



HAL
open science

Les libertés de circulation, des libertés fondamentales ?

Lionel Zevounou

► **To cite this version:**

Lionel Zevounou. Les libertés de circulation, des libertés fondamentales ?. Lionel Zevounou; Augustin Boujeka; Thomas Habu Groud. Les libertés européennes de circulation au-delà de l'économie, Mare et Martin, pp.165-195, 2019, 978-2-84934-414-9. hal-02148259

HAL Id: hal-02148259

<https://hal.science/hal-02148259v1>

Submitted on 5 Jun 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Chapitre 5

Les libertés de circulation au-delà de l'économie vues sous l'angle des droits fondamentaux



Les libertés de circulation, des libertés fondamentales ?

Lionel ZEVOUNOU,
*Maître de conférences en droit public à l'Université Paris Nanterre,
TheorHis (CTAD – UMR 7074),
membre junior de l'Institut universitaire de France¹*

L'emploi de l'adjectif fondamental s'agissant des libertés de circulation, entend rendre compte, dans le contexte européen, de problématiques complexes. En effet, le champ des libertés *fondamentales*, qui s'est construit autour du régime de la citoyenneté européenne et du marché intérieur, s'est progressivement imposé ces dernières années dans l'agenda doctrinal européen². Tant les libertés de circulation que les droits désormais attachés à la citoyenneté européenne sont mentionnés dans la Charte des droits fondamentaux. Plusieurs manières différentes d'aborder la question de cette « fondamentalisation » sont possibles. La plus intuitive, au regard de la formulation du sujet, consiste à identifier, dans le droit positif, ce que le droit primaire ou le droit dérivé qualifient de liberté *fondamentale*. Cette première démarche fort utile ne sera qu'en partie la nôtre.

1. Je suis reconnaissant à celles et à ceux qui ont bien voulu prendre le temps de lire ce papier. Je suis bien entendu seul responsable des erreurs et maladresses qu'il comporte.
2. Il est impossible ici d'être exhaustif. Voy. entre autres : H. H. Weiler, « Eurocracy and Distrust : Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights Within the Legal Order of the European Communities », *Washington Law Review*, 1986, vol. 61, p. 1103-1144 ; L. Dubouis, *Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les États membres*, Paris, Economica, 1995 ; J-F. Akandji-Kombé, S. Leclerc, M-J. Redor (dir.), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999 ; F. Sudre (dir.), *Droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 1999 ; P. Magonette, *La citoyenneté européenne*, coll. « Etudes européennes », Bruxelles, 1999, Éditions de l'Université de Bruxelles ; L. Burgogue-Larsen, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne racontée au citoyen européen », *Revue des affaires européennes*, 2000, n° 4, p. 398-409 ; C. Hilson, « What's a right ? The relationship between Community, fundamental and citizenship rights in EU law », *European Law Review*, 2004, vol. 29, p. 636-651 ; L. Azoulai, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale » in, *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 1-28 ; M. Dougan, N. Nic Shuibne, E. Spaventa (dir.), *Empowerment and Disempowerment of the European Citizen*, Oxford, Hart Publishing, 2012 ; E. Dubout, « L'échec de la citoyenneté européenne ? Les mutations d'une citoyenneté complexe en période de crise identitaire », *Jus Politicum. Revue de droit politique*, n° 18, 2017, p. 283-309.

Isoler ce que le droit positif de l'Union européenne identifie comme relevant des libertés *fondamentales* ne répond pas à la question : *comment expliquer qu'elles le soient devenues ?* Ou encore : *par quels arguments la doctrine propose-t-elle une distinction entre ce qui relève du fondamental et ce qui ne l'est pas ?*

Formulée différemment, la problématique revient à se demander de quelle manière l'attribut *fondamental* par référence aux libertés de circulation s'est imposé de nos jours avec la force de l'évidence. Et d'ailleurs, s'accorde-t-on *a priori* sur le sens du mot fondamental ? Est-il équivalent à droit de l'homme³ ? Rien n'est moins sûr. Une acception « neutre » de l'attribut peut simplement chercher à rendre compte de l'importance des libertés de circulation pour l'Union. À ce titre, l'effet direct des libertés de circulation n'est-il pas plus large que celui des énoncés qui figurent dans la Charte des droits fondamentaux ? Le sens de fondamental ici peut dès lors s'entendre du rôle structurant des libertés de circulation dans la construction européenne. La question qui se pose est celle de savoir si, par « structurant », il faut comprendre que les libertés de circulation ne constituent qu'un simple moyen de réalisation des objectifs du traité ou si, en elles-mêmes, elles constituent des droits fondamentaux équivalents aux droits individuels consacrés dans la Charte⁴. Une approche plus engagée serait d'assimiler le caractère

3. Par ex, F. de Cecco sur lequel nous reviendrons par la suite, estime que les droits de l'homme ont une portée universelle là où le contenu de l'expression droits fondamentaux serait relativement variable d'un système juridique à l'autre : « Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Scope of Free Movement Law », *German Law Journal*, 2014, vol. 15, n° 3, p. 383-406. Dans un article consacré à la liberté d'entreprendre, Véronique Champeil Desplats donne aux droits fondamentaux une prétention plus large que les droits de l'homme centrés sur l'individu. Le droit fondamental s'applique aussi aux personnes morales : V. Champeil Desplats, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *Revue de droit du travail*, 2007, p. 19-26 ; On distinguera à ce titre et par souci de clarification, l'expression « droits fondamentaux » des « droits de l'homme » même si les deux termes occupent au sein d'une hiérarchie supposée des normes, une supériorité constitutionnelle et législative. De plus, on partira de l'hypothèse d'unité conceptuelle du régime des libertés de circulation. Il faut rappeler enfin, les travaux de la doctrine française sur le concept de droit fondamentaux, en particulier, la *fondamentalité* : E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux », *AJDA (spécial, les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ?)*, 1998, p. 4-43. D'une manière générale, on renvoie au numéro spécial de l'*AJDA* en la matière : *Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ? AJDA (Hors-série)*, juil. 1998.

4. Ainsi, le manuel de Louis Dubouis et Claude Blumann qualifie les libertés de circulation de *fondamentales* à l'aune de la jurisprudence relative à la libre circulation des marchandises (CJUE, 17 nov. 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*, aff. C-168/09, Rec. 2009-I-10821, pt. 42. Il faut remarquer, dans cette affaire, que la Cour reprend à son compte l'expression allemande de *Grundfreiheiten* employée dans les conclusions de l'avocat général J. Kokott. Cette expression a été traduite littéralement dans la version française de l'arrêt). Plus loin, les auteurs rappellent l'importance des libertés de circulation sont dans la construction du marché intérieur. On mesure ici l'ambiguïté qui s'attache à l'emploi du terme *fondamental* pour désigner les libertés de circulation. L. Dubouis, C. Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 7^e ed., 2015, p. 285-287.

fondamental des libertés de circulation à celui des droits de l'homme. Enfin, une approche intermédiaire tend à déduire le caractère fondamental des libertés de circulation de leur valeur « constitutionnelle »⁵, sans nécessairement clarifier le lien avec celles issues des droits de l'homme. Ce débat, déjà entamé par d'autres⁶, se déplace dès lors du droit positif vers l'examen du discours doctrinal. Entreprendre une étude sur la « fondamentalisation » des libertés de circulation revient à restituer la manière dont la doctrine a intégré puis justifié l'idée qui apparaît aujourd'hui si « naturelle » à nombre de spécialistes du droit matériel de l'Union : celle du caractère *fondamental* des libertés de circulation. Précisons : fondamental au même titre désormais que les droits fondamentaux consacrés par la Charte. C'est que, on l'a dit, le problème n'est pas simple. Il est tout à fait possible d'estimer qu'interroger le sens de l'attribut *fondamental* au substantif féminin de liberté n'a que peu d'utilité. Après tout, la Cour de justice n'a-t-elle pas réglé en quelque sorte le « problème » en qualifiant dans plusieurs arrêts rendus au début des années 2000 les libertés de circulation de libertés *fondamentales* ?⁷ La réponse à cette question n'est pas exempte de conséquences. Elle n'est pas neutre si l'on admet que les propositions formulées par la doctrine sont sous-tendues par des représentations politiques de l'Union qui leur sont consubstantielles. Ce faisant, l'objet de notre propos n'est pas de faire état du droit positif, mais de rendre compte d'une manière compréhensive⁸ des différents modèles doctrinaux

5. A. J. Menédez, « Which Citizenship ? Whose Europe ? The Many Paradoxes of European Citizenship », *German Law Journal*, 2014, vol. 15, n° 5, p. 907-933.

6. Par ex : J. Coppel, A. O'Neill, « The European Court of Justice : Taking Rights Seriously », *CMLR*, 1992, vol. 29, p. 227-245 ; C. Hilson, « What's in a Right ? The relationship between Community, Fundamental and Citizenship Right in EU Law », *European Law Review*, 2004, vol. 29, p. 636-651.

7. CJUE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge*, aff. C-112/00, Rec. 2003 I-05659, CJUE, 14 oct. 2004, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02, Rec. 2004 I-09609 ; CJUE, 11 déc. 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, Rec. 2007 I-10779 ; CJUE, 18 déc. 2007, *Laval un Partneri Ltd contre Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet*, aff. C-341/05, Rec. I-11767 ; CJUE, 14 févr. 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH contre Avides Media AG*, aff. C-244/06, Rec. 2008 I-00505 ; CJUE, 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland Ltd contre Minister for Communications, Marine and Natural Resources e.a. et Kärntner Landesregierung e.a.*, aff. jtes, C-293/12 et 5.

8. On distinguera bien ici comprendre de critiquer au sens de dénoncer une idéologie fautive ou erronée. Les modèles portés par la doctrine reposent certes sur des idéologies au sens faible de jugement de valeur. Pour autant, il convient d'en rendre compte, ne serait-ce que pour prendre la mesure de la complexité et de la multiplicité des manières de se représenter le fonctionnement politique de l'Union européenne. Sur ce que signifie comprendre d'un point de vue sociologique : C. Colliot-Thélène, « Expliquer/comprendre : relecture d'une controverse », *Espaces Temps*, 2004, n° 84, 85, 86, p. 6-23.

utilisés pour justifier, au sein de ce même droit positif, la part du *fondamental* qui relève des libertés de circulation.

La question est d'autant plus légitime que le contenu du régime de ces libertés de circulation a, dans un premier temps, embrassé la matière économique pour désormais s'étendre à la citoyenneté européenne. S'y ajoute, dans le contexte européen, que le terme « doctrine » ne peut être pensé que dans un sens transnational. Aussi, la réception de l'expression liberté *fondamentale* pour désigner les libertés de circulation, s'en est-elle trouvée nécessairement influencée. Par exemple, la manière dont la doctrine allemande traduit ce qu'en France on entend de manière neutre comme *liberté de circulation* a sensiblement modifié l'usage de l'expression au sein de la doctrine européenne. La doctrine doit être ici entendue dans son sens le plus large, comme un champ – au sens bourdieusien du terme – qui inclut à la fois les universitaires européenistes et les praticiens du droit de l'Union européenne – juges, avocats, fonctionnaires. Chacun de ces deux secteurs professionnels occupant des positions multiples en sorte que leurs écrits s'inscrivent généralement au sein de problématiques orientées vers la résolution de problèmes normatifs⁹.

Un constat s'impose à titre liminaire. Là où, en occident, l'avènement des droits de l'homme s'ancre dans un imaginaire politique et une histoire situés, souvent au terme de luttes et de conflits sociaux, les libertés de circulation ne bénéficient pas, en droit de l'Union européenne, de la même valeur symbolique¹⁰. Certes, la Charte des droits fondamentaux constitue le fruit d'un savant processus de mise en forme des cultures juridiques européennes en la matière, mais force est de constater que son adoption n'est pas le produit d'une lutte sociale et/ou politique. L'idée d'une Charte naît, on le sait, sous la présidence allemande peu après la jurisprudence *Matthews c. Royaume Uni* rendue par la Cour européenne des droits de l'homme¹¹. Cette observation permet *a minima* d'éclairer les critiques adressées par un certain courant de philosophie politique à la citoyenneté européenne, comprise comme une citoyenneté post-moderne, dénuée de substrat politique véritable. À maints égards, la Cour constitutionnelle allemande s'est fait l'écho d'une telle critique¹².

9. Sur cette question, on renvoie au classique travail de Karen Alter : K. Alter, *The European Court's Political Power. Selected Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2009. Plus spécifiquement : K. Alter, S. Meunier, « Judicial Politics in the European Community : European Integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decision », *Comparative Political Studies*, vol. 26, n° 4, January 1994, p. 535-561 ; pour une illustration récente du sillage de ces travaux s'agissant de libre circulation des marchandises : B. Leucht, « The Policy origins of the European Economic Constitution », *European Law Journal*, 2018, vol. 24, p. 191-205.

10. Le même constat vaut s'agissant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

11. C. Marzo, *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, Thèse, Aix-en-Provence, PUAM, 2009, coll. « Berthold Goldman », p. 139-140.

12. Par ex, C. Colliot-Thélène, « Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique », *L'Année sociologique*, vol. 59, n° 1, 2009, p. 231-258 ;

Par souci de clarté, il importe de distinguer, au moins conceptuellement, les droits de l'homme entendus comme droits subjectifs à vocation universelle et les droits ou libertés fondamentaux dont la signification touche autant aux droits de l'homme *stricto sensu* qu'à des libertés qui en sont parfois dérivées, telles les libertés économiques de circulation. La portée d'une telle distinction n'a d'ailleurs pas échappé à la doctrine européeniste. Jean-Sylvestre Bergé et Sophie Robin Olivier distinguent d'ailleurs entre droits fondamentaux (qu'ils attribuent à l'UE) et droits de l'homme qu'ils attribuent à la CEDH. Ils affirment : « *Pourquoi parler d'Europe des "droits de l'homme" plutôt que d'Europe des "droits et libertés fondamentaux" ? Dans le cadre européen, la terminologie "droit de l'homme" renvoie immédiatement à la célèbre convention du Conseil de l'Europe : la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...). L'expression "droits fondamentaux" est plus courante du côté de l'Union européenne : la Cour de justice se réfère plus volontiers aux "droits et libertés fondamentaux" qu'aux "droits de l'homme" et cette terminologie se retrouve à l'article 6, § 2 du Traité UE. Sur le fond, les différences ne sont pas très significatives. Certes, les droits "de l'homme" sont moins aptes à qualifier des droits ou des libertés appartenant, non aux personnes humaines, mais aux personnes morales, aux entreprises en particulier. La référence aux droits "fondamentaux" permet un élargissement de la catégorie afin d'inclure des droits et libertés économiques rétifs à la qualification de "droits de l'homme"* »¹³.

Le sens d'une telle distinction révèle l'orientation de deux projets politiques¹⁴. Celui de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme d'un côté et celui de l'Union européenne de l'autre¹⁵. Alors que les droits de l'homme sont réputés universels, donc applicables à tout justiciable qui s'en prévaut, le champ d'application des libertés de circulation se limite aux nationaux des États membres de l'UE. Naturellement, plusieurs exceptions dérogent à cette affirmation. Le champ d'application de la libre circulation des capitaux s'étend aux tiers ; il en va de même, dans une certaine mesure, du régime de la citoyenneté

P. Manent, *La raison des Nations : réflexions sur la démocratie en Europe*, Paris, Gallimard, 2006, coll. « L'esprit de la cité » ; P. Manent, *La loi naturelle et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2018, coll. « Chaire Etienne Gilson ». On pense aussi pour illustrer cette critique, dans l'actualité européenne récente, à l'initiative citoyenne déposée le 18 juillet 2018 ECI (2018) 000003 visant à déconnecter le régime de la citoyenneté de l'Union de celle d'un État membre, en l'occurrence le Royaume-Uni.

13. J-S. Bergé, S. Robin-Olivier, *Introduction au droit européen*, Paris, PUF, 1^{re} ed., 2009, p. 209 ; le même argument est réaffirmé dans la seconde édition de l'ouvrage : J-S. Bergé, S. Robin-Olivier, *Introduction au droit européen*, Paris, PUF, 2^e ed., 2011, p. 111, § 260.

14. Différence rappelée par la Cour de justice elle-même dans son fameux avis rendu à propos de l'adhésion à la CEDH : CJUE (Ass. Plénière) Avis 2/13, *Projet d'accord international (Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)*.

15. Plusieurs écrits rappellent le caractère incompatible entre les droits du marché et les droits de l'homme. Par ex : J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 3rd ed, 2013, Cornell University Press.

européenne¹⁶. Un article de Gráinne de Búrca rappelle le silence originel du traité de Rome, mais plus largement des traités CECA et EURATOM en matière de consécration des droits de l'homme¹⁷. Comme l'a démontré ce travail ce silence ne fut que d'apparence. Les négociations sur le projet de traité portant *statut de la Communauté politique européenne*¹⁸ ont débouché sur nombre de propositions plus ambitieuses que celles qui figurent dans la Charte des droits fondamentaux¹⁹. Aujourd'hui largement oublié, le débat sur les droits fondamentaux a laissé place à un autre récit dominant d'une Europe par le marché qui débute avec le traité de Rome.

Pourtant, sous l'empire du traité CECA, la Cour a rejeté par deux arrêts notables, les moyens tirés d'une violation des droits fondamentaux, preuve en est que la thématique n'a pas toujours été au cœur du droit de l'Union. Dans un litige opposant la Haute Autorité et plusieurs entreprises et requérants, la Cour écarte lapidairement le moyen de la violation d'un droit fondamental, en l'occurrence la propriété privée garantie par l'article 14 de la Loi fondamentale allemande²⁰. Un second arrêt concerne cette fois-ci deux règlements pris dans le cadre de la politique agricole fixant le prix de référence de certains agrumes²¹. Selon une jurisprudence classique, le recours des requérants est rejeté au motif qu'il n'est ni direct ni personnel. Or les requérants faisaient état, en cas de rejet, de l'impossibilité d'autres recours juridictionnels. Selon les mots de l'arrêt : « *ils seraient privés de toute protection juridictionnelle et dans l'ordre communautaire et dans l'ordre interne ce qui serait contraire aux principes fondamentaux régissant tous les pays membres* ». Ce moyen est purement et simplement rejeté par la Cour.

16. CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. ONEm*, aff. C-34/09, Rec. 2011, p. I-1177. Sur la question de l'extension du régime de la citoyenneté aux tiers non-européens, voy. aussi dans cet ouvrage les contributions d'Augustin Boujeka et de Myriam Benlolo-Carabot.

17. G. de Búrca, « The Road not Taken : the European Union as a Global Human Rights Actor », *American Journal of International Law*, 2011, vol. 105, Issue 4, p. 649-693. À l'exception tout de même du droit d'association, de certains droits économiques et sociaux et du principe de non-discrimination, le traité de Rome est resté silencieux sur la référence aux droits fondamentaux.

18. Parallèlement au projet de Communauté européenne de défense (CED), émerge un autre projet politique à dimension fédérale et constitutionnelle qui ne verra pas le jour. La rédaction de ce projet est confiée à Paul-Henri Spaak en 1952 :

<https://www.cvce.eu/recherche/unit-content/-/unit/02bb76df-d066-4c08-a58a-d4686a3c68ff/6550430c-98c0-4441-8a60-ec7c001c357b> (consulté le 16 décembre 2018)

19. Voy. aussi sur la question : C. Marzo, *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, *op. cit.*, p. 159.

20. CJCE, 15 juil. 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr*, « *Präsident* », « *Geitling* », « *Mausegatt* », et *Entreprise I. Nold KG contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, aff. Jtes 36, 37, 38-59 et 40-59, Rec. p. 857.

21. CJCE, 1^{er} avril 1965, *Marcello Sgarlata et autres contre Commission de la CEE*, aff. 40/64, Rec. p. 279. Voy. aussi : CJCE, 4 févr. 1959, *Stork & Cie c. Haute Autorité*, aff. 1/59, Rec. 1969, p. 419.

Le récit intégrant les droits fondamentaux au sein des objectifs économiques du traité de Rome émerge à partir de la fin des années 60²². Trois jurisprudences de la Cour sont généralement mobilisées à ce titre : les arrêts *Stauder*, *Internationale Handelsgesellschaft* et *Nold*²³. Ces trois arrêts introduisent l'expression « droits fondamentaux » au moyen d'un raisonnement de la Cour fondé sur « l'équivalence » par l'invocation des principes généraux du droit communautaire, d'une protection juridictionnelle similaire à celle des droits nationaux. Cette « équivalence » ne se réduit pas, on le sait, au droit des États membres, mais s'ancre dans leurs « traditions constitutionnelles » respectives²⁴. Elle s'étend aussi aux traditions communes par référence aux droits garantis par la CESDH. La Cour s'est réservée, ce faisant, le droit d'adapter la protection des droits fondamentaux aux objectifs économiques du traité. Ainsi, l'emploi d'une catégorie plus large de « droits fondamentaux » lui a permis d'inclure des libertés au-delà du socle usuel des droits de l'homme. Ce n'est donc pas un hasard si, dès l'origine, le droit communautaire a laissé la porte ouverte à une « fondamentalisation » des libertés de circulation par le recours à l'expression « droits fondamentaux ». Ce processus de fondamentalisation se rattache formellement à l'objectif politique défini à l'article 3 du TUE duquel la Cour déduit un certain nombre de « dispositions fondamentales ». C'est ce que rappelle la Cour dans l'Avis tant critiqué 2/13 du 18 décembre 2014 au § 171 :

« La poursuite des objectifs de l'Union, tel que rappelé à l'article 3 TUE, est, pour sa part, confiée à une série de dispositions fondamentales, telles que celles prévoyant la liberté de circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes, la citoyenneté de l'Union, l'espace de liberté, de sécurité et de justice ainsi que la politique de concurrence. Ces dispositions, s'insérant dans le cadre d'un système propre à l'Union, sont structurées de manière à contribuer, chacune dans son domaine spécifique et avec ses caractéristiques particulières,

22. Sur la mythologie d'un tel récit : A. J. Williams, *EU Human rights policies : a study in irony*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

23. CJCE, 12 nov. 1969, *Erich Stauder contre Ville d'Ulm, Sozialamt*, aff. 29-69, Rec. p. 419 ; CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11/70, Rec. p. 1125 ; CJCE, 11 janv. 1977, *J. Nold, Koblen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, aff. 4-73, Rec. p. 941.

24. Sur ce point, un extrait d'anciennes conclusions de l'avocat général A. Trabuschi apparaissent encore très éclairantes : « De ce parallèle entre les règles communautaires et des règles de droit international reçues par tous les États membres, certains auteurs ont cru pouvoir déduire que les dispositions de cette convention doivent être considérées comme faisant partie intégrante de l'ordre juridique communautaire ; or, il me paraît clair qu'il s'agissait, dans l'esprit de la Cour, non pas d'un renvoi matériel à ces dispositions, mais seulement d'un rappel des principes généraux dont celles-ci, de même que les règles communautaires avec lesquelles l'arrêt établit un parallèle, sont une expression particulière », Conclusions sous l'arrêt *L. Watson et A. Belmann*, aff. C-118/75, Rec. 1976, p. 1206.

à la réalisation du processus d'intégration qui est la raison d'être de l'Union elle-même »²⁵.

Cet avis de la Cour inscrit les droits fondamentaux consacrés par l'Union, dans le projet politique plus large intégrant l'approfondissement du marché intérieur ou la PESC²⁶. Formulée en ces termes, l'affirmation requiert de grandes nuances²⁷. On fait l'hypothèse qu'au-delà d'une simple volonté de la Cour de garder le monopole de l'interprétation du droit de l'Union européenne, se pose aussi des questions très prosaïques de « conciliation » de normes et d'objectifs *a priori* opposés avec les dispositions de la CESDH, tant dans le domaine de la PESC, qu'en matière de politique de concurrence et de liberté de circulation²⁸. C'est précisément l'ambiguïté d'un projet à l'origine économique à vocation politique qui rejaillit sur la valeur attribuée aux libertés de circulation. Deux facteurs ont contribué, ces dernières années, à accroître la fondamentalisation des libertés de circulation. Le premier tient dans le passage des libertés économiques entendues comme des principes généraux ou fondamentaux à des libertés entendues comme des libertés à valeur constitutionnelle. Le second facteur est lié à l'extension du statut fondamental de la citoyenneté européenne sur les libertés de circulation. Cette étude n'a d'autre ambition que de rendre compte des principaux débats que soulève le recours à l'adjectif fondamental en référence aux libertés de circulation²⁹. Une première partie examine la manière dont les libertés de circulation ont été naturalisées³⁰ dans la doctrine comme des libertés fondamentales, notamment avec l'introduction de la citoyenneté

25. Pour une opinion contraire voy. l'opinion de l'Avocat général J. Kokott présentée le 13 juin 2014, § 206.

26. Cette hypothèse est partagée par : J. Coppel, A. O'Neill, « The European Court of Justice : Taking Rights Seriously », *CMLR*, 1992, vol. 29, p. 227-245, *op. cit.*

27. Elle ne se situe pas dans une lecture usuelle des rapports d'équivalence entre droits fondamentaux et droits de l'homme.

28. Sur ce point : F. Picod, « Le juge communautaire et l'interprétation européenne » in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 305-311 ; A. Bailleux, « Les droits fondamentaux dans le jardin du marché intérieur » in, L. Potvin-Solis, *Politiques de l'Union européenne et droits fondamentaux. Treizième journées Jean Monet*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 217-236.

Pour un exemple de difficulté en droit de la concurrence, on se permet de renvoyer à notre étude sur « La mobilisation des droits de l'homme pour contrer l'application du droit de la concurrence : le cas des enquêtes », in, *Stratégies d'instrumentalisation juridique de la concurrence*, V. de Beaufort, H. Bouthinon-Dumas, F. Jenny, (dir.), Bruxelles, Larcier, coll. « Droit, Management & Stratégies », 2013, p. 216-240.

29. La tâche mériterait à vrai dire une recherche à part entière qui ferait le point sur la manière dont a émergé cette question, les débats qu'elle a suscités et les critères qui ont été proposés pour tenter de la résoudre.

30. Naturalisation s'entend ici de ce qui n'est plus contesté au sein d'un savoir commun ou d'une pratique. Sur la question : V. Réveillère, *Le juge et le travail des concepts juridiques. Le cas de la citoyenneté européenne*, Thèse, IUE, 2017, p. 142.

européenne (I). Ce processus a reposé sur l'élaboration de critères proposés par la doctrine. Une typologie sera proposée en seconde partie pour systématiser ces critères (II).

I. La naturalisation des libertés de circulation comme libertés fondamentales : examen du débat au sein de la doctrine

L'emploi de l'adjectif fondamental pour désigner les libertés de circulation dans la doctrine française est à l'origine rare (A). L'évolution du récit européen et du droit positif impulsée avec l'introduction de la citoyenneté européenne a légèrement modifié cet état de fait. Cette dernière évolution est examinée rejaillit sur la manière d'appréhender les libertés de circulation (B).

A. L'absence de l'expression fondamentale dans les premiers écrits de la doctrine universitaire francophone

La plupart des auteurs français ont, à l'origine, employé l'expression *liberté de circulation* de manière neutre, sans nécessairement préjuger ou interroger son caractère fondamental au sens d'équivalent à un droit de l'homme³¹. L'expression « *fundamental freedoms* » dont font parfois usage les universitaires anglais semble tout aussi neutre. La doctrine allemande de son côté a très tôt rendu le terme liberté de circulation par *Grundfreiheiten*³² équivalent de libertés fondamentales. Il faudrait en réalité se livrer à un véritable travail de clarification susceptible de mettre en lumière les variétés de traductions de l'expression libertés de circulation dans les discours doctrinaux des différents pays de l'Union européenne au regard des traditions doctrinales respectives des États. La présente étude se contentera d'évoquer cet aspect des choses qui touche à la circulation, la réception et la traduction d'un certain nombre de concepts juridiques et les représentations

31. On renvoie sur ce point aux nombreuses références bibliographiques qui figurent dans le commentaire suivant sous les articles relatifs aux libertés de circulation : V. Constantinesco, R. Kovar, J-P. Jacqué, D. Simon (dir.), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, p. 281-347. Pour une illustration encore récente, le manuel de Chaira Boutayeb s'inscrit dans cette ligne : C. Boutayeb, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2^e ed., 2012 ; voy. aussi : G. Godiveau, S. Leclerc, *Droit du marché intérieur de l'Union européenne. Les libertés de circulation et la concurrence*, Paris, Gualino, 2016, coll. « Master », p. 26 ; S. Van Raepenbusch, *Droit institutionnel de l'Union européennes*, Bruxelles, Larcier, 2^e ed., 2016, p. 57-58 ; P. Van Cleynenbreugel, *Droit matériel de l'Union européenne. Libertés de circulation et marché intérieur*, Bruxelles, Larcier, 2017, coll. « de la Faculté de droit de l'université de Liège », p. 35-38.

32. T. Kingreen, « Fundamental Freedoms » in, A von Bogdandy, J. Bast (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing/ CH. Beck, 2006, p. 515-549, spéc. p. 515.

qui peuvent s'y attacher. Si l'on s'est beaucoup attardé sur la traduction de la jurisprudence de la Cour, peu encore a été dit en ce qui concerne la circulation des concepts doctrinaux.

Au sein de la littérature francophone, on décèle très peu de références aux libertés de circulation entendues comme des libertés fondamentales. La première édition de l'ouvrage de Berthold Goldman de *Droit commercial européen*³³ interprète les libertés de circulation de manière neutre, à la lumière du principe de non-discrimination lié à la nationalité figurant à l'article 7 du traité de Rome. La cinquième édition, reprise par Antoine Lyon-Caen et Louis Vogel, va dans le même sens. Elle ne discute pas en soi du caractère fondamental des libertés de circulation, mais les rattache plutôt à un principe plus général de non-discrimination, qualifié quant à lui de fondamental³⁴. L'ouvrage d'Emmanuel Gaillard, Dominique Carreau et William Lee aborde les libertés de circulation sans s'attarder sur la valeur qu'il convient de leur attribuer. Les libertés sont ici étudiées d'un point de vue structurel, en ce qu'elles visent « *l'achèvement du marché intérieur* »³⁵.

Du côté de la doctrine produite par les professionnels, la traduction de l'ouvrage de Nicola Catalano, ancien juge de la Cour de justice, rappelle que la Communauté économique en tant qu'union douanière a pour ambition la « *suppression complète des droits de douane et de toute autre réglementation restrictive non seulement pour l'essentiel des échanges commerciaux entre les États membres, mais pour la totalité de ces échanges, sauf exception très limitées qui seront examinées par la suite et qui confirment d'ailleurs la règle fondamentale de la libre circulation de toutes les marchandises* »³⁶. Dans la ligne classique du récit communautaire³⁷, Nicola Catalano ajoute que la Communauté n'a pas pour seul objectif de créer une simple zone de libre-échange, mais une véritable « *union économique* ». Afin d'étayer cette affirmation, il se réfère aux libertés de circulation des personnes, des services et des capitaux lesquelles « *constitu [ent] non pas le corollaire, mais la contrepartie de la libre circulation des marchandises. On peut donc affirmer que le traité a instauré quatre libertés fondamentales :*

– *la libre circulation des marchandises ;*

33. B. Goldman, *Droit commercial européen*, Paris, Précis Dalloz, 1970, p. 9-13.

34. B. Goldman, A. Lyon-Caen, L. Vogel, *Droit commercial européen*, 5^e ed., Paris, Précis Dalloz, 1994, § 266-271. Les auteurs se fondent sur l'article 7 du traité de Rome pour ce faire.

35. E. Gaillard, D. Carreau, W. Lee, *Le marché unique européen*, Paris, Pedone, 1^{re} ed., 1989, p. 1-4.

36. N. Catalano, *Manuel de droit des Communautés européennes*, Paris, Dalloz Sirey, 1962, p. 253.

37. Pour un exposé de la construction de ce récit voy. entre autres : J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, Paris, Dalloz, 2014, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses » ; A. Vauchez, *L'Union par le droit : l'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013, coll. « Références ».

- la libre circulation des personnes ;
- la libre circulation des services ;
- la libre circulation des capitaux »³⁸.

On ne trouve dans la suite de l'ouvrage, aucune justification formelle à l'emploi du qualificatif « fondamental » utilisé par l'auteur pour désigner les libertés de circulation, et ce, même si l'expression liberté fondamentale est reprise dans les développements ultérieurs³⁹. Sur ce dernier point, on sait que Catalano a contribué pour la délégation italienne à la négociation du traité de Rome. Tout au plus est-il possible de conjecturer raisonnablement qu'il tire cette conclusion d'une lecture des dispositions du droit primaire éclairée de « l'intention » des parties⁴⁰. Les travaux qu'a consacré Pescatore sur le marché commun confirment ce point de vue structurant. Les libertés de circulation et la politique de concurrence sont interprétées à l'aune d'un « objectif » axiologique plus large : celui de liberté. De là, Pescatore en déduit que les libertés de circulation acquièrent un caractère *fondamental*⁴¹. Cette tradition qui ancre l'interprétation des libertés de circulation dans l'objectif plus large de réalisation du marché commun s'est imposée par la suite au sein de nombreux manuels contemporains. Ceux-ci déduisent le caractère *fondamental* desdites libertés de l'interprétation combinée des articles 26 al. 2 du TFUE et 3 al. 3 du TUE⁴². Alfonso Mattera, ancien haut fonctionnaire de la Commission, adopte un raisonnement en tous points similaire à celui de Nicola Catalano. La première édition de son ouvrage, *Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*⁴³, affirme le caractère « fondamental » des libertés de circulation par référence à la place qui leur est consacrée dans le traité de Rome. Ainsi, « la libre circulation des marchandises, est, avec la libre circulation des personnes, des services et des capitaux, l'une des quatre libertés fondamentales du marché commun. Son inscription dans le titre I de la partie consacrée par le traité

38. N. Catalano, *op. cit.*, p. 256.

39. N. Catalano, *op. cit.*, p. 262.

40. Sur cette question : S. de la Rosa, « L'écriture des libertés de circulation » in, A. Maitrot de la Motte, E. Dubout, *L'unité des libertés de circulation. In varietate Concordia*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 9-39.

41. P. Pescatore, « La notion de marché commun : UEBL, Benelux, CEE » in, *Études de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruxelles, Bruylant, 2008, coll. « Droit de l'Union européenne », p. 11-60 ; P. Pescatore, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice » in, *Études de droit communautaire européen 1962-2007, op. cit.*, p. 396-404. Pour une illustration de la continuité de ce raisonnement, on renvoie à : J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of European Community*, Hart Publishing, 2002, p. 85-104.

42. Par ex, A. Epiney, R. Mosters, S. Progin-Theuerkauf, *Droit européen. Les libertés fondamentales*, Stämpfli Éditions SA Berne, 2010.

43. A. Mattera, *Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, 1^{re} ed., 1988.

aux fondements de la Communauté marque d'emblée le rang prééminent et le rôle propulseur que les auteurs du traité confèrent à la libre circulation des marchandises et à la réalisation des objectifs assignés à la Communauté »⁴⁴. Écrit dans le contexte de relance du marché commun à la suite de l'Acte unique européen, cet ouvrage s'adresse aux praticiens et acteurs économiques afin qu'ils se saisissent du droit de l'Union européenne dans le but de réduire les obstacles douaniers et tarifaires encore en vigueur⁴⁵.

La littérature néo-fonctionnaliste a tenté de conceptualiser *a posteriori*, ce processus par lequel les acteurs économiques et la société civile ont contribué à la réalisation du marché commun⁴⁶. Si l'on comprend que la qualification de libertés fondamentales est déduite des dispositions et de l'objectif du traité, le manuel d'Alfonso Mattera mêle étroitement – ce qui le singularise par rapport à d'autres approches – le caractère fondamental attribué aux libertés de circulation à celui du régime de la citoyenneté européenne encore en gestation. Comme il l'indique lorsqu'il aborde la distinction entre marché commun et marché intérieur : « Certains auteurs ont estimé que la notion de "marché intérieur" dépasse celle de "marché commun", le droit de circulation de cette dernière étant limité aux "opérateurs économiques", alors que la première étendrait ce droit aux citoyens en tant que tels, qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté indépendamment du fait qu'ils exercent ou non une activité économique. Nous estimons que cette vision plus large de la liberté de circulation des personnes est un acquis de nature politique. Il s'agit d'une exigence qui s'est manifestée à mesure que l'intégration économique progressait et que les frontières entre les peuples européens disparaissaient (...) Aussi considérons-nous qu'il ne faut pas s'enfermer dans une interprétation étroite et révolue du droit communautaire qui limite la liberté de circulation et de séjour aux seuls "professionnels du travail" et place les ressortissants de la Communauté au rang de citoyens étrangers »⁴⁷.

Cet extrait donne toute la mesure de ce qui se joue encore dans l'attribution du qualificatif « fondamental » s'agissant à la fois des libertés de circulation et des droits attachés à la citoyenneté européenne. Faut-il entendre la citoyenneté

44. A. Mattera, *op. cit.*, p. 3.

45. L'auteur affirme par ex : « L'expérience quotidienne montre que les résultats acquis en matière d'élimination des obstacles aux échanges demeurent parfois purement formels. Les effets escomptés de telles réalisations en termes de libéralisation des échanges et d'ouverture de nouveaux débouchés font souvent défaut ou ne sont que partiels, en raison du fait que les bénéficiaires potentiels – opérateurs économiques et entreprises – ignorent encore les nouvelles possibilités qui leur sont offertes et le rôle qu'ils ont à jouer. Or, force est de constater que la création d'un cadre juridique communautaire – aussi perfectionné soit-il – n'aura qu'un impact limité sur l'achèvement du marché intérieur si les opérateurs économiques n'en tirent pas tous les avantages en promouvant ainsi l'interpénétration des marchés nationaux dans le grand espace économique unifié », A. Mattera, *op. cit.*, p. 4-5.

46. Par ex : A. Stone Sweet, *The Judicial construction of Europe*, Oxford, OUP, 2004.

47. A. Mattera, *op. cit.*, p. 13.

européenne comme une « citoyenneté de marché »⁴⁸ ou faut-il au contraire l'appréhender comme une citoyenneté politique à part entière ? La définition proposée par Mattera du marché intérieur n'est pas neutre de conséquences. Elle englobe les libertés de circulation dans le droit du marché intérieur. Et puisque ce dernier poursuit un objectif autre que simplement économique, notamment de protection des droits fondamentaux des citoyens, il est possible d'interpréter les libertés de circulation comme *fondamentales* dans la mesure où elles participent au premier chef à la réalisation de cet objectif politique⁴⁹. Tel que présenté, le raisonnement apparaît cependant tautologique. Il suppose d'admettre que le marché intérieur poursuit un objectif de protection des droits fondamentaux pour en déduire le caractère fondamental des mêmes libertés de circulation...

Une différence de sens s'instaure qu'il est déjà possible de souligner, entre une approche classique qualifiant les libertés de circulation de *fondamentales* au sens où elles fondent⁵⁰ en partie le système politico-juridique de l'Union et une approche plus explicitement politique qui convoque la citoyenneté européenne comme un moyen de justification de la finalité non économique des libertés de circulation. Une autre manière d'aboutir au caractère fondamental de ces libertés consiste à les rattacher à des énoncés ou principes plus généraux : la liberté, la non-discrimination en raison de la nationalité – la notion d'entrave ne s'est pas encore imposée –, l'égalité homme-femme entre autres. Plus rarement, certains auteurs entendent l'attribut fondamental au même titre qu'un droit de l'homme⁵¹.

L'un des rares manuels qui, à notre connaissance, propose une justification du caractère *fondamental* des libertés de circulation est celui de Jean Schapira, Georges Le Tallec et Jean-Bernard Blaise⁵². Rédigé pour la première fois au milieu

48. M. Everson, « The Legacy of the Market Citizen » in, J. Shaw et G. Morez (eds.), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 73-89.

49. Une démonstration de ce point de vue est proposée dans le manuel de Joël Molinier et Nathalie De Grove-Valdeyron : J. Molinier, N. De Grove-Valdeyron, *Droit du marché intérieur européen*, Paris, LGDJ/Lextenso, 3^e ed. 2011, p. 13-21. Les auteurs estiment que les libertés de circulation s'intègrent dans une conception finaliste de la construction européenne là où la libre concurrence relèverait d'une conception « instrumentaliste » (p. 14-15).

50. J.-E. de Cockborne, L. Defalque, C.-F. Durand, H. Prahl, G. Vandersanden, *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE*, T. 1 (Préambule, principes, libre circulation des marchandises), Ed. de l'université de Bruxelles, 1992, coll. « Études européennes », p. 8-24.

51. La 7^e édition du manuel de Christian Gavalda, Gilbert Parléani et Benoît Lecourt déduit le caractère fondamental de la libre circulation des marchandises de deux arrêts rendus par la Cour en 1962 : CJCE, 14 déc. 1962, *Commission de la Communauté économique européenne contre Grand-Duché de Luxembourg et Royaume de Belgique*, aff. 2-62 et 3-62, Rec., p. 813. En réalité, la Cour n'emploie pas le terme de liberté fondamentale mais de « règles fondamentales » (voy. p. 828 de l'arrêt). G. Gavalda, G. Parléani, B. Lecourt, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 7^e ed., 2014, p. 48 § 51.

52. J. Schapira, G. Le Tallec, J.-B. Blaise, *Droit européen des affaires*, Paris, Thémis, 1^{re} ed., 1984 ; J. Schapira, G. Le Tallec, J.-B. Blaise, 3^e ed., *op. cit.*, p. 37 : les auteurs

des années 80, ce manuel innove à double titre. Par sa prétention à la pluridisciplinarité tout d'abord : il est l'un des rares ouvrages de langue française à introduire et discuter des concepts et théories économiques ; ensuite par la référence, pour justifier le caractère fondamental des libertés de circulation, au concept de *constitution économique* tiré de la doctrine allemande. Les auteurs endossent, ce faisant, un rôle de *passeurs* d'une certaine interprétation globalisante des libertés de circulation, comprises comme des libertés *fondamentales* à l'aune du concept de constitution économique⁵³. C'est ce concept qui permet de relire l'objectif énoncé à l'article 2 du traité de Rome, à savoir la création d'une union douanière et le rapprochement des politiques économiques comme intégré au sein d'une *constitution économique* plus large.

Le caractère fondamental des libertés de circulation ne s'est donc pas imposé de manière homogène à la lecture des quelques principaux auteurs francophones examinés. Les uns mettent l'accent sur le principe non-discrimination, les autres parlent tantôt, en s'inspirant de la jurisprudence de la Cour de « principes », tantôt de « règles » fondamentales. Un flou a longtemps entouré la valeur normative des libertés de circulation avant que la Cour ne se prononce à partir du début des années 90⁵⁴. Par la suite, l'adjectif fondamental s'est introduit avec plus de force au sein de la doctrine consacrée aux libertés de circulation. Le manuel rédigé par Jean-Sylvestre Bergé et Sophie Robin-Olivier qualifie par exemple les libertés de circulation de libertés *fondamentales*. Les arguments avancés se fondent autant sur l'appartenance des libertés de circulation à la « constitution économique » européenne que sur une lecture du libre exercice d'une activité économique qualifiée de *fondamentale* par la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁵. S'il n'est pas possible de nier le rôle structurant et prépondérant qu'elles ont joué et qu'elles jouent encore, encore fallait-il pouvoir s'accorder précisément sur les raisons qui président à faire correspondre les libertés de circulation à des libertés fondamentales.

utilisent le concept de constitution économique en ce qu'il permet d'asseoir l'idée d'un « processus d'intégration économique ».

53. Sur l'émergence du concept on se permet de renvoyer à notre étude : L. Zevounou, « Le concept de constitution économique. Une analyse critique », *Jus Politicum. Revue de droit politique*, Juillet 2018, n° 20-21, p. 445-482.

54. Par ex une telle approche trouve écho dans la jurisprudence de la Cour : Avis 1/91, *Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre-échange, d'autre part, portant la création de l'Espace économique européen*, 14 déc. 1991, Rec. I-6079, pt. 71 et CJUE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, aff. C-126/97, Rec. 1999-I-3055, pt. 36. Ce dont témoigne aussi le titre d'un certain nombre de manuels publiés dans la période. Par ex : D. Ehlers, *European Fundamental Rights and Freedoms* (dont on doit préciser ici qu'il est la traduction anglaise d'un ouvrage à l'origine allemand : D. Ehlers, *Die Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts*, De Gruyeter, 2014, 4^e ed.)

55. J-S. Bergé, S. Robin-Olivier, *Introduction au droit européen*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2008, p. 96-97.

B. Les libertés fondamentales au prisme de la citoyenneté européenne : l'évolution de la doctrine française

L'introduction de la citoyenneté européenne puis l'adoption de la Charte des droits fondamentaux ont sensiblement modifié la manière d'appréhender les libertés de circulation. L'accent mis sur les droits fondamentaux ces dernières années témoigne de l'émergence d'une nouvelle forme de légitimité du projet politique européen. La doctrine européeniste en France n'a pas échappé à ce renouveau de l'agenda intellectuel des études européennes⁵⁶. Peu a été dit sur les justifications apportées au caractère fondamental des libertés de circulation. Une ligne minoritaire, ancrée dans la tradition républicaine solidariste demeure, il faut le souligner, hostile à la consécration des libertés de circulation comme libertés fondamentales⁵⁷.

Ce point rappelé, il est possible de systématiser grossièrement deux tendances. La première, que l'on qualifiera d'orthodoxe – au sens de fidèle à une tradition doctrinale originelle –, entend le sens de *fondamental* comme synonyme de construction du marché unique. La valeur attribuée aux libertés l'est, dans ce sens, eu égard au rôle qu'elles ont et continuent de jouer dans la construction européenne. Il s'agit, à partir de ce présupposé, moins d'apporter une justification au caractère fondamental des libertés de circulation que de se concentrer sur des thématiques qui lui sont proches⁵⁸. L'unité des libertés de circulation⁵⁹, l'interaction entre ordre de l'Union et ordre de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ou l'étendue du contrôle opéré par la Cour lorsqu'elle

56. Sans être exhaustif : D. Simon, « La citoyenneté européenne », *CDE*, 1992, p. 285-316 ; M. Benlolo Carbot, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007 ; J.-Y. Carlier, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2007, coll. « Précis de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain » ; S. Barbou des Places, « Droit communautaire de la liberté de circulation et droit des migrations ou est la frontière ? » in, *Mélanges en l'honneur de P. Manin, L'Union européenne. Union de droit, union des droits ?*, Paris, Pedone, 2010, p. 341-356 ; C. Gauthier, M. Gauthier, F. Fines, *La non-discrimination entre européens*, Paris, Pedone, 2012, coll. « droits européens » ; A. Iliopoulou-Penot, « The Transnational Character of Union Citizenship » in, M. Dougan, N. Nic Shuibhne, E. Spaventa (eds.), *Empowerment and Disempowerment of the European Citizen*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 15-35 ; L. Azoulay, S. Barbou des Places, E. Pataut (dir.), *Constructing the Person in EU Law : Rights, Roles, Identity*, Hart Publishing, 2016.

57. Voy en ce sens, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* (Témoignage et commentaire de Guy Braibant), Paris, Seuil, 2002, coll. « Essais », p. 137-138.

58. Voy. en ce sens : M. Dony, *Droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2018, 7^e ed., Édition de l'Université de Bruxelles, 2018, coll. « Références », p. 339. Marianne Dony emploie l'expression de « grandes libertés du marché intérieur » pour parler des libertés de circulation.

59. M. Fallon, « Vers un principe général de liberté de circulation : pour une approche unitaire du droit du marché intérieur », *Annales d'études européennes de l'Université catholique de Louvain*, 1996, p. 73-115 ; A. Maitrot de la Motte, E. Dubout (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate Concordia*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

doit arbitrer entre une liberté de circulation et un droit fondamental en sont quelques illustrations⁶⁰. Certains auteurs ont, dans ce sillage orthodoxe, maintenu une distance sémantique entre les libertés de circulation et les droits fondamentaux consacrés par la citoyenneté européenne⁶¹. Denys Simon distingue à ce titre, parmi les sources non écrites de l'ordre juridique européen, les droits fondamentaux, les principes découlant de la Communauté de droit et les principes structurels⁶². Avec la libre concurrence, l'unité du marché commun et la non-discrimination, les libertés de circulation sont rangées dans les *principes structurels* censés : « refléter la structure économique et politique de la Communauté »⁶³. Sans recourir au terme fondamental, d'autres auteurs emploient, en se fondant sur le langage jurisprudentiel de la Cour qui précède la consécration des libertés de circulation comme des libertés fondamentales⁶⁴, nombre d'expressions variées : « principes généraux du droit déduits de la nature des Communautés », « principes du droit communautaire », ou encore « principe s'inscrivant dans les fondements de la Communauté ».

L'usage de ces différentes formules n'est pas toujours très clair. Elle peut, dans le doute, s'interpréter au moins de deux manières. La première affirme dans d'autres mots le caractère fondamental des libertés de circulation. L'emploi du terme fondamental pouvant rendre compte du rapprochement entre les libertés de circulation et des droits subjectifs⁶⁵. Un tel rapprochement ne serait pas nécessairement synonyme de fondamental au sens de droit de l'homme. La seconde s'inscrit dans la ligne d'une interprétation téléologique constante sus-évoquée des libertés de circulation comme d'un principe « structurant » afin de souligner qu'elles doivent se comprendre comme un moyen de parvenir à la construction politique de l'Union et non comme une fin en soi. Cette dernière approche trouve encore des échos récents. Francesco Martucci distingue par exemple les libertés de circulation des droits fondamentaux. Les premières s'inscrivent, selon une approche substantielle, dans l'objectif de réalisation du marché intérieur⁶⁶.

60. Par ex : S. A. de Vries, « Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice », *Utrecht Law Review*, vol. 9, Issue 1, janv. 2013, p. 169-192.

61. Par ex : H. Labayle, « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, juil. 1998, *op. cit.*, p. 75-91, range les libertés de circulation dans la catégorie de « principes ».

62. *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Rapport GIP Mission Droit et justice, mars. 2004, p. 103 et suiv.

63. *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 16.

64. CJCE, 4 avr. 1974, *Commission des Communautés européennes contre République française*, aff. C-167-73, § 21.

65. On peut aussi y ranger les auteurs qui, dans ce débat, proposent une substitution à l'application pure et simple d'une théorie des droits subjectifs : J.-S. Bergé, « Existence/ Exercice des droits subjectifs et libertés de circulation : l'hypothèse (à nouveau) d'un rapport de mise en œuvre » in, *L'unité des libertés de circulation. In varietate Concordia*, Bruxelles, Bruylant, *op. cit.*, p. 139-158 ; voy. aussi : L. Azoulai, « Le sujet des libertés de circuler » in, *L'unité des libertés de circulation. In varietate Concordia*, p. 385-409.

66. F. Martucci, *Droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2017, p. 811-812.

Une seconde tendance met l'accent sur le caractère fondamental des libertés de circulation à travers le rapprochement opéré avec le discours classique sur les droits de l'homme. Ce rapprochement fort discutable et encore très discuté⁶⁷, est facilité par l'assimilation entre la Charte des droits fondamentaux et le régime de la citoyenneté européenne. Un ouvrage collectif consacré aux principes fondateurs de l'Union européenne⁶⁸ déduit par exemple la liberté de circulation du droit de l'homme qu'est la liberté. Les auteurs soulignent que, dans un premier temps, la liberté a été entendue dans le traité de Rome comme une liberté économique reconnue comme un principe fondamental par la Cour. Elle serait devenue par la suite une liberté plus politique à la faveur de l'adoption de la Convention de Schengen puis du traité de Maastricht s'agissant de la citoyenneté européenne d'une part et par la reconnaissance jurisprudentielle des droits et libertés fondamentaux d'autre part⁶⁹. Une interprétation similaire a été retenue s'agissant du lien entre la liberté d'entreprise consacrée à l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux et les libertés de circulation⁷⁰. Ce raisonnement, soutenu, on va le voir, par plusieurs au sein de la doctrine européeniste, assimile subrepticement une conception « commune » des libertés de circulation comprises comme des libertés *fondamentales* à une conception plus traditionnelle, propre aux droits de l'homme⁷¹.

Il est possible d'opposer à ce raisonnement plusieurs objections. La première est d'ordre temporel. Le projet européen n'a pas été, quoi qu'on en dise, un projet politique au sens usuel, mais bien un projet de politique par l'économique. De fait, si l'on s'en tient à la jurisprudence de la Cour, la liberté de circulation a d'abord été consacrée avant la liberté proprement dite, comprise comme un droit politique à part entière. De même, l'invocation des droits fondamentaux en droit de l'Union européenne est issue initialement du contentieux économique concurrentiel porté par les acteurs économiques. La seconde objection qu'il est possible d'adresser à une forme de relecture *a posteriori* des libertés de circulation est d'ordre théorique. En effet, il ne suffit pas d'affirmer, en se fondant sur le droit primaire modifié, que la liberté de circulation constituerait une liberté

67. Par ex : D. Düsterhaus, « EU Citizenship and Fundamental Rights : Contradictory, Converging or Complementary ? » in, D. Kochenov (eds), *EU Citizenship and Federalism. The Role of Rights*, Cambridge University Press, 2017, p. 642-664.

68. Ouvrage, écrit, il faut le préciser, dans le contexte d'adoption de la charte des droits fondamentaux et des débats sur la Constitution européenne : *Les principes fondamentaux de l'Union européenne, op. cit.*

69. *Les principes fondamentaux de l'Union européenne, op. cit.*, p. 106.

70. L. Idot, « Article II-76 » in, L. Burgorgue-Larsen, A. Levade, F. Picod, *Traité établissant une constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 224-231.

71. Un raisonnement similaire est proposé par les acteurs de la Cour : par ex, K. Lenaerts & E. de Smikter, « A “Bill of Rights” for the European Union », *CMLR*, 2001, Issue 2, p. 273-300.

fondamentale parce qu'elle appartiendrait désormais à la liberté au sens large, consacrée par le préambule de la Charte des droits fondamentaux.

Comme le montre avec conviction une recherche récente, le passage d'une matrice conceptuelle privilégiant une construction de l'Europe par le marché à une matrice conceptuelle faisant la part belle à l'Europe politique dont la citoyenneté européenne serait aujourd'hui le cœur, ne s'est pas fait sans un travail complexe de (dé) contextualisation/(re) contextualisation opéré par la Cour de justice elle-même⁷². S'il consacre la liberté de séjour et de circulation comme une liberté fondamentale, l'arrêt *Baumbast* rompt aussi avec l'approche développée dans l'arrêt *Roux* où la Cour fait dépendre le droit de séjour de la condition de l'exercice d'une activité économique⁷³. Il convient de faire remarquer sur ce point qu'un travail de réécriture conjoint de la jurisprudence et de relecture doctrinale⁷⁴ s'agissant des conclusions de certains avocats généraux est à l'œuvre depuis plusieurs années⁷⁵. Significatif à cet égard, a été la tentative – non suivie en l'espèce par la Cour – de l'avocat général Poiares Maduro de refonder la qualification de libertés de circulation. Les conclusions rendues sous l'arrêt *Alfa Vita* méritent en ce sens d'être citées :

« Il reste que, dans le cadre de l'établissement d'un marché intérieur, l'objectif fondamental du principe de libre circulation des marchandises est de garantir que les producteurs sont mis en mesure de profiter, effectivement, du droit d'exercer leur activité sur un plan transnational, tandis que les consommateurs sont mis en mesure d'accéder, pratiquement, aux productions en provenance des autres États membres dans les mêmes conditions que les productions nationales. Telle était l'intention des rédacteurs du traité ; telle a été la doctrine de la Cour qui l'a mise en œuvre. Cependant, il me semble qu'il ne serait ni satisfaisant ni fidèle à l'évolution de la jurisprudence de réduire la libre circulation à une simple norme de promotion du commerce entre les États membres. Il importe d'inscrire les libertés de circulation dans le cadre plus large des objectifs du marché intérieur et de la citoyenneté européenne. À présent, les libertés de circulation doivent être comprises comme l'une des composantes essentielles du "statut fondamental des ressortissants

72. V. Réveillère, *Le juge et le travail des concepts juridiques. Le cas de la citoyenneté européenne*, Thèse, IUE, 2017, p. 107-112.

73. CJCE, 17 sept. 2002, *Baumbast et R c. Secretary of State for the Home Department*, aff. C-413/99 et CJCE, 5 févr. 1991, *Roux c. État belge* cité par V. Réveillère, *Le juge et le travail des concepts juridiques. Le cas de la citoyenneté européenne*, op. cit., p. 108.

74. On formule sans y revenir l'hypothèse sociologique minimale alimentée par une abondante littérature sociologique européenne sur la porosité des frontières sociales, des idées et donc des valeurs entre les acteurs de la doctrine et ceux de la Cour qui pour une grande partie appartiennent au monde universitaire soit directement, soit indirectement par leurs écrits ou enseignements divers.

75. Il pourrait être intéressant pour des travaux ultérieurs de revenir sur ce tournant dans l'agenda doctrinal européen.

des États membres”. Elles constituent la dimension transnationale du statut économique et social conféré aux citoyens européens. Or, la protection d’un tel statut exige d’aller au-delà de la garantie de ne point subir de discrimination en raison de la nationalité. Elle implique que les États membres prennent en compte l’effet des mesures qu’ils adoptent sur la situation de tous les citoyens de l’Union européenne souhaitant faire valoir leurs droits à la liberté de circulation. Cela exige, ainsi que la Cour l’a rappelé dans son arrêt *Deutscher Apothekerverband*, précité, de se placer sur un plan plus large que celui du cadre strictement national »⁷⁶.

Si le raisonnement de l’avocat général n’a pas été suivi, il a fait l’objet d’un véritable programme doctrinal tentant d’amoindrir la représentation économique commune qui s’attache aux libertés économiques au profit de l’extension du régime de la citoyenneté européenne. En dépit de certains écueils⁷⁷, une nouvelle lecture plus politique de la manière d’appréhender le récit de la construction européenne s’est imposée. Miguel Poiars Maduro qualifie, ce faisant, les libertés de circulation de *fondamentales* non à l’aune d’une supposée constitution économique, mais eu égard à des principes politiques censés préserver la cohésion de l’Union : ceux de non-discrimination⁷⁸, de représentation et de solidarité entre les États membres principalement⁷⁹. Autant de principes qui s’intègrent dans un nouveau cadre constitutionnel prenant en compte les préoccupations liées à la citoyenneté européenne. La force de l’argument de Miguel Poiars Maduro consiste à intégrer les libertés de circulation dans ce nouveau récit. Fondamentales, elles le sont désormais par le rôle politique qu’elles sont censées assumer au sein de la construction européenne⁸⁰.

76. CJUE, 14 déc. 2006, *Alfa Vita Vassilopoulos AE et Carrefour Marinopoulos AE c. Elliniko Dimosio et Nomarchiaki Afodioikisi Ioanninon*, aff jtes. C-158 et 159/04, Rec. 2006, I-08135, conclusions du 30 mars 2006 § 40.

77. CJUE, 11 juil. 2002, *Marie-Nathalie D’Hoop contre Office national de l’emploi*, aff. C-224/98, Rec. I-6191.

78. Il convient de souligner l’ambiguïté du principe de non-discrimination mobilisé ici. Il peut s’entendre à la fois au regard de la nationalité, comme d’un principe général de non-discrimination.

79. M. Poiars Maduro, « Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution : Economic Freedom and Political Rights », *European Law Journal*, vol. 3, n° 1, March 1997, p. 72-73.

80. En ce sens, on renvoie aux recours déposés devant la Cour de justice s’agissant des mesures protectionnistes à caractère nationales invoquées par les États quant à la profession de notaire. L’avocat général affirme a contrario de ces mesures que : « *Le notaire s’insère, de la sorte, dans un cadre dans lequel la loyauté s’établit à la fois à l’égard de l’État conférant l’autorité et de celui de l’Union qui l’assume, de même qu’à l’égard des autres États membres* » : CJUE, conclusions de l’avocat général Pedro Cruz Villalón du 14 sept. 2010, *Commission c. Royaume de Belgique, République française, Grand-Duché du Luxembourg, République d’Autriche, République fédérale d’Allemagne, République hellénique*, aff. C-47, 50, 51, 53, 54, 61/08.

Assurément, le récent travail dogmatique entrepris par Alina Tryfonidou s'inscrit dans cette ligne⁸¹. Dans ses grands traits, il propose une nouvelle interprétation doctrinale des libertés de circulation à l'aune de la citoyenneté européenne. Une lecture évolutionniste est utilisée à cette fin à partir du traité de Maastricht. D'instrumentale, l'interprétation des libertés de circulation aurait mué pour prendre en considération la liberté économique du citoyen : celle de s'installer ou de continuer une activité dans un autre territoire. Au-delà de la construction du marché unique, les libertés de circulation seraient devenues progressivement source des droits économiques fondamentaux du citoyen européen⁸². Audacieuse, cette thèse se fonde sur la reconnaissance par la Cour du principe de non-discrimination – lié au contentieux de « seconde génération » fondé sur le critère du déplacement⁸³ –, pour en déduire que cette reconnaissance ouvrirait la voie à l'instauration d'un système où les libertés de circulation pourraient être considérées comme source des droits économiques fondamentaux exercés par les citoyens. La thèse portée par Alina Tryfonidou ne fait pas l'unanimité, on s'en doute⁸⁴. Plusieurs arguments lui ont été opposés sur lesquels il est impossible de revenir dans ses lignes. Quoique discutable, il faut reconnaître que la position d'Alina Tryfonidou s'inscrit dans le sillage de nombreux travaux moins tranchés, qui essaient désormais d'examiner les transformations des catégories traditionnelles de la libre circulation par l'évolution du régime de la citoyenneté européenne. Tel est le cas par exemple en France en ce qui concerne la notion d'entrave⁸⁵. Le rapprochement entre liberté de circulation et citoyenneté européenne comporte pour avantage de faire l'impasse sur les justifications qui sous-tendent le caractère fondamental des libertés de circulation. Le raisonnement proposé peut, schématiquement, se décomposer comme suit. En partant de la prémisse selon laquelle la liberté économique de circula-

81. Pour une illustration antérieure, on renverra aux travaux de Eleanor Spaventa : E. Spaventa, *Free Movement of Persons in the European Union : Barriers to Movement in Their Constitutional Context*, Kluwer Law International, 2008.

82. A. Tryfonidou, *The Impact of Union Citizenship on the EU's Market Freedoms*, Hart Publishing, coll. « Modern Studies in European Law », (on se réfère à la seconde partie de l'ouvrage), p. 61-196.

83. L'expression est employée par : A. Iliopoulou, « Entrave et citoyenneté de l'Union » in, L. Azoulaï (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. Azoulaï (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 191-223 (spéc. p. 195-197).

84. Outre que l'auteur en mesure elle-même les limites : A. Tryfonidou, *The Impact of Union Citizenship on the EU's Market Freedoms*, op. cit., p. 155-231, on renvoie aux critiques formulées par Pedro Caro de Sousa sur le risque d'amalgame entre liberté de circulation et citoyenneté européenne : P. Caro de Sousa, *The European Fundamental Freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 76-83. Voy aussi celles de Ferdinand Wollenschläger, « 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, n° 1, janv. 2011, p. 1-34, spéc. p. 30-34.

85. Par ex, L. Azoulaï (dir.), *L'entrave dans le marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

tion du citoyen est une liberté fondamentale – au sens ici de structurante pour le système juridique européen – on en arrive à une conclusion qui amalgame *de facto* le caractère fondamental de cette liberté économique avec celui de la citoyenneté européenne. Par le moyen de ce raccourci intellectuel, on admet implicitement que le caractère fondamental de la citoyenneté européenne rejaillit nécessairement sur celui des libertés économiques de circulation qui bénéficient désormais d'une justification à la fois économique et politique. Cet amalgame implicite permet de faire l'économie d'une explication doctrinale. Si, comme l'indique le droit positif, la Cour n'a pas encore rompu avec l'interprétation téléologique traditionnelle, le rapprochement entre liberté économique de circulation et citoyenneté européenne interroge la part de ce qui relève, au sein des libertés de circulation, du fondamental.

II. Quelques critères doctrinaux de justification des libertés de circulation comprises comme des libertés fondamentales et leur évaluation

Avec l'introduction de la citoyenneté européenne en droit de l'Union, le discours doctrinal européen a progressivement tenté de raffiner l'analyse des justifications apportées aux droits fondamentaux. Dans un premier temps, la doctrine s'est attachée à proposer un récit alternatif d'une Europe construite exclusivement sur les valeurs du marché à partir de la fin des années 90⁸⁶. À partir de là, différents critères sont avancés pour distinguer entre libertés fondamentales et libertés de circulation (A). Il convient de proposer une grille d'évaluation desdits critères (B).

A. La sophistication des justifications doctrinales des libertés de circulation comprises comme des libertés fondamentales

La tradition doctrinale allemande, la première, a tenté d'apporter une justification au caractère fondamental des libertés de circulation en termes de droits publics subjectifs. Certains auteurs qualifient les libertés de circulation de *fondamentales*, parce qu'assimilées, à des « droits publics subjectifs »⁸⁷. Cette expression,

86. Par ex : S. Kadelbach, « Union Citizenship » in, A. Von Bogdandy, J. Bast, *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Ch. Beck, 2011, p. 443-477 ; T. Kingreen, « Fundamental Freedoms » in, A. Von Bogdandy, J. Bast, *op. cit.*, p. 550-552 ; J. H. H. Weiler, « Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration : An Exploratory Essay » in, J. Dickson, P. Eleftheriadis (dir.), *Philosophical Foundations of European Law*, Oxford, OUP, 2012, p. 137-158.

87. Il faut entendre le sens de l'expression droits publics subjectif dans le sillage des travaux de Jellinek, comme « la reconnaissance expresse de la personnalité du sujet par l'État ; le droit subjectif public sera ainsi la capacité concédée par le droit public de mettre en

tirée d'une certaine tradition doctrinale initiée par Jellinek, désigne des droits opposables aux États membres tant sur un fondement lié à un intérêt général que sur un fondement lié à la défense d'intérêts individuels. Les libertés de circulation sont qualifiées de fondamentales, en ce qu'elles participent de façon large, voire indirecte, à la protection des droits publics subjectifs dont les individus peuvent potentiellement se prévaloir contre la violation d'une obligation imposée par le droit de l'Union à un État membre. Une tentative déjà ancienne – elle date de la fin des années 90 – de classification et de systématisation de ces droits publics subjectifs a été opérée par Norbert Reich⁸⁸. Cet auteur évoque un processus de « subjectivisation » du droit de l'Union⁸⁹. Ce processus est effectif dans le

œuvre des normes de droit public dans l'intérêt de l'individu (...) » in, « Droits subjectifs », A.-J. Arnaud, J.-G. Belley, J. Comaille, *et. al.*, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, Paris/Bruxelles, LGDJ, coll. « Story Scientia », p. 210-213 ; sur cette question en droit public français : N. Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administrative français du XIX^e au XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 2003, coll. « NBT » ; O. Jouanjan, « Les fondations de la théorie des droits subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek », *Revue universelle des droits de l'homme*, 2004, n° 3, p. 6-16 ; *Les droits publics subjectifs des administrés*, Lexis-Nexis 2011, Travaux de l'AFDA, coll. « Colloques & Débats » ; A. Gaillet, *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours en droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Paris, Dalloz, coll. « NBT », 2012. N. Reich, « European Constitution for Citizens : reflection on the Rethinking of Union and Community Law », *European Law Journal*, vol. 3, n° 2, 1997, p. 131-164, spéc. p. 163-164. Pour une discussion de cette thèse sur les droits publics subjectifs : L. Azoulaï, « Sur le sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2010, vol. 46, n° 4, p. 842-860.

La thèse des libertés de circulation comprises comme des droits publics subjectifs a été consacrée dans les conclusions de l'arrêt *Danske Slagterier* où l'avocat général V. Trstenjak s'appuie sur les travaux d'une certaine doctrine allemande afin de justifier la qualification de droits subjectifs en référence aux libertés de circulation : CJUE, 24 mars 2009, *Danske Slagterier contre Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-445/06, Rec. I-02119, § 75 : « La jurisprudence de la Cour a reconnu que des droits individuels pouvaient découler des dispositions de droit primaire relatives aux libertés fondamentales. Les libertés fondamentales ne donnent pas uniquement naissance à un droit objectif, mais reconnaissent également aux particuliers le pouvoir de se prévaloir des obligations normatives qu'elles contiennent auprès des sujets de droit soumis à ces obligations. Dans la mesure où les libertés fondamentales fondent cette position juridique par rapport aux pouvoirs publics, elles peuvent être qualifiées de droits publics subjectifs. Il en résulte que ces libertés fondamentales peuvent donner naissance à un droit à réparation du fait de la responsabilité de l'État en cas de violation de celles-ci. Tel est en particulier le cas en ce qui concerne les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises en cause dans le présent litige ».

88. N. Reich, « European Constitution for Citizens : reflection on the Rethinking of Union and Community Law », *European Law Journal*, *op. cit.*, p. 131-164.

89. J. Barroche cite à cet égard un travail qui nous semble aller dans ce sens : J. Massing, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, Berlin & Humblot, 1997 in, J. Barroche, « La citoyenneté européenne victime de ses propres contradictions : de la nationalité étatique à la rationalité économique », *Jus Politicum*, n° 19, janv. 2018, nbp n° 29, p. 189.

domaine des activités économiques, incomplet s'agissant des droits sociaux et écologiques voire contradictoire en matière de citoyenneté européenne⁹⁰. Pour Reich, la contradiction tient dans le fossé entre le régime juridique de la citoyenneté et la faible légitimité politique qui lui est consubstantielle. Le lien entre liberté de circulation et droits publics subjectifs a été approfondi par d'autres travaux⁹¹.

D'autres auteurs, que l'on rattache au courant ordolibéral⁹², estiment que les libertés de circulation constituent en eux-mêmes, des droits subjectifs fondamentaux. Un tel argument s'appuie autant sur la jurisprudence de la Cour en matière de liberté de circulation à laquelle est désormais attribuée une valeur constitutionnelle⁹³ que sur plusieurs jugements de valeur discutables⁹⁴. Sa forme la plus aboutie s'exprime sous la plume de Ernst Ulrich Petersmann⁹⁵ pour qui les libertés de circulation constitueraient des libertés fondamentales parce qu'elles contribuent à tracer des frontières entre les sphères du public et du privé, mais aussi parce qu'en tant que sources juridiques de l'intégration par le marché, elles participent à accroître l'autonomie individuelle et l'égalité des rapports avec l'État. De fait, les choix économiques opérés par les individus relèvent moins d'un problème politique que d'une question d'exercice de droits subjectifs constitutionnellement garantis. De tels choix sont supposés d'autant plus légitimes qu'ils appartiennent à la sphère privée. Une version équivalente de cet argument tient dans l'analogie, déjà évoquée, d'un *jus commune* entre libertés fondamentales

90. N. Reich, *op. cit.*, p. 160.

91. Par ex, T. Kingreen, « Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta » in, C. Callies, M. Ruffert, *EU/EGV Kommentar*, 3^e éd., C.H. Beck, 2007, EUV art. 6.

92. On prendra garde de souligner sur ce point que l'ordolibéralisme généralement évoqué dans ce cas, est celui de la troisième génération grandement influencé par un certain néolibéralisme américain.

93. Par ex : CJCE, 13 juil. 1983, *Sandro Forcheri et Marisa Marino, épouse Forcheri, contre État belge et Asbl Institut supérieur de sciences humaines appliquées – École ouvrière supérieure*, aff. C-152/82, § 11. On rappelle toutefois dans cet arrêt que l'attribut fondamental concerne la liberté de circulation des travailleurs que l'on a fait dériver à l'ensemble des autres libertés de circulation. Voy plus généralement : A. Hatje, « The Economic Constitution within The Internal Market » in, A. Von Bogdandy, J. Bast (dir.), *Principles of Europa Constitutional Law, op. cit.*, spec. p. 599, C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, 3^e éd., Oxford, OUP, 2011.

94. Notamment une radicalisation du droit subjectif empruntée au droit naturel qui considère que le droit positif comme un système de droits subjectifs.

95. E-U. Petersmann, « Proposals for a New Constitution of the European Union : Building-Blocks for a Constitutionnal Theory and Constitutionnal Law of the EU », *CMLR*, 1995, vol. 32, p. et E-U Petersmann, « National Constitutions, foreign trade policy and Europe Community Law », *European Journal of International Law*, 1992, vol. 3, p. 1-35. Dans cet article plus ancien E-H. Petersmann se livre à une approche « comparée » des différentes constitutions européennes pour en déduire un fonds commun protégeant les libertés de circulation comme des libertés fondamentales.

et libertés de circulation. Cette lecture mobilise le préambule de la Charte et l'énoncé de l'article 16 pour aboutir à la conclusion que les libertés de circulation constituent une composante de la liberté d'entreprise.

Moins radicale, mais tout aussi proche sur le fond, est le point de vue qui n'opère aucune hiérarchie apparente entre droits fondamentaux et droits de l'homme. L'ex-président de la Cour, Vassilios Skouris, ou l'ex-avocate générale, Verika Trstenjak, partagent l'idée qu'il n'existerait pas de hiérarchie tranchée entre les libertés de circulation et les droits fondamentaux⁹⁶. La critique opposée à cette approche est d'ordre logique. Rattacher les libertés de circulation à des droits fondamentaux plus généraux, tels que la liberté ou la liberté d'entreprise, ne permet pas de résoudre la question essentielle de savoir s'il est ou pas légitime d'opérer un tel rattachement. En d'autres mots, si la liberté constitue une valeur universellement partagée, l'assimilation entre cette valeur universelle et les libertés de circulation ne fait pas de la seconde une liberté universelle⁹⁷. Ainsi, qu'il soit reconnu à la liberté d'entreprise ou contractuelle la qualification de droit fondamental par la Cour n'en résulte pas que les libertés de circulation devraient bénéficier de la même valeur hiérarchique. Une variante de cette approche justifie aussi le caractère fondamental des libertés de circulation en les assimilant au principe plus général de non-discrimination – au sens d'égalité pour l'accès au marché. Le raisonnement est en tous points comparable au précédent. En partant de l'idée que les libertés de circulation contribuent à mettre en œuvre un principe plus

96. S'agissant de l'avocat général Trstenjak : V. Trstenjak, E. Beysen, « The Growing Overlap of Fundamental Freedoms and Fundamental Rights in the Case-Law of CJEU », *European Law Review*, 2013, Issue 3, p. 293-315. Voy aussi : conclusions de l'avocat général Trstenjak sous l'affaire *Commission c. Allemagne*, C-271/08, § 186-188 : « *Il n'existe pas, à mon avis, un tel rapport hiérarchique entre libertés fondamentales et droits fondamentaux. Le rapport entre les libertés fondamentales et les droits fondamentaux se caractérise en outre par une large convergence, tant du point de vue de leur structure que du point de vue de leur contenu. Ainsi, par exemple, il est possible de formuler le contenu des garanties assurées par les libertés fondamentales en termes de droits fondamentaux, en particulier à l'aide des droits fondamentaux qui protègent l'activité économique. Compte tenu de cette convergence, il serait aussi erroné de vouloir construire un conflit ou un rapport hiérarchique de principe entre droits fondamentaux et libertés fondamentales. Lorsque, dans un cas concret, l'exercice d'un droit fondamental restreint une liberté fondamentale, il convient donc de rechercher une juste conciliation entre les deux positions juridiques. Il y a lieu, à cet égard, d'une part, de partir du principe que la concrétisation d'une liberté fondamentale constitue un objectif légitime qui peut poser des limites à un droit fondamental. Mais, inversement, la concrétisation d'un droit fondamental doit aussi être reconnue comme un objectif légitime qui peut restreindre une liberté fondamentale* ». De même : V. Skouris, « Fundamental Rights and Fundamental Freedom : The Challenge of striking a Delicate Balance », *European Business Law Review*, 2006, vol. 17, p. 225-239. Ces références sont tirées du travail de F. de Cecco, « Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Scope of Free Movement Law », *German Law Journal*, 2014, *op. cit.*

97. F. de Cecco, « Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Scope of the Free Movement Law », *op. cit.*, p. 392-395.

général d'égalité, l'avocat général Stix-Hackl en arrive à la conclusion que les libertés de circulation sont fondamentales au même titre qu'un droit de l'homme⁹⁸. En pratique toutefois, lorsque la Cour a été confrontée à une mise en balance entre une liberté de circulation et la protection d'un droit fondamental garanti par la Charte (politique sociale), elle a fait prévaloir les libertés de circulation⁹⁹.

Dans sa majorité, la doctrine universitaire européeniste distingue toutefois entre les libertés de circulation et les droits fondamentaux. Le critère proposé pour procéder à une telle distinction réside dans le caractère *a priori* instrumental des libertés de circulation par opposition aux droits fondamentaux¹⁰⁰. Un droit est qualifié de fondamental au regard de sa qualité intrinsèque¹⁰¹. Alina Tryfonidou propose, dans certains cas, de qualifier de fondamentale une liberté de circulation lorsque cette liberté est indissociable du régime lié à la citoyenneté européenne¹⁰². Le critère de « l'instrumentalisation » proposé par A. Tryfonidou a été approfondi par F. de Cecco. Pour ce dernier, un droit doit être qualifié de fondamental à la seule condition que l'intérêt du titulaire auquel il s'adresse soit considéré comme une valeur ultime. Présentée *a contrario*, cette valeur ultime ne peut être rattachée à d'autres intérêts concurrents. Tirée de l'œuvre de Joseph Raz¹⁰³, cette définition permet de fonder la distinction entre libertés de circulation à vocation instrumentale et libertés fondamentales proprement dites. Selon F. de Cecco, les libertés fondamentales englobent à la fois les libertés consacrées par la Charte ainsi que de la libre circulation des travailleurs. Si elles convergent sur cette distinction, les thèses de ces deux auteurs – Tryfonidou et de Cecco – se séparent radicalement sur le fond. Pour de Cecco, redéfinir l'ensemble des libertés de circulation autour de la citoyenneté européenne n'est tout simplement pas possible. Le faire reviendrait à fragmenter, au sein des libertés de circulation, celles qui seraient invocables par les tiers non-Européens (capitaux, services, marchandises) et celles en lien avec le statut fondamental de la citoyenneté qui seraient invocables par les seuls citoyens européens¹⁰⁴. Cette dernière affirmation de de Cecco il faut le rappeler, ne fait pas justice à une certaine complexité. La jurisprudence *Zambrano*, s'il fallait encore s'en convaincre, a étendu dans une certaine mesure le bénéfice de la citoyenneté européenne aux tiers non-ressortissants de l'Union.

98. Conclusions de l'avocat général C. Stix-Hackl présentées le 18 mars 2004 sous l'affaire C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* § 50.

99. CJUE (Gde ch.), 21 déc. 2016, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) c. Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalis kai Koinonikis Allilengyis*, aff. C-201/15, pt. 79-108.

100. Par ex, P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, 2008, p. 605.

101. A. Tryfonidou, *The impact of Union Citizenship on the EU's Market Freedoms*, *op. cit.*, p. 14-15 ; W. Frenz, « Grundfreiheiten und Grundrechte », *EuR* 2002, vol. 37, p. 603.

102. A. Tryfonidou, *The impact of Union Citizenship on the EU's Market Freedoms*, p. 219-226.

103. J. Raz, *The Morality of Freedom*, 1998, Clarendon Press, p. 192.

104. F. de Cecco, *op. cit.*, p. 396-397.

D'autres critères ont été avancés par la doctrine européenne. Au sein des libertés de circulation, les uns ont estimé qu'il fallait réserver une place particulière à la liberté de circulation des travailleurs¹⁰⁵. L'argument ne fait toutefois pas l'unanimité. Une de ses principales limites est qu'il demeure difficile d'isoler la libre circulation des personnes – entendue comme le déplacement d'individus – des autres libertés (capitales, services, marchandises) qui, elles aussi, impliquent le déplacement d'individus¹⁰⁶. À cela, s'ajoute le fait qu'il est tout à fait possible d'intégrer les libertés de circulation de marchandises et de service dans un certain nombre de droits fondamentaux reconnus par la Charte : en l'occurrence, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété (articles 16 et 17).

Au nombre des propositions de justification celle de Nik de Boer mérite attention¹⁰⁷. En s'appuyant sur la philosophie politique et morale de Rawls, de Boer montre pourquoi il convient de qualifier les libertés de circulation de fondamentales lorsqu'elles ont pour objectif d'instituer un égal accès d'opportunités par opposition à un simple accès au marché¹⁰⁸. Les libertés fondamentales sont assimilées dans un premier temps aux droits et libertés minimales – car rattachées au droit de propriété entendu dans un sens large –, nécessaires au fonctionnement d'une société selon Rawls. L'égal accès d'opportunités que transforme en principe Nik de Boer va bien au-delà d'une simple égalité juridique formelle. Ainsi, lorsqu'une liberté de circulation est entravée par une mesure nationale discriminatoire, qu'il s'agisse de personnes, de biens ou de services, le principe d'égal accès d'opportunité serait violé et, partant, cette liberté de circulation peut être qualifiée de fondamentale. Lorsque les libertés de circulation sont au contraire interprétées à l'aune de l'accès au marché, compris comme un critère interdisant toute forme de réglementation susceptible d'engendrer une externalité négative ou de réduire le champ d'application du marché, l'attribut fondamental ne sera pas justifié s'agissant des libertés de circulation¹⁰⁹. En d'autres mots, la distinction entre une liberté de circulation classique et une liberté de circulation fondamentale serait subordonnée à l'identification de deux valeurs : l'efficacité ou l'efficacité du marché d'une part, et l'égal et juste accès à une opportunité économique, politique ou sociale, de l'autre¹¹⁰.

105. On renvoie sur ce point à l'article de Vincent Réveillère dans cet ouvrage.

106. P. Caro De Sousa, *The European Fundamental Freedoms*, *op. cit.*, p. 69.

107. Nik de Boer, « Fundamental rights and the EU internal market : just how fundamental are the EU treaty freedoms ? A normative enquiry based on John Rawls' political philosophy », *Utrecht Law Review*, 2013, vol. 9, Issue 1, p. 148-168.

108. Test formulé par l'avocat général Jacobs puis consacré par la Cour dans : CJCE, 25 juil. 1991, *Manfred Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd.*, aff. C-76/90, Rec. 1991, I-4221, § 12.

109. Nik de Boer, « Fundamental rights and the EU Internal Market : just how fundamental are the eu treaty freedoms ? A normative enquiry based on John Rawls' political philosophy », *op. cit.*,

110. L'analyse proposée par Nick de Boer n'est pas à l'abri de critiques, notamment s'agissant de l'appréciation en terme d'égal accès d'opportunité. Certains démontrent que cet égal accès mériterait d'être accompagné d'une réflexion plus globale sur les possibilités

Les arguments apportés au caractère fondamental des libertés de circulation, on le voit, sont hétérogènes. Elles puisent soit dans des systèmes théoriques ou idéologiques métajuridiques : économie du droit, philosophie morale, philosophie du droit, soit déduisent le caractère fondamental des libertés de circulation de libertés plus générales consacrées juridiquement comme fondamentales : principe de non-discrimination, liberté, propriété. À côté de ces différentes approches a émergé une autre manière de penser les libertés de circulation comme des droits politiques à part entière.

B. Évaluation des discours doctrinaux sur la fondamentalisation des libertés de circulation : intérêt d'une typologie

Qu'il s'agisse du droit national ou européen, peu d'écrits interrogent le sens de la terminologie libertés fondamentales. En France, il faut se tourner vers les travaux de Véronique Champeil-Desplats consacrés à la question¹¹¹. L'observation que pose l'auteur pour le droit national vaut tout autant en droit européen : « *ce qui est fondamental n'a pas besoin d'être défini. Chacun présuppose une connaissance partagée de ce qui constitue, au fond, le fonds commun du fondamental* »¹¹². Le complexe de présupposés qui s'attachent à la qualification du terme *fondamental* en droit de l'Union européenne est aujourd'hui tel qu'il importe d'intégrer la typologie proposée par l'auteur. Quatre formes de conceptualisation ou types possibles de la qualification doctrinale par référence au caractère fondamental des libertés sont proposées¹¹³. Le premier type est dite axiologique. Les droits sont qualifiés de *fondamentaux* dans ce premier sens, indépendamment de leur reconnaissance par le droit positif. Un second type, dit formel, s'entend à l'aune de la « hiérarchie des normes » et des « sources » du droit. Les droits fondamentaux sont, dans ce second sens, rangés au sommet d'une hiérarchie des normes supposée – généralement constitutionnelle. De là, il en découle qu'ils ne peuvent être modifiés que par le moyen d'une procédure spéciale, voire indérogeable, comme en témoigne

de mise en oeuvre d'une justice distributive à l'échelle européenne. Sur cette question : M. Unger, « La défense égalitarienne des libertés de circulation à l'épreuve du cas européen », *Éthique Publique*, vol. 17, n° 1/2015 mis en ligne le 10 juin 2015, consulté le 28 mai 2019.

111. La question de la définition des droits fondamentaux a aussi été travaillée par d'autres auteurs : voy, L. Favoreu, J. Tremeau, P. Gaïa, *et. al.*, *Droit des libertés fondamentales*, 7^e ed., Paris, Dalloz, 2015, coll. « Précis », p. 63-108.

112. V. Champeil-Desplats, « Les droits et libertés fondamentaux en France : genèse d'une qualification » in, P. Lokiec, A. Lyon-Caen (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, 2008, coll. « Thèmes et commentaires », p. 232-260. spéc. p. 233.

113. Cela n'exclut nullement que les types en questions soient à l'abri de critique. Ainsi, la différence entre le type axiologique et conceptuel peut s'avérer parfois très minime. Telle liberté peut être qualifiée de fondamentale, en raison de sa valeur supposée constitutive pour le système juridique.

le système juridique allemand¹¹⁴. Selon un troisième type, qualifié de structurel, la qualification de fondamentale accolé aux droits et libertés tient dans le caractère intrinsèque du système juridique auxquels ils appartiennent : « *les droits et libertés fondamentaux sont ici ceux sans lesquels un système juridique, un sous-système ou un élément du système perdrait ou changerait substantiellement son identité, sa cohérence ou son mode de fonctionnement* »¹¹⁵. La consécration constitutionnelle importe moins ici que la détermination du contenu de la norme identifiée comme *fondamentale*. Enfin, le type dit commun : « *prend essentiellement appui sur les deux dernières conceptions précédentes des droits fondamentaux pour extraire des systèmes juridiques un ensemble de valeurs communes constitutif d'un jus commune européen ou universel. Cette conception est en France essentiellement développée dans les discours métajuridiques, tout particulièrement dans le cadre de la promotion des droits et libertés au sein de l'Union* »¹¹⁶. Il faut adjoindre à cette typologie, une autre observation de son auteur. L'expression *droit fondamental* se distingue en effet de celle de droit de l'homme par le fait qu'elle renvoie moins à la titularité des droits – ce que consacre généralement le droit interne comme étant un droit subjectif – qu'à des « *libertés en faveur d'identités qui dépassent la singularité humaine pour épouser les formes catégorielles (des communautés, églises, entreprises bénéficiant par ailleurs d'un processus de "fondamentalisation" des libertés économiques (...))* »¹¹⁷.

Ainsi les discours sur la fondamentalisation tirent-ils leur l'autorité des multiples conceptions proposées. Le type « commun » des libertés de circulation comme libertés fondamentales est, au fond, assez intuitif. Il suppose, *grosso modo*, que le caractère fondamental desdites libertés fait partie du fonds commun ou *jus commune* du patrimoine des droits et libertés européens. Cette manière d'appréhender les libertés de circulation comme des libertés fondamentales résulte de l'assimilation opérée entre les libertés de circulation et un certain nombre de droits de l'homme à portée universelle censés constituer un socle commun à la Communauté et aux États membres. Une telle solution est dégagée par le lien établi avec d'autres principes plus généraux consacrés par la Cour de justice – en l'occurrence celui de non-discrimination s'agissant du lien établi entre l'égalité et les libertés de circulation. Plus encore, parce que l'Union s'inscrit dans une tradition où domine le modèle d'État de droit, il était impensable qu'elle ne se dote pas d'un corpus idoine en la matière. La question qui n'a pas été résolue dans ce processus d'intégration des droits fondamentaux est bien celle du sens du mot *fondamental* dans un système tel que l'Union européenne. Sans doute est-ce l'une des raisons possibles qui ont aussi contribué implicitement au rejet du projet de constitution européenne de 2005. Car, au fond, c'est bien l'argument

114. Voy. l'article 79 § 3 de la Loi fondamentale allemande.

115. V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, p. 245-246.

116. V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, p. 243-247.

117. V. Champeil-Desplats, « Des "libertés publiques" aux "droit fondamentaux" : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum. Revue de droit politique*, n° 5, 2010, p. 4.

du caractère *fondamental* de principes tels que la libre concurrence ou les libertés de circulation qui ont en partie influencé une partie de l'opinion publique.

Le mode de justification le plus répandu emprunte sans aucun doute au type structurel. Les libertés de circulation sont dites *fondamentales*, de ce point de vue, parce qu'elles découlent de principes généraux affirmés par la Cour de justice¹¹⁸. Le rôle qu'elles occupent dans la structure et l'économie du traité contribue à leur conférer une place singulière. On ne sait pas toujours si cette place se fonde sur des raisons proprement structurelles ou si l'invocation du structurel masque un certain nombre de présupposés axiologiques. Les libertés de circulation peuvent encore être considérées comme fondamentales par le rapprochement opéré avec les droits et libertés consacrés par le régime de la citoyenneté européenne. Ce type de justification dissocie généralement les libertés instrumentales de celles orientées vers la protection des droits du citoyen. Il propose, au soutien de son argumentation, un modèle de droit public subjectif potentiellement mobilisable par les citoyens.

La doctrine a aussi recours à un raisonnement formaliste. Les libertés de circulation sont qualifiées de fondamentales de ce point de vue, au regard du statut constitutionnel qui leur a été conféré par la Cour. Il faut y ajouter un élément notable. Les travaux qui se sont développés depuis plusieurs années déjà sur le constitutionnalisme européen ont réussi à imposer un schéma d'analyse sur la manière contemporaine de se représenter les libertés de circulation comme des libertés fondamentales au sens constitutionnel du terme. Les théories du constitutionnalisme européen en général – constitutionnalisme à multiples niveaux ou composé –, celles du constitutionnalisme économique en particulier, ont érigé les libertés de circulation au rang de véritables libertés fondamentales protégées au même titre que les droits fondamentaux issus de la Charte¹¹⁹.

Enfin, les libertés fondamentales peuvent être qualifiées comme telles en référence au type axiologique. Un certain courant de l'ordolibéralisme mobilisant le concept de constitution économique influencé par le néolibéralisme

118. M. Poiars Maduro rattache les libertés de circulation à un énoncé politique plus large figurant dans le traité : le principe de non-discrimination : M. Poiars Maduro, *We the Court : The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 1998.

119. K. Tuori, « La Constitution économique parmi les constitutions européennes », *RIDE*, 4/2011, p. 559-599 ; M. Streit, W. Mussler, « The Economic Constitution of the European Community : from "Rome" to "Maastricht" », *European Law Journal*, vol. 1, n° 1, 1995, p. 5-30 ; I. Pernice, F. Mayer, « De la constitution composée de l'Europe », *RTDE*, n° 4, 2000, p. 623-648 ; A. von Bogdandy, « The European Union as a Supranational Federation », *Columbia Journal of European Law*, vol. 6, 2000, p. 27-54 ; J. H. H. Weiler et M. Wind (dir.), *European Constitutionalism beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

Pour une discussion du constitutionnalisme global, voy. le propos introductif de M. Altwegg Boussac au numéro spécial de la revue *Jus politicum* n° 19 (2018) : « Le constitutionnalisme global, quels espaces pour la discussion ? », p. 1-12.

des années 70¹²⁰ ou issu de la philosophie politique de Rawls en l'occurrence, correspondent à cette typologie. Alors que le critère fondé sur un système idéologique néolibéral tente de sanctuariser l'ensemble des libertés de circulation sur le modèle des standards de protection des droits fondamentaux contemporains, le critère issu de la philosophie politique rawlsienne tente de distinguer, au sein des libertés de circulation, celles qui sont fondamentales de celles qui ne le sont pas. Le type structurel correspond, on l'a dit, à l'interprétation téléologique traditionnelle en droit de l'Union européenne. Il s'appuie sur le sens « initial » du projet européen pour en déduire le caractère « structurant » des libertés de circulation¹²¹. Il ne faut pas oublier à cet égard que, d'un point de vue formel, le champ d'application des libertés de circulation est beaucoup plus large que celui des droits consacrés par la Charte. Cette contrainte explique sans doute pourquoi la Cour reste attachée à qualifier les libertés de circulation de fondamentales. À l'usage, ces différentes justifications sont utilisées alternativement par les auteurs qui recourent indistinctement à l'une ou à l'autre afin d'en déduire le caractère *fondamental* des libertés de circulation. Le terme fondamental se révèle à l'analyse, tributaire de plusieurs systèmes de justification doctrinaux, parfois incompatibles.

Succinctement résumés, ces différents critères renvoient à des valeurs politiques qui ne sont pas toujours partagées entre les acteurs européens. Le paradigme de la citoyenneté européenne, s'il a le mérite de refonder l'horizon idéologique et politique européen, se heurte à plusieurs écueils. Le premier, d'ordre interne, a trait à la cohérence conceptuelle du régime de cette catégorie juridique. Le second écueil est d'ordre externe. Il émane d'un certain nombre de courants de philosophie politique. Ces critiques portent moins sur le sens du mot fondamental que sur la représentation véhiculée par le régime contemporain de la citoyenneté. Elles reprochent la conception post-moderne d'une citoyenneté européenne fondée sur des droits sans devoirs, déconnecté de légitimité politique et applicable aux seuls citoyens mobiles¹²². Si elles ne portent pas directement on l'a dit sur le sens du fondamental attribué aux libertés de circulation, ces critiques remettent en

120. Tradition qui s'est diffusée par l'intermédiaire d'acteurs influents de l'Union européenne, tel H. von der Groeben. Sur cette approche : M. Caspari, « Die Beihilferregeln des EWG-Vertrags und ihre Anwendung. Eine Ordnungspolitik für Europa », *Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80 Geburtstag*, (Hrsg) von E. Joachim Mestmäcker, Baden-Baden, Nomos, Verlag, 1987, p. 69-91 ; A. Hatje, « The Economic Constitution within The Internal Market » in, A. Von Bogdandy, J. Bast (dir.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, op. cit. ; C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, 3^e ed., Oxford, OUP, 2010.

121. Dans le sillage d'ailleurs du vocable de l'Avis du 1/91 Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre-échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen du 14 décembre 1991, Rec. I-6079, pt. 71.

122. Même s'il faut souligner sur ce point que les travaux relatifs à la citoyenneté européenne ont intégré en leur sein le critère de résidence afin de pallier cette critique :

cause une certaine conception des droits fondamentaux distincte de la tradition classique des droits de l'homme entendus comme droits et devoirs à caractère universel. On peut y adjoindre l'argument de l'hyper individualisation sous-jacente au modèle d'interprétation qui sous-tend le régime de la citoyenneté européenne lorsqu'il emprunte au raisonnement des libertés de circulation¹²³. Les travaux du constitutionnaliste Dieter Grimm, récemment traduits en anglais¹²⁴, dénotent en ce sens. S'ils ne portent pas directement sur des questions de philosophie politique, ils soulignent les risques d'une hyper-constitutionnalisation du droit de l'Union européenne. Cette extension de la constitution européenne initiée par la Cour, renforcerait paradoxalement, selon Grimm, le déficit démocratique européen. Les libertés de circulation en constituent un exemple topique. Rattachées « naturellement » à la constitution européenne, elles échapperaient à toute forme d'interrogation sur leur caractère fondamental. Or, tel est précisément le problème que soulève Grimm : celui de l'absence de tout débat autour de ce qui mériterait d'entrer dans le champ de la constitution européenne et ce qui devrait relever des attributions du Parlement. Nombreux sont les chantiers qui demeurent s'agissant de la citoyenneté européenne. La doctrine de l'Union y a consacré ces dernières années beaucoup d'encre et d'énergie. On peut se risquer à porter un constat inverse dans le domaine de la conceptualisation des libertés de circulation.

M. Benlolo Carabot, « Vers une citoyenneté européenne de résidence ? », *Revue des affaires européennes*, n° 1, 2011, p. 7-28.

123. P. Maddalon, « Les catégories du droit économique et des droits de l'homme en droit de l'Union » in, B. Bertrand (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 297-310.

124. D. Grimm, *The Constitution of European Democracy* (trad. J. Collings), Oxford, OUP, 2017, p. 81-104.

