



**HAL**  
open science

## Quelles catégories pour le marché intérieur?

Valérie Michel

► **To cite this version:**

Valérie Michel. Quelles catégories pour le marché intérieur?. Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne (B. Bertrand dir.), Bruylant, pp.211, 2016, 978-2-8027-5115-1. <hal-04371212>

**HAL Id: hal-04371212**

**<https://hal.science/hal-04371212v1>**

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.



Copyright - All rights reserved

# QUELLES CATÉGORIES POUR LE MARCHÉ INTÉRIEUR ?

VALÉRIE MICHEL

CHAIRE JEAN MONNET, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ AIX MARSEILLE  
UMR 7318 – CERIC

Le rôle du droit dans l'intégration européenne<sup>1</sup> étant une évidence, en résulte nécessairement l'importance des catégories juridiques tant il est acquis que « sans un réseau suffisant de concepts et de catégories juridiques qui lui donnent son organisation intellectuelle, le droit ne serait qu'un fatras de règles hétéroclites dénuées de toute cohérence et parfaitement impraticables, inaptés à régir les réalités de la vie, alors qu'il suppose des relations constantes et interactives entre le concret et l'abstrait et entre l'abstrait et le concret »<sup>2</sup>. Prolongement indispensable des concepts<sup>3</sup>, les catégories juridiques sont indispensables à l'application du droit tout en ne cessant de questionner.

Est-il nécessaire de rappeler que la catégorie juridique permet, pour une situation factuelle, de déterminer la règle et donc le régime juridique applicable pour établir l'importance des catégories juridiques dans un ordre juridique et, par voie de conséquence, dans l'ordre juridique de l'Union ? Concernant le marché intérieur, la simple lecture de l'article 26 TFUE donne à voir les catégories juridiques sur la base desquelles il se réalise, car « le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités ». Dès les origines, différentes libertés de circulation forment le marché commun, et désormais intérieur, chacune constituant une catégorie juridique. Il n'est donc pas étonnant de constater que ces « diverses libertés de circulation

---

1. J.-P. JACQUÉ, « Le rôle du droit dans l'intégration européenne », *Philosophie politique*, 1991, n° 1, p. 119.

2. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, coll. Méthodes du droit, 5<sup>e</sup> éd. Paris, Dalloz, 2012, p. 225.

3. *Ibid.*, p. 236.

sont vues par la Cour de justice comme les éléments d'une discipline juridique dont les catégories sont à la fois exhaustives et exclusives les unes des autres »<sup>4</sup>.

L'assertion pourrait étonner tant il est fréquent de relever une unification des règles du marché intérieur, mouvement propice à la construction d'une cohérence transversale<sup>5</sup> mais également à un questionnement sur la pérennité des catégories posées dans le traité. Ainsi, l'émergence de la figure de l'entrave en tant qu'élément d'unité<sup>6</sup> peut être de nature à brouiller les catégories juridiques. Partant de ce constat, la question est de savoir si ce bouillage est, ou non, critiquable. *A priori*, une réponse affirmative vient à l'esprit, car « les notions et les situations juridiques sont regroupées dans des catégories d'après leurs caractères communs, et les diverses catégories se distinguent les unes des autres par les différences entre les traits communs des éléments qui les composent et ceux des autres catégories »<sup>7</sup>. L'on peut néanmoins considérer que l'intégration négative s'alimentant à la même source – l'interdiction des entraves – il était inéluctable que l'interprétation des dispositions du traité soit homogénéisée. En outre, le marché intérieur pouvant apparaître, à bien des égards, comme une utopie mobilisatrice en perpétuelle évolution, il est tout aussi inévitable que la Cour fasse évoluer les catégories juridiques dessinées dans le traité. Ce faisant, les catégories juridiques en droit du marché intérieur n'échappent pas aux questionnements récurrents concernant les catégories juridiques. Un point utile dans la perspective ici retenue est celui de l'équilibre entre donné et construit. Dans cet équilibre, que la Cour façonne, il nous semble essentiel de noter que, concernant le marché intérieur, le construit de 1957 n'a pas été modifié, malgré les nombreuses révisions du traité. Il y a certainement là une contrainte considérable pour la Cour laquelle, associée à la nécessité de donner plein effet à l'interdiction des entraves, constitue la cause d'un brouillage mais aussi d'un renouvellement des catégories en droit du marché intérieur (I).

4. M. FALLON, « 1992-2012 : État des lieux et enjeux du droit du marché intérieur », in V. MICHEL (dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur – Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 42.

5. Voy. notamment, A. RIGAUX, « Cohérence et marché intérieur », in V. MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2009, p. 309, spéc. p. 323.

6. Voy. M. FALLON, « 1992-2012 : État des lieux et enjeux du droit du marché intérieur », *op. cit.*, p. 20 ; L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011 ; E. DUBOUT et A. MATROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation, in varieta concordia*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

7. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 237.

Sonder les catégories du marché intérieur impose également de prendre en compte l'incidence de ces catégories sur celles informant d'autres constructions juridiques. La Cour nous y incite indéniablement en dressant des ponts entre le marché intérieur et l'espace de liberté, de sécurité et de justice<sup>8</sup>. Mais au-delà de ce phénomène, déjà observé<sup>9</sup>, il semble utile d'évaluer l'impact des catégories européennes sur les catégories nationales (II).

## I. LES CATÉGORIES DU MARCHÉ INTÉRIEUR : DES CATÉGORIES BROUILLÉES ET RENOUVELÉES

S'il existe des catégories posées par le traité, leur interprétation par la Cour conduit à constater une modulation, un brouillage.

La lecture du traité ne laisse aucun doute : le marché intérieur comprend plusieurs libertés qui constituent autant de catégories juridiques, voire une liberté – la libre circulation des marchandises – comporte plusieurs types d'interdiction de faire. Par conséquent, quand bien même ces libertés de circulation sont alimentées à la même source, chacune a un champ d'application déterminé et un régime juridique propre. Cela impose donc, pour chaque situation factuelle déterminée, de la qualifier afin de déterminer la disposition du traité et du droit dérivé à l'égard de laquelle une législation nationale sera appréciée.

L'opération n'est pas anodine, car à s'en tenir à la lettre du traité, l'intégration négative repose sur des prescriptions diverses bien connues<sup>10</sup>. Pour la libre circulation des marchandises, « les États membres s'abstiennent d'introduire entre eux de nouveaux droits de douane à l'importation et à l'exportation ou des taxes d'effet équivalent », interdiction ne souffrant d'aucune exception. Les choses sont différentes pour les entraves fiscales, lesquelles sont admissibles si elles ne sont pas « supérieures à celles qui frappent directement ou indirectement les produits nationaux similaires » ou si elles ne sont pas « de nature à protéger indirectement

8. CJUE, 23 novembre 2010, *Tsakouridis*, aff. C-145/09, *Rec.*, p. I-11979 ; CJUE, 22 mai 2012, *P.I.*, aff. C-348/09, ECLI:EU:C:2012:300. Voy. également pour un départ entre les domaines, CJUE, 11 juin 2015, *Z. Zh. et I.O. c/ Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, aff. C-554/13, ECLI:EU:C:2015:377.

9. Qu'il nous soit permis de renvoyer à notre article « Marché intérieur et politiques et de l'Union : brèves réflexions sur une quête d'unité », in B. BERTRAND, F. PICOD et S. ROLAND (dir.), *L'identité du droit de l'Union européenne, Hommage à Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 223.

10. Le rappel de ces formules initiales est utile pour identifier les causes de brouillage des catégories posées en droit primaire. Voy. *infra*.

d'autres productions »<sup>11</sup>. Enfin, « toutes mesures d'effet équivalent sont interdites »<sup>12</sup>, si elles ne sont pas justifiées par l'article 36 TFUE. Concernant les personnes, la libre circulation des travailleurs « assurée à l'intérieur de la Communauté » (Union désormais) « implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité »<sup>13</sup>. L'interdiction impartie aux États membres est donc bien identifiée, il s'agit des *discriminations fondées sur la nationalité* et ce, sur des points précis – l'emploi, la rémunération, les autres conditions de travail – étant entendu que cette liberté de circulation comporte le droit de répondre à des emplois effectivement offerts, de se déplacer librement et de séjourner sur le territoire de l'État membre dans lequel l'emploi est occupé. Une limitation de ces derniers droits est possible pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique<sup>14</sup>. Pour l'établissement, les *restrictions* sont interdites<sup>15</sup>, de sorte que soient assurés « l'accès aux activités non salariées et leur exercice » ainsi que la création d'agences, de succursales ou de filiales et la constitution et la gestion d'entreprises. Sont exceptées les activités participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique<sup>16</sup>, alors que des restrictions peuvent être justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique<sup>17</sup>. L'interdiction des *restrictions* informe également la libre prestation de services<sup>18</sup> dont les causes de modulations sont identiques à celles admises dans le domaine de la liberté d'établissement<sup>19</sup>. Enfin, pour les capitaux, ce sont également les *restrictions* qui sont prohibées, tant pour les mouvements de capitaux<sup>20</sup> que pour les paiements<sup>21</sup>.

Les différences de formulation et l'admissibilité variable de justification révèlent, à l'évidence, les enjeux de la qualification juridique des faits en considération des catégories dessinées par les rédacteurs du traité. Cela oblige à un départ minutieux entre les différentes libertés de circulation. Cette nécessité est d'ailleurs expressément mentionnée dans le traité. Ainsi, en est-il des conditions d'applicabilité de la libre prestation de services, que l'on sait résiduelle. La chose est connue et tient à la définition des services comme « prestations fournies normalement contre rémunération, dans

11. Article 95 TCEE, devenu 110 TFUE.

12. Articles 30 et 34 TCEE, devenus 34 et 31 TFUE.

13. Article 48.1 TCEE, devenu 45, § 1, TFUE.

14. Article 48.2 TCEE, devenu 45, § 2, TFUE.

15. Article 52 TCEE (progressivement supprimées), devenu 49 TFUE.

16. Article 55 TCEE, devenu 51 TFUE.

17. Article 56 TCEE, devenu 52 TFUE.

18. Article 59 TCEE (suppression progressive), devenu 56 TFUE.

19. Article 66 TCEE, devenu 62 TFUE.

20. Article 67, § 1, TCEE, refondu avec le traité de Maastricht et devenu 63, § 1, TFUE.

21. Article 67, § 2, TCEE, refondu avec le traité de Maastricht et devenu 63, § 2, TFUE

la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes »<sup>22</sup>. En outre, si la libre prestation de services signifie que le prestataire peut exercer, à titre temporaire son activité dans le pays où la prestation est fournie, cela se fait « sans préjudice des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement »<sup>23</sup>. De la même manière, si la liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la création et la gestion d'entreprises, cela est conçu « sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux »<sup>24</sup>. Enfin, les dispositions régissant la circulation et le séjour des citoyens européens pouvaient donner lieu à deux interprétations<sup>25</sup>, dont l'une consistait à faire de cette disposition une *lex generalis* cédant le pas devant les *lex specialis* constituées par les autres libertés de circulation concernant les personnes.

À la lecture de la jurisprudence il est indéniable qu'au-delà des catégories juridiques dessinées par le traité, leur mise en œuvre révèle un estompement des catégories. Cela repose, à notre sens, sur deux mouvements, à savoir un raisonnement par conjonction et un processus de migration des concepts d'une liberté à une autre.

Une première cause de brouillage résulte de ce que l'on pourrait dénommer un raisonnement par conjonction en ce sens que l'appréciation est faite, non pas au regard d'une liberté de circulation, mais de plusieurs.

Défini ainsi, le raisonnement par conjonction pourrait être considéré comme se développant « naturellement » dans le recours en manquement. Cela tient à la définition protéiforme du manquement, laquelle comprend – naturellement pourrait-on dire – les normes nationales dont la compatibilité

22. Art. 57 TFUE. Sur le départ entre libre prestation de services et libre circulation des marchandises, voy. notamment, CJCE, 30 avril 1974, *Giuseppe Sacchi*, aff. 155/73, *Rec.*, p. 409, pts 6 et s. ; CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, aff. C-275/92, *Rec.*, p. I-1039 ; CJCE, 21 mars 2002, *Cura Anlagen, Auto Service Leasing GmbH*, aff. C-451/99, *Rec.*, p. I-3193, pt 18. Sur la distinction entre libre prestation de services et liberté d'établissement, voy. notamment, CJCE, 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard contre Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, aff. C-55/94, *Rec.*, p. I-4165, pt 25 ; CJCE, 29 avril 2004, *Commission c/ Portugal*, aff. C-171/12, *Rec.*, p. I-5645, pt 24. Sur le départ entre libre prestation de services et libre circulation des travailleurs et l'épineuse question des travailleurs détachés, voy. notamment CJCE, 17 décembre 1981, *Procédure pénale c/ Alfred John Webb*, aff. 279/80, *Rec.*, p. 3305, pt 9 ; CJCE, 3 février 1982, *Société anonyme de droit français Seco et Société anonyme de droit français Desquenne & Giral c/ Établissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, aff. 62 et 63/81, *Rec.*, p. 223. Pour la distinction entre les différentes prescriptions du traité en libre circulation des marchandises, voy. notamment, CJCE, 4 avril 1968, *Firma Fink-Frucht GmbH c/ Hauptzollamt München-Landsbergerstrasse*, aff. 27/67, *Rec.*, p. 327 ; CJCE, 18 juin 1975, *IGAV*, aff. 94/74, *Rec.*, p. 699.

23. Article 60 TCEE.

24. Article 52, § 2, TCEE, devenu 49, § 2, TFUE.

25. R. KOVAR et D. SIMON, « La citoyenneté européenne », *CDE*, 1993, p. 285, spéc. p. 299.

avec le traité est discutée. Ce faisant, la Commission puis la Cour apprécient un texte général, dont les effets – tous pourrait-on dire – sur l'établissement du marché intérieur sont envisagés.

Les contentieux relatifs aux réglementations nationales imposant l'unicité du cabinet sont à cet égard exemplatifs. Ainsi, la Cour a jugé qu'« en imposant aux médecins et aux praticiens de l'art dentaire établis dans un autre État membre la radiation d'inscription ou d'enregistrement dans cet autre État membre pour pouvoir exercer leur activité en France comme salarié, sous forme d'établissement de cabinet ou sous forme de remplacement, *la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 48, 52 et 59 du traité* »<sup>26</sup> (devenus 45, 49 et 56 TFUE). Ce sont donc, trois libertés de circulation – travailleurs, services, établissement – qui sont envisagées conjointement. Dans une autre affaire, la règle de l'unicité du cabinet conduit à constater que « le grand-duché de Luxembourg *a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 48 et 52 du traité CEE* »<sup>27</sup> (devenus 45 et 49 TFUE).

Ce raisonnement par conjonction ne nous semble pas être le résultat d'errements méthodologiques de la Cour. Au contraire, son appréciation se comprend aisément : la règle de l'unicité du cabinet, envisagée abstraitement dans le recours en manquement, heurte sans aucun doute la liberté d'établissement puisqu'elle « comporte la faculté de créer et de maintenir, dans le respect des règles professionnelles, plus d'un centre d'activité sur le territoire de la Communauté ». Mais la libre circulation des travailleurs, voire la libre prestation de services, peuvent également être affectées, de sorte que « ces considérations sont tout aussi valables lorsqu'un travailleur salarié ou indépendant, établi dans un État membre, désire exercer une profession dans un autre État membre, indépendamment de la question de savoir s'il compte l'exercer en tant que salarié ou en tant qu'indépendant »<sup>28</sup>. Ce raisonnement par conjonction peut se vérifier dans bien d'autre recours en manquement. Ainsi, en est-il, par exemple, de la conjonction des libertés d'établissement et de prestation de services. Tel est le cas pour une législation nationale imposant qu'un opérateur économique possède un capital social minimum qui est jugée incompatible avec la libre prestation de service et la liberté d'établissement, car, d'une part elle est de « nature à gêner les activités des prestataires transfrontaliers établis dans des État membres autres que la République portugaise, dans lesquels ils fournissent

26. CJCE, 30 avril 1986, *Commission c/ France*, aff. 96/85, *Rec.*, p. 1475.

27. CJCE, 16 juin 1992, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-351/90, *Rec.*, p. I-3954.

28. *Ibid.*, pts 11-12.

légalement des services analogues » et, d'autre part, elle « empêche un opérateur communautaire qui possède un capital social inférieur au montant minimal exigé par la réglementation portugaise de constituer une filiale ou une succursale sur le territoire portugais »<sup>29</sup>. L'on peut également mentionner la conjonction de la libre prestation de services et de la libre circulation des travailleurs relativement à une réglementation imposant que les membres du personnel d'un opérateur de sécurité privée possèdent une carte professionnelle émise par les autorités portugaises<sup>30</sup>. Sans qu'il soit nécessaire de multiplier les exemples, l'on peut ultimement constater que la Cour applique également ce raisonnement par conjonction aux libertés d'établissement et de capitaux. De jurisprudence constante, l'applicabilité de l'une ou l'autre de ces libertés est déterminée en fonction de l'objet de la réglementation nationale en cause en considération du champ d'application matériel de chacune de ces libertés<sup>31</sup>. La liberté d'établissement couvre « la détention par un ressortissant d'un État membre, dans le capital d'une société établie dans un autre État membre, d'une participation lui permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions de cette société et d'en déterminer les activités »<sup>32</sup>. La libre circulation des capitaux régit quant à elle « les investissements de toute nature auxquels procèdent les personnes physiques ou morales et qui servent à créer ou à maintenir des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et la société à qui ces fonds sont destinés en vue de l'exercice d'une activité économique. Cet objectif présuppose que les actions détenues par l'actionnaire donnent à celui-ci la possibilité de participer effectivement à la gestion de cette société ou à son contrôle »<sup>33</sup>. Cette dichotomie théorique ne coïncidant pas toujours avec l'objet et la portée d'une réglementation nationale, la Cour tient compte des articles 63 et 49 TFUE. Tel est le cas, par exemple, lorsque la réglementation s'applique indépendamment de l'ampleur de la participation de l'actionnaire et ne régit pas exclusivement les participations permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions et activités de la société<sup>34</sup>.

Les arrêts rendus sur renvoi préjudiciel se prêtent également à ce raisonnement par conjonction. Cela peut paraître plus surprenant, car la cause de la confrontation du droit national aux impératifs de libre circulation procède d'une situation factuelle établie et constituant le

29. CJCE, 29 avril 2004, *Commission c/ Portugal*, aff. C-171/02, *Rec.*, p. I-5645, pts 53-54.

30. *Ibid.*, pt 66.

31. CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c/ Commissioners of Inland Revenue*, aff. C-196/04, *Rec.*, p. I-7995.

32. CJUE, 11 novembre 2010, *Commission c/ Portugal*, aff. C-543/08, *Rec.*, p. I-11241, pt 41.

33. *Ibid.*, pt 42.

34. *Ibid.*, pt 43.

litige soumis au juge national saisissant la Cour par voie préjudicielle. Par conséquent, la qualification juridique des faits opérée par le juge *a quo* est de nature à permettre l'identification d'une liberté – d'une catégorie – à l'égard de laquelle la réglementation nationale sera appréciée. Il n'en demeure pas moins qu'au-delà de cette caractéristique du renvoi préjudiciel, il est tout à fait possible que, par sa nature même, une réglementation nationale déploie des effets dans le champ de plusieurs libertés. Tel est le cas dans l'affaire *Canal Satellite Digital*<sup>35</sup> dont le dispositif est éclairant : « une réglementation nationale qui soumet la commercialisation des appareils, équipements, décodeurs ou systèmes de transmission et de réception numérique de signaux de télévision par satellite ainsi que la prestation des services y afférents par des opérateurs de services d'accès conditionnel à une procédure d'autorisation préalable restreint tant la libre circulation des marchandises que la libre prestation des services ». La conjonction peut également concerner la libre prestation de services et la libre circulation des travailleurs, comme dans l'affaire *Bachmann*<sup>36</sup> relative à une législation nationale qui subordonne la déductibilité de cotisations d'assurance à la condition que ces cotisations soient versées dans cet État. L'effet d'une telle législation ne fait guère de doute : la déductibilité des cotisations d'assurance n'est pas admise si ces cotisations sont versées « dans d'autres États membres ». L'entrave est certaine, mais son appréhension peut aisément être fondée sur deux dispositions du traité. En effet, et pour reprendre les termes mêmes de la Cour, cette législation peut affecter la libre circulation des travailleurs : « les travailleurs ayant exercé une activité professionnelle dans un État membre et qui, par la suite, occupent un emploi dans un autre État membre, ou y sont à la recherche d'un emploi, ont normalement souscrit leurs contrats d'assurance contre la vieillesse et le décès ou d'assurance contre l'invalidité et la maladie auprès d'assureurs établis dans le premier État. Il s'ensuit que les dispositions en cause risquent de jouer en particulier au détriment de ces travailleurs qui, en règle générale, sont des ressortissants d'autres États membres »<sup>37</sup>. Mais cette législation peut tout autant affecter la libre prestation de services : « des dispositions telles que celles de la loi belge en cause constituent une restriction à la libre prestation des services. En effet, des dispositions qui impliquent l'établissement de l'assureur dans un État membre pour que les assurés puissent bénéficier, dans cet État, de certaines déductions fiscales, découragent les assurés de s'adresser aux assureurs établis dans un autre

35. CJCE, 22 janvier 2002, *Canal Satellite Digital SL c/ Administración General del Estado*, aff. C-390/99, *Rec.*, p. I-607.

36. CJCE, 28 janvier 1992, *Hans Martin Bachmann c/ État belge*, aff. C-204/90, *Rec.*, p. I-249.

37. *Ibid.*, pt 9.

État membre et, partant, constituant, pour ces derniers, un obstacle à la libre prestation des services »<sup>38</sup>. Partant du constat de ce double effet de la législation nationale, la Cour juge que « *les articles 48 et 59 du traité* (CEE, devenus 45 et 49 TFUE) s'opposent à ce que la législation d'un État membre subordonne la déductibilité de cotisations d'assurance contre la maladie et l'invalidité ou contre la vieillesse et le décès à la condition que ces cotisations soient versées dans cet État »<sup>39</sup>.

Une autre caractéristique du renvoi préjudiciel est propice au raisonnement par conjonction. Cela tient à la répartition des pouvoirs entre la Cour et le juge national dont il résulte que la Cour se livre à une démarche abstraite d'interprétation, à charge pour le juge national d'en tirer les profits pour l'application du droit de l'Union et la résolution du litige dont il est saisi. Cela conduit donc à considérer que la Cour peut légitimement conduire une analyse au regard de plusieurs libertés et renvoyer au juge national le soin d'appliquer celle correspondant aux circonstances précises de l'affaire. Une affaire *Duomo Gpa Srl et autres*<sup>40</sup> est illustrative de cette hypothèse dans laquelle le raisonnement par conjonction trouve une logique dans la répartition des pouvoirs entre Cour de justice et juge national. En effet, l'on peut relever avec la Cour, concernant la différence entre libre prestation de services et liberté d'établissement, « qu'aucune disposition du traité CE ne permet de déterminer, de manière abstraite, la durée ou la fréquence à partir de laquelle la fourniture d'un service ou d'un certain type de service ne peut plus être considérée comme une prestation de services, de sorte que la notion de "service" au sens du traité peut recouvrir des services de nature très différente, y compris des services dont la prestation s'étend sur une période prolongée, voire sur plusieurs années. »<sup>41</sup> Par conséquent, la

38. *Ibid.*, pt 31.

39. Motifs de l'arrêt, Voy. également, CJUE, 21 octobre 2010, *Idryma Typou AE c/ Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis*, aff. C-81/09, *Rec.*, p. I-10161 : « Dans l'affaire au principal, la législation hellénique limite à 25 % la participation maximale qu'une personne physique ou morale peut détenir dans le capital social d'une société titulaire d'une autorisation de créer, d'établir et d'exploiter une chaîne de télévision. Par ailleurs, l'article 4, paragraphe 3, de la loi n° 2328/1995, prévoit qu'une amende peut être infligée à un actionnaire dès qu'il détient plus de 2,5 % des parts d'une telle société. Selon la manière dont le reste du capital social est réparti, notamment s'il est dispersé parmi un grand nombre d'actionnaires, une participation de 25 % peut être suffisante pour détenir le contrôle d'une société ou à tout le moins exercer une influence certaine sur les décisions de cette société et en déterminer les activités au sens de la jurisprudence Baars, rappelée au point 47 du présent arrêt (voy., en ce sens, arrêt *Commission c/ Italie*, préc., pt 38). La législation hellénique est donc susceptible de relever de l'article 49 TFUE. Par ailleurs, en ce qu'elle vise des actionnaires qui détiennent plus de 2,5 % des participations mais dont la participation ne serait pas suffisante pour leur permettre d'exercer le contrôle ou une influence certaine sur les décisions de la société, cette législation est également susceptible de relever de l'article 63 TFUE » (pts 50-52).

40. CJUE, 10 mai 2012, *Duomo Gpa Srl e.a.*, aff. C-357/10 à 359/10, ECLI:EU:C:2012:283.

41. *Ibid.*, pt 32.

réglementation en cause – une réglementation régissant les activités de liquidation, de vérification et de recouvrement des redevances et d'autres recettes des collectivités locales<sup>42</sup> – « est, en principe, susceptible de relever du champ d'application tant de l'article 43 CE que de l'article 49 CE. Il en irait autrement si, ainsi que la Commission le suggère, dans la pratique, le recouvrement des redevances locales ne peut être réalisé sans recourir à un établissement sur le territoire national de l'État membre de destination. En tant que de besoin, il appartiendrait à la juridiction de renvoi de vérifier si tel est le cas »<sup>43</sup>.

Ce raisonnement par conjonction trouve donc des justifications. Néanmoins, il n'est guère aisé de tirer, de la jurisprudence de la Cour, des conclusions générales. En effet, si la conjonction des libertés de circulation des travailleurs, de la libre prestation de services et de la liberté d'établissement peut être expliquée par une certaine proximité situationnelle dans leur mise en œuvre, il n'en demeure pas moins que la Cour, dans certaines affaires, écarte ce raisonnement pour apprécier l'affaire au regard d'une seule liberté de circulation. Sa démarche s'appuie alors sur un autre élément : les « conséquences inéluctables ». Un exemple suffit à illustrer cette hypothèse. Une législation tchèque qui impose aux entreprises tchèques recourant aux services d'intermédiation d'une agence de travail intérimaire non établie en République tchèque une obligation de retenue à la source de l'impôt sur le revenu dû par les travailleurs détachés à leur profit par cette agence, alors que la même obligation n'est pas prévue pour les entreprises tchèques souhaitant se prévaloir des services d'intermédiation d'une agence de travail intérimaire établie en République tchèque, affecte la libre prestation de services. Si la Cour relève que la règlement est également susceptible d'affecter la liberté d'établissement des agences de travail intérimaire souhaitant fournir leurs services en République tchèque tout en maintenant leur siège dans un autre État membre ainsi que la libre circulation des travailleurs, elle considère que « de tels effets seraient la conséquence inéluctable d'une éventuelle entrave à la libre prestation

---

42. Cette réglementation comporte trois éléments mis en avant par le juge *a quo* dans sa question : elle comporte l'obligation, pour des opérateurs économiques, sauf pour les sociétés à participation publique majoritaire, d'adapter, le cas échéant, à 10 millions d'euros le montant minimal de capital entièrement libéré afin d'être habilités à poursuivre des activités de liquidation, de vérification et de recouvrement des redevances et d'autres recettes des collectivités locales ; prescrit la nullité de l'attribution de tels services à des opérateurs qui ne répondent pas à cette exigence de capital social minimal, et l'interdiction d'obtenir de nouvelles attributions ou de participer à des appels d'offres ouverts en vue de l'attribution de ces services tant que l'obligation d'adaptation du capital social n'est pas remplie.

43. *Ibid.*, pt 33.

des services », de sorte qu'« un examen autonome de ladite législation en considération des articles 45 TFUE et 49 TFUE » ne se justifie pas<sup>44</sup>.

Le brouillage des catégories procède d'un autre processus bien connu : il s'agit du mouvement de mise en exergue de principes structurels informant le marché intérieur et de la migration des raisonnements d'une liberté de circulation à une autre. La mesure de ce mouvement passe par la confrontation des dispositions de droit primaire et de leur interprétation par la Cour.

Comme cela a été rappelé précédemment, le traité mentionne l'interdiction des *discriminations* pour la libre circulation des travailleurs et des *restrictions* pour la liberté d'établissement, la libre prestation de services et la libre circulation des capitaux. L'on pourrait donc considérer qu'il y a ici deux catégories différentes : les discriminations et les restrictions. Cela mérite toutefois d'être affiné à deux égards.

Tout d'abord, si discrimination et restriction sont deux catégories différentes que recouvrent-elles ? Peuvent-elles se recouper ? Il ressort à l'évidence de la jurisprudence que la restriction peut prendre la forme d'une discrimination. En effet, si l'on s'en tient aux libertés de prestation de service et d'établissement – comportant interdiction des restrictions – il faut noter la mention de ce que l'accès – liberté d'établissement<sup>45</sup> – et l'exercice – liberté d'établissement et libre prestation de services<sup>46</sup> – sont soumis aux mêmes conditions que celles imposées aux nationaux. Le traité impose donc ici la règle du traitement national. Il en résulte une conséquence majeure parfaitement exposée dans l'affaire *Reyners*<sup>47</sup> : au titre des principes de la Communauté – Union – figure l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité<sup>48</sup> et l'article 52 TCEE – art. 49 TFUE – « assure la mise en œuvre de cette disposition générale »<sup>49</sup>. Par conséquent, le régime de la liberté d'établissement doit être interprété en considération de « la règle du traitement national (qui) constitue l'une des dispositions juridiques fondamentales de la Communauté »<sup>50</sup>. Il en résulte une conséquence évidente : « les articles 52 et 59 (devenu 49 et 56 TFUE) interdisent directement toute discrimination fondée sur la

44. CJUE, 14 juin 2014, *Strojírny Prostějov, a.s. et ACO Industries Tábor s.r.o. c/ Odvolací finanční ředitelství*, aff. jtes C-53/13 et C-80/13, ECLI:EU:C:2014:2011 ; voy. également, CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc c/ Commission*, aff. C-196/04, préc.

45. Article 49, § 2, TFUE.

46. Article 57, § 2, TFUE.

47. CJCE, 21 juin 1974, *Jean Reyners c/ État belge*, aff. 2/74, *Rec.*, p. 631.

48. *Ibid.*, pt 15, article 7 TCEE.

49. *Ibid.*, pt 16.

50. *Ibid.*, pt 24.

nationalité »<sup>51</sup>. Les *restrictions* interdites par ces dispositions comprennent donc les *discriminations*. Les discriminations sont donc proscrites dans la libre circulation des travailleurs – expressément mentionnées par le traité – et dans la libre prestation de services et la liberté d'établissement – par déduction du principe du traitement national imposé par le traité. La prohibition des discriminations informe également le régime juridique des impositions intérieures car, quand bien même le terme n'est pas employé, il n'en demeure pas moins que le régime des impositions intérieures est conçu « pour assurer l'égalité des ressortissants de la Communauté à l'égard des législations nationales » de sorte que « l'article 95, alinéa 1 (devenu 110.1 TFUE), énonce une interdiction de discrimination »<sup>52</sup>.

Au terme de ce bref rappel d'éléments bien connus une conclusion s'impose : le principe de non-discrimination selon la nationalité transcende la terminologie du traité. Ainsi, les différentes libertés – catégories – auxquelles se rattache un vocable particulier se rejoignent dans l'interdiction des discriminations. Il n'y a pas de quoi s'en étonner car, à l'évidence, « tout le droit communautaire, les Communautés européennes, le marché commun et son fonctionnement sont inconcevables sans ce principe, qui, *de facto* ou *de jure*, pénètre et régit la construction communautaire »<sup>53</sup>.

Parer de cette logique explicative, ce constat conduit inéluctablement à l'émergence d'une seconde question : faut-il considérer que quand le traité vise la discrimination seul ce type d'affectation de la liberté de circulation est prohibé ? L'on touche ici à l'applicabilité de la notion de mesure indistinctement applicable à d'autres libertés que la libre circulation des marchandises – mesure d'effet équivalent – dans laquelle elle a vu le jour.

51. CJCE, 9 juin 1977, *Srl Ufficio Henry van Ameyde c/ S.r.l. Ufficio centrale italiano di assistenza assicurativa automobilisti in circolazione internazionale*, aff. 90/76, *Rec.*, p. 1091, pt 28. Voy. également, CJCE, 3 décembre 1974, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen c/ Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, aff. 33/74, *Rec.*, p. 1299, « les restrictions dont l'élimination est prévue par les articles 59 et 60 comprennent toutes exigences, imposées au prestataire en raison notamment de sa nationalité ou de la circonstance qu'il ne possède pas de résidence permanente dans l'État où la prestation est fournie, non applicables aux personnes établies sur le territoire national ou de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire », pt 10.

52. CJCE, 16 juin 1966, *Firma Alfons Lütticke GmbH c/ Hauptzollamt de Sarrelouis*, aff. 57/65, *Rec.*, p. 293. Le principe de non-discrimination, particulièrement mis en avant dans cet alinéa 1 informe l'ensemble du régime juridique des impositions intérieures ; voy. R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1977, pp. 56 et s. ; CJCE, 29 avril 1982, *Pabst & Richarz KG c/ Hauptzollamt Oldenburg*, aff. 17/81, *Rec.*, p. 1331, pt 19 (« l'article 95 a pour objet d'appréhender tous les procédés qui porteraient atteinte à l'égalité de traitement entre les produits nationaux et les produits importés »).

53. L.J. CONSTANTINESCO, « La constitution économique de la CEE », *RTDE*, 1977, p. 244, spéc. p. 275.

Si, dans un premier temps, la Cour a refusé d'intégrer la notion de mesure indistinctement applicable à la libre circulation des travailleurs, laquelle est-il besoin de la rappeler emporte selon la lettre du traité interdiction des discriminations<sup>54</sup>, à l'heure actuelle la notion de mesure indistinctement applicable trouve droit de cité dans cette liberté de circulation<sup>55</sup>. La même évolution marque la liberté prestation de service et la liberté d'établissement puisqu'après s'en être tenue à la règle du traitement national<sup>56</sup> – dont on sait qu'elle repose sur l'interdiction des discriminations – la Cour admet qu'une affectation de ces libertés puisse résulter d'une mesure indistinctement applicable<sup>57</sup>. Enfin, la mesure indistinctement applicable se retrouve également se retrouve également dans la libre circulation des capitaux<sup>58</sup>.

Dès lors, quelle que soit la liberté de circulation, les restrictions revêtent la forme de mesures indistinctement applicables. Sachant que la construction Cassis de Dijon conduit à considérer que l'exigence impérative est un élément constitutif de la mesure d'effet équivalent, de sorte que

54. CJCE, 18 mai 1989, *Lieselotte Hartmann Troiani c/ Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz*, aff. C-368/87, *Rec.*, p. 1333.

55. CJCE, 31 mars 1993, *Dieter Kraus c/ Land Baden-Württemberg*, aff. C-19/92, *Rec.*, p. I-1663 : « les articles 48 et 52 s'opposent à toute mesure nationale, relative aux conditions d'utilisation d'un titre universitaire complémentaire, acquis dans un autre État membre, qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires, y compris ceux de l'État membre auteur de la mesure, des libertés fondamentales garanties par le traité. Il n'en irait autrement que si une telle mesure poursuivait un objectif légitime compatible avec le traité et se justifiait par des raisons impérieuses d'intérêt général » (pt 32).

56. CJCE, 12 février 1987, *Commission c/ Belgique*, aff. 221/85, *Rec.*, p. 719, « une législation indistinctement applicable aux ressortissants belges et à ceux des autres États membres, dont le contenu et les objectifs ne permettent pas de conclure qu'elle a été adoptée à des fins discriminatoires ou qu'elle produit des effets de cette nature » ne prête pas à une constatation de manquement, pt 11 (liberté d'établissement).

57. Pour la libre prestation de services CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c/ Commissariaat voor de Media*, aff. C-288/89, *Rec.*, p. I-4007 : « il résulte d'une jurisprudence constante (...) que l'article 59 du traité implique, en premier lieu, l'élimination de toute discrimination exercée à l'encontre du prestataire, en raison de sa nationalité ou de la circonstance qu'il est établi dans un État membre autre que celui où la prestation doit être exécutée » (pt 10) ; « des entraves à la liberté garantie par le traité dans ce domaine peuvent, en second lieu, provenir de l'application de réglementations nationales, qui touchent toute personne établie sur le territoire national, à des prestataires établis sur le territoire d'un autre État membre, lesquels doivent déjà satisfaire aux prescriptions de la législation de cet État. Ainsi qu'il découle d'une jurisprudence constante (...), pareilles entraves tombent sous le coup de l'article 59, dès lors que l'application de la législation nationale aux prestataires étrangers n'est pas justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, ou que les exigences que traduit cette législation sont déjà satisfaites par les règles imposées à ces prestataires dans l'État membre où ils sont établis » (pts 12-13). Pour la liberté d'établissement, CJCE, 31 mars 1993, *Dieter Kraus c/ Land Baden-Württemberg*, aff. C-19/92, préc. Sur ces évolutions, voy. D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, notamment pp. 115 et s.

58. CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, *Klaus Konle*, aff. C-302/97, *Rec.*, p. I-3099 ; CJCE, 5 mars 2002, *Hans Reich e.a.*, aff. C-515/99, C-519/99 à C-524/99 et C-526/99 à C-540/99, *Rec.*, p. I-2157.

lorsqu'une exigence impérative est admise la mesure nationale n'est pas qualifiée de mesure d'effet équivalent<sup>59</sup>, la transposition de la notion de mesure indistinctement applicable dans les autres libertés de circulation induit nécessairement celle d'exigence impérative, dénommées dans ces autres libertés raisons impérieuses d'intérêt général. Ainsi, et pour ne reprendre que l'affaire « *Gouda* », la Cour juge-t-elle que la restriction tenant à une mesure indistinctement applicable tombe « sous le coup de l'article 59 (devenu 56 TFUE) dès lors que l'application de la législation nationale aux prestataires étrangers n'est pas justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général »<sup>60</sup>.

Ces mouvements, bien connus, présentent certainement une face positive : la Cour offre les clés d'une approche unifiée des restrictions quelle que soit la liberté de circulation en cause<sup>61</sup> : dans tous les cas, l'entrave – figure informant et synthétisant cette homogénéisation – s'ordonne autour de la distinction des mesures discriminatoires et des mesures indistinctement applicables.

Sur le terrain des catégories juridiques, ce mouvement conduit à voir apparaître de nouvelles catégorisations s'ajoutant à celles résultant du droit primaire. Ainsi, aux catégories de libre circulation définies par le traité, s'en ajoute une relative aux catégories de restrictions, distinguant les mesures discriminatoires des mesures indistinctement applicables. Ce faisant, une autre catégorisation apparaît quant à la légitimation de la restriction : celle-ci résulte soit du traité, soit du binôme mesure indistinctement applicable/exigence impérative. Enfin, sur cette base, les catégories sont croisées, de sorte que les mesures discriminatoires ne peuvent être justifiées que par des dérogations expressément mentionnées dans le traité, alors que les exigences impératives – libre circulation des marchandises – et les raisons impérieuses d'intérêt général – autres libertés – n'opèrent qu'à l'égard des mesures indistinctement applicables<sup>62</sup>.

59. A. MATTERA, « L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence "Cassis de Dijon" et le principe de reconnaissance mutuelle – Instruments au service d'une Communauté plus respectueuse des diversités nationales », *RMUE*, 1992/4, pp. 17 et s.

60. CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c/ Commissariaat voor de Media*, aff. C-288/89, pt 13 ; voy. le point 32 de l'affaire *Kraus* (CJCE, 31 mars 1993, *Dieter Kraus c/ Land Baden-Württemberg*, aff. C-19/92, préc.).

61. Exception faite des entraves pécuniaires.

62. Pour ne prendre que deux exemples illustratifs, l'on peut tout d'abord citer les termes de l'affaire « *souvenirs d'Irlande* » (CJCE, 17 juin 1981, *Commission c/ Irlande*, aff. 113/80, *Rec.*, p. 1625) : « L'article 36 du traité en tant que dérogation à la règle fondamentale de l'élimination de tous les obstacles à la libre circulation des marchandises entre États membres est d'interprétation stricte, les exceptions qu'il énumère ne peuvent être étendues à des cas autres que ceux limitativement prévus. Or, ni la défense des consommateurs, ni la loyauté des transactions commerciales n'étant mentionnées parmi les exceptions figurant à l'article 36, il apparaît que

À ce stade de l'analyse, l'on peut donc raisonnablement considérer que le processus est bénéfique. Il est néanmoins ambivalent et peut présenter un versant perturbant et ce, en raison de l'application, par la Cour, des catégories ainsi dessinées.

Il n'est pas rare de pointer les errements de la Cour quant au respect des catégories qu'elle forgeât elle-même. L'exemple des justifications est à cet égard particulièrement fructueux. Outre les questionnements liés aux fluctuations terminologiques, à la « concurrence des notions » et à « l'ambiguïté des fondements »<sup>63</sup>, il importe de tenir compte des conséquences des catégories construites en la matière : selon le schéma de la Cour, les justifications textuelles régissent les mesures discriminatoires, alors que les justifications jurisprudentielles opèrent à l'égard des mesures indistinctement applicables. Or, il est des affaires dans lesquelles la Cour s'affranchit des contraintes liées à ce croisement des catégories d'entrave et de justification. Si l'on peut y voir un manque de rigueur, dans certains cas cela peut, peut-être, faire sens.

Le brouillage des catégories peut, tout d'abord, relever d'une stratégie de la Cour, une stratégie destinée à pallier les insuffisances des justifications

ces raisons ne peuvent être invoquées – en tant que telle – dans le cadre dudit article. Cependant, le recours à ces notions ayant été qualifié par le gouvernement irlandais de « point fondamental dans cette affaire » il y a lieu d'apprécier cet argument dans le cadre de l'article 30 et d'examiner si ces notions permettent de nier l'existence de mesure d'effet équivalent au sens de cet article (...). À cet égard, la Cour a itérativement affirmé (CJCE, 20 février 1979, *Rewe*, aff. 120/78, *Rec.*, p. 649 ; CJCE, 26 juin 1980, *Gilli*, aff. 788/79, *Rec.*, p. 2071 ; CJCE, 19 février 1981, *Kelderman*, aff. 130/80, non encore publié) qu'« en l'absence de réglementation commune de la production et de la commercialisation d'un produit, il appartient aux États membres de régler, chacun sur son territoire, tout ce qui concerne la production, la distribution et la consommation de celui-ci, à la condition toutefois que ces réglementations ne fassent pas obstacle ... au commerce intracommunautaire » et que « ce ne serait que lorsqu'une réglementation nationale indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés, pourrait être justifiée comme étant nécessaire pour satisfaire à des exigences impératives tenant en particulier à ... la défense des consommateurs et à la loyauté des transactions commerciales qu'elle pourrait déroger aux exigences découlant de l'article 30 ». Cette double dichotomie croisée est également clairement exposée dans l'affaire « *Gouda* » : « Des réglementations nationales qui ne sont pas indistinctement applicables aux prestations de services quelle qu'en soit l'origine ne sont compatibles avec le droit communautaire que si elles peuvent relever d'une disposition dérogatoire expresse, tel l'article 56 du traité, lequel ne peut être invoqué pour poursuivre des objectifs de nature économique. En l'absence d'harmonisation des règles applicables aux services, voire d'un régime d'équivalence, des entraves à la libre prestation des services peuvent, en second lieu, provenir de l'application de réglementations nationales, qui touchent toute personne établie sur le territoire national, à des prestataires établis sur le territoire d'un autre État membre, lesquels doivent déjà satisfaire aux prescriptions de la législation de cet État. Pareilles entraves tombent sous le coup de l'article 59 dès lors que l'application de la législation nationale aux prestataires étrangers n'est pas justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général » (CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda / Commissariaat voor de Media*, aff. C-288/89, *préc.*).

63. B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*, 2012, étude 1.

textuelles. La protection de l'environnement est, à cet égard, particulièrement illustrative. En effet, bien qu'il s'agisse « d'un objectif essentiel de la Communauté »<sup>64</sup> et que les exigences de la protection de l'environnement doivent informer l'ensemble des actions de l'Union<sup>65</sup>, l'article 36 TCEE n'a jamais été modifié, de sorte qu'il ne vise toujours pas cette possibilité de justification. La conséquence est alors évidente : en appliquant les principes afférents à la catégorisation des justifications, il est impossible de justifier une mesure discriminatoire par la protection de l'environnement. Il y a là, incontestablement, une situation de nature à embarrasser la Cour. Celle-ci se trouve donc devant une alternative qui ne pourra que susciter la réserve : soit elle applique rigoureusement les règles et rejette toute justification d'une mesure discriminatoire par la protection de l'environnement et ce au risque d'adopter une position quelque peu anachronique compte tenu de l'importance accordée à cette exigence en droit national et en droit de l'Union ; soit elle prend en compte cet impératif et doit alors méconnaître les rigueurs juridiques. Telle est bien la voie suivie<sup>66</sup>. En substance, et pour reprendre les termes de l'Avocat général Yves Bot, pour sortir de l'ornière ainsi constituée par le hiatus existant entre la rédaction de l'article 36 TFUE et l'importance accordée à la protection de l'environnement, la Cour agit au niveau de la qualification juridique de l'entrave soit en « neutralis[ant] le caractère discriminatoire, pourtant avéré, d'une mesure nationale, soit [en se] dispens[ant] purement et simplement de rechercher si la mesure est discriminatoire ou non »<sup>67</sup>. Cela peut déconcerter tout autant que satisfaire. Déconcerter, car cela brouille inéluctablement les catégories ; satisfaire, car les impératifs de la protection de l'environnement sont défendus malgré les lacunes de l'article 36 TFUE. Cette stratégie de contournement a de quoi prospérer notamment en raison de l'apparition, dans les argumentaires des États, de nouvelles causes de justification. L'on songe bien évidemment aux contentieux émaillant le détachement des travailleurs salariés. Les craintes d'utilisation abusive de cette liberté conduisent les États à en rechercher un strict encadrement. Ce faisant, il peut en résulter des entraves que les États cherchent à justifier, en substance, par la lutte contre la concurrence déloyale, le dumping social, les faux indépendants et le travail dissimulé. Le terrain

64. CJCE, 7 février 1985, *ADBHU*, aff. 240/83, *Rec.*, p. 531, pt 13.

65. Article 11 TFUE.

66. Qu'il nous soit permis de renvoyer à notre article « Marché intérieur et politiques et de l'Union : brèves réflexions sur une quête d'unité », in B. BERTRAND, F. PICOD et S. ROLAND (dir.), *L'identité du droit de l'Union européenne – Hommage à Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 223.

67. Y. BOT, conclusions dans les affaires jointes, C-204/12 à 208/12, *Essent Belgium NV*, pt 91. Dans d'autres cas, la Cour ne s'embarrasse pas à masquer l'application d'une exigence impérative à une mesure frappant spécifiquement les importateurs, Voy. notamment CJCE, 30 avril 2009, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft*, aff. C-531/07, *Rec.*, p. I-3717.

est pour le moins épineux à divers égards et, dans la perspective ici retenue, il suffit de noter que de telles préoccupations n'ont pas été envisagées par les rédacteurs du traité. Ce type de justification ne peut donc relever que de la catégorie des exigences impératives et donc n'opérer qu'à l'égard d'une mesure indistinctement applicable. Conforme aux catégorisations établies, cela conduit néanmoins la Cour à quelques contorsions : si elle souhaite recevoir les justifications de cet ordre, elle peut être contrainte de nier, de façon quelque peu surprenante, le caractère discriminatoire de l'entrave établie<sup>68</sup>.

Ces positions jurisprudentielles peuvent déranger mais l'on est enclin à penser que la Cour, qui doit avant tout trancher un litige en tenant compte des évolutions socio-économiques, ne peut faire autrement en l'état actuel du droit primaire.

## II. LES CATÉGORIES NATIONALES ET MARCHÉ INTÉRIEUR

Les rapports entre les catégories informant le marché intérieur et les catégories juridiques de droit national sont nécessairement de deux ordres : l'ignorance ou l'influence. La première hypothèse peut être rattachée aux fonctions des notions autonomes du droit de l'Union, destinées notamment à imposer une définition commune et donc à rendre indifférentes les qualifications et catégories nationales<sup>69</sup>. La seconde hypothèse peut être illustrée, dans l'optique retenue ici, par l'incidence que l'on croit déceler sur la catégorisation des pouvoirs de l'administration en droit français. L'étude porte alors sur un constat : les contraintes liées au droit du marché intérieur façonnent le pouvoir de décision des autorités nationales. Plus précisément, l'hypothèse de réflexion est celle d'un affinement progressif des conditions auxquelles sont admises les justifications de l'entrave, affinement qui modère d'autant la marge d'appréciation des autorités nationales.

L'on peut, dans un premier temps, retenir comme illustration, l'article 28 de la directive 2004/38 en application duquel « avant de prendre une décision d'éloignement du territoire pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique, l'État membre d'accueil tient compte notamment de la durée du séjour de l'intéressé sur son territoire, de son âge, de son état de santé, de sa situation familiale et économique, de son intégration sociale et culturelle dans l'État membre d'accueil et de l'intensité de ses liens avec

68. CJUE, 19 décembre 2012, *Commission c/ Belgique*, aff. C-577/10, ECLI:EU:C:2012:814.

69. Voy. notamment D. SIMON, « Les notions autonomes en droit de l'Union », in *Mélanges en l'honneur du Professeur H. Oberdorff*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 93 et s.

son pays d'origine ». En soi, cette obligation ne surprend guère. En effet, si la Cour admit rapidement que, « pour l'essentiel, les États membres restent libres de déterminer en vertu des réserves inscrites à l'article 48.3 (devenu 45 TFUE), conformément à leurs besoins, les exigences de l'ordre public », elle accompagna ce renvoi au droit interne d'une précision importante dont découle le fait que « dans le contexte communautaire et notamment, en tant que justification d'une dérogation aux principes fondamentaux de l'égalité de traitement et de la libre circulation des travailleurs, cette notion doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des instances communautaires »<sup>70</sup>. Le contrôle juridictionnel est donc ancien, de sorte que, de longue date, des conditions sont posées pour l'exercice, par les États, de leur pouvoir au titre de la défense de l'ordre public<sup>71</sup>.

La chose est connue, mais l'essentiel – dans l'optique ici retenue – est de constater, à la lecture de l'article 28 de la directive 2004/38, l'augmentation des éléments à prendre en compte lors de l'adoption d'une mesure d'éloignement<sup>72</sup>. À l'évidence le droit de l'Union prédétermine donc les critères d'appréciation d'une situation de fait.

Cette prédétermination existe également pour le choix de la cause de justification d'une mesure d'éloignement. L'on songe naturellement à cette innovation de la directive quant à l'invocabilité des justifications tirées de la protection de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique. La chose est connue : à l'égard d'une personne titulaire d'un droit de séjour permanent, une mesure d'éloignement ne peut être fondée que sur des *motifs graves d'ordre public ou de sécurité publique*<sup>73</sup>, alors que seules des *raisons impérieuses de sécurité publique* peuvent être invoquées à l'encontre de personnes ayant séjourné dans l'État d'accueil les

70. CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili c/ Ministre de l'Intérieur*, aff. 36/75, *Rec.*, p. 1219, pts 26-27.

71. Il en résulte une obligation d'examen au cas par cas du comportement de la personne concernée, comportement devant constituer une menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société ; CJCE, 27 octobre 1977, *Regina c/ Pierre Bouchereau*, aff. 30/77, *Rec.*, p. 1999.

72. À dire vrai, la directive n'innove pas totalement dans la mesure où la Cour avait déjà imposé la prise en compte de la durée du séjour, et de la situation familiale de la personne concernée (CJCE, 11 juillet 2002, *Mary Carpenter*, aff. C-60/00, *Rec.*, p. I-6279, pt 38 ; CJCE, 29 avril 2004, *Georgios Orfanopoulos e.a.*, aff. C-482/01 et C-493/01, *Rec.*, p. I-5257, pt 99). La directive redessine toutefois le cadre d'insertion de ces éléments car, alors que dans la jurisprudence ils sont pris en compte en lien avec la protection de la vie privée et familiale, dans la directive, ils sont rattachés au test de proportionnalité (voy. A. EFTIMIE, *La citoyenneté de l'Union – Contribution à l'étude d'une communauté politique plurielle*, Thèse, Université Bordeaux IV, 2012, spéc. p. 258).

73. Article 28, § 2.

dix années précédentes ou les mineurs sauf si l'éloignement est nécessaire dans l'intérêt de l'enfant<sup>74</sup>. Par conséquent, pour les personnes dont le séjour est inférieur à celui donnant droit au séjour permanent, ce sont les raisons d'ordre public et de sécurité publique qui peuvent justifier la mesure nationale. Cette prédétermination progressive des conditions d'usage des causes justificatives est poussée à son maximum admissible pour les États en ce qui concerne les raisons de santé publique<sup>75</sup>. En effet, en cette matière, l'encadrement a toujours été précis puisque, d'une part, seules certaines maladies peuvent justifier une restriction au titre de la défense de la santé publique<sup>76</sup> et, d'autre part, l'invocation de cette justification est circonscrite dans le temps, puisque « la survenance de maladies après une période de trois mois suivant l'arrivée ne peut justifier l'éloignement du territoire »<sup>77</sup>.

Pris dans leur ensemble, ces éléments renforcent la consistance matérielle d'un principe établi de longue date par la Cour : « la justification de mesures destinées à sauvegarder l'ordre public doit être appréciée au regard de toutes les règles de droit communautaire ayant pour objet, d'une part, de limiter l'appréciation discrétionnaire des États membres en la matière et, d'autre part, de garantir la défense des droits des personnes soumises, de ce chef, à des mesures restrictives »<sup>78</sup>. Dans l'optique ici retenue, la mention du pouvoir discrétionnaire des États membres est importante, car elle se retrouve dans des affaires non liées à la directive 2004/38. Ceci autorise à considérer que la question du pouvoir discrétionnaire des États puisse être

74. Article 28, § 3.

75. Article 29. L'on sait que, dans sa proposition initiale, la Commission avait pleinement tiré les conséquences du droit de séjour permanent en excluant purement et simplement le droit, pour les États membres, de prendre une décision d'éloignement pour des motifs d'ordre public ou de sécurité publique, à l'égard des titulaires d'un droit de séjour permanent, voy. Doc. COM(2001) 257 final, article 26.

76. Voy. la directive 64/221 du Conseil, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (*JOCE*, 4 avril 1964, p. 850), listant « A. Maladies pouvant mettre en danger la santé publique: 1. Maladies quaranténaires visées dans le règlement sanitaire international n° 2 du 25 mai 1951 de l'Organisation mondiale de la santé ; 2. Tuberculose de l'appareil respiratoire active ou à tendance évolutive ; 3. Syphilis ; 4. Autres maladies infectieuses ou parasitaires contagieuses pour autant qu'elles fassent, dans le pays d'accueil, l'objet de dispositions de protection à l'égard des nationaux. B. Maladies et infirmités pouvant mettre en danger l'ordre public ou la sécurité publique : 1. Toxicomanie ; 2. Altérations psychomorphologiques grossières ; états manifestes de psychose d'agitation, de psychose délirante ou hallucinatoire et de psychose confusionnelle » (art. 4.1). Désormais, « Les seules maladies justifiant des mesures restrictives de la libre circulation sont les maladies potentiellement épidémiques telles que définies dans les instruments pertinents de l'Organisation mondiale de la santé ainsi que d'autres maladies infectieuses ou parasitaires contagieuses pour autant qu'elles fassent, dans le pays d'accueil, l'objet de dispositions de protection à l'égard des ressortissants de l'État membre d'accueil » (dir. 2004/38, art. 29.1).

77. Directive 2004/38, article 29.2. Antérieurement, cette limitation opérait après la délivrance du premier titre de séjour (dir. 64/221, art. 4.2).

78. CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili c/ Ministre de l'Intérieur*, aff. 36/75, préc., pt 51.

une clé de lecture générale de la jurisprudence en droit du marché intérieur. Par conséquent, le droit du marché intérieur influe sur la catégorie « pouvoir discrétionnaire ».

L'on peut ainsi se référer à la jurisprudence relative à l'exigence d'une autorisation préalable. Il y a là une possibilité d'entrave évidente, car un droit de circulation, directement acquis sur le fondement du traité, se trouve subordonné à une autorisation – et donc possiblement à un refus – d'une autorité nationale. La Cour l'expose sans aucune ambiguïté relativement à la libre circulation des capitaux – mais cela est généralisable aux autres libertés de circulation – en jugeant que « l'autorisation a un effet suspensif à l'exportation de devises et la subordonne cas par cas à l'approbation de l'administration qui doit être sollicitée par une demande spéciale. Une telle exigence reviendrait à *soumettre l'exercice de la libre circulation des capitaux à la discrétion de l'administration et serait susceptible, de ce fait, de rendre cette liberté illusoire* »<sup>79</sup>. Acquise de longue date, cette conclusion est considérablement affinée aujourd'hui au travers de l'analyse de la justification de l'entrave ainsi créée.

L'admission de la justification dépend bien évidemment des conditions traditionnelles en la matière. Ainsi, « pour qu'un régime d'autorisation administrative préalable puisse être justifié, il doit encore être démontré qu'un tel régime est nécessaire (pour satisfaire l'intérêt invoqué) et qu'il est proportionnel au but poursuivi, de manière telle que le même objectif ne saurait être atteint par des mesures moins restrictives »<sup>80</sup>. À cela s'ajoute un élément essentiel, à savoir qu'« *un tel régime ne saurait légitimer un comportement discrétionnaire de la part des autorités nationales, de nature à priver les dispositions communautaires, notamment celles relatives à une liberté fondamentale telle que celle en cause au principal, de leur effet utile* »<sup>81</sup>. Pour la Cour, c'est donc l'éventuel pouvoir discrétionnaire des autorités nationales qui emporte le risque de remise en cause des libertés de circulation. Dès lors que le risque procède de l'existence de ce pouvoir discrétionnaire, la Cour se penche sur celui-ci pour considérer que, « pour qu'un régime d'autorisation administrative préalable soit justifié alors même qu'il déroge à une liberté fondamentale, il doit, en tout état de cause, être fondé sur *des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance des entreprises concernées, de manière à encadrer l'exercice du pouvoir*

79. CJCE, 23 février 1995, *Procédures pénales contre Aldo Bordessa e.a.*, aff. jtes C-358/93 et C-416/93, *Rec.*, p. I-361 ; italique ajouté.

80. CJCE, 20 février 2001, *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Análir) e.a. et Administración General del Estado*, aff. C-205/99, *Rec.*, p. 1271, pt 35.

81. *Ibid.*, pt 37.

d'appréciation des autorités nationales afin que celui-ci ne soit pas utilisé de manière arbitraire »<sup>82</sup>.

Réitérée dans diverses affaires, cette conclusion permet de cerner précisément les causes de la prévention de la Cour : le pouvoir discrétionnaire génère une incertitude<sup>83</sup>, de sorte qu'une « telle marge d'appréciation est disproportionnée par rapport aux objectifs poursuivis »<sup>84</sup>. Pour obvier ces conséquences la Cour – et donc le droit de l'Union – fixe des critères en considération desquels le pouvoir des États doit être exercé. Des affaires ci-dessus mentionnées, il ressort qu'un régime d'autorisation préalable doit être fondé sur des critères objectifs, non-discriminatoires et connus à l'avance<sup>85</sup>.

Avec ces deux séries d'exemples, l'on constate aisément que le droit de l'Union pose des critères d'appréciation des situations factuelles et d'exercice du pouvoir décisionnel des autorités nationales. Procéder à ce constat, et observer que la Cour fait montre d'une certaine prévention à l'égard du pouvoir discrétionnaire conduit inéluctablement à envisager cette catégorie du droit interne et ce, en considération des observations précédentes. La chose n'est pas aisée mais, sans prétendre être en mesure d'apporter une pierre à l'édifice doctrinal relatif aux pouvoirs de l'administration, l'objectif est ici, plus raisonnablement et modestement, de tenter de sonder les incidences de la prédétermination, par le droit de l'Union, des critères à prendre en compte avant l'adoption d'une mesure restreignant une liberté de circulation. À l'évidence, cette prédétermination accentue les obligations pesant sur les autorités nationales.

82. *Ibid.*, pt 38.

83. La Cour a ainsi pu constater qu'une indétermination du droit national quant aux conditions de justification « ne permet pas aux particuliers de connaître l'étendue de leurs droits et obligations », CJCE, 14 mars 2000, *Association Eglise de scientologie de Paris*, aff. C-54/199, *Rec.*, p. I-1355, pt 22.

84. CJUE, 8 juin 2012, *Commission c/ Grèce*, aff. C-244/11, pt 75. Voy. également une affaire *Commission c/ France* (CJCE, 4 juin 2002, aff. C-483/99, *Rec.* p. I-4781), « un pouvoir discrétionnaire aussi large constitue une atteinte grave à la libre circulation des capitaux. Le régime en cause va au-delà de ce qui est nécessaire », pt 50. CJCE, 26 mars 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-326/07, *Rec.*, p. I-2291.

85. Par exemple, CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH c/ Wiener Landesregierung et Oberösterreichische Landesregierung*, aff. C-169/97, *Rec.*, p. I-1721, pt 64 ; CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd c/ Minister van Justitie*, aff. 203/08, *Rec.*, p. I-4695, pt 50 ; CJUE, 22 décembre 2010, *Yellow Cab Verkehrsbetriebs GmbH c/ Landeshauptmann von Wien*, aff. C-338/09, *Rec.*, p. I-13927, pt 53 ; CJUE, 13 février 2014, *Susanne Sokoll-Seebacher*, aff. C-367/12, *nep*, pt 27. Ces exigences pouvaient déjà se déceler dans des affaires plus anciennes. Voy. notamment CJCE, 13 décembre 1990, *Jean-Claude Bellon*, aff. C-42/90, *Rec.*, p. I-4863 ; CJCE, 31 mars 1993, *Dieter Kraus c/ Land Baden-Württemberg*, aff. C-19/92, *préc.* (une procédure d'autorisation doit être « aisément accessible »).

Dans un premier mouvement, l'on peut considérer que cela conduira inéluctablement à un renforcement du contrôle juridictionnel<sup>86</sup>. En effet, l'on sait qu'en droit interne un lien existe entre le degré de contrôle juridictionnel et le texte régissant le pouvoir contrôlé. Ainsi, dès lors que « la nature de la compétence résulte des textes qui la régissent, tels qu'interprétés par le juge »<sup>87</sup>, il semble indéniable que la prédétermination européenne des conditions d'exercice, par les autorités nationales, de leur pouvoir de décision ne peut qu'imposer un renforcement du contrôle opéré par le juge national.

Ce premier constat est en outre renforcé par un second élément. L'on peut en effet observer, avec Rony Abraham s'adressant au Conseil d'État que « que chaque fois que vous êtes en présence d'une décision qui comporte une dérogation à une règle ou à un principe général, ou qui a pour effet de restreindre l'exercice d'un droit ou d'une liberté, vous la soumettez à un entier contrôle. »<sup>88</sup> Et, dans notre perspective, ce qui importe est la mention de l'exercice d'un droit. En effet, l'on peut aisément considérer, avec Patrick Wachsmann, que « chaque fois (...) que le juge estimera que le requérant peut se prévaloir d'un droit, il exercera sur les appréciations de l'autorité administrative un contrôle entier »<sup>89</sup>. Or, les libertés de circulation imposent des obligations aux États membres – en substance ne pas créer d'entrave – mais ces obligations traduisent un droit au bénéfice des particuliers – droit de faire circuler une marchandise, d'exercer une activité dans un autre États membres, de se déplacer et de séjourner dans un autre État membre. Et, la reconnaissance de ce droit opposable aux États modifie inéluctablement les termes du contrôle opéré par le juge national. M. Abraham ne disait pas autre chose lorsqu'il estimait « avoir suffisamment démontré qu'au regard des principes de votre jurisprudence la décision qui refuse un titre de séjour à un ressortissant communautaire bénéficiaire de la libre circulation des personnes, qui a pour effet de restreindre l'exercice d'un droit fondamental garanti par le traité de Rome, doit être soumise à un contrôle entier,

86. Et ce d'autant plus que ce contrôle constitue également une exigence européenne : il y a là une obligation en application de l'article 31 de la directive 2004/38, une obligation nettement imposée par la Cour dans sa jurisprudence sur les régimes nationaux d'autorisation préalable (les États doivent adjoindre au régime d'autorisation préalable « un système procédural aisément accessible et propre à garantir aux intéressés que leur demande sera traitée dans un délai raisonnable ainsi qu'avec objectivité et impartialité, d'éventuels refus d'autorisation devant en outre pouvoir être mis en cause dans le cadre d'un recours juridictionnel CJCE, 13 mai 2003, *V.G. Müller-Fauré c/ Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA et E.E.M. van Riet c/ Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen*, aff. C-385/99, *Rec.*, p. I-4509, pt 85) et une obligation générale puisqu'il s'agit d'un principe général de droit de l'Union.

87. P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 224.

88. Conclusions sous CE, 19 novembre 1990, *Raso*, *AJDA*, 1991, p. 322.

89. P. WACHSMANN, *Libertés publiques, op. cit.*, p. 225.

de même, plus généralement, que *toute mesure ayant pour objet de restreindre l'exercice de l'une des grandes libertés consacrées par le droit communautaire* »<sup>90</sup>.

Pris dans leur ensemble ces éléments constituent indéniablement une base solide au renforcement du contrôle juridictionnel : les bénéficiaires des libertés de circulation sont titulaires d'un droit opposable aux autorités nationales et, en outre, le droit de l'Union précise les critères à prendre en compte lors de l'adoption d'une décision individuelle. Il y a donc bien là tous les ingrédients favorables au développement d'un contrôle entier, ce qui influe nécessairement sur la nature du pouvoir de l'administration. Ainsi, au fil de l'affinement, par le droit de l'Union, des conditions de recours aux justifications des entraves aux libertés de circulation, le pouvoir des autorités nationales est appelé à quitter la sphère du pouvoir discrétionnaire.

L'on peut toutefois soulever une question terminale. S'il paraît évident, au regard des éléments de droit interne tout autant que de droit de l'Union, que la prédétermination croissante des éléments à prendre en compte avant l'adoption d'une mesure individuelle affectant un droit issu du droit de l'Union engendre un renforcement du contrôle juridictionnel, l'on peut s'interroger sur la réalité de la contrainte pesant sur l'autorité administrative. Ce questionnement repose sur un changement d'optique et sur un retour à certaines dispositions du droit de l'Union. Si l'on revient sur l'article 28 de la directive 2004/38 l'on ne peut qu'être frappé par la multiplicité des considérations à prendre en compte : sont visés la durée du séjour, l'âge de la personne concernée, son état de santé, sa situation familiale et économique, son intégration sociale et culturelle dans l'État membre d'accueil et l'intensité de ses liens avec son pays d'origine. Face à cette profusion d'éléments, qui induit nécessairement des arbitrages, des pondérations, il n'est pas certain que le juge pénètre très avant dans les considérations retenues par l'autorité administrative. Pour dire les choses autrement, l'on peut considérer que la multiplicité des critères d'appréciation laisse tout de même une marge de manœuvre imparfaitement propice à un contrôle juridictionnel entier.

---

90. Conclusions sous CE, 19 novembre 1990, *Raso*, préc.