K. (1991) Article 30 of the EEC Treaty and Legislation relating to Market Circumstances : Time to consider a New Definition. *Common Market Law Review*. Vol.28, 115.
- Martens, P. (1992) L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité, Dans *Mélanges J. Velu*, Tome I. Bruxelles : Bruylant.
- Martin, D. (2006) Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste. Bruxelles : Bruylant.
- Marzo, C. (2009) European Citizenship as a Means to Fundamentalise Social Rights. *EUI Working Paper. Law 2009/05*, 29-42.
- Mashan, E.J. (1971) *Cost-Benefit Analysis*. London: George Allen & Unwin Ltd.
- Mason, E. (1939) Price and Production Policies of Large Scale Enterprise, *American Economic Review*, Vol.85, 808-827.
- Masson, A. (2008) Droit communautaire. Droit institutionnel et droit matériel. Bruxelles : De Boeck.
- Matelmans, K. (1991) Article 30 of the EEC Treaty and Legislation relating to Market Circumstances : Time to consider a New Definition. *Common Market Law Review*. Vol.28, 115.
- Mathieu, B. (2001) Reflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique. *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel N.11 Dossier : Le principe de sécurité juridique*.
- Mathis, K. (2009) Efficiency Instead of Justice. Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. London : Springer.
- Mattei, U. (1994). Efficiency in Legal Transplants : An Essay in Comparative Law and Economics. *International Review of Law and Economics*. Vol.14, pp.3-19.
- Mattei, U. (1997). *Comparative Law and Economics*. Michigan : The University of Michigan Press.
- Mattera, A. (1994) De l'arrêt « Dassonville » à l'arrêt « Keck » : l'obscurité clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions, *Revue du Marché Unique Européen*, 117.
- Mattli, W., Slaughter, A-M. (1997) The Role of National Courts in the Process of European Integration : Accounting for Judicial Preferences and Constraints. In A-M. Slaughter, A. Stone Sweet and J.H.H. Weiler (Eds.) *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*. Oxford : Hart Publishing, 253-276.
- Mattli, W., Slaughter, A-M. (1998) Revisiting the European Court of Justice. *International Organization*. Vol.52, 177-209.
- Mattli, W., Slaughter, A-M. (1998) The Role of National Courts in the Process of European Integration : Accounting for Judicial Preferences and Constraints. Dans A-M. Slaughter, A. Stone Sweet et J.H.H. Weiler (Eds.) *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*. Oxford : Hart Publishing, 253-276.
- McGloskey, R.G. (1962) Economic Due Process and the Supreme Court : An Exhumation and Reburial. *Supreme Court Review*. Vol.34.
- McKean, R. (1965) The Unseen Hand in Government. *American Economic Review*. Vol.53, 496-506.
- McKean, R.N. (1968) The Use of Shadow Prices. In R. Layard (Ed.) *Cost-Benefit Analysis. 3rd Edition*. London : Penguin Books.
- Meese, A. (2003) Price Theory, Competition, and Rule of Reason. *University of Illinois Law Review*. Vol.1, 77.
- Meese, E. (1987). The Law of the Constitution. *Tulane Law Review* , Vol.61, 979–89.
- Mehdi, R. (1999). La justice communautaire : entre espoirs fondés et promesses déçues. Dans R. Mehdi, *L'avenir de la justice communautaire*. Paris : Documentation française.
- Menendez (2007) *The European Democratic Challenge*. RECON Online Working Paper 2007/13, Oslo, ARENA, accessed at www.reconproject.eu/projectweb/portalproject/AbstractRECONwp0713.html on October 19, 2009.
- Menon, A., Weatherhill, S. (2008) Transnational Legitimacy in a Globalising World : How the European Union Rescues its States. *West European Politics*. Vol.31, 397-416.

- Mersselin, P. (2002) Niveau et coût du protectionnisme européen. *Economie Internationale*. Vol.89-90, 19-38.
- Mestmäcker, E.-J. (1994) On the Legitimacy of European Law. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*.
- Miller Struve, G. (1967) The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process. *Harvard Law Review*. Vol.80, 1463-1488.
- Million-Delsol, C. (1992) L'Etat subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne. Paris : Presses Universitaires de France.
- Minor-Depauw, J. (1994) The abolition of non-discriminatory obstacles to free movement. *Actualités du droit*, 129.
- Mitrany, D. (1966) *A Working Peace*. Chicago : Quadrangle Books.
- Moore, M. (1982) Moral Reality. *Wisconsin Law Review*. 1061-1157.
- Moore, M. (1992) Moral Reality Revisited. *Michigan Law Review*. Vol.90, 2424-2533.
- Moravcsik, A. (1991) Negotiating the Single European Act: National Interests and Conventional Statecrafts in the European Community. *International Organization*. Vol.45, 15-56.
- Moravcsik, A. (1993) Preferences and Power in the European Community: A Liberal Intergovernmentalist Approach. *Journal of Common Market Law Studies*. Vol.31, 473-524.
- Moravcsik, A. (1997) Taking Preferences Seriously: A Liberal Theory of International Politics. *International Organization*. Vol.51, 513-553.
- Moravcsik, A. (2005) The European Constitutional Compromise and the neofunctionalist legacy. *Journal of European Public Policy*. Vol.12, 349-386.
- Moravcsik, A. (2008) The European Constitutional Settlement. *The World Economy*, 157-182.
- Moravcsik, A., Schimmelfennig, F. (2009) Liberal Intergovernmentalism. In A. Wiener and T. Diez (Eds.) *European Integration Theory*. Oxford : Oxford University Press.
- Morjijn, J. (2006) Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law : Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution. *European Law Journal*. Vol.12, 15-40.
- Morone, J.A. (2000) Citizens or Shoppers ? Solidarity Under Siege. *Journal of Health Political Policy and Law*. Vol.25, 959.
- Möschel, W. (1989) Competition Policy from an Ordo Point of View, in A. Peacock et H. Willgerodt (Ed.) *German Neo-liberals and the Social Market Economic*. London : MacMillan, 146.
- Motta, M (2009) Michelin II – the Treatment of Rebates, in B. Lyons (Ed.) *Cases in European Competition Policy. The Economic Analysis*. Cambridge : Cambridge University Press, 30-49.
- Motta, M. (2004) *Competition Policy. Theory and Practice*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Mueller, D. (1989) *Public Choice II*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Mueller, D. (1996) *Constitutional Democracy*. Oxford: Oxford University Press.
- Mueller, D. (2004) *Introduction*. In C. Rowley et F. Schneider (Eds.) *Encyclopedia of Public Choice. Vol I*. New York: Kluwer Academic Publishers, 32-48.
- Mueller, D. (2005) Constitutional Political Economy in the European Union. *Public Choice*. Vol.124, 57-73.
- Muir-Watt, H. (2001) Propos liminaires sur le prestige du modèle américain. Dans L'américanisation du droit. *Archives de philosophie du droit*, Tome 45, 2-36.
- Munzer, S.R. (1977) Retroactive Law. *Journal of Legal Studies*. Vol.6, 373-397.
- Muris, T. (1980) The Efficiency Defense Under Section 7 of the Clayton Act. *Case Western Law Review*. Vol.30, 381-432.
- Muris, T. (1988) The New Rule of Reason. *Antitrust Law Journal*. Vol.57, 859.
- Muris, T. (1999) The Government and Merger Efficiencies: Still Hostile After All These Years. *George Mason University Law Review*. Vol.7, 729.

- Muth, J. (1961) Rational Expectations and the Theory of Price Movements. *Econometrica*. Vol.29, 315-335.
- Narciso Cunha Rodrigues, J. (2010) The Incorporation of Fundamental Rights in the Community Legal Order. In M. Maduro et L. Azoulai (Eds.) *The Past and Future of EU Law*. Portland : Hart Publishing, 89-97.
- Neill, P. (1994) The European Court of Justice : A Case Study in Judicial Activism. House of Lords Select Committee on the European Communities, Minutes of Evidence 18th Report HL.
- Neven, D. (2006) Competition economics and antitrust in Europe. *Economic Policy CEPR, London*.
- Neven, D., Nuttal, R., Seabright, P. (1993) Merger in Daylight : The Economics and Politics of European Merger Control. London : CEPR.
- Newdick, C. (2009) The European Court of Justice, Transnational Health Care, and Social Citizenship – Accidental Death of a Concept ? *Wisconsin International Law Journal*. Vol .26, 844-867.
- Nihoul, A. (1994) La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*. Vol.30, 171.
- Nikolaidis, K. (2004) We, The Peoples of Europe... *Foreign Affairs*. Vol.83, 97-110.
- Noll, R. (1989) Economic Perspectives on the Politics of Regulation. In R. Schmalensee and R. Willig (Eds.) *Handbook of Industrial Organization. Vol.II*. Amsterdam : North-Holland, 1254-1287.
- Nonet, P. (1990) What is Positive Law? *Yale Law Journal*. Vol.100, 667-699.
- North, D. R (1990) Institutions, Institutional Change, and Economic Performance. Cambridge : Cambridge University Press.
- Nye, J.S. (1968) *International Regionalism*. Boston : Little Borwn.
- O'Leary, S. (2008) Developing an ever closer Union between the Peoples of Europe ? A reappraisal of the case law of the Court of Justice on the free movement of persons and EU Citizenship, *Yearbook of European Law*, Vol.27, 167
- O'Leary, S. (1999) Putting Flesh on the Bones of European Union Citizenship. *European Law Review*. Vol.24, 68.
- O'Leary, S. (2005) Solidarity and Citizenship Rights in the Charter of Fundamental Rights of the European Union. In G. de Burca (Ed.) *EU Law and the Welfare State : In Search of Solidarity*. Oxford : Oxford University Press.
- Oates, W. (1972). *Fiscal Federalism*. New York : Harcourt Brace Jovanovitch
- Oates, W. (1994) Federalism and Government Finance. Dans J. Quigley et E. Smolenskey (Eds.) *Modern Public Finance*. Cambridge : Harvard University Press, pp..125-151.
- Oates, W. (1994) Federalism and Government Finance. Dans J. Quigley et E. Smolenskey (Eds.) *Modern Public Finance*. Cambridge : Harvard University Press, pp..125-151.
- Oates, W. (1998) Thinking About Environmental Federalism. *Ressources*. Vol.130 pp.14.
- Oates, W. (1999) An Essay on Fiscal Federalism. *Journal of Economic Literature*. Vol.37, pp.1120-1149.
- Oates, W., Schwab, R. (1988) Economic competition among jurisdictions: Efficiency Enhancing or Distortion Inducing. *Journal of Public Economics*. Vol. 35 pp.333-354.
- Obidzinski, M. (2006) *Economie d'un droit flexible*. PhD Dissertation of the University of Nancy II.
- Ogus, A. (1999). Competition Between National Legal Systems : A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law. *International Comparative Law Quarterly*. Vol.48 pp.405-419.
- Ogus, A. (2002) The economic basis of legal cultures : Networks and monopolisation. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.22, pp.419-434.
- Ogus, A., Faure, M. (2002) *Economie du droit : le cas francais*. Paris : Editions Panthéon-Assas.
- Okun, A. (1975). *Equality and Efficiency. The Big Tradeoff*. Revised and expanded version of material presented in the Godkin lectures at the John F. Kennedy School of Government of Harvard University in April 1974. Washington: The Brookings Institution.
- Oliver, P., Enchelmaier, S. (2007) Free Movement of Goods : Recent Developments in the Case Law. *Common Market Law Review*. Vol.44, 649.

- Olson, M. (1969). The Principle of « Fiscal Equivalence » : The Division of Responsibilities among Different Levels of Government. *The American Economic Review, Papers and Proceedings*. Vol.59, pp.479-487.
- Ortino, F. (2005) From “non-discrimination to reasonableness” : a paradigm shift in international economic law ? *Jean Monnet Working Paper 01/05, New York University*.
- Ostas, D.T. (1998). Postmodern Economic Analysis of Law : Extending the Pragmatic Visions of Richard A. Posner. *American Business Law Journal*. Vol.36, 193-238.
- Papandrea, F. (2009) Regulation and cost-benefit analysis. In R. Brent (Ed.) *Handbook of Research on Cost-Benefit Analysis*. Cheltenham: Edward Elgar, 185-225.
- Parisi, F. (2004) The Efficiency of the Common Law Hypothesis. In C. Rowley et F. Schneider (Eds.) *Encyclopedia of Public Choice. Vol II*. New York: Kluwer Academic Publishers, 195-197.
- Parisi, F., Fon, V. (2009) *The Economics of Lawmaking*. New York: Oxford University Press.
- Parisi, F., Fon, V., Ghei, N. (2004) The Value of Waiting in Lawmaking. *European Journal of Law and Economics*. Vol.18, 131-148.
- Parisi, F., Klick, J. (2005). Functional Law and Economics: The Search for Value-Neutral Principles of Lawmaking. *Chicago-Kent Law Review*, Vol.70, 3-39.
- Parisi, F., Ribstein, L.E. (1998) Choice of Law. In P. Newman (Ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Vol.1, pp.236.
- Parisi, F., Singh, R. (2010) The Efficiency of Comparative Causation. *Review of Law and Economics*. Vol.6, 219-245.
- Parsons, F. (1911) *Legal Doctrine and Social Progress*.
- Partan, D. (1995) The Justiciability of Subsidiarity. In C. Rhodes and S. Mazey (Eds.), *The State of the European Union: Building a European Polity ?* Essex: Longman.
- Paunio, E. (2009) Beyond Predictability – Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order. *German Law Journal*, Vol.10, 1469-1493.
- Peczenik, A. (1989) *On Law and Reason*. Dordrecht : Kluwer.
- Peczenik, A. (1997) The Binding Force of Precedent. In D. MacCormick and R. Summers (Eds.) *Interpreting precedents: A comparative study*. Dartmouth : Dartmouth Publishing, 461-479.
- Pelkmans, J. (2006) Goods Market Integration: Economic Impact Analysis. In J. Pelkmans, *European Integration: Methods and Economic Analysis. Third Edition*. London : Pearson Education, 100-124.
- Pennings, F. (1993) Is the Subsidiarity Principle Useful to Guide the European Integration Process ? *Tilburg Foreign Law Review*. Vol.2, pp.153-164.
- Pentland, C. (1973) *International Theory and European Integration*. New York : Free Press.
- Perrot, A. (2005) Towards an effects-based approach of price discrimination. In C. Norgen (Ed.) *The Pros and Cons of Price Discrimination*. Konkurrensvetket/Swedish Competition Authority. Stockholm : Elanders Gotab, 161-186.
- Persson, T., Roland, G., Tabellini, G. (1996) The Theory of Fiscal Federalism : What does it Mean for Europe ? *Conference Paper « Quo Vadis Europe ? », Disponible à : <http://ideas.repec.org/p/igi/igierp/101.html>*
- Pescatore, P. (1960) *Introduction à la Science du Droit*, Luxembourg : Office des Imprimés de l'Etat.
- Pescatore, P. (1980) Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats Membres. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 337.
- Pescatore, P. (1986) Rapport du XIIème Congrès de la FIDE. Les principes généraux communs aux droits des Etats Membres en tant que source du droit communautaire. Volume 1, Paris, 24-27.
- Petersmann, E-U. (2003) Theories of Justice, Human Rights and the Constitution of International Markets. *Loyola of Los Angeles Law Review*. Vol.37, 407-459.
- Philippe, X. (1990) Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et

- administrative françaises, Aix-en-Provence : Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
- Philips, M. (1999) The Slow Return of Economic Substantive Due Process. *Syracuse Law Review*. Vol.49, 917-969.
- Picod, F., (1998) La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges, *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 2, 169.
- Pierce, I. (1999) Multilvel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam : European Constitution-Making Revisited ? *Common Market Law Review*. Vol.36, 703.
- Pinault, M. (2005) Incertitude et sécurité juridique. Rapport du Groupe de Travail 1. Séminaire de la Cour de Cassation, de l'Institut des Hautes Etudes Judiciaires, du Centre des Hautes Etudes
- Pinello, D. (1999) Linking Party to Judicial Ideology in American Court: A Meta-Analysis. *Justice System Journal*. Vol.20, 219.
- Piraino, T. (1991) Reconciling Per Se and Rule of Reason Approaches to Antitrust Analysis. *Southern California Law Review*. Vol.64, 685-739.
- Pirovano, A. (2001) L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union Européenne, Dans *Les instruments juridiques de passage à l'économie de marché : le cas de l'Algérie*. Paris : L'Harmattan, p.130.
- Pitarakis, J.-Y., Tridimas, G. (2003), Joint Dynamics of Legal and Economic Integration in the European Union. *European Journal of Law and Economics*. Vol.16, 357-368.
- Pitofskaiy, R. (1992) Proposals for Revised United States Merger Enforcement a Global Economy. *Georgetown Law Review*, Vol.81, 195.
- Plott, C. (1991) Will Economics Become an Experimental Science ? *Southern Economic Journal*. Vol.57, 787-806.
- Poillot Peruzzetto, S. (2006) Affectation du commerce entre Etats membres, Dans G. Canivet (Ed.) *La Modernisation du Droit de la Concurrence*. Paris : LGDJ, 51-83.
- Polinsky, A.M. (1983) Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies. *Journal of Legal Studies*. Vol.12, 427-444.
- Polinsky, A.M. (2003) *An Introduction to Law and Economics*. 3rd Ed. New York: Aspen Publishers.
- Polinsky, M. (1989) *An Introduction to Law and Economics*. 2nd. Boston : Little Brown.
- Pollack, M. (1997) Delegation, agency, and agenda setting in the European Community. *International Organization*. Vol.51, 99-134.
- Pollack, M. (2001) International Relations Theory and European Integration. *Journal of Common Market Studies*. Vol.39, 221-244.
- Pollack, M. (2003) The Engines of European Integration. Delegation, Agency, and Agenda Setting in the EU. Oxford : Oxford University Press.
- Popper, K. (1963) *Conjectures and Refutations*. London: Routledge and Keagan Paul.
- Posner, R. (1974). Theories of Economic Regulation. *Bell Journal of Economics & Management Science*. Vol.5, 22-50.
- Posner, R. (1977) The Rule of Reason and the Economic Approach : Reflections on the Sylvania Decision. *The University of Chicago Law Review*. Vol.45, 1-20.
- Posner, R. (1979) Utilitarianism, Economics and Legal Studies. *Journal of Legal Studies*. Vol.8, 103.
- Posner, R. (1981). *Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press
- Posner, R. (1984). Wealth Maximization and Judicial Decisionmaking. *International Review of Law and Economics*, Vol.4, 131-135.
- Posner, R. (1993). What Do Judges and Justices Maximize ? (The Same Thing Everybody Else Does). *Supreme Court Economic Review*. Vol.3, 1.
- Posner, R. (1995) *Overcoming Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Posner, R. (1998) *Economic Analysis of Law*. 5th Ed. New York : Aspen Publishers.
- Posner, R. (1998a). *Overcoming Law*. 5th Edition. Cambridge: Harvard University Press.
- Posner, R. (1998b) Rational Choice, Behavioral Economics and the Law. *Stanford Law Review*. Vol.50,

1151.

- Posner, R. (2000). *The Problems of Jurisprudence, 7th Edition*. Cambridge: Harvard University Press.
- Posner, R. (2001) *Antitrust Law. 2nd Ed.* Chicago: The University of Chicago Press.
- Posner, R. (2001) *Antitrust Law. Second Edition*. Chicago : Chicago University Press.
- Posner, R. (2001) *The Frontiers of Legal Theory*. Cambridge : Harvard University Press.
- Posner, R. (2003) *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press.
- Posner, R. (2007) *Economic Analysis of Law. 7th Ed.* New York : Aspen Publishers.
- Posner, R. (2008). *How Judges Think*. Cambridge : Harvard University Press.
- Powell, L.F. (1989) Stare Decisis and Judicial Restraint. Stability and Moderation are Important to the Law. *Speech Delivered before the Association of the Bar of the City of New York, Leslie H. Arps Lecture*, October 17, 1989.
- Prechal, S. (2011) Protection of Rights : How Far? In S. Prechal and B. van Roermund (Eds.) *The Coherence of EU Law. The Search for Unity in Divergent Concepts*. Oxford : Oxford University Press.
- Prest, A.R., Turvey, R. (1965) Cost-benefit analysis : a survey. *Economic Journal*. Vol.75, 685-705.
- Preuß, U. (1995) Problems of a concept of European citizenship. *European Law Journal*. Vol.1, 267.
- Priest, G. (1977). The Common Law process and the selection of efficient rules. *Journal of Legal Studies*, Vol.6, 65-82.
- Puissochet, J-P., Legal, H. (2001) Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes. *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel N.11 Dossier: Le principe de sécurité juridique*.
- Putman, R. (1993) *Making Democracy Work : Civic Traditions in Modern Italy*. Princeton : Princeton University Press.
- Qian, Y., Weingast, B. (1997). Federalism as a Commitment to Preserving Market Incentives. *Journal of Economic Perspectives*. Vol.11, pp.83-92.
- Rachlinski, J. (2000) Heuristics and Biases in the Courts : Ignorance or Adaptation ? *Oregon Law Review*. Vol.79, 61-102.
- Radin, M. (1925) The Theory of Judicial Decision : Or How Judges Think. *American Bar Association Journal*. Vol.11, 357-362.
- Railton, P. (1990) Benefit-Cost Analysis as a Source of Information About Welfare. In P. Hammond and R. Coppock (Eds.) *Valuing Health Risks, Costs and Benefits for Environmental Decision Making*. Washington DC: National Academy Press.
- Raitio, J. (2003) *The Principle of Legal Certainty in EC Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- Rasmussen, E. (1994) Judicial Legitimacy as a Repeated Game. *Journal of Law, Economics, and Organization*. Vol.10, 63.
- Rasmussen, H. (1980) Why is Article 173 interpreted against private plaintiffs ? *European Law Review*. Vol.5, 112.
- Rasmussen, H. (1984). The European Court's Acte Clair Strategy in CILFIT. *European Law Review* , Vol.9, 242.
- Rasmussen, H. (1986) On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policymaking. Dordrecht : M. Nijhoff.
- Rasmussen, H. (1998). *The European Court of Justice*. Copenhagen: Gadjura.
- Ratnapala, S. (2009). *Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rawls, J. (1971) *A Theory of Justice*. Cambridge : Harvard University Press
- Rawls, J. (1971) *A Theory of Justice*. Cambridge : Harvard University Press.
- Ray, J-E. (2000) Les nouveaux droits ? Dans J. Duthel de la Rochère et G. Cohen-Jonathan (Ed.) *Vers une Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*. Actes de la table ronde du 18 mai 2000 à Paris, Regards sur l'actualité, Août 2000, 52.
- Raz, J. (1979). *The authority of law : essays in law and morality*. Oxford : Oxford University Press.

- Redman, D.A. (1992) *A Reader's Guide to Rational Expectations*. Aldershot : Edward Elgar.
- Reese, D.A. (1989) Does the Common Law Evolve ? *Hamine Law Review*. Vol.12, 321-353.
- Regan, D. (1985) The Supreme Cour and State Protectionism : Making Sense of the Dormant Commerce Clause. *Michigan Law Review*. Vol.84, 1091.
- Renda, A. (2006). Impact assessment in the EU. The state of the art and the art of the state. Brussels: Centre for European Policy Studies
- Reta, M. (2005) Economic Theories of Political (Dis) Integration. *Journal of Economic Surveys*. Vol.19, pp.1-21.
- Revesz, R.L. (1992) Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking the « Race to the Bottom» Rationale for Federal Environmental Regulation. *New York University Law Review*. Vol.67 pp.1210-1254.
- Revet, T. (2005). La Légisprudence. Dans *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie* (p. 377 et s.). Paris : Défrénois.
- Rey, P. (2006) Concurrence par les mérites, Dans G. Canivet (Ed.) *La Modernisation du Droit de la Concurrence*. Paris : LGDJ, 150-161.
- Rey, P., Venit, J.S. (2009) Parallel trade of prescription medicines : the Glaxo *Dual Pricing* Case. In B. Lyons (Ed.) *Cases in European Competition Policy. The Economic Analysis*. Cambridge : Cambridge University Press, 268-282.
- Reynolds, P. (2011) Legitimate Expectations and the protection of trust in public officials. *Public Law*. April, 330-352.
- Rials, S. (1980) Le juge administratif francais et la technique du standard. Paris : LGDJ.
- Ribstein, L. ; Kobayashi, B. (2006) Economics of Federalism. *Illinois Law and Economics Working Paper Series No. LE06-001*, pp.1-22.
- Richardson, H. (2000) The Stupidity of the Cost-Benefit Standard. *The Journal of Legal Studies*. Vol.29, 971-1003.
- Richer, L. (2000) Le juge économiste ? *Actualité juridique de Droit Administratif*. 703
- Rigaux, A. (2003) symphonie déconcertante ou Keckophonie ? A propos des dissonances de l'arrêt *Morellato*. *Europe*, N°13.
- Ripert, G. (1955). *Les Forces Créatrices du Droit*. Paris : LGDJ.
- Ristroph, A. (2005) Proportionality as a Principle of Limited Government. *Duke Law Journal*. Vol.55, 263-332.
- Rivers, J. (2006) Proportionality and variable intensity of review. *Cambridge Law Journal*. Vol.65, 174-207.
- Rizzo, M. (1980) The Mirage of Efficiency. *Hofstra Law Review*. Vol.8, 641-658.
- Rizzoli, M., Stanca, L. (2009) Judicial Errors and Crime Deterrence: Theory and Experimental Evidence. Dipartimento di Economia Politica Università degli Studi di Milano – Bicocca, Working Paper Series N°170.
- Robbins, L. (1945). *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*. London: Macmillan and Co. Available at: <http://mises.org/books/robbinessay2.pdf>
- Roberts, G., Salop, S. (1996) Efficiencies in Dynamic Merger Analysis. *World Competition Law and Economics Review*. Vol.19, 5.
- Roberts, M. (2001) Public Law Representations and Substantive Legitimate Expectations. *Modern Law Review*. Vol.64, 112-122.
- Robertson, E.L. (2000) A Corrective Justice Theory of Antitrust Regulation. *Catholic University Law Review*. Vol.49, 741.
- Robin-Olivier, S. (2000) Le principe d'égalité en droit communautaire - Etude à partir des libertés économiques. Aix-Marseille : PUAM.
- Rodden, J., Rose-Ackerman, S. (1997) Does Federalism Preserve Markets? *Vanderbilt Law Review*. Vol.83, pp.1521.

- Roe, M. (1996) Chaos and Evolution in Law and Economics. *Harvard Law Review*. Vol.109, 641-668.
- Rogerson, W.P. (1984) Efficient Reliance and Damages Measures for Breach of Contract. *The RAND Journal of Economics*. Vol.15, 39-53.
- Romano, R. (1987) The State Competition Debate in Corporate Law. *Cardozo Law Review*. Vol.8 pp.709.
- Rommen, H. (1955). *The Natural Law*. London: Herder Book Co.
- Rorty, R. (2007) Dewey and Posner on pragmatism. *The University of Chicago Law Review*. Vol.74, 915-927.
- Rosas, M. (2000) Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts. In Baudenbach, Tresselt and Orlygsson (Eds.) *The EFTA Court : Ten Years On*. Oxford : Hart Publishing, 163.
- Rose-Ackerman, S. (1992) Rethinking the Progressive Agenda : The Reform of the American Regulatory State. New York: Free Press.
- Rosenberg, J. (1983) If Economics Isn't a Science, What is It ? *Philosophy Forum*. Vol.14, 296.
- Rosenfeld, M. (1998). *Just Interpretations: Law Between Ethics and Politics*. University of California Press.
- Rosenfeld, M. (2004). Constitutional adjudication in European and the United States : paradoxes and contrasts. *International Journal of Constitutional Law*, Vol.4, 633-668.
- Rosenfeld, M. (2006). Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court. *International Journal of Constitutional Law* , Vol.4, 618-651.
- Ross, A. (1958). *On Law and Justice*. London: Stevens & Sons.
- Ross, M. (1996) Keck : Grasping the Wrong Nettle. In A. Caiger and D. Floudas. *1996 Onwards*. Chichester : John Wiley.
- Rubi-Cavagna, E. (2004) Les principes fondamentaux dans la jurisprudence des juridictions suprêmes. *Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice*. Université Jean Monnet St-Etienne.
- Rubin, E.L. (1996) The New Legal Process, the Synthesis of Discourse, and the Microanalysis of Institutions. *Harvard Law Review*. Vol.109, 1383.
- Rubin, P. (1977) Why is the Common Law Efficient? *Journal of Legal Studies*. Vol.6, 51-63.
- Rubin, P. (1999) Judge-Made Law. In B. Bouckaert et G. De Geest (Eds.) *Encyclopedia of Law and Economics. Vol.V. The Economics of Crime and Litigation*. Cheltenham : Edward Elgar.
- Rubin, P. (2005) Micro and Macro Legal Efficiency: Supply and Demand. *Supreme Court Economic Review*. Vol.13, 19-34.
- Ruggie, J.G. (1993) Territoriality and beyond. *International Organization*. Vol.47, 139-174.
- Rumble, W.E. (1964) American Legal Realism and the Reduction of Uncertainty. *Journal of Public Law*. Vol.13, 45-75.
- Saldaña, J. (1926) Que significa el pragmatismo jurídico ? *Boletín del Colegio de abogados de Madrid*, 1-3.
- Salin, P. (1995) *La concurrence*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Salviejo, C. (2003) *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire*. Thèse de Doctorat de l'Université de Montpellier I.
- Sampford, C. (2006) *Retrospectivity and the Rule of Law*. Oxford : Oxford University Press.
- Samuels, W.J. (1989) Foreword. In A. Schmid, *Benefit-Cost Analysis. A Political Economy Approach*. San Francisco: Westview Press.
- Samuelson, P. (1954) A Pure Theory of Public Expenditure. *Review of Economics and Statistics*. Vol.36, pp.387-389.
- Sandholtz, Stone Sweet, A. (Eds.) (1998) *European Integration and Supranational Governance*. Oxford : Oxford University Press.
- Schaefer, G. (1991) Institutional Choices : The Rise and Fall of Subsidiarity. *Futures*. Vol.23, pp.681-694.
- Schäfer, H.B., Ott, C. (2004) *Economic Analysis of Civil Law*. Cheltenham : Edward Edgar Publishing.
- Scharpf, F. (1997) Games Real Actors Play: Actor-Centered Institutionalism in Policy Research. Boulder : Westview Press.
- Scharpf, F.W. (1996) Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare

- States. In G. Marks *et al.*, *Governance in the European Union*. London : Sage, 15-39
- Scharpf, F.W. (2002) The European Social Model : Coping with the Challenges of Diversity. *Journal of Common Market Studies*. Vol.26, 185.
- Schechter, M. (1982) The Rule of Reason in European Competition Law. *Legal Issues of Economic Integration*. Vol.2, 1.
- Scheek, L. (2005) The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol.65, 837.
- Scheingold, R. (1971) *The Rule of Law in European Integration*. Cambridge : Yale University Press.
- Scherer, F., Ross, D. (1990) *Industrial Market Structure and Economic Performance*. 3rd Edition. Boston : Hough Mifflin Company.
- Schermer, H., Waelbroeck, D. (2001) *Judicial Protection in the European Union*. 6th Edition.
- Schimmelfenning, F. (2006) Competition and community : constitutional courts, rhetorical action, and the institutionalization of human rights in the European Union. *Journal of European Public Policy*. Vol.13, 1247-1264.
- Schlag, P.J. (1985) Rules and Standards. *UCLA Law Review*. Vol.33, 379.
- Schlesinger, R. (1995). The Past and the Future of Comparative Law. *American Journal of Comparative Law*. Vol.43, 477.
- Schlink, B. (1994). German Constitutional Culture in Transition. Dans M. Rosenfeld, *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives* (pp. 197-222). Duke: Duke University Press.
- Schmid, A. (1989) *Benefit-Cost Analysis*. San Francisco: Westview Press.
- Schmidt, V. (2010) Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited, Input, Output and Throughput. *KFG Working Paper N.21*
- Schmidtchen, D., Cooter, R. (1997) *Constitutional Law and Economics in the European Union*. London : Edward Elgar Publishing.
- Schuck, P. (1992) Legal Complexity: Some Causes, Consequences and Cures. *Duke Law Journal*. Vol.42, 1.
- Schultz, W.J. (2001). *The Moral Conditions of Economic Efficiency*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Schwartz, A., Scott, R.E. (1995) The Political Economy of Private Legislatures. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol.143, 595-654.
- Schwarz, J. (1994) *Droit administratif européen. Le principe de sécurité juridique*. Office des publications des Communautés Européennes. Bruxelles : Bruylant.
- Schwarze, J. (1992) *European Administrative Law*. London: Sweet & Maxwell.
- Scott Johnson, J. (1991) Uncertainty, Chaos, and the Torts Process: An Economic Analysis of Legal Form. *Cornell Law Review*. Vol.76, 341.
- Scully, G. (1988) The Institutional Framework and Economic Development. *The Journal of Political Economy*. Vol.96, 652-662.
- Segal, J., Spaeth, H. (2002). *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Segal, J., Spaeth, H., Benesh, S. (2005) *The Supreme Court in the American Legal System*. New York: Cambridge University Press.
- Sen, A. (2000) The Discipline of Cost-Benefit Analysis. *The Journal of Legal Studies*. Vol.29, 931-952.
- Sen, A. (2002). *Rationality and Freedom*. Cambridge : Harvard University Press.
- Shapiro, M. (1965) Stability and Change in Judicial Decision-Making: Incrementalism or Stare Decisis. *Law in Transition Quarterly*. Vol.2, 134.
- Shapiro, M. (1980) Comparative Law and Comparative Politics. *Southern California Law Review*. Vol.53, 537-542.
- Shapiro, M. (1992) The European Court of Justice. In A. Sbragia (Ed.) *Euro-politics: Institutions and Policy-making in the "New" European Community*. Washington DC : Brookings Institution, 123-156.
- Shapiro, M., Stone Sweet, A. (2002) *On Law, Politics and Judicialization*. Oxford : Oxford University Press.

- Sharpston, E. (1990) Legitimate Expectations and Economic Reality. *European Law Review*. Vol.15, 103-160.
- Shavell, S. (1980) Damage Measures for Breach of Contract. *Bell Journal of Economics*. Vol.11, 466-490.
- Shaw, J. (1999) Postnational constitutionalism in the European Union. *Journal of European Public Policy*. Vol.6, 579-597.
- Shaw, J. (2000) Constitutionalism and Flexibility in the EU : Developing a Relational Approach. In G. de Burca and J. Scott (Eds.) *Constitutional Change in the EU. From Uniformity to Flexibility*. London : Hart Publishing.
- Shaw, J. (2001) Process and Constitutional Discourse in the European Union. *Journal of Law and Society*. Vol.27, 1.
- Shaw, J., Hunt, J., Wallace, C. (2007) *Economic and Social Law of the European Union*. London : Palgrave-MacMillan.
- Shockweiler, F. (1991) La portée du principe de non-discrimination dans l'article 7 de la CEE. *Rivista di diritto europeo*, Vol.30, 31.
- Sibony, A-L. (2008). Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence. Paris:LGDJ.
- Sibony, A-L., Defossez, A. (2010) Chronique Marché Intérieur. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 129.
- Siegan, B. (1980) *Economic Liberties and the Constitution*. Chicago: University of Chicago Press.
- Sigwick, H. (1907). *Methods of Ethics*. London, Disponible à :
- Silvestre, J. (2003) Wicksell, Lindahl and the Theory of Public Goods. *The Scandinavian Journal of Economics*. Vol. 105, 527-553.
- Simon, D. (1987). *Le système juridique communautaire*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Simon, D. (1991) Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? *Droits*. Vol.14, 73-86.
- Simon, D. (1998) A Psychological Model of Judicial Decision Making. *Rutgers Law Journal*. Vol.30, 1-142.
- Simon, D. (2000) La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ? *Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*. Bruxelles: Bruylant.
- Simon, D. (2001) *Le système juridique communautaire*. Paris : PUF.
- Singer, J.W. (1984) The Player and the Cards : Nihilism and Legal Theory. *Yale Law Journal*. Vol.94, 1-70.
- Singh, R. (2007) Comparative Causation and Economic Efficiency: When Activity Levels are Constant. *Review of Law and Economics*. Vol.3, 403-432.
- Slagstad, R. (1993) Liberal Constitutionalism and Its Critics : Schmitt and Weber. In J. Elster and R. Slagstad (Eds.) *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge : Cambridge University Press, 103-130.
- Slawson, D. (1960) Constitutional and Legislative Considerations In Retroactive Lawmaking. *California Law Review*. Vol.48, 216.
- Smart, J.J.C. (1973) An Outline of a System of Utilitarian Ethics. Dans J.J.C. Smart et B. Williams, *For and Against Utilitarianism*, (pp. 3-76). Cambridge : Cambridge University Press
- Smekal, C. (2001) Zentralisation und Dezentralisation Öffentlicher Aufgabenerfüllung aus Finanzwissenschaftlicher Sicht. Dans P. Pernthaler et P. Bußjäger (Eds.), *Ökonomische Aspekte des Föderalismus*, Innsbruck : Institut für Föderalismus, pp.69-76.
- Smismans, S. (2010) The European Union's Fundamental Rights Myth. *Journal of Common Market Studies*. Vol.48, 45-66.
- Smith, A. (1776) *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. R.H.Campbell, A. Skinner, W. Todd (Eds.) Oxford: Clarendon Press, [1976].
- Smith, B. (1985) Of Truth and Certainty in the Law : Reflections on the Legal Method. *American Journal of Jurisprudence*. Vol.30, 97-119.
- Smith, B. (1985) Of Truth and Certainty in the Law: Reflections on the Legal Method. *American Journal of Jurisprudence*. Vol.30, 97-119.
- Smith, D., Wanke, J. (1993) Completing the Single European Market: An Analysis of the Impact on the Member States, *American Journal of Political Science*, Vol.37, 529-554.

- Smith, S. (2005) Proportionality and Federalization. *Virginia Law Review*. Vol.91, 879-952.
- Smith, S.D. (1990). The Pursuit of Pragmatism. *Yale Law Journal*. Vol.100, 409-449.
- Smits, J. (2002) How to Predict the Differences in Uniformity Between Different Areas of a Future European Private Law ? An Evolutionary Approach. In A. Marciano and J-M Josselin, *Economics of Harmonizing European Law*. Northampton : Edward Elgar Publishing.
- Snell, J. (2002) Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship Between the Freedoms. Oxford : Oxford University Press.
- Snell, J. (2009) The Notion of Market Access : A Concept or a Slogan ? Article présenté au séminaire CELS/UCL des 30 Juin et 1^{er} Juillet 2009 sur « The regulation of trade in services : trust, distrust and economic regulation ».
- Somek, A. (2007) Solidarity Decomposed : Being and Time in European Citizenship. *European Law Review*. Vol.32, 787.
- Sonelli, S. (1998). Appeal on points of Law in the Community system - A Review. *Common Market Law Review*, 871-900.
- Spaventa, E. (2009) Leaving *Keck* behind ? The free movement of goods after the rulings in *Commission v Italy* and *Mickelsson and Roos*, *European Law Review*. Vol.34, 914.
- Spaventa, V. (2004) From *Gebhard* to *Carpenter*: towards a (non)-economic European Constitution. *Common Market Law Review*. 755-773.
- Spielmann, D. (1999) Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts : Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities. In P. Alston (Ed.) *The EU and Human Rights*. Oxford : Oxford University Press.
- Stehly, C. (2007) L'influence du contexte conjoncturel sur la fonction intégrative de la Cour de Justice des Communautés Européennes dans le domaine de la libre circulation des marchandises. Thèse de Doctorat de l'Université de Montréal.
- Steiner, M. (2007) *Economics in Antitrust Policy*. Florida : Boca Raton.
- Steiner, R. (1985) The Nature of Vertical Restraints. *Antitrust Bulletin*. Vol.30, 143.
- Stephan, P.B. (2002) Courts, Tribunals and Legal Unification – The Agency Problem. *Chicago Journal of International Law*. Vol.3, 333-352.
- Sterling-Folker, J. (2000) Competing Paradigms or Birds of the Feather ? Constructivism and Neoliberal Institutionalism Compared. *International Studies Quarterly*. Vol.44, 97-119.
- Stick, J. (1986) Can Nihilism be Pragmatic ? *Harvard Law Review*. Vol.100, 332-401.
- Stigler, G. (1974) The Theory of Economic Regulation. *Bell Journal of Economics & Management*. Vol.2, 3-21.
- Stigler, G. (1982) *The Economist as Preacher and Other Essays*, Chicago: University of Chicago Press
- Stockum, S. (1993) The Efficiencies Defense for Horizontal Mergers: What is the Government's Standard? *Antitrust Law Journal*. Vol.63, 829.
- Stone Sweet, A. (1999) Judicialization and the Construction of Governance. *Comparative Political Studies*. Vol.32, 147-184.
- Stone Sweet, A. (2002) The European Court and Integration. In Stone Sweet, A. Shapiro, M (Eds.) *On Law, Politics and Judicialization*. Oxford : Oxford University Press, 1-34
- Stone Sweet, A. (2004) *The Judicial Construction of Europe*. New York: Oxford University Press.
- Stone Sweet, A. (2010) The European Court of Justice and the Judicialization of EU Governance. *Faculty Scholarships Series Paper 70*. Available at : http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/70/
- Stone Sweet, A. Mathews, J. (2010) All things in proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing. *Faculty Scholarship Series. Paper 30*, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/30
- Stone Sweet, A., Brunell, T. (1998a) Constructing a Supranational Constitution : Dispute Resolution and Governance in the European Community. *American Political Science Review*. Vol.92, 63-81.
- Stone Sweet, A., Brunell, T. (1998b) The European Court and National Courts : A Statistical Analysis of

- Preliminary References 1961-1995. *Journal of European Public Policy*. Vol.5, 63-81.
- Stone Sweet, A., Caporaso, J. (1998) From Free Trade to Supranational Polity: The European Court and Integration, In W. Sandholtz, and A. Stone Sweet (Eds). *European Integration and Supranational Governance*. New York: Oxford University Press.
- Stone Sweet, A., Mathews, J. (2008) Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*. Vol. 47, 72-164.
- Stone Sweet, A., Sandholtz, W. (1997) European Integration and Supranational Governance. *Journal of European Public Policy*. Vol.4, 297-317.
- Stone, G. (1988) Precedent, the Amendment Process, and Evolution in Constitutional Doctrine. *Harvard Journal of Law and Public Policy*. Vol.11, 67.
- Stone, J. (1985) *Precedent and Law*. London: Butterworths.
- Stothers, C. (2007) Trade in Europe, Intellectual Property, Competition and Regulatory Law. Oxford : Hart publishing.
- Strasser, S. (1996) Evolution & Effort: Docket Control & Preliminary References in the European Court of Justice. *Columbia Journal of European Law*. Vol.2, 49-105.
- Sudre, F. (2004) A propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionnalité. Dans *Mélanges J-C. Gauthron. Les dynamiques du droit européen en début de siècle*. Pedone, 207-224.
- Sugden, R., Williams, A. (1979) *The principles of practical cost-benefit analysis*. Oxford: Oxford University Press.
- Sullivan, L. (1980) Antitrust, Microeconomics, and Politics : Reflections on Some Recent Relationships. *California Law Review*. Vol.68 ,1.
- Summers, R., Kelley, L. (1981) “Economists’ Reasons” for Common Law Decisions – A Preliminary Inquiry. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol.1, 213-255.
- Sun, J-M., Pelkmans, J. (1995) Regulatory Competition in the Single Market. *Journal of Common Market Studies*. Vol.33, 67.
- Sunstein, C. (1990) After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State. Cambridge : Harvard University Press.
- Sunstein, C. (1994) Liberal Constitutionalism and Liberal Justice. *Texas Law Review*. Vol.72, 305-314.
- Sunstein, C. (1999) Behavioral Law and Economics : A Progress Report. *American Law and Economics Review*. Vol.1, 115.
- Sunstein, C. (2000). Cognition and Cost-Benefits Analysis. *Journal of Legal Studies*. 1059.
- Sunstein, C. (2001) One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press.
- Supperstone, M., Coppel, (1999) Judicial Review after the Human Rights Act, *European Court of Human Rights Law Review*. 301-329.
- Susjnar, D. (2010) Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers. Leiden : Martinus Nijhoff Publishers.
- Sutter, D. (1997) Enforcing Constitutional Constraints. *Constitutional Political Economy*. Vol.8, 139-150.
- Swaine, E. (2000) Subsidiarity and self-Interest: Federalism at the European Court of Justice. *Harvard International Law Journal*. Vol.41, pp.1-128.
- Sweet, A. (2004). *The Judicial Construction of Europe*. Oxford : Oxford University Press.
- Sykes, A.O. (2003) The least restrictive means. *University of Chicago Law Review*. Vol.70, 403.
- Symposium (1980) Efficiency as a Legal Concern. *Hofstra Law Review*. Vol.8, 485.
- Tavares, J., Wacziarg, R. (2000) How democracy affects growth. *European Economic Review*. Vol.45, 1341-1378.
- Taylor, (1982) A Talk with Antitrust Chief William Baxter, *Wall Street Journal*. Vol.4.
- Terny, G. (1967) Techniques modernes d’un calcul économique, choix des programmes et projets d’investissements publics. *Analyse et Prévision, IV*, 517-544.
- Terrebonne, P. (1981) A Strict Evolutionary Model of Common Law. *Journal of Legal Studies*. Vol.10, 397-

- Thießen, U. (2000) Fiscal Federalism in Western European and Selected other Countries : Centralization or Decentralization ? What is Better for Economic Growth? *Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW), Discussion Paper N°224*.
- Thießen, U. (2000) Fiscal Federalism in Western European and Selected other Countries: Centralization or Decentralization? What is Better for Economic Growth? *Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW), Discussion Paper N°224*.
- Thomas, E.W. (2005) *The Judicial Process. Realism, Pragmatism, Practical Reasoning and Principles*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Thomas, E.W. (2006). *The Judicial Process. Realism, Pragmatism, Practical Reasoning and Principles*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tiebout, C. (1956). A Pure Theory of Local Expenditure. *Journal of Political Economy*. Vol.64, pp.416-424.
- Timmermans, C. (2010) Martinez Sala and Baumbast, in M. Maduro, L. Azoulai (Eds.) *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*. Oxford : Hart Publishing.
- Tinière, R. (2008). *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*. Bruxelles : Bruylant, Collection Droit de l'Union Européenne.
- Tirole, J. (1988) *The Theory of Industrial Organizations*. Boston : MIT Press.
- Tirole, J. (2005) The Analysis of Tying Cases: A Primer, *Competition Policy International*, vol. 1, 1-25
- Tisdale, R.C. (1959) The Place of Certainty in the Law. *North Dakota Law Review*. Vol.35, 99-120.
- Tom, W., Pak, C. (2001) Toward a More Flexible Rule of Reason. *Antitrust Law Journal*. Vol.68, 391.
- Toner, H. (2004) Non-discriminatory obstacles to the exercise of Treaty-rights : Articles 39, 43, 49, 18. *Yearbook of European Law*. Vol.23, 275.
- Toth, A. (1992). The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty. *Common Market Law Review*. Vol.29, pp.1079-1105.
- Toth, A. (1994) Is Subsidiarity Justiciable? *European Law Review*. Vol.19, pp.268.
- Trachtman, J. (1992) L'Etat, C'est Nous : Sovereignty, Economic Integration and Subsidiarity. *Harvard International Law Journal*. Vol.33, pp.459-473.
- Tremblay, L. (2009) Le Fondement Normatif du Principe de Proportionnalité en Théorie Constitutionnelle. EUI Working Paper, Law 2009/04, Available at: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/11153>
- Tridimas, G. (2005) A Political Economy Perspective to Judicial Review in the European Union : Judicial Appointment Rules, Accessibility and Jurisdiction of the European Court of Justice. *Constitutional Political Economy*. Vol.18, 99-116.
- Tridimas, G., Tridimas, T. (2004) National Courts and the European Court of Justice : A Public Choice Analysis of the Preliminary Reference Procedure. *International Review of Law and Economics*. Vol. 24, 124-145.
- Tridimas, T. (1996). The Court of Justice and judicial activism. *European Law Review* , Vol.21, 199-210.
- Tridimas, T. (1999) Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny. In E. Ellis (Ed.) *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford: Hart Publishing, 65-84.
- Tridimas, T. (2006) *The General Principles of EU Law. 2nd Edition*. Oxford : Oxford University Press.
- Tridimas, T. (2010) Primacy, Fundamental Rights and the Search for Legitimacy. In M. Maduro et L. Azoulai (Eds.) *The Past and Future of EU Law*. Portland : Hart Publishing, 98-105.
- Troper, M., Grzegorzczak, C. (1997) Precedent in France. In D. MacCormick and R. Summers (Eds.) *Interpreting precedents: A comparative study*. Dartmouth : Dartmouth Publishing, 103-140.
- Tryfonidou, A. (2007) Was *Keck* a Half-baked Solution After All? *Legal Issues of Economic Integration*. Vol.34, 167-182.

- Tryfonidou, A. (2010) Further steps on the road to convergence among the market freedoms. *European Law Review*. Vol.35, 36-56.
- Tsagourias, N. (2007) Introduction – Constitutionalism : A Theoretical Roadmap. In N. Tsagourias (Ed.) *Transnational Constitutionalism. International and European Perspectives*. Cambridge : Cambridge University Press, 1-13.
- Tsakyrakis, S. (2009) Proportionality : An Assault on Human Rights ? *Jean Monnet Working Paper 09/08*.
- Tsebelis, G. Garrett, G. (2001) The Institutional Foundations of Intergovernmentalism and Supranationalism in the European Union. Vol. 55, *International Organization*, 357-390.
- Tullock, G. (1980) *Trials on Trial: A Pure Theory of Legal Procedure*. New York: Columbia University Press.
- Tullock, G. (1997) The Case Against the Common Law. *The Blackstone Commentaries N°1*. Durham: The Locke Institute.
- Tullock, G., Seldon, A., Brady, G. (2002) *Governement failure : a Primer in public choice*. Washington: Cato Institute.
- Turner, D. (1966) Some Reflections on Antitrust. *New York St. BA. Law Symposium*. Vol.1, 1.
- Tushnet, D. (1979) Truth, Justice, and the American Ways : An Interpretation of Public Law Scholarships in the Seventies. *Texas Law Review*. Vol.57, 1340-1359.
- Van Aaken, A. (2008) How to do Constitutional Law and Economics : A Methodological Appraisal. *University of St Gallen Law School Working Paper 2008-04*. Available at : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1103815
- Van Aaken, A. (2009) Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol.16, 483-512.
- Van Aaken, A. (2009) Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol.16, 483-512.
- Van Alstine, M. (2002) The Costs of Legal Change. *UCLA Law Review*. Vol.49, 789-870.
- Van Den Bergh, R. (1997) The Subsidiarity Principle and the EC Competition Rules : The Costs and Benefits of Decentralisation. In D. Schmidtchen and R. Cooter (Eds.) *Constitutional Law and Economics of the European Union*. Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 149.
- Van den Berghe, F. (2010) The EU and Issues of Human Rights Protection : Same Solutions to More Acute Problems ? *European Law Journal*. Vol.16, 112-157.
- Van den Hauwe, L. (1999) Constitutional Political Economy. In J. G. Backhaus (Ed.) *The Elgar Companion to Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar, 100–114
- Van den Hauwe, L. (2000) Public Choice, Constitutional Political Economy and Law and Economics. In B. Bouckaert and G. de Geest (Eds.) *Encyclopedia of Law and Economics. Vol I*. Cheltenham : Edward Elgar.
- Van Gerven, W. (1999) The Effect of Proportionality on the Actions of Member States. In E. Ellis (Ed.) *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford : Hart Publishing, 37-63.
- Van Kersbergen, K., Verbeek, B. (1994) The Politics of Subsidiarity in the European Union. *Journal of Common Market Studies*. Vol.32, pp.215-236.
- Vanberg, V ; (1998) Vanberg, Viktor J. (1998b), “Constitutional Political Economy”, Dans J. B. Davis, D. W. Hands et U. Maki (eds.), *The Handbook of Economic Methodology*, Cheltenham: Edward Elgar, 69–75
- Vanberg, V. (2004) The *Status Quo* in Contractarian-Constitutionalist Perspective. *Constitutional Political Economy*. Vol.15, 153-170.
- Vanberg, V. (2005) Market and State: the perspective of constitutional political economy. *Journal of Institutional Economics*. Vol.1, 23-49.
- Vanistendael, F ; (1995) The Consequences of Schumacker and Wielockx : Two Steps Forward in the Tax Procession of Echternach. *Common Market Law Review*. Vol.33, 255.
- Varian, H ; (1975) Distributive Justice, Welfare Economics, and the Theory of Fairness. *Philosophy* &

- Public Affairs*. Vol.4, 223-247.
- Vaubel, R. (1994) The public choice analysis of European integration : a survey. *European Journal of Political Economy*. Vol.10, 227-249.
- Vaubel, R. (2006) Principal-agent problems in international organizations. *Review of International Organization*. Vol.1, 125-138.
- Vaubel, R. (2009) Constitutional courts as promoters of political centralization : lessons for the European Court of Justice. *European Journal of Law and Economics*. Vol.28, 203-222.
- Vause, G. (1995) The Subsidiarity Principle in European Union Law – American Federalism Compared. *Case Washington Research Journal of International Law*. Vol.27, pp.61-81.
- Veblen, T.B. (1923) A Vested Interest Is the Prescriptive Right to Get Something for Nothing. In J.H. Wigmore and A. Kocourek (Eds.), *The Rational Basis of Legal Institutions*. New York : The MacMillan Company, 275-283.
- Veljanovski, C. (1990), *The Economics of Law - An Introductory Text*, London, Institute of Economic Affairs.
- Vesterdof, B. (2007) Avant-propos. In A-L. Sibony. *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*. Paris : LGDJ.
- Vihanto, M. (1992) Competition Between Local Governments as a Discovery Procedure. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. Vol.148, pp.411.
- Vihanto, M. (1992) Competition Between Local Governments as a Discovery Procedure. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. Vol.148, pp.411.
- Vikery, A. (1982) Breach of Confidence: An Emerging Tort. *Columbia Law Review*. Vol.82, 1426-1468.
- Viner, J. (1950) The Customs Union Issue. *Carnegie Foundation for International Peace*, New York.
- Viner, J. (1950) The Customs Union Issue. New York : Carnegie Endowment for International Peace.
- Vinogradoff, P. (1927). *Common Sense in Law*. London : Williams & Northgate.
- Vogel, L. (1988) Droit de la concurrence et concentration économique. Paris : Economica.
- Vogel, L. (2003). Le juriste face à l'analyse économique. *L'analyse économique : serviteur ou maître du droit de la concurrence*. Paris : Ateliers de la concurrence. DGCCRF. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Emploi.
- Vogel, L. (2006) *Droit français de la concurrence*. Paris : LawLex.
- Voigt, S. (1997) Positive Constitutional Economics : A Survey. *Public Choice*. Vol.90, 11-53.
- Voigt, S. (2003) Iudex Calculat : The ECJ's Quest for Power. *German Working Papers in Law and Economics*. Disponible à : <http://www.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1066&context=gwp>
- Voigt, S., Schmidt, A. (2005) *Making European Merger Policy More Predictable*. Dordrecht : Springer.
- Vollot-Bruneau, C. (2007) Les mesures nationales indistinctement applicables et les libertés de circulation : de l'utilité d'une théorie jurisprudentielle ? *Thèse de doctorat de l'Université de Lille II*.
- Von Bogdandy, A. (2000) The European Union as a human rights organisation ? Human rights and the core of the European Union. *Common Market Law Review*. Vol.37, 1307-1338.
- Von Wangenheim, G. (1993) The Evolution of Judge-Made Law. *International Review of Law and Economics*. Vol.13, 381-411.
- Wadhvani, N. (2006) Rational Reviews, Irrational Results. *Texas Law Review*. Vol.84, 801-830.
- Waelbroeck, (1982). The Emergent Doctrine of Community Pre-Emption – Consent and Re-delegation. Dans T. Sandalow et E. Stein (Eds.), *Courts and Free Markets 2*. Oxford : Clarendon Press.
- Wald, P. (1983) Judicial Review of Economic Analyses. *Yale Journal of Regulation*. Vol.1, 43.
- Wald, P. (1987) Limit on the Use of Economic Analysis in Judicial Decisionmaking. *Law and Contemporary Problems*. Vol.50, 225.
- Walker, N. (2001) The EU and WTO : Constitutionalism in a New Key. In G. De Burca and J. Scott (Eds.) *The EU and WTO : Legal and Constitutional Issues*. London : Hart Publishing.
- Walker, N. (2002a) The Idea of Constitutional Pluralism. *Modern Law Review*. Vol.65, 317.
- Walker, N. (2002b) The Charter of Fundamental Rights of the European Union : Legal, Symbolic and

- Constitutional Implications. In P. Cullen and P. Zervkis (Eds.) *The Post Nice Process : Towards a European Constitution ?* Bonn : Academy of European Law. University of Bonn.
- Walker, N. (2008) Taking Constitutionalism Beyond the State. *Political Studies*. Vol.56, 519-543.
- Wallis, J., Dollery, B. (1999) Market failure, government failure, leadership and public policy. New York : McMillan.
- Ward, N. (2003) Locus standi under Article 230(4) of the EC Treaty : crafting aq coherent test for a 'wobbly polity'. *Yearbook of European Law*. Vol. 22, 45.
- Weatherhill, S. (1996) After Keck : Some Thoughts on How to Clarify the Clarification. *Common Market Law Review*. Vol.33, 885.
- Weatherhill, S. (1996) After Keck : Some Thoughts on How to Clarify the Clarification. *Common Market Law Review*. Vol.33, 885.
- Weatherill, S. (1992) Beyond Preemption ? Shared Competence and Constitutional Change in the European Community. Dans D. O'Keefe, P. Twomey, *Legal Issues of the Maastricht Treaty*. London : Chancery Law, p.13.
- Weatherill, S. (1996) « After Keck : some thoughts on how to clarify the clarification », *Common Market Law Review*, 885
- Weber, M. (1904) L'objectivité de la connaissance dans les sciences et dans la politique sociale. In J. Freund (Ed.) *Essai sur la théorie de la science*. Paris., 146-213.
- Webster, T. (2004) Economic Efficiency and the Common law. *Atlantic Economic Journal*. Vol.32, 39-48.
- Weiler, J. (1987). The Court of Justice on Trial. *Common Market Law Review* , Vol.24, 555-589.
- Weiler, J. (2008). Epilogue: The Judicial Après Nice. Dans J. Weiler, & G. de Burca, *The European Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Weiler, J.H.H. (1987) The European Court, the National Court and References for Preliminary Rulings. The Paradox of Success: A Revisionist View on Article 177 EEC. In H.G. Schermers et al. (Eds.) *Article 177 EEC: Experiences and Problems*. Bruxelles : Bruylant, 366.
- Weiler, J.H.H. (1991) The Transformation of Europe. *Yale Law Journal*. Vol.100, 2403.
- Weiler, J.H.H. (1995) Une Révolution Tranquille. La Cour de Justice des Communautés Européennes et ses Interlocuteurs. *Politix*. Vol.32, 119-138.
- Weiler, J.H.H. (1995b) The European Union belongs to its citizens : Three immodest proposals. *European Law Review*. Vol.22, 150.
- Weiler, J.H.H. (1996) European Neo-Constitutionalism : In Search of Foundations for the European Constitutional Order. *Political Studies*. Vol.44, 517-533.
- Weiler, J.H.H. (1996b) Citizenship and Human Rights. In J.A. Winter et al. (Eds.) *Reforming the Treaty on European Union*. Amsterdam : Kluwer Law International, 57.
- Weiler, J.H.H. (1997a) The Reformation of European Constitutionalism. *Journal of Common Market Law Studies*. Vol.35, 97-131.
- Weiler, J.H.H. (1997b) Epilogue. The European Courts of Justice : Beyond 'Beyond Doctrine' or the Legitimacy Crisis of European Constitutionalism. In A-M. Slaughter, A. Stone Sweet and J.H.H. Weiler (Eds.) *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*. Oxford : Hart Publishing, 365-388.
- Weiler, J.H.H. (1999) Fundamental Rights and Fundamental Boundaries : On the Conflict of Standards and Values in the Protection of Human Rights in the European Legal Space. In J.H.H. (Ed.) *The Constitution of Europe*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Weiler, J.H.H. (1999) The Constitution of the Common Market Place: Text and Context ,in *The Evolution of the Free Movement of Goods*. In P. Craig et G. de Burca (Eds.) *The Evolution of EU Law*. Oxford : Oxford University Press, 349.
- Weiler, J.H.H. (2000) Editorial : Does the European Union Truly Need a Charter of Rights ? *European Law Journal*. Vol.6, 95-97.

- Weiler, J.H.H., Lockhart, N. (1995) "Taking Rights Seriously" Seriously : The European Court of Justice and its Fundamental Rights. *Common Market Law Review*. Vol.32, 51.
- Weingast, B. (1995) The Economic Role of Political Institutions : Market-Preserving Federalism and Economics Growth. *Journal of Law, Economics & Organization*. Vol.11, pp.1-31.
- Weinrib, E.J. (2003) Punishment and Disgorgement as Contract Remedies. *Chicago-Kent Law Review*. Vol.78, 55.
- Wellman, V.A. (1985) Practical Reasoning and Judicial Justification : Toward an Adequate Theory. *University of Colorado Law Review*. Vol.57, 87-115.
- Wenneras, P. (2010) Selling arrangements, keeping Keck. *European Law Review*. Vol.35, 387-400.
- Werden, G. (1997) An Economic Perspective of the Analysis of Merger Efficiencies. *Antitrust*. Vol.11, 12.
- Wesseling, R. (2000) *The Modernisation of EC Antitrust Law*. Oxford : Hart Publishing.
- Whelan, A. (2000) Union citizenship and the free movement of persons. *The Bar Review*.
- White, E. (1989) In search of the limits to Article 30 of the EEC Treaty. *Common Market Law Review*. Vol.2, 235.
- White, R. (2005) Free movement, equal treatment, and citizenship of the Union, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.54, 885.
- Whitman, D. (2000) Evolution of the Common Law and Emergence of a Compromise. *The Journal of Legal Studies*. Vol.29, 753-781.
- Williams, A. (2004) *EU Human Rights Policies. A Study in Irony*. Oxford : Oxford University Press.
- Williams, J. (1907) *Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking*. Minnesota : Filiquarian Publishing [2007].
- Williamson, O. (1968) Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs. *American Economic Review*. Vol.58, 18.
- Williamson, O. (1969) Allocative Efficiency and the Limits of Antitrust, *American Economic Review*. Vol.59, 105.
- Williamson, O. (1977) Economies as an Antitrust Defense Revisited. *American Economic Review*. Vol.125, 699.
- Wils, G. (1990) "Rule of Reason" : Une règle raisonnable en droit communautaire. *Cahiers de Droit Européen*. Vol.1, 33.
- Wils, J. (1993) Much ado about nothing. *European Law Review*, 475.
- Wincott, D. (1995) The role of law or the rule of the Court of Justice ? An "institutional" account of judicial politics in the European Community. *Journal of European Public Policy*. Vol.2, 583-602.
- Winston, C. (2006) *Government Failure Versus Market Failure*. Washington: Brookings Institution, available at: <http://www.brookings.edu/views/papers/winston/20061003.pdf>
- Winston, C. (2006) *Government Failure Versus Market Failure*. Washington : Brookings Institution, available at: <http://www.brookings.edu/views/papers/winston/20061003.pdf>
- Winter, R.K. (1977) State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation. *Journal of Legal Studies*. Vol.6 pp.251.
- Wittgenstein, L. (1969) *On Certainty*. D. Paul and G. Anscombe (trans.) Oxford: Blackwell.
- Wittman, D. (1989). Why Democracies Produce Efficient Results. *Journal of Political Economy*. Vol.97, pp.1395-1424.
- Wollenschlager, F. (2011) A New Fundamental Freedom beyond Market Integration : Union Citizenship and Its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration. *European Law Journal*. Vol.17, 1-34.
- Wood, A. (1999) *Kant's Ethical Thought*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Wroblewski, J. (1992) *The Judicial Application of Law*. London : Kluwer.
- Xeferis, D. (2011) The political economy of constitutional restraints. *Constitutional Political Economy*. Vol.22, 221-237.

- Xynopoulos, G. (1995) Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, en Allemagne, et en Angleterre. Paris : LGDJ.
- Young, E. (2008) Preemption and Federal Common Law. *Notre Dame Law Review*. Vol.83, pp.1639-1680.
- Zamir, E., Medina, B. (2010) *Law, Economics and Morality*. New York: Oxford University Press.
- Ziegler, K. (2009) Strengthening the rule of law, but fragmenting international law : the Kadi decision of the ECJ from the perspective of human rights. *Human Rights Law Review*. Vol.9, 288-305.
- Ziller, J. (1996) Le principe de proportionnalité en droit administratif et droit communautaire. *Actualité Juridique de Droit Administratif. Numéro spécial*, 185-188.
- Zimmermann, H., Henke, K. (2001) *Finanzwissenschaft*. München: Vahlen.
- Zoller, E.(2000). *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Zywicki, T. (2003) The Rise and Fall of Efficiency in Common Law. *Northwestern University Law Review*. Vol.97, 1551.

Table des Matières

Remerciements	6
Résumé	9
Sommaire	13
Préambule	17

Partie Introductive : Le Principe d'Efficiency Economique et le Droit	30
--	-----------

Chapitre 1/ L'Efficiency Economique et le Droit	31
1. Efficiency(s) économique	31
2. Efficiency économique et règles de décisions	34
a. L'efficiency économique de Pareto : le critère de l'unanimité	35
b. L'efficiency économique au sens de Kaldor-Hicks: le critère utilitariste	36
c. L'efficiency économique au sens de Posner : le critère de la maximization de la richesse	38

Chapitre 2/ La Cour de Justice et la Cour Suprême : Une Introduction Comparative	40
1. L'influence de la Common Law et de la tradition civiliste dans la CJUE	41
2. L'accès au prétoire européen	43
3. Brèves observations quant à l'accès à la Cour	49
4. La Cour Suprême américaine : étude comparée	51

Chapitre 3/ Approche philosophique de l'efficience économique dans la jurisprudence

européenne	60
1. Du droit naturel au positivisme juridique	62
a. Le Ius-naturalisme	62
b. Positivisme juridique	63
2. Du réalisme juridique à l'analyse économique du droit	67
a. Le réalisme juridique	67
b. L'analyse économique du droit	71
3. De l'utilitarisme Benthamien à l'utilitarisme Posnérien	77
a. Le critère de la maximisation de l'utilité ou l'utilitarisme Benthamien	77
b. Le critère de la maximisation de la richesse ou l'utilitarisme Posnérien	79
4. Le pragmatisme juridique	89
a. Le pragmatisme juridique dans l'administration de la justice	94
b. Le pragmatisme juridique dans l'administration de la justice européenne	97

Chapitre 4/ Analyse Lexicale Quantitative 101

Partie I/ L'Efficience Economique dans la Jurisprudence Européenne : L'Approche par l'Offre de Justice Européenne 109

Titre I/ Fondements du Principe d'Efficience Economique dans la Jurisprudence

Européenne : Principes Généraux de Droit Européen et Principe d'Efficience

Economique 111

Chapitre 1/ Le Principe de Subsidiarité comme Principe d'EfficiencE Economique _____ 117

1. Introduction _____	118
2. Le principe de subsidiarité comme principe d'efficiencE économiquE _____	123
a. Théorie économiquE de la subsidiarité et de la centralisation _____	123
i) Economie de la subsidiarité _____	124
ii) Economie de la centralisation _____	129
b. L'EfficiencE du Principe de Subsidiarité dans le Droit Primaire Européen _____	138
3. Le principe de subsidiarité comme principe d'efficiencE économiquE dans la jurisprudence européenne _____	142
a. L'efficiencE du contrôle de pleine juridiction de la subsidiarité procédurale _____	142
b. L'efficiencE de la justice déléguée de la subsidiarité substantielle _____	148
4. Conclusion _____	160

Chapitre 2/ Le Principe de Proportionnalité comme Principe d'EfficiencE EconomiquE _ 162

1. Introduction _____	163
a. Le Principe allemand de proportionnalité _____	166
b. Le test anglais de la reasonableness _____	167
c. Le contrôle juridictionnel français de la proportionnalité _____	174
2. Le Principe de Proportionnalité comme Principe d'EfficiencE EconomiquE _____	178
a. De la proportionnalité à l'efficiencE par l'analyse coût-bénéfices _____	178
b. Le Principe de proportionnalité comme principe d'efficiencE économiquE _____	188
c. Proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour Suprême américainE : une perspective de droit comparé _____	197
3. Le Principe de proportionnalité comme principe d'efficiencE économiquE dans la jurisprudence européenne _____	205
a. EfficiencE économiquE et contrôle juridictionnel de la proportionnalité des mesures nationales _____	209
b. (In)efficiencE économiquE et contrôle juridictionnel des mesures des institutions européennes _____	234

4. Conclusion	249
---------------	-----

Chapitre 3/ Le Principe de Sécurité Juridique comme Principe d'Efficiency Economique 251

1. Introduction	251
a. Le principe européen de sécurité juridique	255
b. La sécurité juridique en droit américain	260
2. Le Principe de Sécurité Juridique comme Principe d'Efficiency Economique	267
a. Le principe de sécurité juridique comme principe de confiance légitime	268
i) Importance du principe de confiance légitime au sein du principe de sécurité juridique	268
ii) Confusion des deux principes dans la jurisprudence européenne	270
iii) Modéliser le principe de confiance légitime	272
3. Le Principe de Sécurité Juridique comme Principe d'Efficiency Economique dans la Jurisprudence Européenne	282
a. Obligation de délivrer un droit de qualité : la promotion de l'efficiency productive par la sécurité juridique	284
b. Droit à avoir confiance dans le droit : les acteurs économiques et la promotion de l'efficiency par la sécurité juridique	295
4. Conclusion	305

Titre II/ La Mise en Œuvre du Principe d'Efficiency Economique : Des Règles

Juridiques Irriguées par le Principe d'Efficiency Economique 306

Chapitre I/ Efficiency Transactionnelle dans la Jurisprudence Européenne 308

1. Introduction	308
a. Efficiency et union douanière : une efficiency ambiguë	309
i) Inefficiency et protectionnisme	309
ii) L'efficiency ambiguë des échanges discriminatoires	316
b. La minimisation graduelle des coûts d'efficiency	319

2. Efficience transactionnelle des règles juridiques in abstracto _____	322
a. Le critère juridique de la non-discrimination : un critère premier nécessaire dans la promotion jurisprudentielle de l'efficience économique _____	325
i) Le critère de la non-discrimination : une interprétation extensive des coûts d'efficience _____	327
ii) Le critère de la non-discrimination : les limites de l'interprétation extensive _____	336
b. Le critère juridique de la non-discrimination : un critère premier non suffisant dans la promotion jurisprudentielle de l'efficience économique _____	342
3. Efficience transactionnelle des règles juridiques in concreto _____	345
a. La notion d'accès au marché : un critère second suffisant traduisant juridiquement une rationalité économique _____	347
b. L'unification progressive des lignes de jurisprudence par la notion d'accès au marché ou la traduction jurisprudentielle d'une logique d'efficience transactionnelle _____	358
i) Liberté de circulation des personnes : le domaine d'émergence d'une citoyenneté européenne _____	361
ii) Libre prestation de services : le domaine de prédilection de la notion d'accès au marché _____	378
c. Une recherche évolutionnaire de l'efficience transactionnelle par le critère renouvelé de l'accès au marché _____	388
4. Conclusion _____	396

Chapitre 2/ Efficience Régulatrice dans la Jurisprudence Européenne _____ 399

1. Introduction _____	401
2. L'affirmation du principe d'efficience économique en droit américain de la concurrence _____	405
a. Structuralisme économique et interdiction per se dans la jurisprudence initiale _____	407
i) Approche structuraliste et abus de position dominante _____	409
ii) Approche structuraliste et concentrations _____	415
iii) Approche structuraliste et cartels _____	421
b. L'émergence de la règle de raison comme une justification à l'efficience économique _____	423
i) Efficience dans les échanges involontaires : le domaine précurseur de l'abus de position dominante _____	428
ii) Efficience dans les échanges volontaires : une évolution tardive et hésitante _____	433
iii) Vers une excuse d'efficience pour les cartels ? _____	441

3. L'émergence du principe d'efficacité économique en droit européen de la concurrence	445
a. L'influence américaine dans l'abandon progressif de la perspective structuraliste	449
i) Abus de position dominante et parts de marché	450
ii) Concentrations et le Règlement 4064/89 de 1989	453
iii) Ententes et règle <i>per se</i>	455
iv) L'interdiction <i>per se</i> des restrictions verticales	459
b. Une jurisprudence européenne à la recherche d'une efficacité régulatrice de la concurrence	461
i) Efficacité régulatrice et échanges involontaires	462
ii) Efficacité régulatrice et échanges volontaires	472
4. Conclusion	477
Conclusion de la Partie I	483

***Partie II/ L'Efficacité Economique Dans La Jurisprudence Européenne: L'Approche
Par la Demande de Justice Européenne*** _____ **486**

Titre I/ Efficacité Evolutionnaire par la Demande de Justice Européenne _____ **488**

Chapitre 1/ Une base doctrinale américaine	490
1. L'approche ascendante : demande de justice et efficacité de la Common law	490
a. Rubin (1977)	491
b. Priest (1977)	491
c. Priest et Klein (1984)	493
2. L'approche descendante : offre de justice et efficacité de la Common law	493
a. Hayek	493
b. Posner	495
c. Zywicki	496

Chapitre 2/ Efficience évolutionnaire par la demande de justice européenne? _____ 500

1. La Demande de Justice Européenne : Article 267 du TFUE _____ 501

2. Les Vertus Economiques de l'Article 267 du TFUE _____ 503

3. La Demande de Justice Européenne ou l'Efficience Evolutionnaire de la Jurisprudence Européenne ___ 508

Titre II/ La Portée Limitée du Principe d'Efficiency Economique : Economie

Constitutionnelle et Jurisprudence Européenne _____ 512

Chapitre 1/ Conceptualiser la Contrariété à l'Efficiency Economique dans la Jurisprudence

Européenne _____ 516

1. Introduction _____ 516

2. Notre Approche par l'Economie Politique Constitutionnelle _____ 527

Chapitre 2/ Les Contraintes Externes à l'Efficiency Economique dans la Jurisprudence

Européenne _____ 547

1. Droits fondamentaux et efficience économique dans le raisonnement judiciaire européen _____ 547

a. Introduction _____ 548

b. Droits fondamentaux comme contraintes imposées régulièrement par les cours nationales et épisodiquement par le constituant européen _____ 550

i) La période d'indifférence (1957-1969) _____ 550

ii) La période de reconnaissance (1969-1986) _____ 552

iii) La période de dangers (1986-2001) _____ 560

iv) La période de consécration (2001---) _____ 566

c. Droits fondamentaux comme contraintes à l'efficience économique _____ 576

d. Une jurisprudence contrainte : mise en balance des libertés économiques et des libertés politiques ___ 582

i) Légitimation et autorité judiciaire : justice de l'efficacité et justice des droits combinées au sein d'une justice universelle	586
ii) Justice universelle et politique économique judiciaire européenne	588
2. Une nécessité d'équité dans la jurisprudence européenne	602
a. Jurisprudence et équité	608
b. Jurisprudence de l'efficacité vs. Justice de la citoyenneté	619
i) L'équité tolérée ou la politique sociale négative de la Cour	620
ii) L'équité par la citoyenneté ou la politique sociale positive de la Cour	628
c. Jurisprudence de l'efficacité vs. Justice de droits sociaux fondamentaux	639

Chapitre 3/ Les Contraintes Internes à l'Efficacité Economique dans la Jurisprudence

Européenne _____ **654**

1. Rationalité des juges européens entre justice de l'efficacité et maximisation des pouvoirs institutionnels	654
a. Maximisation du ratio inputs-outputs et l'agenda politique des juges européens	661
b. La politique judiciaire européenne et l'anti-efficacité économique	674
i) Langues	675
ii) Discrimination territoriale de prix	681
2. Recherche de la justice de l'efficacité et information limitée des juges européens	688
a. Analyse économique et juges européens : le problème de la pratique judiciaire de l'efficacité économique	690
b. Expertise économique et juges européens : la difficulté d'une acceptation consensuelle de la notion d'efficacité économique	695

Chapitre 4/ Le constitutionnalisme libéral de la jurisprudence européenne _____ **705**

1. La perspective de l'économie politique constitutionnelle de la CJUE	705
2. D'un constitutionnalisme économique à un constitutionnalisme juridique	709
3. L'importance pour la politique judiciaire des contraintes constitutionnelles	711
	774

4. Essai de conceptualisation du constitutionnalisme libéral de la CJUE _____	715
Conclusion Titre II _____	722
<i>Conclusions Générales</i> _____	725
<i>Bibliographie</i> _____	730
<i>Table des Matières</i> _____	767