HAL
open science

La langue des libertés de circulation

Vincent Réveillère

To cite this version:

Vincent Réveillère. La langue des libertés de circulation. Jean-Sylvestre Bergé; Giulio Cesare Giorgini. Le sens des libertés économiques de circulation, Bruylant, 2020. hal-03034459

HAL Id: hal-03034459

https://hal.science/hal-03034459v1

Submitted on 15 Dec 2020

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.

Le sens des libertés de l'UE, 65 ans après. Faut-il tout revoir ?

Chapitre 12. La langue des libertés de circulation

Vincent Réveillère (Université d'Aix-Marseille, Laboratoire de théorie du droit)

Les participants à une controverse juridique – par exemple, celle de savoir si, 65 ans après, il faut tout revoir des libertés de circulation – formulent leurs arguments un sein d'une certaine pratique linguistique. Cela serait une erreur de penser que, parce que la construction européenne est récente, il n'est pas possible de parler d'une culture juridique du droit de l'Union ou d'un cadre conceptuel propre. Au contraire, comme construction nouvelle et singulière, le droit de l'Union est consubstantiel du développement d'un ensemble de techniques et de théories spécifiques, et c'est en ce sens que nous parlerons de la langue du droit de l'Union et même, plus spécifiquement, de la langue des libertés de circulation.

Celle-ci s'entend *lato sensu* comme l'ensemble des doctrines, concepts et techniques utilisés pour la construction du marché commun, puis du marché intérieur. Elle se compose de concepts juridiques centraux qui se retrouvent dans toute présentation du marché intérieur, comme ceux de liberté de circulation, de discrimination directe ou indirecte et d'obstacle à la circulation. Elle inclut également, de façon plus large, des formules-types (par exemple, la formule de l'entrave) ; des modèles de raisonnement (comme celui l'entrave par les obstacles mis au retour) ; des distinctions structurantes (telle que l'opposition entre discrimination directe ou indirecte) ; un ensemble de doctrines (comme celle de l'effet utile) ; voire un mode d'approche du droit (le droit du marché intérieur est souvent qualifié d'instrumentaliste).

S'inscrire dans la langue des libertés de circulation est ce qui permet aux différents acteurs d'articuler leurs prétentions ou de communiquer une décision sur la signification d'un texte ou sur le contenu d'une norme. C'est aussi se soumettre à tout un ensemble de contraintes. Comme le souligne le philosophe Robert Brandom, « Se soumettre aux normes linguistiques en adoptant un vocabulaire est indéniablement une contrainte. Cela implique d'abandonner ce qu'Isaiah Berlin appelle une liberté négative – c'est-à-dire une liberté de ne pas être contraint. Tout ce que l'on fait ne compte pas comme un coup dans un jeu de langage. Mais, comme cela nous permet aussi de faire et de comprendre un nombre illimité de nouvelles assertions, de formuler un nombre illimité de nouveaux concepts, de définir un nombre illimité de nouveaux buts, et ainsi de suite, se soumettre aux normes implicites d'un vocabulaire confère en même temps une liberté positive sans pareil. Cela confère la liberté de faire des choses que nous ne pouvions non seulement pas faire auparavant, mais que nous ne pouvions même pas vouloir faire. »[1]

Dans la même perspective, Richard Rorty souligne que le problème avec la métaphore wittgensteinienne selon laquelle la langue est un outil est que, si l'artisan connaît l'objectif à atteindre avant d'utiliser ou d'inventer l'outil nécessaire à cette fin, « au contraire, quelqu'un comme Galilée, Yeats ou Hegel […] est typiquement incapable de formuler exactement ce qu'il veut faire avant d'avoir développé un langage dans lequel il parvient à le faire »[2]. L'image est excessive, en opposant de façon trop radicale un ancien et un nouveau vocabulaire et en donnant une vision romantique de la nouveauté[3]. Toutefois, l'essentiel se trouve dans la renonciation à l'indépendance des fins et des moyens, dans la continuité du pragmatisme de Dewey. Comme le résume Robert Brandom : « Aucun gouverneur romain, aussi bien intentionné eût-il été, n'aurait pu décider de respecter les droits de l'homme des individus se trouvant sous son pouvoir. »[4] Dans cette perspective, une langue est beaucoup plus qu'un simple moyen permettant d'atteindre un objectif défini en dehors de celui-ci ; elle permet de penser, de formuler, et même de vouloir de nouvelles choses.

Lorsqu'ils distinguent le langage des outils conçus comme des moyens

---

[1]BRANDOM R., « Vocabularies of Pragmatism : Synthetizing Naturalism and Historicism », R. BRANDOM (dir.), *Rorty and his critics*, Malden, Blackwell, 2000, p. 177-178.

[2] RORTY R., *Contingency, irony, and solidarity*, Cambridge, CUP, 1989, p. 12-13. Cité par BRANDOM R., « Vocabularies of Pragmatism : Synthetizing Naturalism and Historicism », *op. cit.*, p. 169.

[3] C'est ce que reconnaît l'auteur lui-même, en remarquant que cela pourrait laisser entendre qu'un génie peut inventer à lui seul un langage. V. RORTY R., « Response to Brandom », R. BRANDOM (dir.), *Rorty and his critics*, Blackwell, Malden, 2000, p. 188.

[4] BRANDOM R., « Vocabularies of Pragmatism : Synthetizing Naturalism and Historicism », *op. cit.*, p. 169.

permettant d'atteindre des fins déterminées par ailleurs, Richard Rorty et Robert Brandom n'entendent pas livrer une réflexion sur les outils. L'image classique de l'outil est utilisée de façon didactique dans le cadre d'une réflexion sur le langage. Or, cette image a été profondément remise en cause par les travaux développés en sociologie des sciences et des techniques. Ceux-ci ont montré que les outils, linguistiques ou non, ne sauraient être réduits à de simples moyens permettant d'atteindre des fins définies en dehors d'eux-mêmes. En retournant le procédé utilisé par les philosophes, ces travaux peuvent être utilisés pour penser le langage, ainsi que le font des auteures comme Annelise Riles ou Mariana Valverde pour les techniques juridiques[5]. Si la langue des libertés de circulation – ses doctrines, ses concepts, ses techniques – est un objet digne d'intérêt, c'est notamment parce qu'elle ne se limite pas à être un simple outil, totalement contrôlé, utilisé pour atteindre des fins définies en dehors de son usage.

Dans cette perspective, s'inscrire dans la langue des libertés de circulation permet aux différents acteurs de vouloir et de faire de très nombreuses actions, mais limite aussi ce qui peut être fait et même ce que l'on peut vouloir faire. La question de savoir si l'on se situe « au-delà du contrôle », souvent posée en raison de l'évolution des technologies et de l'accroissement des échanges, se pose également en raison de la langue même des libertés de circulation lorsque celle-ci n'est pas considérée comme un simple outil complètement contrôlé par celui qui l'utilise. Deux questions deviennent alors centrales si l'on s'interroge sur la nécessité de revoir le sens des libertés de circulation : Peut-on revoir, au sens de repenser, le sens des libertés de circulation en dehors de cette langue ? Et, plus pratiquement, est-il possible de revoir, cette fois au sens de modifier, le sens des libertés de circulation en s'affranchissant de cette langue ?

Sans chercher à répondre complètement à ces questions, nous proposons essentiellement d'illustrer la force de la langue des libertés de circulation et de nous interroger sur la contrainte que cela peut entraîner lorsque l'on souhaite les revoir. Cette force et cette contrainte reposent notamment sur la dynamique des droits subjectifs (I). Elle se perçoivent aussi à l'occasion de la justification de mesures qui sont *prima facie* contraires au droit de l'Union (II).

---

[5] V. par ex. RILES A., « New Agenda for the Cultural Study of Law : Taking on the Technicalities », *Buffalo Law Review*, 2005, vol. 53, p. 973-1033 et VALVERDE M., *Law's dream of a common knowledge*, Princeton, Princeton University Press, coll. « Cultural lives of law », 2003.

I. La dynamique de la langue des droits subjectifs

Si elles ne s'y résument pas, la langue des droits subjectif se trouve au cœur des libertés de circulation. La doctrine de l'effet utile, combinée avec l'effet direct et la primauté, a joué un rôle fondamental dans leur développement (A). L'extension de la portée de ces libertés procède également d'une conception particulière de l'exercice du pouvoir et de sa limitation (B).

A. L'effet utile et l'entrave à la circulation

Un exemple emblématique du recours à l'effet utile se trouve dans l'arrêt *Antonissen*[6]. La Cour énonce tout d'abord que « la libre circulation des travailleurs fait partie des fondements de la Communauté et, dès lors, les dispositions qui consacrent cette liberté doivent être interprétées largement[7] ». Elle ajoute ensuite que, pour garantir « l'effet utile » de ces dispositions, il faut considérer que la circulation du travailleur implique le droit pour les ressortissants des États membres de circuler et de séjourner sur le territoire d'un autre État membre aux fins d'y rechercher un emploi[8]. Si l'effet utile est utilisé pour reconnaître ce droit, il assure aussi la possibilité de le limiter. Les limitations sont permises dans la mesure où elles ne remettent pas en cause l'effet utile de celui-ci, comme dans le cas d'espèce, la limitation temporelle du droit de séjour à moins que l'intéressé n'apporte la preuve qu'il continue à chercher un emploi et qu'il a de véritables chances d'être engagé[9].

De manière générale, l'effet utile des libertés de circulation se trouve au cœur du raisonnement en termes d'entrave à la circulation. La Cour énonce classiquement que les facilités de circulation offertes par le traité ne sauraient produire leurs pleins effets si un ressortissant d'un État membre est susceptible, pour une raison ou pour une autre, d'être dissuadé de circuler. On trouve ce raisonnement dans la figure singulière de « l'entrave à la sortie par les obstacles mis au retour ». Celle-ci se trouve dans l'affaire *Singh*[10] où le ressortissant d'un État tiers, marié avec une citoyenne britannique, avait séjourné et travaillé avec cette dernière en Allemagne pendant plusieurs années avant que le couple ne revienne au Royaume-Uni pour commencer une activité commerciale. La Cour décide que M. Singh peut disposer d'un titre de séjour en vertu du droit de

---

[6] CJCE, 26 février 1991, *The Queen / Antonissen*, C-292/89, EU:C:1991:80.
[7] *Ibid.*, para. 11.
[8] *Ibid.*, para. 12 et 13.
[9] *Ibid.*, para. 16-21.
[10] CJCE, 7 juillet 1992, *The Queen / Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh*, C-370/90, EU:C:1992:296.

l'Union. Poussant à l'extrême l'effet utile des libertés de circulation, la Cour raisonne ainsi : l'effectivité de la libre circulation de Mme Singh serait remise en cause si elle ne pouvait revenir sur le territoire de son État de nationalité avec son mari parce que l'anticipation de cet obstacle posé à un éventuel retour la dissuaderait de quitter le territoire national.

B. Au-delà de la répartition des compétences

Comme le montre l'arrêt *Singh*, les arrêts relatifs aux libertés de circulation peuvent intervenir à l'occasion de mesures prises par les autorités nationales dans des matières très différentes – état des personnes, fiscalité, séjour de ressortissants d'États tiers liés à des nationaux, extradition, sécurité sociale – et notamment dans des champs qui relèvent de la compétence des États membres. La Cour considère en effet toutes les mesures susceptibles de faire obstacle à la liberté de circulation, quel que soit le domaine dans lequel elles interviennent. Cette logique se trouve contenue dans la « formule des compétences retenues », qui s'installe dans la jurisprudence à partir du milieu des années quatre-vingt-dix, ainsi que l'a montré Loïc Azoulai[11]. À quelques mots près, la formule prend la forme suivante :

> « s'il est constant que le droit de l'Union ne porte pas atteinte à la compétence retenue des États membres [laquelle est reconnue notamment en matière de fiscalité directe, de protection sociale, d'éducation, d'attribution de la nationalité, d'état civil des personnes], il n'en demeure pas moins que les États membres doivent exercer cette compétence dans le respect du droit de l'Union » [12]

La formule, couplée à l'argumentation sur le plein effet des libertés de circulation, permet d'étendre de façon très importante le champ d'application du droit de l'Union. Les règles ou les mesures nationales affectant une situation qui peut être rattachée aux libertés de circulation doivent respecter le droit de l'Union, quel que soit le domaine dans lequel elles interviennent.

Le cadre conceptuel développé au cours de la controverse sur l'applicabilité du droit de l'Union conduit à changer de façon importante la façon de penser les limites mises à l'action des États. Les questions ne sont plus posées dans les

---

[11] V. AZOULAI L., « La formule des compétences retenues des Etats membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », E. NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 341-368.

[12] AZOULAI L., « La formule des compétences retenues des Etats membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 343. La formule apparaît sous cette forme pour la première fois dans l'arrêt CJCE, 14 février 1995, *Finanzamt Köln-Altstadt / Schumacker*, C-279/93, EU:C:1995:31 mais, comme le montre l'enquête menée par l'auteur, ses racines sont plus anciennes.

mêmes termes. Des éléments importants, comme le titulaire de la compétence, perdent l'essentiel de leur pertinence. D'autres considérations, comme l'effet d'une mesure sur la circulation, deviennent décisives. Ainsi, la distribution des pouvoirs et la définition des contraintes qui pèsent sur leur exercice sont pensées dans un cadre conceptuel spécifique, développé dans le champ des libertés de circulation. Celui-ci se distingue de façon importante d'une approche classique en termes de répartition verticale des compétences, bien que cette dernière ne soit pas absente du droit de l'Union. Si des mesures étatiques, quel que soit le domaine dans lequel elles interviennent, sont constitutives d'une entrave, il reste toutefois possible aux État de se justifier.

II. La justification comme une opération de traduction

Ce que l'on appelle « la justification » des mesures restreignant la libre circulation repose sur un cadre conceptuel spécifique, en grande partie commun aux différentes libertés de circulation, dans lequel le contrôle de proportionnalité joue un rôle central. En effet, la Cour exige classiquement que les mesures invoquées par les États pour faire échec à la libre circulation « s'appliquent de manière non discriminatoire », « qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre [13] ». La justification présente un caractère profondément subversif en ce qu'elle conduit les autorités nationales à se justifier dans une langue qui porte une conception du droit et des normes qui peut entrer en conflit avec leur propre culture juridique. Dans le processus de justification se déroulant devant la Cour de justice de l'Union européenne, les normes ne sont plus considérées dans les formes du droit national mais sont prises en compte par rapport aux objectifs qu'elles poursuivent, les autorités nationales se trouvent alors devoir construire, ou reconstruire, la finalité de la règle contestée à l'occasion du cas et dans la langue du droit de l'Union.

L'affaire *Bogendorff von Wolffersdorff*[14] permet d'illustrer cette opération. Le requérant au principal, M. Bogendorff von Wolffersdorff, contestait le refus des autorités allemandes de modifier ses prénoms et noms de famille dans son acte de naissance. Il aurait souhaité que soient ajoutés à ceux-ci des mots correspondant à des titres nobiliaires faisant partie d'un nom qu'il avait acquis au Royaume-Uni (Peter Mark Emanuel Graf von Wolffersdorff Freiherr von

[13] CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, EU:C:1995:411, para. 37.
[14] CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14, EU:C:2016:401.

Bogendorff). La Cour estime que ce refus constitue une restriction à sa liberté de circulation et doit donc évaluer la proportionnalité des justifications proposées par l'Allemagne. Quatre types de motifs sont invoqués : les principes de fixité et de continuité du nom ; la limitation de la longueur des noms ; le caractère délibéré du changement de nom ; et l'interdiction des titres nobiliaires. La Cour conclut que les différents éléments de faits et de droit doivent être mis en balance par le juge national pour déterminer si l'atteinte à la libre circulation est proportionnée.

Le représentant de l'État doit produire des raisons justifiant la règle, *hic et nunc* et dans le cadre intellectuel du contrôle de proportionnalité tel qu'il est pratiqué par la Cour. Dans ce cadre, les règles sont conçues comme des instruments permettant d'atteindre certains objectifs. En outre, il faut montrer que ces mesures sont appropriées et nécessaires pour atteindre cet objectif, voire même, procéder à une mise en balance des intérêts et valeurs en présence dans le cas. L'interdiction des titres de noblesse décidée par la Constitution de Weimar doit être justifiée par le gouvernement comme appropriée et nécessaire pour garantir le respect, en 2016, du principe d'égalité ou, du moins, d'une certaine conception de l'égalité, dans un cas tel que celui de M. *Bogendorff von Wolffersdorff*. Elle ne peut plus être conçue comme un principe de valeur constitutionnelle ou comme le fruit d'un compromis historique qu'il faudrait respecter en tant que tels.

Ces exemples permettent de souligner que les libertés de circulation sont exprimées dans une langue spécifique. Celle-ci constitue à la fois une ressource et une contrainte pour ceux qui participent à la controverse sur la forme qu'elles devraient prendre. Le raisonnement contenu dans la formule des compétences retenues donne une illustration de la difficulté de « revoir » les libertés de circulation sans changer de langue, mais aussi du risque d'échec si l'on refuse de parler la langue des libertés de circulation. On trouve dans le traité de Lisbonne différentes tentatives de circonscrire l'action de l'Union en délimitant ses compétences et celles des États membres avec l'introduction de dispositions telles que « l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribués » ou « toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres »[15]. Or, dans le cadre de la langue des libertés de circulation, ces déclarations sont de peu d'effet lorsque l'on se situe dans un cas d'entrave. Elles ne pourraient par exemple pas constituer un rempart

[15] Art. 5, § 2 et 4 § 1, TUE.

dans une affaire telle que celle qui est en cause dans l'arrêt *Singh*, à moins, bien sûr, d'entraîner un changement fondamental dans la façon même dont on pense les libertés de circulation.

L'affaire *Bogendorff von Wolffersdorff* permet d'illustrer que chercher à « revoir » les libertés de circulation en parlant leur langue peut être efficace : le gouvernement Allemand est en l'espèce susceptible de sauver sa réglementation sur les noms de famille. Toutefois, il ne peut le faire qu'au prix d'une opération de traduction profondément subversive : il doit présenter une norme constitutionnelle issue de la Constitution de Weimar comme un simple moyen, montrer que le moyen employé est nécessaire et approprié à la fin poursuivie, et même procéder à une mise en balance des éléments de fait et de droit en présence. Parler la langue des libertés de circulation peut permettre de gagner une affaire, mais cela implique d'adopter une façon de penser le droit qui peut être très différente de la façon dont il est pensé traditionnellement dans les cadres nationaux. Cela a aussi pour effet de la reconnaître et de l'instituer. D'une certaine manière, on retrouve ici l'opposition bien connue en stratégie judiciaire entre la « défense de connivence » et la « défense de rupture »[16].

La construction de la citoyenneté européenne dans la langue des libertés de circulation donne un exemple du fait que le recours à une langue doit être vu à la fois comme permettant de vouloir et de faire de très nombreuses actions, mais aussi comme limitant ce qui peut être fait et même ce que l'on peut vouloir faire[17]. Le dynamisme de la langue des libertés de circulation a permis le développement rapide de la citoyenneté de l'Union. Le revers de la médaille est que cette langue a conduit à la construction d'un statut de citoyen qui ne correspond pas à ce qui est usuellement attendu d'une citoyenneté. La déception provoquée peut conduire à la volonté de « revoir » la citoyenneté de l'Union qui peut déboucher sur des propositions de réforme. Celles-ci peuvent être d'ampleur limitée et entraîner une adaptation de la langue. Elles peuvent aussi, de façon plus radicale, conduire à en sortir, ce qui n'est toutefois possible que de façon limitée et temporaire à moins d'imaginer une refondation complète du système du droit de l'Union.

---

[16] Cette dernière est sans doute aussi ancienne que la défense elle-même ; les procès de Socrate ou de Jésus sont parfois cités en exemple. Elle a été théorisée par l'avocat communiste Marcel Willard, à partir d'une lettre de Lénine et popularisée par Jacques Vergès. V. WILLARD M., *La Défense accuse*, Paris, Éditions sociales, 1955 ; VERGES J., *De la stratégie judiciaire*, Paris, Éditions de Minuit, 1968.

[17] Sur cette question, V. Vincent Réveillère, *Le juge et le travail des concepts juridiques : le cas de la citoyenneté de l'Union européenne,* Institut Universitaire Varenne LGDJ-Lextenso, 2018