



**HAL**  
open science

## Le législateur européen et l'entrave

Valérie Michel

► **To cite this version:**

Valérie Michel. Le législateur européen et l'entrave. L. Azoulai. L'entrave dans le droit du marché intérieur, bruyant, 2011, 978-2-8027-3478-9. <hal-04371186>

**HAL Id: hal-04371186**

**<https://hal.science/hal-04371186v1>**

Submitted on 10 Feb 2026

**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.



HAL Authorization

# LE LÉGISLATEUR EUROPEEN ET L'ENTRAVE

par

Valérie MICHEL

Professeur à l'Université de Strasbourg, Chaire Jean Monnet, EA 3996

« Le législateur communautaire et l'entrave » place l'analyste au confluent de deux caractéristiques essentielles du système juridique de la Communauté, devenue Union. Le premier est ce « législateur », dont la création en 1957 est l'une des marques de la spécificité de la construction entreprise. Elle prouve en effet que cette nouvelle organisation se livrera à des activités dépassant de loin celles généralement menées par les organisations internationales, dites désormais classiques par comparaison avec l'Union, et fondées sur des compétences essentiellement opérationnelles (981). Plus que cela, avec la Communauté débute l'ère d'une organisation génératrice d'un droit d'essence institutionnelle et non contractuelle (982), un droit considérable tant en termes quantitatifs que qualitatifs. Un droit mis au service d'un objectif premier : la réalisation de l'intégration économique au moyen de l'instauration d'un marché intérieur. Là est le second élément primordial, car l'interdiction des entraves est incontestablement le pivot de ce marché intérieur. Mais un pivot qui, à première lecture du traité, semble ne conférer qu'un rôle mineur au législateur. En effet, l'intégration économique est fondée sur l'intégration négative, cet ensemble d'interdictions de faire imparties aux Etats. Des interdictions formulées dans des dispositions d'effet direct. Dès lors, et la chose est connue, cela déclenche une collaboration efficace entre le juge et le particulier, car lorsque celui-ci « s'adresse à son juge pour faire reconnaître le droit qu'il tient des traités, il n'agit pas seulement dans son intérêt propre, il devient

---

(981) Pour une présentation générale, voir notamment, J.M. Dehousse, *Les organisations internationales, essai de théorie générale*, Liège, Librairie Paul Gothier, 1968.

(982) Voir la démonstration de P. Pescatore, *Le droit de l'Intégration, Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, rééd., coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2005, spéc. pp. 58 et suiv.

*par là même une sorte d'agent auxiliaire de la Communauté*» (983). L'alliance entre le juge et le particulier permet alors de donner corps à l'interdiction des entraves, et ce de manière particulièrement efficace. Mais il n'en résulte pas pour autant une mise à l'écart du législateur. Bien au contraire, la conception d'ensemble du marché intérieur par les pères fondateurs les a naturellement conduits à investir le législateur des pouvoirs nécessaires à la réalisation du marché intérieur. Ainsi, la Commission était-elle investie du pouvoir d'adopter des directives déterminant « *la procédure et le rythme de suppression entre les États membres des mesures d'effet équivalant à des contingents existant à la date d'entrée en vigueur du présent traité* » (984). Le Conseil quant à lui est habilité à légiférer pour « *faciliter l'accès aux activités non salariées et leur exercice* » (985), pour soutenir la libre prestation de services (986) ou la libre circulation des travailleurs (987). Ce faisant, l'intégration positive complète utilement l'intégration négative, de sorte que juge et législateur européens façonnent tous deux l'interdiction des entraves.

Cette interaction permet d'apprécier l'action du législateur européen dans son œuvre de réglementation de l'entrave. Tout d'abord, et cela vient immédiatement à l'esprit, dans sa défense du marché intérieur, la Cour assujettit le législateur européen au principe d'interdiction des entraves (988). Néanmoins, la Cour ne nie pas au législateur le droit de définir une politique par la réglementation des entraves qu'il opère. Bien au contraire, elle estime qu'« *il y a lieu de reconnaître au législateur communautaire un large pouvoir d'appréciation dans un domaine [...] qui implique de sa part des choix de nature politique, économique et sociale, et dans lequel il est appelé à effectuer des appréciations complexes. Seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure arrêtée en ce domaine, par rapport à l'objectif que les institutions compétentes entendent poursuivre, peut affecter la légalité* » de la réglementation adoptée (989). Mais cette interaction offre

(983) R. Lecourt, *L'Europe des juges*, 1976, rééd., coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 260.

(984) Ainsi article 33.7, abrogé par le traité d'Amsterdam.

(985) Article 47.1 TCE devenu 53 TFUE.

(986) Article 55 TCE devenu 62 TFUE.

(987) Articles 40 et 42 TCE, devenus 46 et 48 TFUE.

(988) CJCE, 9 août 1994, *Meyhui*, aff. C-51/93, *Rec. p. I-3789*.

(989) CJCE, 14 décembre 2004, *Swedish Match AB, Swedish Match UK Ltd*, aff. C-210/03, *Rec. p. I-11893*. Cette semi-liberté du législateur européen dans l'ordre juridique de l'Union doit néanmoins être exercée en tenant compte d'autres interdictions de l'entrave, notamment celles afférentes à l'OMC, comme l'illustre, par exemple, le contentieux opposant l'Union et les Etats-Unis quant aux poulets chlorés (*Agence europe*, n° 9994, 9 octobre 2009, p. 14).

également une grille de lecture de l'action du législateur européen. En effet, il serait particulièrement malaisé, pour ne pas dire stérile, d'apprécier in abstracto la réglementation des entraves. L'essentiel en effet n'est pas tant de déterminer l'objectif poursuivi par le législateur, car il est connu puisque dicté par sa mission de suppression des entraves, mais plus certainement de sonder la conception qu'il se fait de cette mission. En d'autres termes, l'analyse de l'action de cet acteur de l'intégration qu'est le législateur européen doit être conduite in concreto, dans une perspective relationnelle. En réglementant l'entrave, le législateur se positionne. Tout d'abord, il se situe dans l'ensemble jurisprudentiel concourant à la définition de l'entrave. Ce faisant, aux yeux des faiseurs de systèmes que sont les observateurs du monde juridique, le législateur peut apparaître, selon qu'il devance ou suit le juge, comme précurseur ou codificateur de la jurisprudence (I). Mais à l'examen, il semble qu'il soit également amplificateur, dans la mesure où il n'est pas rare que la réglementation de l'entrave ne soit qu'un point de départ, que le prétexte d'une réglementation plus large, propice au développement d'une politique dépassant le strict cadre du marché intérieur (II). Corrélativement, cette audace a un prix, celui de la résistance aux avancées envisagées, de sorte que le législateur européen est, à bien des égards, contraint (III).

## I. – Un législateur précurseur et codificateur

En réglementant les entraves, le législateur peut adopter deux postures : dans l'une, il fait montre d'audace et est un précurseur éventuellement suivi par le juge ; dans l'autre, il semble plus timide en ne procédant qu'à la codification du droit jurisprudentiel.

Le législateur précurseur évoque inéluctablement la directive 70/50 portant suppression des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation (990). Audace de la Commission qui use de son pouvoir au dernier jour de son effectivité (991), audace au fond quant à la définition de la notion de mesure d'effet équivalent. Les dispositions en sont connues et ordonnées autour d'une définition de la notion de « mesure » et de la distinction de deux catégories de mesure d'effet équivalent. Les mesures désignent « *les dispositions législa-*

---

(990) *JOCE*, n° L 13, du 19 janvier 1970, p. 29.

(991) L'ancien article 33. 7 au terme duquel « des directives de la Commission déterminent la procédure et le rythme de suppression entre les États membres des mesures d'effet équivalent à des contingents, existant à la date d'entrée en vigueur du présent traité » est considéré comme devenant caduc à l'expiration de la période de transition.

*tives, réglementaires et administratives, les pratiques administratives, ainsi que tout acte émanant d'une autorité publique, y compris les incitations* ». Elles se répartissent en deux catégories visées aux articles 2 et 3. Le premier régit « *les mesures, autres que celles applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, qui font obstacle à des importations qui pourraient avoir lieu en leur absence, y compris celles qui rendent les importations plus difficiles ou onéreuses que l'écoulement de la production nationale* », prescription étayée par une liste d'exemples. Le second prescrit la qualification de mesure d'effet équivalent des « *mesures régissant la commercialisation des produits, et portant notamment sur la forme, la dimension, le poids, la composition, la présentation, l'identification, le conditionnement applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, dont les effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce. Tel est notamment le cas, lorsque ces effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises sont hors de proportion par rapport au résultat recherché; lorsque le même objectif peut être atteint par un autre moyen qui entrave moins les échanges* ». Par ces dispositions, qui arbitrent entre les diverses conceptions de la mesure d'effet équivalent défendues par les Etats et la doctrine, la Commission va informer la jurisprudence.

Une première preuve de cette influence procède de la mention expresse de la directive 70/50 par la Cour (992) et de son utilisation par les Etats, en général pour tenter d'écartier la qualification de mesure d'effet équivalent dans des affaires épineuses, telle celle, en France, des avantages fiscaux à la presse (993). Les juges nationaux ne l'ignorent pas et n'hésitent pas, dans d'autres affaires tout aussi délicates, telles celles relatives aux réglementations du travail dominical, à interroger la Cour sur leur obligation d'en faire application (994). La chose est donc entendue : la directive 70/50 fait partie du corpus normatif utile à l'application de l'article 28 CE (devenu 34 TFUE). Mais plus que

(992) CJCE, 30 avril 1974, *Sacchi*, aff. 155/73, *Rec.* p. 409, point 8; CJCE, 22 mars 1977, *Iannelli & Volpi*, aff. 74/76, *Rec.* p. 557, point 8; CJCE, 12 octobre 1978, *Joh Eggert Sohn & Co*, aff. 13/78, *Rec.* p. 1935, points 27 et 32; CJCE, 9 juin 1988, *Commission c/ Italie*, aff. 56/87, *Rec.* p. 2919, point 6; CJCE, 21 juin 1988, *Commission c/ Grèce*, aff. 127/87, *Rec.* p. 3333, point 6; CJCE, 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council c/ B & Q plc*, aff. C-145/88, *Rec.* p. 3851, point 15.

(993) CJCE, 7 mai 1985, *Commission c/ France*, aff. 18/84, *Rec.* p. 1339.

(994) CJCE, 16 décembre 1992, *Reading Borough Council c/ Payless Diy Ltd, Wickes Building Supplies Ltd, Great Mills (South) Ltd, Homepage Ltd, B & Q Plc*, aff. C-304/90, *Rec.* p. I-6493.

cela, cette directive semble avoir considérablement informé la conception jurisprudentielle de la mesure d'effet équivalent. De l'aveu même d'un juge, l'un des arrêts fondateurs en la matière, l'arrêt *Cassis de Dijon*, « est inspiré de la directive de la Commission » (995). Une analyse de la jurisprudence, si sommaire soit-elle, en atteste. En ce qui concerne la définition de la mesure tout d'abord, et notamment l'inclusion des incitations (996) et pratiques administratives dont la prise en compte est particulièrement utile lorsque la législation, dans sa lettre, n'instaure pas une mesure d'effet équivalent mais que celle-ci découle justement d'une pratique administrative (997). Mais c'est bien évidemment sur la notion de mesure indistinctement applicable que l'effet du législateur sur la jurisprudence est principalement mis en avant. Il est vrai que là était l'enjeu essentiel de la définition de la mesure d'effet équivalent, tant les dissensions étaient importantes (998). Le clivage oppose les tenants de la « doctrine allemande » désireux de réduire les mesures d'effet équivalent à l'interdiction des mesures discriminatoires et les défenseurs d'une conception plus large ne tenant pas compte de ce critère tiré de la discrimination et admettant qu'une mesure d'effet équivalent puisse procéder d'une réglementation indistinctement applicable. C'est ce débat que la Commission tranche avec habileté et mesure dans l'article 3 de la directive 70/50. En effet, elle écarte cette pomme de discorde qu'est le critère de la discrimination pour inclure dans le champ d'application de l'article 28 CE (34 TFUE) les mesures indistinctement applicables. Par ailleurs, préférant une approche pragmatique à une position dogmatique, elle impose une analyse des effets de la réglementation afin de ne condamner que les « réglementations dont les effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce ». La définition de la mesure d'effet équivalent, et plus précisément le lien tissé entre cette qualification pour les mesures indistinctement applicables et la preuve d'une exigence impérative, laquelle doit satisfaire le test de proportionnalité, fait incontestablement écho au raisonnement

---

(995) R. Joliet, « La libre circulation des marchandises : L'arrêt *Keck* et *Mithouard* et les nouvelles orientations de la jurisprudence », *JTDE* octobre 1994, p. 145, spéc. p. 146.

(996) CJCE, 24 novembre 1982, *Commission c/ Irlande*, aff. 249/81, *Rec.* p. 4005.

(997) CJCE, 9 mai 1985, *Commission c/ France*, aff. 21/84, *Rec.* p. 1355.

(998) Voir A. Mattera, « La reconnaissance mutuelle : une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, l'assise politique d'un modèle de société humaniste », in *Le principe de reconnaissance mutuelle*, Colloque, Strasbourg, 2009, à paraître PUS; C.W.A. Timmermans, « La libre circulation des marchandises », in *Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, OPOCE, 1982, p. 251, spéc. pp. 276 et s.

de la Commission. Précurseur, le législateur apparaît également, dans d'autres hypothèses, codificateur.

Au regard de certains textes, l'on peut raisonnablement considérer que le législateur se livre à une codification bienvenue de la jurisprudence. Ainsi de la directive 2004/38(999), dans laquelle la situation du demandeur d'emploi est abordée dans des termes similaires à ceux de l'arrêt *Antonissen* (1000). La même filiation entre la jurisprudence et la législation caractérise la réglementation du droit de séjour des membres de la famille du citoyen européen en cas de décès, départ ou divorce (1001). Concernant les ressortissants de pays tiers membres de la famille du citoyen européen, la directive intègre par ailleurs la jurisprudence *MRAX* (1002). Il en va de même concernant les conditions d'adoption de mesures d'éloignement pour des raisons de sécurité publique, la directive 2004/38 reprenant l'exigence jurisprudentielle d'une « menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société » (1003), l'interdiction de l'expulsion à vie (1004) ainsi que des mesures tenant à des raisons de prévention générale (1005). La libre circulation des marchandises n'échappe pas à ce mouvement de codification, ce que révèle la lecture du règlement relatif au fonctionnement du marché intérieur pour ce qui est de la libre circulation des marchandises (1006). L'entrave y est définie comme une mesure « qui est imputable à un Etat membre du fait de son action ou de son inaction ». C'est dans la mention de cette inaction que l'œuvre de codification se décèle. Certes, dans les travaux préparatoires (1007), la Commission ne vise pas expressément une jurisprudence. Néanmoins, la lecture des « cas les plus représentatifs du type d'entrave couverte par le règlement » (1008) prouve, à l'évidence, la proximité de la Commission et de la Cour, car est répertorié le cas de « la destruc-

(999) Directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *JOUE*, n° L 229, p. 35.

(1000) CJCE, 26 février 1991, *Antonissen*, aff. C-292/89, *Rec.* p. I-745.

(1001) Article 12 de la directive 2004/38 qui n'est pas sans lien avec la position de la Cour dans l'affaire *Baumbast*, CJCE, 17 septembre 2002, aff. C-413/99, *Rec.* p. I-7091.

(1002) CJCE, 25 juillet 2002, aff. C-459/99, *MRAX*, *Rec.* p. I-6391, Voir notamment, Ph. De Bruycker, « La libre circulation des citoyens européens entre codification et réforme » in J.-Y. Carlier (dir.), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 23, spéc. p. 28.

(1003) Article 27 faisant écho à la jurisprudence *Rutili* (CJCE, 28 octobre 1975, aff. 36/75, *Rec.* p. 1219) qui complétait utilement la directive 64/221 lapidaire sur cette question.

(1004) CJCE, 19 janvier 1999, *Calfa*, aff. C-348/96, *Rec.* p. I-11.

(1005) CJCE, 26 février 1975, *Bonsignore*, aff. 67/74, *Rec.* p. 297.

(1006) Règlement n° 2679/98, du 7 décembre 1998, *JOCE*, n° L 337, 12 décembre 1998, p. 8.

(1007) Proposition de la Commission, COM (97) 619 final, du 18 novembre 1997.

(1008) *Ibid.*, point 16.

*tion d'importantes quantités de produits d'autres Etats membres par exemple, sur les routes, dans des centres commerciaux ou dans des entrepôts*». Cela évoque inéluctablement les comportements des agriculteurs français manifestant leur mécontentement face à l'importation de fraises espagnoles et à l'égard desquels la Commission proposa à la Cour, dans le cadre du recours en manquement diligenté contre la France, d'imputer à l'Etat cette violation de l'article 28 CE (article 34 TFUE) en raison de son inaction face à de telles exactions. Bâtie par la Commission, cette construction fondée sur la combinaison des articles 10 et 28 CE (devenus 4, paragraphe 3, TUE modifié et 34 TFUE) ne peut que conduire la Commission à codifier sa propre pratique et ce d'autant plus qu'elle est avalisée par la Cour (1009). Le travail de codification est plus saillant encore quand la jurisprudence de la Cour est expressément visée. La proposition de directive relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers est à cet égard significative (1010). En effet, cette initiative est expressément présentée comme « fondée sur la jurisprudence », de sorte qu'il n'est guère étonnant que les arrêts fondateurs en la matière informent la proposition de la Commission. Ainsi en est-il de l'affirmation selon laquelle la libre prestation de services « *inclut la liberté des destinataires des services, notamment des personnes devant recevoir des soins médicaux, de se rendre dans un autre Etat membre pour y recevoir des soins médicaux* », ce qui renvoie à l'affaire *Kohll* (1011), étant entendu qu'il est impératif de tenir compte de la spécificité du secteur hospitalier (1012). Par ailleurs, la distinction entre soins hospitaliers et non hospitaliers, utile pour juger de l'admissibilité d'une autorisation préalable puisqu'elle est interdite dans le premier cas et possible sous condition dans le second (1013), évoque inéluctablement la jurisprudence *Müller-Fauré* et *Van Riet* (1014). Enfin, les principes gouvernant le remboursement des frais, à savoir le remboursement par l'Etat d'affiliation du patient à hauteur des coûts qui auraient été pris en charge si des soins de santé identiques ou similaires avaient été dispensés dans l'Etat d'affiliation, sans toutefois excéder les coûts réels des soins reçus, coïncident avec l'arrêt *Vanbraeckel* (1015). Sans qu'il soit néces-

---

(1009) CJCE, 9 novembre 1997, *Commission c/ France*, aff. C-265/95, *Rec.* p. I-6959.

(1010) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, COM (2008) 414 final.

(1011) CJCE, 28 avril 1998, *Kohll*, aff. C-158/96, *Rec.* p. I-1931.

(1012) CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, aff. C-157/99, *Rec.* p. I-5473.

(1013) Proposition, article 7 et 8.

(1014) CJCE, 13 mai 2003, *Müller-Fauré et Van Riet*, aff. C-385/99, *Rec.* p. I-4509.

(1015) CJCE, 12 juillet 2001, *Vanbraeckel e.a.*, aff. C-368/98, *Rec.* p. I-5363, arrêt auquel fait écho l'article 6.2 de la proposition.

saire de multiplier les exemples (1016), cette proposition de directive témoigne nettement de l'œuvre de codification proposée au législateur européen. Et ce travail est pour le moins essentiel.

La codification n'est pas anodine, loin s'en faut. Ses bienfaits en sont connus (1017) : la codification remédie à la dispersion du droit, permet une mise en cohérence du droit et donne chair à l'objectif de clarté et donc d'accessibilité du droit. Or, la satisfaction de ces considérations est une impérieuse nécessité dans l'ordre juridique de l'Union. De manière générale, la codification sert le versant économique de la construction européenne : la simplification de l'environnement réglementaire des entreprises participe de la stratégie de Lisbonne que l'on sait tournée vers l'accroissement de la compétitivité de l'économie européenne. Mais plus que cela, la codification soutient la réalisation du marché intérieur en facilitant la connaissance de ses implications. La Commission expose clairement cette nécessité quant aux droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers. La jurisprudence en la matière est dense, touffue et propice à la libre circulation. Cependant, le plein usage des droits ainsi reconnus aux patients par le juge suppose leur connaissance. Cela est une évidence. Le patient candidat à la libre circulation doit donc être familier de la jurisprudence, de ses nuances. Or, rien n'est moins sûr car, comme l'observe la Commission, *« il est souvent difficile pour les patients et les professionnels de savoir quels sont les droits en matière de remboursement des soins de santé transfrontaliers. Une enquête Eurobaromètre l'a confirmé en montrant que 30 % des citoyens de l'Union européenne ignorent qu'ils peuvent bénéficier de soins de santé en dehors de leur pays d'affiliation. Cette incertitude et cette confusion relatives à l'application générale des droits au remboursement des soins de santé dispensés dans d'autres États membres sont susceptibles de rendre plus difficile l'exercice concret de ces droits par les patients, étant donné que les responsables sont peu disposés à appliquer des règles et des procédures dont ils ne savent pas avec certitude à quoi elles s'appliquent. En outre, si les patients souhaitent contester l'interprétation qui est faite de la législation ou la réglementation qui leur est appliquée, il leur sera difficile de le faire si leurs droits et la manière de les*

(1016) Peut également être citée la prise en compte de l'arrêt *Watts* (CJCE, 16 mai 2006, aff. C-372/04, *Rec.* p. I-4325) quant aux liens entre l'autorisation préalable de soins hospitaliers et les délais d'attente.

(1017) D. Bureau, « Codification », in D. Alland, S. Rials (dir), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 225.

*exercer ne sont pas clairement définis*» (1018). Partant de ce constat, il est impératif que le législateur intervienne pour «*clarifier la situation afin de permettre une application générale et effective de la liberté de bénéficier et de fournir des services de santé*» (1019).

Ce faisant, le législateur européen se positionne comme un facilitateur de la libre circulation. La fonction du législateur-codificateur apparaît ainsi dans toute son ampleur : la codification, aussi mineure puisse-t-elle sembler au premier abord, est essentielle à la réalisation de la liberté de circulation pour la simple et bonne raison qu'elle facilite la connaissance des droits y afférents et, corrélativement «*l'exercice concret de ces droits*» (1020). Incontestablement essentiels, ces principes codifiant la jurisprudence ne reflètent toutefois pas l'importance de la proposition de la Commission. En effet, au-delà de la codification, la réglementation des entraves sert un dessein plus vaste du législateur, lequel est alors un législateur amplificateur.

## II. – Un législateur amplificateur

L'action du législateur amplificateur est particulièrement intéressante et révélatrice de cet effet d'entraînement qui sous-tend toute la construction européenne. En effet, en réglementant l'entrave, le législateur européen, tout en s'appuyant sur la jurisprudence, s'attache à la dépasser pour appréhender le domaine en cause de manière plus globale. En d'autres termes, les diverses positions du juge, par nature casuistiques, vont être réassemblées, réordonnées dans un ensemble plus vaste, plus cohérent. Ce faisant, partant de la jurisprudence, le législateur prend prétexte de l'entrave pour façonner une politique d'ensemble. La proposition de directive relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers est, ici encore, particulièrement révélatrice (1021).

La proposition est expressément présentée comme fondée sur la jurisprudence (1022), ce qui ne laisse aucun doute. Cependant, si elle procède à la codification de la jurisprudence, elle va bien au-delà et ce, de manière particulièrement fine. Le texte proposé révèle qu'il s'agit d'appréhender de manière globale et cohérente les droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers. Et ceci est lourd de sens : cette proposi-

---

(1018) Proposition, point 4 a.

(1019) Proposition, point 1 paragraphe 1.

(1020) Proposition, Point 4. a.

(1021) Doc COM (2008), 414 final, préc.

(1022) Point 2, paragraphe 2.

tion prouve qu'il est donné l'occasion au législateur européen de poser les bases d'une politique d'ensemble en ce domaine. Dès lors, l'élimination des entraves n'est qu'un élément parmi d'autres. En d'autres termes, pour faciliter la libre circulation des patients, il est impératif de compléter la réglementation des entraves par d'autres dispositifs. Concrètement, cela signifie qu'il est proposé au législateur européen de pénétrer des domaines jusque là non saisis par le droit de l'Union.

Le processus est graduel et, en quelque sorte, imparable. Tout d'abord, il est porté attention à l'information des patients. Il y a là un élément essentiel intrinsèquement lié à l'accès au droit et donc à la codification entreprise. Dès lors, il n'est pas surprenant qu'il soit fait obligation aux Etats de veiller « à ce que des mécanismes soient mis en place pour fournir aux patients, sur demande, des informations concernant les soins de santé pouvant être reçus dans un autre Etat membre et les conditions applicables » (1023). Participant d'une réelle approche d'ensemble des droits des patients, ce premier pas est complété par un second bien plus significatif. Dès lors que le curseur est déplacé de la simple entrave vers les droits de patients, pris en tant que tels, la question de la responsabilité surgit inéluctablement. La Commission y porte attention. L'important ici n'est pas tant la mention de la responsabilité des États membres pour l'organisation des soins de santé (1024), mais l'un des éléments en découlant. Cette responsabilité implique en effet que les Etats veillent à ce que « les patients puissent porter plainte, obtenir réparation et être indemnisés lorsqu'ils subissent des préjudices dans le cadre des soins de santé qu'ils reçoivent » (1025). Cette prescription ne surprend guère au premier abord, tant la responsabilité médicale s'impose aujourd'hui. Néanmoins, la mention de la responsabilité médicale revêt une portée significative. Elle atteste qu'il est proposé au législateur européen de s'éloigner quelque peu de la réglementation de la seule entrave, et donc du marché intérieur, pour pénétrer plus avant dans une politique de santé publique. L'on comprend alors que, lors des discussions sur cette proposition, la question de la base juridique choisie par la Commission ait été soulevée. A l'évidence en effet, le seul article 95 CE (devenu 114 TFUE) ne peut suffire, de sorte qu'il doit lui être adjoint l'article 152 CE (devenu 168 TFUE modifié). Pleinement compréhensible, cette demande révèle en outre,

---

(1023) Article 10.

(1024) Cela implique notamment l'instauration de mécanismes garantissant le respect par les prestataires des normes et bonnes pratiques médicales, ainsi que le contrôle régulier des prestataires (article 5.1).

(1025) Article 5.1.d.

et cela est essentiel, que les représentants des Etats au sein du Conseil avalisent cette approche globale de la question (1026). En second lieu, cet effleurement du droit de la responsabilité médicale démontre que l'élaboration de la politique de santé conduit le législateur européen à envisager que le droit de l'Union se saisisse du droit de la responsabilité. L'on voit poindre une pénétration du droit de l'Union dans le droit privé (1027). Faut-il s'en étonner? Il ne semble pas, tant il y a là un exemple de l'effet d'entraînement du marché intérieur, du spill-over informant la construction européenne.

Ce processus est désormais bien connu: la réglementation des entraves par le législateur européen le conduit inéluctablement à pénétrer des domaines non inscrits dans le traité au titre des objectifs assignés à l'Union. Cela procède des mécanismes instaurés par le traité et, plus précisément, de la complémentarité entre, d'une part, les interdictions de faire – interdictions des entraves aux libertés de circulation – tempérées par les justifications fondées sur de justes motifs d'intérêt général et, d'autre part, le rapprochement des législations (1028). En effet, l'intégration négative, fondée sur le couple interdiction/justification, conduit à admettre des entraves dès lors qu'elles sont justifiées, notamment par la protection de la santé publique, des consommateurs ou de l'environnement. Entraves justifiées, certes, mais entraves tout de même, de sorte que le fonctionnement du marché intérieur s'en trouve affecté. Ce faisant, l'harmonisation des législations nationales s'avère nécessaire. Dès lors, ce sont les considérations légitimes – celles qui fondent ces entraves justifiées – qui constituent l'objet de l'harmonisation. La réglementation des entraves conduit alors nécessairement le législateur européen à réglementer les domaines de la santé publique, de la protection des consommateurs ou de l'environnement. Ce processus pourrait n'appeler a priori aucune remarque. Toute autre est la conclusion dès lors que l'on constate que ces domaines ont été régis alors qu'ils ne constituaient pas un objectif de l'Union (1029). Dépassement ou non de la lettre du traité et des rigueurs du principe des compétences d'attribution? Excès de pouvoir législatif du législateur européen? Le jugement est malaisé. Certes, ces objectifs ne participaient

---

(1026) Non sans discussions et débats néanmoins.

(1027) Selon les Etats naturellement.

(1028) Sur la complémentarité entre intégration négative et harmonisation, voir notamment, I.E. Schwartz, « De la conception du rapprochement des législations dans la CEE », *RTDE* 1967, p. 238.

(1029) V. Michel, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 238; « La compétence de la Communauté en matière de santé publique », *RAE/LAE* 2003-2004, p. 157.

pas initialement des missions de la Communauté mais leur appréhension par le législateur européen découle de son pouvoir de réglementer les entraves, pouvoir qui lui est incontestablement attribué. En tout état de cause, les Etats y consentent (1030) et légitiment a posteriori ces actions en attribuant la compétence correspondante à l'Union.

Ce processus, qui a pleinement fait ses preuves, conserve toute sa vigueur. La proposition de directive sur les droits des patients le démontre. Les questionnements actuels, mais récurrents, sur l'élaboration d'un « *droit européen des contrats plus cohérent* » (1031) en sont également la preuve. En effet, la définition jurisprudentielle de la mesure d'effet équivalent n'exclut nullement que des techniques contractuelles, telle une obligation d'information dans les relations précontractuelles (1032), puissent relever du champ d'application de l'article 34 TFUE. Par ailleurs, la pratique atteste de ce que les différences de législations peuvent affecter le développement des relations transfrontalières. « *Ceci vaut en particulier pour les exigences formelles, comme par exemple la nécessité, pour certains contrats, d'être conclus devant un notaire ou l'exigence d'authentification de documents dont le respect est impératif pour certains contrats et implique des coûts élevés à charge des entreprises et des consommateurs* » (1033). La disparité des règles relatives à la responsabilité contractuelle peut également générer une insécurité juridique coûteuse pour les entreprises (1034). Partant de ces divers constats, la question est alors celle de l'opportunité d'une intervention du législateur européen, de sa base juridique et de sa portée (1035). Le cercle, vertueux ou vicieux, chacun en jugera, entre réglementation des entraves et percée du législateur européen dans des domaines a priori étrangers aux objectifs de l'Union, n'est donc pas rompu. Reste néanmoins que sa

(1030) Il convient par ailleurs de noter que les bases juridiques de ces réglementations, à savoir les anciens articles 94 et 308 TCE, exigent une décision prise à l'unanimité, de sorte que l'on peut raisonnablement soutenir que si dépassement des compétences dévolues à la Communauté il y a, cela est opéré avec l'assentiment des Etats membres.

(1031) Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 12 février 2003, COM (2003) 68 final.

(1032) CJCE, 13 octobre 1993, *CMC Motorradcenter GmbH c/ Pelin Baskiciogullari*, aff. C-93/92, *Rec.* p. I-5009.

(1033) Un droit des contrats européen plus cohérent : un plan d'action, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, préc., p. 13.

(1034) *Ibidem*.

(1035) Voir les analyses du cadre commun de référence et notamment, B. Fauvarque-Cosson, « Terminologie, principes, élaboration de règles modèles : les trois modèles du cadre commun de référence », *RTDE* 2008, p. 695 ; V. Constantinesco, « La « codification » communautaire du droit privé à l'épreuve du titre de compétence de l'Union européenne », *RTDE* 2008, p. 707 ; C. Aubert de Vincelles, J. Rochfeld, « Les apports de l'acquis communautaire » au cadre commun de référence », *RTDE* 2008, p. 741.

formalisation par l'adoption d'actes de droit dérivé suppose que soient dépassés certains obstacles, car il n'est pas rare que le législateur européen soit un législateur contraint.

### III. – Un législateur contraint

Amplificateur, le législateur européen est aussi, dans d'autres cas, contraint. Contraint par le jeu institutionnel et donc par les divers acteurs de celui-ci.

La contrainte de la Cour de justice vient immédiatement à l'esprit, car elle contrôle l'activité du législateur. Ce point, si important soit-il pour la défense de la légalité européenne, cèdera ici devant un autre, celui de l'action de la jurisprudence sur la motivation et la détermination du législateur européen. Dans ce cas de figure, la Cour aiguillonne, pique, stimule le législateur : passif face à des initiatives de la Commission, il est contraint de sortir d'une certaine torpeur à raison des prises de position de la Cour. L'on pense ici aux arrêts *Gravier* (1036) et *Blaizot* (1037) qui incluent la formation des étudiants dans le champ d'application du traité et leur confèrent le bénéfice du principe d'égalité de traitement. Ces arrêts peuvent être vus comme une aide précieuse pour la Commission européenne qui tentait, depuis 1979, de faire adopter une directive instaurant un droit de séjour au bénéfice de tous les citoyens européens, c'est-à-dire allant au-delà des qualifications du traité n'octroyant ce droit qu'aux agents économiques. Or, à l'évidence, « après dix ans de discussions, la Commission a dû constater que les Etats membres n'ont toujours pas trouvé unanimement un accord sur cette proposition de directive. Au contraire, lors du Conseil Marché Intérieur du 13 avril 1989, les Ministres ont constaté que, sans un nouveau élément, toute discussion ultérieure était vouée à l'échec » (1038). Dans ce contexte, si l'évolution de la Commission quant au choix de la base juridique participe de ces éléments nouveaux, l'on peut incliner à penser que les arrêts de la Cour y concourent également. Mentionnée par la Commission, incluse en substance dans les visas de la directive (1039), la jurisprudence de la Cour a certainement agi sur la

(1036) CJCE, 13 février 1985, *Gravier*, aff. 293/83, *Rec.* p. 606.

(1037) CJCE, 2 février 1988, *Blaizot*, aff. 24/86, *Rec.* p. 379.

(1038) Proposition de directive du Conseil relative au droit de séjour des étudiants ; Proposition de directive du Conseil relative au droit de séjour des pensionnés ; Proposition de directive du Conseil relative au droit de séjour ; COM (89) 275 final du 26 juin 1989.

(1039) Directive 90/366, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour des étudiants, annulée et remplacée par la directive 93/96 du 27 octobre 1993. Désormais, la directive 2004/38 est applicable.

volonté du législateur. En effet, après ces arrêts, l'alternative se résumait à deux options : légiférer ou laisser au juge la maîtrise de la reconnaissance des droits des étudiants. Plus sûre, la première fut retenue, démontrant ainsi la contrainte motrice de la Cour. Mais l'aiguillon jurisprudentiel n'est pas toujours assez puissant. Ainsi, alors que les Etats ne parviennent pas à s'entendre sur les critères de reconnaissance mutuelle des sociétés étrangères, l'arrêt *Centros* (1040) n'a pas aidé les Etats à y parvenir, quand bien même la Cour « *fait la part belle aux réglementations nationales les moins contraignantes* » (1041) et conserve la maîtrise de la matière, comme le prouve la jurisprudence ultérieure (1042). Ceci laisse déjà entrevoir que la contrainte procède de la volonté des Etats.

Le processus législatif permet le débat. Cela est souhaitable et indispensable pour donner corps au principe démocratique (1043). Ce débat façonne le travail du législateur et permet l'expression de réticences, réserves ou craintes envers une proposition de la Commission. Si l'on excepte les positions déplacées, car fausses ou exagérées (1044), il en résulte pour le législateur diverses contraintes, dont celles d'élaborer un texte clair mais aussi adapté, notamment à ce que les Etats consentent. Si les débats relatifs à la directive services ont été considérablement mis en avant, cette contrainte se vérifie dans divers domaines que l'on sait sensibles à la lecture de la jurisprudence.

L'on songe naturellement à la libre circulation des personnes et notamment des étudiants. Sujet délicat de longue date, il était envisagé largement par la Commission dans sa proposition de directive relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États

(1040) CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec.* p. I-1459.

(1041) J. S. Bergé, S. Robin-Olivier, *Introduction au droit européen*, Paris, PUF, 2008, p. 307.

(1042) CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, *Rec.* p. I-9919; CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, *Rec.* p. I-9641.

(1043) CJCE, 29 octobre 1980, *SA Roquettes Frères c/ Conseil*, aff. 138/79, *Rec.* p. 3333; TPI, 17 juin 1998, *Union Européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UEAPME) c/ Conseil*, aff. T-135/96, *Rec.* p. II-2335

(1044) Que l'on songe à ce « plombier polonais » mis sur le devant de la scène dans le débat houleux de la ratification du traité établissant une constitution pour l'Europe indument relié à la discussion de la directive services. La concernant, l'on peut mentionner la critique tenant à la remise en cause des acquis en matière de salaire et de temps de travail des travailleurs détachés qui semble bien fragile au regard de l'exclusion de ce domaine présenté comme devant demeurer régi par la directive 96/71; Voir not. I. Pingel, « Le cheminement de la directive relative aux services dans le marché intérieur », *Europe* juin 2007, chron. 7; O. de Schutter, S. Francq, « La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur : reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie », *Cah. Dr. Eur.* 2005, p. 603.

membres (1045). Ainsi proposait-elle que le droit de séjour reconnu à l'étudiant s'étende aux membres de sa famille sans restriction, c'est-à-dire à la famille telle que définie à l'article 2 et comprenant le conjoint, le partenaire non marié, les descendants et ascendants directs. La solution finale retenue est bien plus mesurée, puisque les étudiants ne peuvent se faire rejoindre par leurs ascendants (1046). De la même manière, si la Commission appréhendait dans sa proposition les ascendants et descendants sans condition d'âge et de dépendance, les débats ont permis aux Etats de les réintroduire pour n'admettre ce droit qu'au bénéfice des ascendants et descendants à charge et de moins de vingt-et-un ans pour les descendants (1047). Un autre point de la proposition a été fortement débattu en raison non pas de la position de la Commission, mais de celle du Parlement européen quant à la conception du couple. En effet, si la Commission ne se proposait que de codifier la jurisprudence *Reed* (1048) en considérant comme membre de la famille « *le partenaire non marié, si la législation de l'État membre d'accueil assimile la situation des couples non mariés à celle des couples mariés et dans le respect des conditions prévues par cette législation* », le Parlement européen s'avérait bien plus ambitieux. Ce faisant, il envisageait que le conjoint ou le partenaire enregistré relève de la directive quel que soit son sexe (1049). A l'évidence trop avant-gardiste, cet amendement fut tempéré par la Commission qui, soucieuse de « *ne pas imposer à certains États membres des modifications législatives touchant au droit de la famille* », adopta une solution médiane finalisée par les délégations nationales. Cela conduit à une solution équilibrée, acceptable par tous, car les délégations les plus réticentes ont été convaincues d'inclure dans la catégorie de « membres de la famille » le partenaire du citoyen migrant mais dans des limites particulièrement étroites. Il s'agit en effet du « *partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a contracté un partenariat enregistré, sur la base de la législation d'un Etat membre, si, conformément à la législa-*

---

(1045) Doc COM (2001) 257 final, du 23 mai 2001. Voir A. Iliopoulou, « Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille : la directive 2004/38/CE », *RDUE* 2004, n° 3, p. 523.

(1046) Directive 2004/38, préc., article 7.4.

(1047) Comp. Proposition, article 2 point c et d ; directive, article 2 point c et d.

(1048) CJCE, 17 avril 1986, *Reed*, aff. 59/85, *Rec.* p. 1283.

(1049) Son approche, plus large que celle de la Commission, se voyait également dans le renvoi non seulement à la législation de l'Etat membre d'accueil, mais également à sa pratique, ainsi que dans la prise en compte de la législation et de la pratique de l'Etat membre de provenance ; Voir Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, du 23 janvier 2003, A5-0009/2003, p. 15.

tion de l'Etat membre d'accueil, les partenariats enregistrés sont équivalents au mariage, et dans le respect des conditions prévues par la législation pertinente de l'Etat membre d'accueil» (1050). En même temps, « en vue de maintenir l'unité de la famille au sens large du terme » (1051), l'article 3 paragraphe 2 de la directive prévoit que l'Etat d'accueil devrait favoriser l'entrée et le séjour du « *partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment constatée* » (1052). La contrainte des délégations nationales s'exerça également sur la définition des conditions de limitation du droit de séjour. Ainsi, si les jurisprudences *Bouchereau* et *Bonsignore* dont la Commission propose la codification (1053) le sont effectivement, il n'en va pas de même pour la jurisprudence *Adoui* et *Cornuaille* (1054). Par ailleurs, la contrainte des Etats emporta également l'atténuation d'une position de la Commission laquelle, motivée « *par des considérations d'ordre humanitaire* » (1055), envisageait que les États membres ne puissent expulser des mineurs (1056). Certainement jugée excessive, cette prise en considération des mineurs est opérée différemment, aux travers de l'exigence de motifs graves de sécurité publique (1057) justifiant l'expulsion.

Dans un autre domaine, les débats, soubresauts et évolutions de la proposition de directive services illustrent également cette contrainte des Etats. In fine, le texte adopté (1058) peut ne refléter pour certains qu'un « *désir inassouvi* » (1059). Il est vrai qu'au gré des discussions, de nombreuses exclusions sont apparues, illustrant ainsi toute l'ambiguïté de ce débat pourtant si essentiel. A l'évidence, la réflexion sur les domaines couverts par la directive a conduit à ce que « *le champ*

(1050) Article 2, 2), b).

(1051) Considérant n° 6 de la directive 2004/38.

(1052) A. Iliopoulou, « Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille: la directive 2004/38/Communauté européenne », préc. p. 537.

(1053) Voir *supra*.

(1054) CJCE, 18 mai 1982, aff. jointes 115 et 116/81, *Rec.* p. 1665. La précision selon laquelle « *le comportement personnel ne peut être considéré comme une menace suffisamment grave si l'État membre concerné ne prend pas de mesures répressives sévères à l'égard du même comportement, quand il est le fait de ses propres ressortissants* » ne se retrouve donc pas dans la directive 2004/38.

(1055) Exposé des motifs de la proposition initiale de la Commission de la directive « droit de séjour », p. 23.

(1056) Proposition initiale, article 26.

(1057) Article 28 de la directive 2004/38.

(1058) Directive 2006/123, du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, *JOUE*, n° L 376, p. 36.

(1059) M. Fallon, A. C. Simon, « La directive « services » : quelle contribution au marché intérieur? », *JTDE* 2007, n° 136, p. 33, spéc. p. 42

*d'application [en soit] désormais clairement précisé*» (1060). Néanmoins, les raisons de ces précisions et exclusions ne sont pas vraiment explicitées (1061). A la lecture de certaines – dont les services de soins de santé, les services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles – l'on pressent que cela procède du caractère sensible de la matière tant économiquement que politiquement. «*Points sensibles du débat politique*» (1062), ces exclusions sont le fruit du débat politique. Plus troublantes sont celles qui apparaissent comme destinées à ne satisfaire que des revendications socio-professionnelles (1063) ou des craintes gouvernementales. L'on songe naturellement à l'exclusion des activités de gardiennage, des services fournis par les notaires et les huissiers et des activités de loteries. Si l'on en comprend les raisons profondes, tant les contentieux sont connus et dérangeants dans les ordres juridiques internes (1064), l'on en cerne mal la finalité ultime. Certes il y a là un message politique, destiné à rassurer, à prouver qu'une situation nationale est défendue ; mais cela n'exclut pas l'application du droit de l'Union : bien au contraire la Cour sera toujours en droit d'appliquer l'interdiction des entraves imposée par le traité (1065). Clarification, certes, mais dans certains cas pour des raisons obscures nourrissant une certaine perplexité. La contrainte limitant l'ambition initiale du législateur se mesure également à l'aune de l'abandon du principe du pays d'origine (PPO). Outre les mauvaises compréhensions du principe qui ont peut-être justifié l'extrême réticence de certains à l'égard du PPO, l'on décèle ici l'ambiguïté du couple réglementation des entraves/harmonisation car, à l'évidence, le rapprochement des droits nationaux n'était pas suffisant pour imposer le PPO. En d'autres termes, seul le développement de l'harmonisation posera les bases nécessaires à l'application du PPO. Est-ce cela qui alimente

(1060) L. Idot, « La directive services, suite et fin ..... ? », *Europe* Janvier 2007, repère 1.

(1061) F. Picod, « Le champ d'application de la directive n° 2006/123/CE », *Europe*, juin 2007, Chron. 8.

(1062) M. Fallon, A. C. Simon, « La directive « services » : quelle contribution au marché intérieur ? », préc., p. 35.

(1063) F. Picod, « Le champ d'application de la directive 2006/123/CE », préc. p. 1. 2

(1064) Voir notamment, concernant les notaires, les affaires pendantes C-533/09, *Commission c/ Portugal*; C-157/09, *Commission c/ Pays-Bas*, C-47/08, *Commission c/ Belgique*, C-50/08, *Commission c/ France*; C-51/08, *Commission c/ Luxembourg*; C-53/08, *Commission c/ Autriche*; C-54/08, *Commission c/ Allemagne*; C-61/08, *Commission c/ Grèce*.

(1065) Pour les loteries, voir notamment, CJCE, 6 novembre 2003, *Gambelli*, aff. C-243/01, *Rec. p. I-13031*; CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, aff. C-42/07, *nep*; ainsi que les conclusions de l'Avocat général P. Mongozzi, du 4 mars 2010, dans les affaires C-316/07, *Markus Stoß*; C-358/07, *Kulpa Automatenservice Asperg*; C-359/07, *SOBO Sport & Entertainment*; C-360/07, *Kunert*; C-409/07, *Avalon Service-Online-Dienste*; C-410/07, *Happel*.

la réserve compte tenu du dynamisme précédemment relevé quant à l'harmonisation ? Il est possible de le penser.

La contrainte des délégations nationales est donc une évidence et est inhérente au processus législatif européen. Néanmoins, quelle que soit l'ambition de l'organe d'initiative ou l'ampleur de la volonté des Etats, la réalité pourra également agir sur le législateur européen. Plus précisément, certaines conditions d'utilisation des droits de circulation posent aujourd'hui la question d'un renforcement de la législation européenne. Le cas de figure semble, en quelque sorte, inévitable en ce qu'il procède de stratégies de contournement du droit national par l'utilisation du droit de l'Union et, notamment, de ce droit dérivé conçu par le législateur européen pour l'élimination des entraves. Le contentieux particulièrement nourri sur la reconnaissance mutuelle du permis de conduire illustre bien cette hypothèse. L'on sait que la directive relative au permis de conduire (1066) contribue à faciliter la libre circulation des personnes en imposant la reconnaissance mutuelle des permis délivrés dans un Etat membre conformément aux conditions et selon le modèle déterminés dans la directive. Toutefois, et très logiquement, la directive reconnaît aux Etats membres le droit d'appliquer leur législation relative à la suspension, au retrait ou à l'annulation du droit de conduire. C'est ce double mécanisme qui peut inciter au forum shopping en la matière, notamment par les conducteurs désireux de jouir d'un permis de conduire en dépit d'une mesure de retrait et peu enclins à se soumettre aux conditions imposées dans leur Etat de résidence pour ce faire. L'on songe naturellement à la législation allemande et au test d'aptitude imposé pour disposer à nouveau du droit de conduire, l'idotentest selon ses détracteurs. Dans ce contexte, la libre circulation et la reconnaissance mutuelle offrent une possibilité largement utilisée : il suffit au conducteur allemand de se rendre dans un autre Etat membre, d'y obtenir un permis de conduire pour ensuite en user en Allemagne. Ce montage est une réalité à laquelle la Cour répond par une jurisprudence équilibrée (1067). Ceci dit, à terme, la multiplication de ces comportements pourrait inciter le législateur européen à intervenir à nouveau en la matière. Deux perspectives sont alors envisageables : soit étoffer la directive portant reconnaissance mutuelle du permis de conduire pour instaurer des règles uniformes de retrait et de suspen-

(1066) Directive 91/439 du Conseil, du 29 juillet 1991, *JOCE*, n° L 237, p. 1.

(1067) CJCE, 26 juin 2008, *Arthur Wiedemann et Peter Funch*, aff. jointes. C-329/06 et C-343/06 ; CJCE, 26 juin 2008, *Mathias Zerche, Manfred Seuke et Steffen Schubert*, aff. jointes C-334 à 336/06, *Europe*, août-septembre 2008, comm. 264, obs. V. Michel ; CJCE, 20 nov. 2008, *Frank Weber*, aff. C-1/07, *Europe*, janvier 2009, comm. 25, obs. V. Michel.

sion, soit y insérer une disposition relative à l'abus de droit, à l'instar de ce qui est prévu dans la directive 2004/38 afin de reconnaître aux Etats membres le pouvoir d'« *adopter les mesures nécessaires pour refuser, annuler ou retirer tout droit conféré [...] en cas d'abus de droit ou de fraude* » (1068). A la lumière de la pratique de certains citoyens européens et de la jurisprudence, il semble impératif aujourd'hui que la réglementation des entraves s'accompagne d'une prise en compte de l'abus de droit pour éviter des situations pour le moins complexes et dérangeantes, telle celle de Monsieur Rottmann lequel, à raison de ses indécidités dans l'usage de la libre circulation, se voit exposé au risque d'être privé de toute nationalité (1069). A l'évidence, si comme le disait Jean Monnet, « *il n'y a pas pour les peuples d'Europe d'autre avenir que dans l'Union* », c'est bien en prenant conscience du fait que « *nos peuples doivent apprendre à vivre ensemble sous des règles et des institutions librement consenties s'ils veulent atteindre les dimensions nécessaires à leur progrès et garder la maîtrise de leur destin* » (1070). En d'autres termes, il est impératif que l'action du législateur européen soit la plus à même d'être acceptée par les Etats mais aussi et surtout pleinement respectée par tous.

---

(1068) Directive 2004/38, article 35.

(1069) CJUE, 2 mars 2010, *Janko Rottmann*, aff. C-135/08, *nep*.

(1070) J. Monnet, *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976, pp. 616-617.