



**HAL**  
open science

## Retour critique sur la liberté économique dans la jurisprudence de la Cour de justice

Éric Carpano

► **To cite this version:**

Éric Carpano. Retour critique sur la liberté économique dans la jurisprudence de la Cour de justice. Claude Blumann et Fabrice Picod (dir.). *Annuaire de droit de l'Union européenne Année 2016, 2016*, Panthéon-Assas Paris II éditions, p. 45-84, 2018, 9791090429987. hal-01988954

**HAL Id: hal-01988954**

**<https://univ-lyon3.hal.science/hal-01988954v1>**

Submitted on 19 Jan 2024

**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.

Éric Carpano. Retour critique sur la liberté économique dans la jurisprudence de la Cour de justice. Claude Blumann et Fabrice Picod (dir.). *Annuaire de droit de l'Union européenne Année 2016*, 2016, Panthéon-Assas Paris II éditions, p. 45-84, 2018, 9791090429987. [hal-01988954](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01988954)

## RETOUR CRITIQUE SUR LA LIBERTÉ ÉCONOMIQUE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE

Éric CARPANO

*Professeur de droit public à l'Université Jean Moulin – Lyon 3*

Poser la question de l'existence d'un principe de liberté économique en droit de l'Union pourrait paraître inutile tant il est vrai que l'intégration européenne s'identifie à l'intégration économique dont elle constitue la courroie de développement. Tel serait effectivement le cas s'il s'agissait de savoir si le droit de l'Union promouvait certaines libertés économiques telles que le libre-échange, la libre circulation, la libre concurrence ou la liberté d'entreprendre. En revanche, la question paraît plus intéressante s'il s'agit de rechercher si, et le cas échéant dans quelle mesure, le droit de l'Union impose une certaine conception de l'économie visant à libérer les contraintes qui pèsent sur les facteurs de production et les opérateurs économiques, et donc à déréguler les économies européennes. Cette question pose celle plus fondamentale de l'étendue de la liberté des États pour définir démocratiquement leurs choix de politique publique<sup>1</sup>.

Classique en droit américain<sup>2</sup>, cette question est délaissée par la doctrine européenne en général<sup>3</sup> et francophone en particulier<sup>4</sup>. Les raisons sont multiples. D'abord et

---

<sup>1</sup> P-Y. CHÉROT, « Constitution et économie », in M. TROPER et D. CHAGNOLAUD (dir), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, tome 3, sp. 553.

<sup>2</sup> Parmi une littérature abondante, on citera J.M. BALKIN, « "Wrong the Day It Was Decided": Lochner and Constitutional Historicism », 85 *B.U. L. REV.* p. 677 (2005) ; S. CHOUDHRY in « The Lochner Era and Comparative Constitutionalism », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, 2004, p. 1 ; R.C. CRAMTON, « The Supreme court and the decline of State Power », *The Journal of Law & Economics*, vol. 2 (Oct., 1959), p. 175-189 ; Jeffrey A. SEGAL *et alii*, « Ideological Values and the Votes of the U.S. Supreme Court Justices Revisited », 57 *J. POL.* p. 812 (1995). En langue française, on consultera l'ouvrage majeur d'É. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, rééd., préf. F. MODERNE, Paris, Dalloz, 2005, 276 p.

<sup>3</sup> Pour une critique générale de la jurisprudence de la Cour de justice, voir H. RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Boston, Martin Nijhoff Publishers, 1986 ; H. RASMUSSEN, *European Court of Justice*, Aarhus, Gadjura, 1998. Pour une critique plus précise de la politique économique et sociale de la Cour de justice, on consultera en priorité l'ouvrage de M. POIARES MADURO, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, 1998. Voir également, C. BARNARD, « Restricting restrictions: lessons for the EU from the US », *Cambridge Law Journal*, 68 (3) nov. 2009, p. 575-606 ; P. DAVIES, « Market integration and social policy in the Court of justice », 24 *Indus. L. J.*, p. 49 (1995) ; E. SPAVENTA, « From *Gebhard* to *Carpenter*: Towards a (non-)economic European constitution », (2004) 41 *Common Market Law Review*, Issue 3, p. 743-773.

<sup>4</sup> Voir toutefois, L. AZOULAI, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, éd. Frison-Roche, 2003, p. 277 ; « La formule de l'entrave », in L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1-21 ; P-

fondamentalement parce que les dispositions des traités de l'UE ainsi que les pratiques qui les mettent en œuvre ne seraient pas univoques et seraient dominées, si ce n'est par une forme de neutralité, à tout le moins une ambivalence que la doctrine préfère mettre en exergue<sup>5</sup>. Il y a ensuite des réticences politiques et juridiques à utiliser une grille de lecture issue de l'économie politique. La doctrine continentale et en particulier la doctrine française ont été peu influencées par le mouvement critique<sup>6</sup>. Elle reste largement dominée par une conception formaliste de l'ordre juridique, qui privilégie l'étude des normes à celle des acteurs dont elle tend à nier les préférences<sup>7</sup>. À cela s'ajoute un style judiciaire<sup>8</sup> qui tait les contradictions internes en refusant les opinions dissidentes et qui dissimule les conflits de valeurs inhérents à l'exercice du pouvoir d'interprétation derrière le formalisme du raisonnement<sup>9</sup>. Et puis, plus spécifiquement encore, il faut compter aussi avec le fait que la doctrine européeniste, dont l'autonomie scientifique a longtemps été contestée<sup>10</sup>, s'est faite militante en œuvrant davantage à défendre l'autonomie et la spécificité du droit de l'Union/communautaire qu'à opérer une lecture critique du contenu de ce droit<sup>11</sup> : la justification de la primauté du droit communautaire importait plus que celle de son contenu.

Polémique, cette question l'est assurément tant il est vrai qu'elle semble emprunter les chemins sulfureux d'une opinion publique anti-européenne qui identifie, sans autre forme d'investigation, l'Union européenne à un libéralisme prédateur. Dans le cadre de cette réflexion, nous nous proposons de mettre à l'épreuve de la critique scientifique cette affirmation à partir de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de libre circulation. C'est uniquement du point de vue de l'intégration négative que l'étude sera menée, en ce qu'elle révèle la manière dont le pouvoir de réglementation économique des États membres, contesté par des opérateurs économiques, est saisi par la Cour de justice dans une logique générale de décloisonnement des marchés.

À lire les conclusions de certains avocats généraux et les précautions qu'ils prennent pour garantir une interprétation libre-échangiste des règles du marché intérieur, la question ne paraît pas dénuée de pertinence. Selon l'avocat général Poiares Maduro, les dispositions du traité sur la libre circulation « ont pour objet de garantir le décloisonnement des marchés nationaux, en

---

Y. CHÉROT, « Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel. Essai sur la notion d'entreprise et d'activité économique dans la jurisprudence de la Cour », in *L'ordre concurrentiel*, préc., p. 563 ; M. WALBROECK, « La constitution européenne et les interventions des États membres en matière économique », in *Liber amicorum Pieter Verloren Van Thematt*, Kluwer, 1982, p. 331.

<sup>5</sup> En ce sens, M. POIARES MADURO, *We the Court...*, préc. ; L. AZOULAI, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », préc.

<sup>6</sup> M. XIFARAS, « Avant-propos » à D. KENNEDY, *Sexy Dressing, violences sexuelles et érotisation de la domination*, Paris, Flammarion, Champs Essais, 2008.

<sup>7</sup> É. CARPANO, « Représentativité et légitimité de la Cour de justice » in O. LECUCQ (dir.), *La composition des juridictions*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 71-92

<sup>8</sup> J.H.H. WEILER, « Epilogue: The Judicial Après Nice », in Gráinne DE BÚRCA & Joseph H.H. WEILER (dir.), *The European Court of Justice*, 2001, Oxford University Press, p. 224-225. Selon Weiler, la Cour de justice a adopté un style « sibyllin cartésien » qui par l'apparence logique de son raisonnement prétend produire des résultats inévitables. C'est ce que nous avons également montré dans une étude à propos du refus de la Cour de délivrer une autre interprétation de la notion de lien individuel dans le cadre de l'appréciation des conditions de recevabilité du recours en annulation, voir É. CARPANO, « Autopsie d'un revirement avorté : retour sur la saga Jégo Quéré / UPA », in É. Carpano (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 181-208.

<sup>9</sup> En ce sens, M.P. MADURO, *We the Court...*, préc., p. 20-21, note 19 (« *What is remarkable in the Court's case law is that the conflicts of values inherent in the exercise of discretion and the choices made thereon are not made explicit, but remain hidden behind formal reasoning* ».)

<sup>10</sup> Sur la construction de la doctrine en droit de l'Union européenne, voir les études rassemblées in F. PICOD (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 186 p.

<sup>11</sup> Pour une approche critique du rôle des juristes dans la légitimation du processus d'intégration, voir A VAUCHEZ, *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2013, 398 p.

offrant aux producteurs et aux consommateurs la possibilité de jouir pleinement des bénéfices d'un marché intérieur communautaire, non de favoriser une dérégulation généralisée des *économies nationales* »<sup>12</sup>. L'objectif des règles de libre circulation serait, comme l'a rappelé l'avocat général Tesouro, de libéraliser les « échanges intracommunautaires [et non de] promouvoir le libre exercice de l'activité commerciale dans chaque État membre »<sup>13</sup>. Il en résulterait que « toute restriction à la liberté économique ou commerciale n'est pas une restriction à l'exercice des libertés de circulation »<sup>14</sup>. De même, l'avocat général Tizzano a souligné, dans l'affaire *CaixaBank France*, qu'une interprétation des dispositions du traité sur les libertés fondamentales qui en étendrait l'applicabilité au-delà de leurs limites « reviendrait [...] à orienter le traité vers un objectif qui n'est pas le sien : non pas celui d'instaurer un marché intérieur connaissant des conditions semblables à celles d'un marché unique et dans lequel les opérateurs peuvent circuler librement, mais celui d'instaurer un marché sans règles, voire un marché où les règles sont, en principe, interdites, sauf lorsqu'elles sont nécessaires et proportionnées en vue de satisfaire à des exigences impératives d'intérêt général »<sup>15</sup>. En d'autres termes, « il est clair que la mission de la Cour n'est pas de mettre systématiquement en cause les orientations de politique économique des États membres. Il lui incombe plutôt de vérifier que ces États ne prennent pas de mesures qui aboutissent, en réalité, à traiter les situations transnationales de manière moins favorable que les situations purement nationales »<sup>16</sup>. Ces rappels récurrents des avocats généraux répondent aux tentatives des opérateurs économiques d'utiliser les règles du traité pour contester les réglementations nationales de toutes sortes qui restreignent leur liberté économique et à la tentation de la Cour d'étendre le champ de l'entrave<sup>17</sup>. C'est ainsi que les règles du traité ont pu être invoquées, dans une double perspective d'émancipation et de déréglementation<sup>18</sup> par les particuliers pour mettre en jeu, avec des succès divers, les règles d'urbanisme commercial<sup>19</sup>, l'ouverture des magasins le dimanche<sup>20</sup>, le salaire minimal<sup>21</sup>, le monopole des pharmacies<sup>22</sup>, le droit de grève<sup>23</sup>, l'implantation des opticiens<sup>24</sup> ou encore l'interdiction de la revente à perte<sup>25</sup>. Cette instrumentalisation dérégulatoire<sup>26</sup> des règles du traité avait justifié d'ailleurs le revirement *Keck* dès lors que, selon la Cour de justice, « les opérateurs économiques invoquent de plus en plus l'article 30 du traité pour contester toute espèce de réglementations qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si elles ne visent pas les produits en provenance d'autres

<sup>12</sup> Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro présentées le 30 mars 2006, *Alfa Vita Vassilopoulos AE*, aff. jointes C-158/04 et C-159/04.

<sup>13</sup> Conclusions de l'avocat général Tesouro présentées le 27 octobre 1993, *Hünermund e.a.*, aff. C-292/92.

<sup>14</sup> Conclusion de l'avocat général Poiares Maduro présentées le 7 avril 2005, *Marks & Spencers*, aff. C-347/04.

<sup>15</sup> Conclusions de l'avocat général Tizzano présentées le 24 mars 2004, *Caixa Bank France*, aff. C-442/02.

<sup>16</sup> Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro présentées le 30 mars 2006, *Alfa Vita Vassilopoulos AE*, aff. jointes C-158/04 et C-159/04.

<sup>17</sup> É. CARPANO, « Le droit de l'Union comme instrument de contestation interne des réglementations commerciales restrictives : libéralisation des échanges entre les États membres ou libéralisation de l'économie ? », *RLDA* 2013/87, n° 4835.

<sup>18</sup> L. AZOULAI, « La formule de l'entrave », préc., p. 18.

<sup>19</sup> CJCE, 8 décembre 1987, *Gauchard*, aff. 20/87, *Rec.* 4879.

<sup>20</sup> CJCE, 23 novembre 1989, *Torfean Borough Council*, aff. 145/88, *Rec.* 3851.

<sup>21</sup> CJCE, 3 avril 2008, *Rüffert*, aff. C-346/06 ; CJUE, 18 septembre 2014, *Bundesdruckerei GmbH c/ Stadt Dortmund*, aff. C-549/13.

<sup>22</sup> CJUE, 5 décembre 2013, *Alessandra Venturini*, aff. jtes C-159/12 à C-161/12.

<sup>23</sup> CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05, *Rec.* I- 10779 ; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, aff. C-341/05, *Rec.* I- 11767.

<sup>24</sup> CJCE, 26 septembre 2013, *Ottica New Line*, C-539/11.

<sup>25</sup> CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jointes C-267/91 et C-268/91, *Rec.* I-6097.

<sup>26</sup> B. FRYDMAN, « La concurrence normative européenne et globale », in É. CARPANO, M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER (dir.), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2016, sp. 24.

États membres »<sup>27</sup>. Et c'est aussi ce que dénonçait l'avocate générale Kokott dans l'affaire *Mickelson and Roos* en constatant que « dans le cadre des modalités d'utilisation, il peut même arriver que des particuliers se fondent sur l'article 28 CE pour contester des réglementations nationales qui n'ont sur eux d'autre influence que de réduire leur liberté d'action générale »<sup>28</sup>.

L'objectif des pères fondateurs était de créer des solidarités de fait entre les États en imbriquant les marchés nationaux les uns dans les autres dans un marché commun en luttant contre les obstacles nationaux aux échanges. L'objectif était politique (la paix) et la méthode était libre-échangiste et antiprotectionniste, comme l'incarnent les formules originelles de l'entrave du traité de Rome qui visent les restrictions quantitatives ou discriminatoires, fondées sur l'origine ou la nationalité, d'accès aux marchés du travail, des biens, des services ou des capitaux dans le cadre des échanges entre les États membres. Pour autant, même relativisée, la dimension « libérale » de la construction européenne n'est pas fondamentalement remise en cause par la doctrine<sup>29</sup>. Derrière une neutralité économique parfois même revendiquée (article 345 TFUE)<sup>30</sup>, se cache en réalité une constitution économique d'inspiration ordolibérale<sup>31</sup> fondée sur « une économie de marché ouverte où la concurrence est libre » (articles 119 et 120 TFUE) ayant pour effet, à défaut d'en avoir l'objectif<sup>32</sup>, d'imposer un certain nombre de contraintes économiques et dérégulatoires pour les États<sup>33</sup>. C'est dans ce contexte que nous souhaitons ici évaluer la réalité de cette idée en mettant en évidence les éventuelles dynamiques de libéralisation à l'œuvre dans la jurisprudence de la Cour de justice. Notre propos sera divisé en cinq points : après avoir précisé la notion de liberté économique retenue ici (I), il conviendra de revenir sur l'expérience américaine de la judiciarisation d'une constitution économique (II) pour pouvoir la confronter avec la possible fondamentalisation d'un ordre libéral dans l'UE articulé autour du libre marché et de la liberté d'entreprendre (III) que l'extension du champ de la libre circulation est susceptible d'accentuer (IV) en favorisant également dans l'UE une concurrence normative génératrice d'un abaissement des contraintes réglementaires, sociales et fiscales (V).

## I. LA « LIBERTÉ ÉCONOMIQUE » : DE QUOI PARLE-T-ON ?

Encore faut-il s'entendre sur cette notion de « liberté économique » tant il est vrai qu'elle est polysémique et ne recouvre pas forcément la même signification dans le lexique de la théorie économique et du droit de l'UE. Forcée par les libéraux, la notion a été réinvestie par les économistes hétérodoxes qui lui en donnent une toute autre signification<sup>34</sup>. Pour les besoins de

---

<sup>27</sup> Arrêt *Keck* précité, point 14.

<sup>28</sup> Conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 14 décembre 2006, *Mickelson and Roos*, aff. C-142/05, point 48.

<sup>29</sup> L. AZOULAI, « L'ordre concurrentiel », préc. ; P-Y. CHÉROT, « Constitution et économie », préc., p. 553-559.

<sup>30</sup> L. FERRARI BRAVO, « Les articles 90 et 37 dans leurs relations avec un régime de concurrence non falsifiée. Les incidences des règles de la concurrence et de l'article 222 sur les possibilités de nouvelles nationalisations ou socialisations de secteurs économiques », in *L'entreprise publique et la concurrence*, Bruges, De Tempel, 1969, sp. 409. Sur la fausse neutralité du régime de propriété dans l'Union, voir C. ROUX, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2015, coll « Thèses », Bibliothèque de droit public, 862 p.

<sup>31</sup> M. POIARES MADURO, *We the Court*, préc. ; L. TUORI, « La Constitution économique parmi les Constitutions européennes », *Revue internationale de droit économique*, 2011/4, p. 559-599.

<sup>32</sup> La doctrine insiste régulièrement sur le fait que l'intégration européenne ne repose pas sur une préférence idéologique favorable au libéralisme. Déjà, en 1970, Paul Reuter considérait que la libéralisation du marché européen « est moins basé(e) sur des considérations de doctrine que sur des contraintes de fait » (P. REUTER, *Organisations européennes*, Paris, Puf, 1970, p. 203). Cette idée est reprise par Loic Azoulai qui insiste sur la fonction instrumentale des libertés économiques individuelles érigées en « libertés subjectives », mais conçues dans une perspective politique d'intégration comme des « produits juridiques dérivés » : L. AZOULAI, « L'ordre concurrentiel », préc., p. 285-286.

<sup>33</sup> F.W. SCHARPF, « The Asymmetry of European integration, or Why the EU cannot be a « social market economy », *Socio-economic Review*, vol. 8, n° 2, 2010, p. 211.

<sup>34</sup> M. BRONFENBRENNER., « Two Concepts of Economic Freedom », *Ethics*, vol. 65, n° 3, 1955, p. 157-170.

la démonstration, nous nous en tiendrons à la conception classique et dominante de liberté économique telle qu'elle est utilisée et acceptée dans le débat public : la liberté économique c'est la liberté qu'ont les individus de produire et de vendre, de consommer et d'acheter, d'échanger, de donner, d'économiser ou de prêter sans contrainte (principalement publique). Cette conception de la liberté économique est illustrée par l'indice de liberté économique développé par l'Institut Fraser qui est le principal outil utilisé par le monde académique libéral pour comparer le degré de libéralisation des économies nationales<sup>35</sup>. Selon ce modèle comparatif – dont il ne s'agit pas ici de commenter la pertinence – la liberté économique est garantie lorsqu'il existe des institutions gouvernementales et judiciaires stables et où l'interventionnisme public dans le fonctionnement des marchés et les processus décisionnels économiques est le plus limité. Cet indice – le *Economic Freedom of the World Index* – mesure le niveau d'intervention publique dans l'économie et la liberté dont disposent les individus pour poursuivre sans entraves leurs objectifs économiques sur le marché. Lorsque l'intervention publique est relativement faible et le libre choix individuel important, un pays se voit alors attribuer un indice élevé de liberté économique. À l'inverse, plus la fiscalité augmente et plus les réglementations sont importantes, plus le classement du pays décline. L'indice de liberté économique est ainsi calculé eu égard au niveau de protection du droit de propriété, à l'ouverture de l'économie aux échanges internationaux, au niveau de contrainte réglementaire dans le monde des affaires et, d'une manière plus générale, au poids de l'administration et de l'intervention publique. Les libéraux considèrent que, pour permettre la croissance économique et la démocratie, les gouvernements doivent maximiser la liberté économique qui constituerait, selon Milton Friedman, une condition de la liberté politique et qui, selon certaines études empiriques plus récentes favoriserait la croissance du PIB<sup>36</sup>, garantirait une meilleure qualité de vie<sup>37</sup> et consoliderait même le pacte social<sup>38</sup>!

Si la chose qu'elle décrit est largement développée dans le droit européen, en revanche la notion de « liberté économique » ne constitue pas un principe normatif du droit positif européen entendu dans ce sens libéral. Les idées sous-jacentes à la définition libérale de la liberté économique sont reprises et développées dans de nombreux documents de la Commission européenne<sup>39</sup> et sont au cœur des semestres européens qui visent à favoriser la convergence des politiques économiques et sociales des États membres de l'Union<sup>40</sup>. La doctrine en a déjà livré une analyse critique approfondie sans qu'il soit besoin d'y revenir<sup>41</sup>. En droit de l'Union, la

<sup>35</sup> Sur le rôle et la fonction normative des indicateurs, voir B. FRYDMAN et A. VAN WAEYEMBERGE, *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruxelles, Bruylant, 2013 ; B. FRYDMAN, « La concurrence normative européenne et globale », préc., sp. 30.

<sup>36</sup> F. CARLSSON et S. LUNDSTRÖM, « Economic Freedom and Growth: Decomposing the Effects », *Public Choice*, vol. 112, n° 3/4 (2002), p. 335-344.

<sup>37</sup> A. ESPOSTO et P. ZALESKI, « Economic Freedom and the Quality of Life: An Empirical Analysis », *Constitutional Political Economy*, 1999, vol. 10, Issue 2, p. 185-197.

<sup>38</sup> N. BERGGREN et H. JORDHAL, « Free to Trust: Economic Freedom and Social Capital » *Kyklos*, 59, 2006, p. 141-169.

<sup>39</sup> Par exemple, Livre vert de la Commission « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI<sup>e</sup> siècle », 22 novembre 2006, COM (2006) 708 final ; Communication de la Commission « Vers des principes communs de flexicurité : des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité », 27 juin 2007, COM (2007) 359 final.

<sup>40</sup> A. SEIFERT, « European economic governance and the labor laws of the EU member states », *Comparative Labor & Policy Journal*, vol. 35, 2014, p. 311-330.

<sup>41</sup> A. SUPIOT, « Le sommeil dogmatique européen », *Revue des affaires sociales*, 2012, p. 185 ; F. DE VILLE et J. ORBIE, « The European Commission's Neoliberal Trade Discourse Since the Crisis: Legitimizing Continuity through Subtle Discursive Change », *British Journal of Politics and International Relations*, 2013, p. 2-19 ; B. VAN APELDOORN, « The contradictions of "embedded neoliberalism" and Europe's multi-level legitimacy crisis: The European project and its limits », in B. VAN APELDOORN, J. DRAHOKOUPIL et L. HORN (dir.), *Contradictions and Limits of Neoliberal European Governance: From Lisbon to Lisbon*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2009, p. 21-43 ; C. HAY et B. ROSAMOND, « Globalization, European integration and the discursive

liberté économique se définit d'abord au pluriel : on parle davantage de « libertés économiques » que de « liberté économique ». Les libertés économiques renvoient pour l'essentiel aux libertés de circulation. Sous ce point de vue, elles désignent l'une des libertés qu'ont les opérateurs économiques d'exercer une activité économique dans un autre État membre de l'Union sans discrimination ou restriction disproportionnée. Ces libertés de circulation, dites « économiques » sont qualifiées par la jurisprudence et la doctrine de « fondamentales »<sup>42</sup>.

L'occurrence « liberté économique » au singulier est rare dans le droit positif de l'UE<sup>43</sup>. L'expression est absente du droit primaire et résiduelle dans le droit dérivé<sup>44</sup>, où elle désigne de manière générale et abstraite la liberté d'action des opérateurs économiques. Exceptionnellement, il est fait référence à la liberté économique comme un principe général, voire même une valeur dans des accords internationaux<sup>45</sup> ou des résolutions du Parlement européen<sup>46</sup>. Si devant la Cour de justice les parties l'invoquent régulièrement pour contester des entraves réglementaires nationales, le juge n'étudie le moyen en tant que tel que très rarement lorsqu'il est conçu sous cette forme libérale<sup>47</sup>. Seuls les avocats généraux utilisent cette notion libérale de « liberté économique » non pas pour en assurer la promotion mais plutôt pour rappeler que le droit de l'Union européenne n'a pas vocation à consacrer une liberté économique sans limite<sup>48</sup>. Finalement, on ne relève que quelques affaires dans lesquelles la notion de « liberté économique » est utilisée spécifiquement par la Cour de justice : la notion de « liberté économique » peut d'abord être utilisée en premier lieu comme une catégorie générique renvoyant aux libertés de circulation<sup>49</sup> ; en deuxième lieu, la notion peut être utilisée en matière de concession de service public à propos de la liberté du concessionnaire de déterminer les conditions d'exploitation de ce droit<sup>50</sup> ; enfin, la Cour a pu recourir à la notion pour justifier la possibilité de procéder à des publicités comparatives<sup>51</sup>. Au final, en dehors de ces dernières hypothèses résiduelles, la liberté économique n'apparaît pas comme une catégorie autonome distincte des libertés de circulation auxquelles elle s'identifie et encore moins comme principe directeur explicite de la jurisprudence de la Cour. Faute d'une notion normative de liberté économique issue du discours du droit de l'UE, nous allons donc recourir à la notion doctrinale de la liberté économique – issue de la théorie économique classique – afin d'évaluer la thèse de la libéralisation économique opérée notamment par le jeu des règles de libre

---

construction of economic imperatives », *Journal of European Public Policy*, 2002, 9:2, p. 147-167.

<sup>42</sup> Voir, parmi d'autres, CJUE, 9 mars 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-518/07.

<sup>43</sup> 162 occurrences brutes sur le site Eur-Lex (au 30 janvier 2017).

<sup>44</sup> Par exemple, Règlement (CE) n° 3409/93 de la commission du 13 décembre 1993 établissant pour l'année 1994 des mesures de gestion relatives aux importations de certains animaux vivants de l'espèce bovine, *JOCE* n° L 310 du 14 décembre 1993, p. 22-26 : « Considérant que l'importation concentrée de 167 600 têtes dans une courte période unique risquerait de limiter excessivement la liberté économique et ne permettrait pas l'approvisionnement du marché en fonction de ses besoins cycliques ; qu'il y a lieu, en conséquence, de prévoir des périodes d'importation différentes ».

<sup>45</sup> Par exemple, voir l'Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et l'État d'Israël, d'autre part : « Considérant l'importance que les Parties attachent au principe de la liberté économique et aux principes de la charte des Nations unies, en particulier le respect des droits de l'homme et de la démocratie, qui constituent le fondement même de l'association », *JOCE* n° L 147 du 21 juin 2000.

<sup>46</sup> Résolution sur la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative au renforcement des relations entre l'Union européenne et le Chili (SEC(95)0563 – C4-0153/95 – COM(95)0232 – C4-0219/95) *JOCE* n° C 32 du 5 février 1996, p. 142.

<sup>47</sup> Trib. UE, 13 novembre 2014, *Aiman Jaber*, aff. T-653/11.

<sup>48</sup> Conclusion de l'avocat général Poireres Maduro présentées le 7 avril 2005, *Marks & Spencers*, aff. C-347/04.

<sup>49</sup> CJUE, 12 avril 2016, *Canger Genc*, aff. C-561/14 (à propos de la libre circulation des travailleurs qualifiée de « liberté économique », point 36).

<sup>50</sup> CJUE, 11 juin 2009, *Hans et Christophorus Oymanns GbR*, aff. C-300/07.

<sup>51</sup> CJCE, 19 septembre 2006, *Lidl Belgium*, aff. C-356/04.

circulation.

## II. CONSTITUTION ÉCONOMIQUE ET LIBERTÉ ÉCONOMIQUE : L'EXPÉRIENCE AMÉRICAINE EN PERSPECTIVE

Étudier la question de la place de la liberté économique entendue dans son sens libéral au sein de l'ordre juridique de l'Union nous incite à jeter un regard comparatif et rétrospectif sur l'expérience américaine compte tenu, d'une part, des similitudes existantes quant à la construction d'un espace politique et économique commun<sup>52</sup> et, d'autre part, du rôle respectif de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour suprême des États-Unis dans cette entreprise<sup>53</sup>. Sous ce point de vue, la Cour suprême – à l'instar de la Cour de justice – a été amenée à encadrer le pouvoir de régulation économique du législateur, qu'il soit fédéral ou étatique, soit au nom d'une certaine conception de l'ordre économique (A), soit en application de la clause du commerce qui vise à garantir l'unité économique et commerciale de la fédération (B). Si la Cour suprême a pu imposer au législateur le respect d'une liberté économique sans limite au cours de la période dite *Lochner*, en revanche, elle a fait une interprétation de la clause du commerce moins invasive à l'égard des politiques publiques étatiques que la Cour de justice de l'Union.

### A. L'anti-modèle américain de l'ère *Lochner* : le economic due process

La question de la neutralité de la constitution et de ses interprètes s'est posée avec une vigueur particulière aux États-Unis sous l'ère dite *Lochner* (1897-1938), unanimement ou presque<sup>54</sup> qualifiée d'erreur<sup>55</sup>, et qui fait figure aujourd'hui d'anti-modèle<sup>56</sup> à l'activisme judiciaire en matière économique<sup>57</sup>. Face aux craintes d'une « *Lochnerisation* » de la jurisprudence de la Cour de justice<sup>58</sup>, un retour sur la parenthèse *Lochner* dans l'histoire constitutionnelle américaine s'impose afin d'évaluer la pertinence de cette thèse dans un contexte européen. Cet arrêt est le symbole d'une période activiste au cours de laquelle la Cour suprême va substituer sa propre conception économique et sociale, protectrice du *laissez-faire*,

---

<sup>52</sup> Voir D. KOMMERS et M. WAELBROECK, « Legal Integration and the Free Movement of Goods: The American and European Experience », in M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE and J. WEILER (eds.) *Integration Through Law*, vol. 1, book 3, Berlin, 1986 : « The American federal experience seems particularly relevant to the European enterprise in light of the judiciary's contribution to the promotion of legal integration in the United States ».

<sup>53</sup> K. LENAERTS, *Le juge et la constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, 817 p.

<sup>54</sup> Parmi les rares soutiens de la jurisprudence *Lochner*, voir H. GILLMAN, *The constitution besieged: the rise and demise of Lochner era police powers jurisprudence*, Duke University Press, 1993.

<sup>55</sup> J. BALKIN, « Wrong the day it was decided: *Lochner* and Constitutional Historicism », *Boston University Law Review*, vol. 85, 2005, p. 677 ; D.E. BERNSTEIN, « *Lochner's* Legacy's Legacy », 82 *TEX. L. Rev.* 1, p. 63 (2003) ; D.A. STRAUSS, « Why Was *Lochner* Wrong? », 70 *U. CHI. L. Rev.* p. 373 (2003).

<sup>56</sup> H. KLUG, « Model and Anti-Model: The United States Constitution and the Rise of World Constitutionalism », 2000 *Wis. L. Rev.* p. 597 (2000) ; J. GREENE, « The Anticanon », 125 *HARV. L. Rev.* p. 379 (2011) ; J. M. BALKIN, préc., p. 681-82 ; D.E. BERNSTEIN, « *Lochner* Era Revisionism, Revised: *Lochner* and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism », *GEO. L.J.* I, p. 58 (2003).

<sup>57</sup> Voir les rejets explicites de la doctrine *Lochner* par des juges constitutionnels allemand, sud-africain, canadien, israélien, cités par S. CHOUDHRY in « The *Lochner* Era and Comparative Constitutionalism », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, 2004, p. 1. Choudhry rappelle par ailleurs que l'arrêt *Lochner* a servi de contre-modèle pour l'élaboration de la clause de « Due process » dans la Charte des droits fondamentaux canadienne.

<sup>58</sup> M.R. ANTINORI, « Does *Lochner* Live in Luxembourg?: An Analysis of the Property Rights Jurisprudence of the European Court of Justice », 18 *FORDHAM INT'L L.J.* p. 1778 (1995) ; C. BARNARD, « Restricting restrictions: Lessons for the EU from the US », *Cambridge Law Journal*, 68 (3), 2009, p. 575 ; D. CARUSO, « *Lochner* in Europe: A Comment on Keith Whittington's "Congress before the *Lochner* Court" », *Boston University Law Review*, vol. 85, 2005, p. 867-880 ; I.H. ELIASOPH, « A "Switch in time" for the European Community? *Lochner* discourse and the recalibration of Economic and social rights in Europe », 14 *Colum. J. Eur. L.*, 2007-2008, p. 467.



à celle du législateur, en invalidant, sur le fondement de la clause du *due process of law* du 14<sup>e</sup> amendement, près de deux cents législations fédérales et étatiques en matière de travail ou de réglementation des prix<sup>59</sup>.

Dans l'arrêt *Lochner v. New York* (1905), la Cour suprême avait jugé inconstitutionnelle la loi de l'État de New York qui limitait la durée du travail dans les boulangeries en ce qu'elle portait atteinte à la liberté contractuelle garantie par le 14<sup>e</sup> amendement au titre du *due process of law*. Selon l'opinion majoritaire, « le but de la loi, son véritable objet, est simplement de réglementer, dans une entreprise privée, la durée du travail entre le maître et ses ouvriers [...] ». De ces conditions, la liberté du maître et de l'employé de définir par contrats les conditions de travail, et d'en arrêter les termes, ne peut être interdite ou réglementée de cette manière, sans violation de la constitution fédérale »<sup>60</sup>. Cette conclusion résulte d'une relecture de la clause du *due process of law* dont la Cour donne une interprétation matérielle comme ne garantissant pas simplement des droits procéduraux contre l'ingérence des autorités publiques (*procedural due process*), mais aussi des droits substantiels quant au contenu des droits et libertés consacrés par l'ordre constitutionnel (*substantive due process*). À ce titre, la Cour suprême considère que la liberté contractuelle « fait partie intégrante de la liberté individuelle garantie par le XIV<sup>e</sup> amendement »<sup>61</sup>. Certes, la liberté contractuelle peut être limitée, mais pour la Cour pas pour des raisons sociales comme en l'espèce dès lors que la loi en cause ne poursuivrait pas un but légitime de santé publique, faute pour l'État de New York d'avoir démontré que la limitation de la durée du travail vise à protéger la santé. L'ère *Lochner* sera marquée par le refus de la Cour suprême de considérer les législations visant à corriger les inégalités sociales comme légitimes.

Cette jurisprudence a été très sévèrement critiquée<sup>62</sup>, au point que certains s'étonnent que l'arrêt *Lochner* ait même pu exister en tant que tant que décision judiciaire<sup>63</sup> ! Toutefois, la doctrine est loin d'être unanime quant aux raisons de « l'erreur » *Lochner*<sup>64</sup>. Pour les uns, *Lochner* est une erreur parce qu'il consacre un droit (la liberté contractuelle) qui n'est pas expressément consacré ou proprement déduit de la Constitution en général et de la clause du *due process of law* en particulier. Pour d'autres, *Lochner* est une erreur parce que la liberté contractuelle, quand bien même aurait-elle une base constitutionnelle, ne constitue pas un fondement suffisant pour invalider des législations qui poursuivent des besoins sociaux fondamentaux. D'autres reprochent encore à la Cour suprême d'avoir considéré que du *common law* résultait d'un ordre pré-politique formant une sorte d'ordre économique naturel, en niant le fait que cet ordre est en réalité un pur produit de l'action publique à laquelle la Cour participe en invalidant ces législations<sup>65</sup>. *Lochner* n'est pas tant dénoncé parce qu'il témoigne de l'activisme de la Cour (l'activisme de la Cour Warren en matière de défense des droits civiques ou de lutte contre la discrimination est à l'inverse largement accepté) que parce que cette jurisprudence manque de légitimité sociale et fait prévaloir des valeurs économiques et sociales qui ne sont plus dominantes au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>66</sup>. Le juge Holmes ne dit pas autre

<sup>59</sup> S. CHOUDHRY in « The Lochner Era and Comparative Constitutionalism », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, 2004, p. 5. Parmi les législations invalidées on retiendra des législations portant sur l'âge minimum pour travailler (*Morehead v. Tipaldo*, 298 US 587 (1936) ; *Adkins v. Children's Hospital*, 261 US 525 (1923)), sur la protection des droits syndicaux (*Adair v. United States*, 208 US 161 (1908) *Coppage v. Kansas*, 236 US 1 (1915)) ou encore la législation fédérale établissant un système de retraite pour les travailleurs du rail (*Railroad Retirement Board v. Alton Railroad Co*, 295 US 330 (1935)).

<sup>60</sup> *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905), trad. et comm. E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2010, arrêt n° 8, p. 141.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> Voir les références citées notes 56 et 57.

<sup>63</sup> B. ACKERMAN, *We the people: Foundations I*, Harvard University Press, 1993, p. 15.

<sup>64</sup> A.D. STRAUSS, « Why Was Lochner Wrong? », préc., p. 375.

<sup>65</sup> C.R. SUNSTEIN, « Lochner's Legacy's Legacy », préc., p. 874.

<sup>66</sup> *Mutatis mutandis*, c'est ce qu'observe Poiars Maduro à propos de la jurisprudence de la Cour de justice : dans

chose dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Lochner* : « Cette affaire a été décidée sur le fondement d'une théorie économique que ne partage pas une grande partie du pays [...]. Le Quatorzième Amendement n'est pas une mise en œuvre des *Social Statics* de M. Herbert Spencer [...]. Une constitution n'est pas conçue pour incorporer une théorie économique particulière, qu'il s'agisse du paternalisme, de l'organicisme politique ou du laisser-faire »<sup>67</sup>. En réalité, et c'est là que l'expérience *Lochner* est fondamentale pour la théorie du contrôle juridictionnel de l'action publique, après l'ère *Lochner*, il est accepté, dans la plupart des démocraties libérales, une forme de neutralité économique de la constitution autorisant les gouvernants « à poursuivre la réalisation de droits économiques et sociaux, dans le contexte d'une économie de marché »<sup>68</sup>. La norme constitutionnelle (et son interprète) ne doit pas limiter de manière déraisonnable les choix de politique publique du législateur. Un demi-siècle après *Lochner*, la Cour suprême reconnaîtra ainsi que « le temps est révolu où cette Cour utilisait la clause du 14<sup>e</sup> amendement pour invalider les législations États réglementant le commerce, parce qu'elles étaient imprudentes, imprévoyantes ou incompatibles avec une école particulière de pensée »<sup>69</sup>. Dans son arrêt *Ferguson v. Skrupa*, elle se fera même plus explicite : « que le législateur prenne pour manuel Adam Smith, Herbert Spencer, Lord Keynes, ou un autre n'est pas notre préoccupation »<sup>70</sup>. En réalité, il faut bien l'admettre, cette neutralité n'est que relative puisqu'elle est étroitement conditionnée par l'existence d'autres libertés qu'il revient au juge de concilier dans le cadre d'un contrôle de « raisonnablement » (*reasonableness test*) ou de proportionnalité (*balancing test*).

Tel est à cet égard le sens de l'arrêt *West Coast Hotel v. Parrish* (1937) qui met fin à l'ère *Lochner*<sup>71</sup>. Dans cette affaire, la Cour suprême a considéré, contrairement à ce qu'elle avait fait dans son arrêt *Adkins* (1923), qu'une loi garantissant un salaire minimum pour les femmes poursuivait un intérêt public légitime et ne pouvait donc apparaître comme arbitraire. Le changement est radical : dans *Adkins*, la Cour avait considéré que l'intervention de l'État pour forcer au respect d'un salaire minimal constituait une forme de privation de propriété contraire au 14<sup>e</sup> amendement ; à l'inverse, dans *West Coast Hotel*, la Cour a estimé que le défaut de législation en la matière constituerait une forme de subvention de la société au profit des employeurs qui pourraient en profiter pour exploiter les travailleurs. Sur le plan conceptuel, ce changement de cap jurisprudentiel est tout aussi fondamental : la Cour laisse désormais au législateur la liberté de décider de ses choix de politique publique en matière économique et sociale, sous réserve qu'ils ne soient pas arbitraires ou capricieux<sup>72</sup>. La fin de l'ère *Lochner* ne signifie pas la fin du *substantive due process* et de l'activisme judiciaire de la Cour. Ils changent de nature : le *substantive due process* délaisse le champ économique pour la protection des libertés personnelles<sup>73</sup> et la Cour suprême s'engage à partir des années 1960 dans une politique

---

l'appréciation de la légitimité des entraves à la libre circulation, la Cour aurait fait prévaloir une conception majoritaire de l'intérêt général plutôt qu'une conception minoritaire. Voir M. POIARES MADURO, *We the court...*, préc., sp. 68.

<sup>67</sup> *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905), p. 75.

<sup>68</sup> P-Y. CHÉROT, « Constitution et économie », préc., p. 537.

<sup>69</sup> *Williamson v. Lee Optical Co.*, 348 U.S. 483 (1955).

<sup>70</sup> *Ferguson v. Skrupa*, 372 US 726 (1963).

<sup>71</sup> La politique du *New Deal* menée par Roosevelt à partir de 1933 va être contestée par la Cour suprême sur le fondement de la jurisprudence *Lochner*. Après l'arrêt *Morehead v. New York ex rel Tipaldo* (298 US 587 (1936)) où la Cour a de nouveau invalidé une législation du travail sur la base du 14<sup>e</sup> amendement, le Président Roosevelt a menacé de nommer des juges supplémentaires à la Cour suprême. C'est dans ce cadre politique que la Cour va procéder au revirement dans l'affaire *West Coast Hotel*, à une voix de majorité : c'est « le changement qui a sauvé les neuf » (« The switch in time that saved the nine »).

<sup>72</sup> *West Coast Hotel v. Parrish* (1937), 300 US 379 (399) : « La réponse du législateur à cette conviction ne peut être considérée comme arbitraire ou capricieuse et c'est tout ce que nous avons à jugé. Même si la sagesse de la mesure peut être discutable et avoir des effets incertains, le législateur est libre de ses choix ».

<sup>73</sup> La clause du *Due process of law* sera utilisée à partir des années 60 par la Cour suprême pour protéger les

de renforcement des droits civiques et de lutte contre les discriminations<sup>74</sup>. Au fond, il s'agit là d'un retour à l'essence même du constitutionnalisme moderne qui vise à garantir les libertés de l'individu dans sa vie personnelle et du citoyen dans sa vie politique laissant aux acteurs du système le choix des politiques économiques et sociales<sup>75</sup>.

### ***B. Au-delà du economic due process : la régulation du commerce entre les États fédérés***

Cette politique jurisprudentielle de contrôle des législations économiques et sociales du législateur, menée sous l'ère *Lochner*, ne s'est pas épuisée dans le *economic due process*. La Cour suprême a pu également utiliser la législation antitrust à l'encontre des actions collectives et syndicales en ce qu'elles sont susceptibles « d'entraver le libre commerce entre les États, ou restreindre la liberté d'un opérateur économique (*trader*) de s'engager dans les affaires »<sup>76</sup>. Cette hostilité aux actions collectives et syndicales continuera d'être portée par la Cour suprême tout au long de l'ère *Lochner* malgré le *Clayton Act* (1914) qui garantit certains de ces droits collectifs<sup>77</sup>.

La seconde modalité de contrôle est celle qui nous retiendra ici compte tenu de sa forte proximité avec les règles européennes de libre circulation. La clause dite de commerce (article I, section 8, clause 3 de la Constitution américaine de 1787) autorise le Congrès à « réglementer le commerce avec des nations étrangères, et le commerce entre les divers États, et avec les tribus indiennes ». La Cour suprême a considéré dès 1824 que cette disposition devait être interprétée non seulement comme conférant au Congrès une compétence positive pour adopter des lois régulant le commerce interétatique mais également comme interdisant aux États fédérés d'adopter des législations susceptibles d'entraver le commerce interétatique (compétence négative ou *dormant clause*)<sup>78</sup>. Si l'interprétation restrictive de la *dormant clause* (ci-après, *DCC*) dans le sens d'un *laissez-faire* est restée limitée et circonscrite à la période *Lochner*<sup>79</sup>, sa nature et sa portée ont été largement discutées en doctrine comme au sein de la Cour suprême<sup>80</sup>. Deux lectures s'opposent : pour les uns, le libre commerce et l'efficacité économique sont les valeurs protégées par cette *dormant clause*<sup>81</sup> ; pour les autres, c'est l'harmonie commerciale interétatique qui la justifierait<sup>82</sup>. La Cour suprême a semblé se rallier à cette dernière interprétation en considérant que la *dormant clause* repose davantage sur une « théorie politique de l'Union » plutôt que sur une théorie économique<sup>83</sup> : c'est en ce sens que le juge Holmes rappelait que « l'objectif de la clause du commerce n'est pas d'empêcher les réglementations commerciales des États ayant un effet transfrontalier mais de prévenir les discriminations et l'érection de barrières ou d'obstacles au libre flot du commerce entre les États »<sup>84</sup>. Cette lecture aujourd'hui dominante intéresse particulièrement l'europaniste qui semble y retrouver une justification similaire de la construction du marché intérieur. Toutefois, la proximité des

---

individus contre les atteintes déraisonnables à leur vie privée. Voir, par exemple, *Griswold v. Connecticut* (1965) (sur le droit à la contraception) ou *Roe v. Wade* (1973) (sur le droit à l'avortement).

<sup>74</sup> R.E. ZIETLOW, « The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters) », 69 *Ohio State Law Journal*, p. 255 (2008).

<sup>75</sup> En ce sens, voir M.-L. DUSSART, *Constitution et économie*, coll « Thèses » Paris, Dalloz, vol. 144, 2014, p. 126.

<sup>76</sup> *Loewe v. Lawlor* 208 US 274 (1908).

<sup>77</sup> *Duplex CO v. Deering* 254 US 443 (1921) (à propos du boycott) ; *American foundries v. Tri-City Central trades Council* 257 US 184 (1921) (à propos des piquets de grève) ; *Coronado Coal v. Journeymen Stone Cutters' Ass'n.*, 274 US 37 (1927) (à propos du droit de grève).

<sup>78</sup> *Gibbons v. Ogden*, 22 US 1 (1824).

<sup>79</sup> *Hammer v. Dagenhart* 247 US 251 (1918) : invalidité d'une loi fédérale interdisant le commerce entre les États de biens extraits ou transformés par des enfants de moins de quatorze ans.

<sup>80</sup> *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 US 617 (1978).

<sup>81</sup> R. POSNER, *Economic analysis of law*, Aspen Publishers, 7<sup>e</sup> éd., 2007, p. 602-607.

<sup>82</sup> B. COLLINS, « Economic Union as a Constitutional Value », 63 *NYU L. Rev.* p. 43 (1988).

<sup>83</sup> *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 US 617 (1978), p. 127-128.

<sup>84</sup> *Di Santo v. Pennsylvania* 273 U.S. 34 (1927), p. 43-44.

logiques ne signifie pas identité des raisonnements. La Cour suprême ne cherche pas tant à construire un marché intégré déjà fédéralisé que de réguler les compétences réglementaires sur ce marché (*le marché intégré comme conséquence de la fédéralisation*) ; à l'inverse, en Europe, la construction d'un marché intégré est l'une des conditions de la fédéralisation et passe donc par l'encadrement strict des compétences étatiques (*le marché intégré comme condition de la fédéralisation*)<sup>85</sup>. Cette différence de conception explique pourquoi le test de l'entrave au commerce interétatique développé par la Cour suprême apparaît, à bien des égards, moins restrictif de la compétence étatique que celui de la Cour de justice<sup>86</sup>.

Contrairement à la Cour de justice, la Cour suprême ne cherche pas à lutter contre toutes les réglementations qui « gênent ou rendent moins attrayantes » l'exercice d'une activité économique transfrontière<sup>87</sup>. La *DDC* vise à garantir l'unité de la fédération en interdisant les discriminations dans le commerce interétatique<sup>88</sup>. À l'instar de la jurisprudence de la Cour de justice, la Cour suprême peut qualifier d'entraves contraires à la *DCC* tant des législations discriminatoires que non discriminatoires : les premières sont considérées comme invalides *per se* et font l'objet d'un contrôle très strict du juge (*strict scrutiny*) ; les secondes sont soumises à un contrôle de proportionnalité (*balancing test*) de l'« objectif d'intérêt local légitime poursuivi »<sup>89</sup>.

Les mesures discriminatoires constitutives d'un simple protectionnisme économique constituent en elles-mêmes des mesures incompatibles avec la *DCC*. La mesure peut être directement discriminatoire (*facial discriminatory*)<sup>90</sup> ou déguisée<sup>91</sup> ; elle peut l'être aussi par son objet<sup>92</sup> ou ses effets<sup>93</sup>. Toutes ces législations en principe sont invalides dès lors que leur caractère discriminatoire a été établi « à moins qu'il n'y ait de bonnes raisons, distinctes de leur origine, pour traiter différemment (les produits importés et les produits de l'État) »<sup>94</sup>. L'introduction d'un tel contrôle est contestée et la Cour elle-même semble mal à l'aise avec sa justification : dans son arrêt *Bendix Autolite Corp*, la Cour précise que « la loi de l'Ohio [...] aurait pu être qualifiée de discrimination et être invalidée sans davantage d'analyse. Nous choisissons, cependant, d'apprécier les intérêts de l'État, pour démontrer que ses intérêts légitimes ne sont pas protégés par la loi alors que le commerce interétatique est soumis à des restrictions substantielles »<sup>95</sup>.

Lorsque la mesure n'est pas discriminatoire, la Cour procède à un contrôle de proportionnalité (*balancing test*)<sup>96</sup>. Ce n'est qu'à partir des années 60 que la Cour a accepté de contrôler les mesures non discriminatoires. Dans l'affaire *Huron Portland Cement Co.*, la Cour

---

<sup>85</sup> M. POIARES MADURO, « La Cour de justice, la Cour suprême et l'entrave », in L. AZOULAI (dir.), *L'entrave...*, préc., p. 280-281.

<sup>86</sup> E. STEIN et T. SANDALOW, *Courts and Free Markets. Perspectives from the United States and Europe*, vol. 1, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 25.

<sup>87</sup> En ce sens, par exemple, CJUE, 10 mai 2012, *Duomo Gpa e.a.*, aff. jointes C-357/10 à C-359/10, EU:C:2012:283.

<sup>88</sup> *Bendix v. Midwesco*, 486 US 888 (1988). À ce dernier égard, il peut être discuté du caractère plus ou moins restrictif de ce critère. Selon Collins, le critère de la discrimination à l'encontre du commerce interétatique est plus tolérant pour les législations étatiques que le critère de la discrimination à l'égard des opérateurs économiques d'autres États. Voir COLLINS préc., cité par M. POIARES MADURO, préc., p. 277.

<sup>89</sup> *Maine v. Taylor*, 477 US 132 (1986).

<sup>90</sup> *South Central Bell Telephone Co. v. Alabama*, 526 U.S. 160 (1999) ; *Granholm v. Heald*, 544 U.S. 460, 493 (2005).

<sup>91</sup> *Exxon v. Governor of Maryland*, 437 US 117 (1978).

<sup>92</sup> *W. Lynn Creamery, Inc. v. Healy*, 512 U.S. 186, 194 (1994).

<sup>93</sup> *Hunt v. Wash. State Apple Adver. Comm'n*, 432 U.S. 333, 353 (1977).

<sup>94</sup> *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 US 617 (1978) (à propos d'une loi du New Jersey interdisant l'importation des déchets).

<sup>95</sup> *Bendix Autolite Corp* 486 US 888 (1988), sp. 891.

<sup>96</sup> D. DAY, « Revisiting Pike: The Origins of the Nondiscrimination Tier of the Dormant Commerce Clause Doctrine », *27 Hamline Law Review* 45 (2003).

suprême avait estimé qu'une « réglementation locale poursuivant un objectif légitime est valide à moins qu'elle soit préemptée par une législation fédérale ou si elle entrave de manière excessive le commerce interétatique »<sup>97</sup>. Dans l'affaire *Pike v. Bruce Church*, la Cour a défini le cadre de ce contrôle : « Lorsque la loi réglemente de manière impartiale en vue de réaliser un objectif d'intérêt public légitime local et que ses effets sur le commerce interétatique sont d'une importance mineure, elle sera maintenue, à moins que l'entrave au commerce soit manifestement excessive par rapport aux avantages locaux supposés. Si un objectif d'intérêt légitime est établi, alors la question est posée en termes de degré. La part de la charge tolérée dépendra de la nature de l'intérêt légitime local en cause et de l'existence de moyens moins restrictifs pour atteindre ces objectifs »<sup>98</sup>. En l'espèce, la Cour suprême a considéré que la réglementation de l'Arizona qui imposait aux producteurs de melons de conditionner leurs fruits dans l'État n'était pas proportionnée. Toutefois, le *Pike test* est loin de faire l'unanimité au sein de la Cour : la dernière législation locale déclarée contraire à la *DCC* remonte à 1982<sup>99</sup> ! Si, en droit, la Cour suprême accepte comme la Cour de justice que les mesures discriminatoires et les mesures indistinctement applicables disproportionnées puissent constituer des violations de la *DCC*, dans les faits, seules les premières sont réellement qualifiées d'entraves contraires à la *DCC*. Une autre différence fondamentale tient à l'appréciation de l'intensité de la restriction aux échanges : une simple contrainte sur le commerce interétatique n'est pas suffisante en l'absence de discrimination pour constituer une violation de la clause du Commerce<sup>100</sup> ; la restriction doit être manifeste<sup>101</sup>.

Sous l'ère *Lochner*, la Cour suprême avait érigé la clause du *due process of law* consacré au 14<sup>e</sup> amendement en clause générale de liberté économique protégeant les opérateurs économiques contre les interventions publiques. En revanche, si la Cour a donné une interprétation large de la clause du commerce en en faisant un instrument de contrôle des législations étatiques entravant le commerce interétatique, elle n'est pas allée jusqu'à l'ériger en clause générale de libéralisation économique pour des raisons qui tiennent, d'une part, à la volonté de préserver le pouvoir de réglementation des États dans le cadre d'un fédéralisme décentralisé et, d'autre part, de garantir la neutralité de l'ordre constitutionnel qu'avait revendiquée le juge Holmes dès 1906.

### III. LA FONDAMENTALISATION D'UN ORDRE LIBÉRAL EN QUESTION DANS L'UNION EUROPÉENNE

À la différence de la constitution américaine, les traités de l'Union européenne contiennent de nombreuses dispositions matérielles de nature économique qui, par leur fondamentalisation (*formelle et matérielle*), participent à l'établissement d'un ordre constitutionnel économique (*constitution économique*)<sup>102</sup> dont le dessein ultime est la préservation de la paix dans l'Union<sup>103</sup>. L'intégration fut d'abord et avant tout économique en ce qu'elle répondait à un

<sup>97</sup> *Huron Portland Cement Co*, 362 US 440 (1960).

<sup>98</sup> *Pike v. Bruce Church Inc.*, 397 U.S. 137 (1970).

<sup>99</sup> *Edgar v. MITE Corp.*, 457 U.S. 624 (1982).

<sup>100</sup> *Exxon v. Governor of Maryland*, 437 US 117 (1978).

<sup>101</sup> *Clover leaf Creamery Co*, 449 US 472. À cet égard, on sait que la Cour de justice a toujours refusé toute règle *de minimis* en matière d'entrave à la libre circulation : CJCE, 13 décembre 1989, *Corsica Ferries*, aff. C-49/89, Rec. I-4441, point 8 : « Les articles du traité CEE relatifs à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux constituent des dispositions fondamentales pour la Communauté, et toute entrave, même d'importance mineure, à cette liberté est prohibée ». Voir également, CJUE, 29 septembre 2016, *Essent Belgium*, aff. C-492/14.

<sup>102</sup> L.-J. CONSTANTINESCO, « La constitution économique de la CEE », *RTD eur.* 1977, p. 244s. ; W. MUSSLER et M.E. STREIT, « The economic constitution of the EC. From "Rome" to "Maastricht" », *European Law Journal*, 1995, vol. 1, p. 5 ; L. TUORI, « La Constitution économique parmi les Constitutions européennes », *Revue internationale de droit économique*, 2011/4, p. 559-599.

<sup>103</sup> Voir article 3 §1 TUE.

projet politique – annoncé dans la déclaration de Robert Schuman du 9 mai 1950 – visant à créer des solidarités de fait par la mise en commun de moyens de production de base réalisant « les premières assises concrètes d’une fédération européenne indispensable à la préservation de la paix ». La construction d’un espace commun de libre circulation s’inscrit dans cette dynamique d’intégration par l’entremêlement transnational économique et social qu’il opère. Le marché intérieur est ainsi une construction de nature politique reposant sur des principes de libre marché, libre concurrence et libre circulation qui établissent le cadre d’un ordre libéral. Il importe peu à cet égard que cet ordre libéral soit une fin en soi ou un simple instrument pour réaliser l’objectif d’intégration<sup>104</sup>. Convenons que l’objectif de l’Union n’est pas d’établir un espace de liberté économique sans règle et sans intervention publique<sup>105</sup> : il s’agit « d’éliminer toutes les entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possibles de celles d’un véritable marché intérieur »<sup>106</sup>. Les règles de libre circulation et celles de libre concurrence visent à éliminer les obstacles publics et privés à la constitution de ce marché intérieur. Cette dynamique de décloisonnement des marchés et des pratiques a toutefois nécessairement un effet de libéralisation / déréglementation en restreignant le champ d’intervention des autorités publiques, en imposant un abaissement des coûts de transaction transfrontalière et en mettant en concurrence les offres juridiques, fiscales et sociales des États membres incitant à un abaissement concurrentiel du niveau de contrainte normative (*race to the bottom*)<sup>107</sup>. Mais l’on ne saurait également nier que le paradigme libéral est aussi au cœur de la stratégie d’intégration européenne qu’il s’agisse de jouer l’individu contre l’État dans la mise en œuvre des règles du traité<sup>108</sup>, d’instrumentaliser la concurrence normative comme mode d’intégration<sup>109</sup> ou plus explicitement encore d’exiger des États membres et de l’Union qu’ils « agissent dans le respect du principe d’une économie de marché ouverte où la concurrence est libre, favorisant une allocation efficace des ressources »<sup>110</sup>.

### **A. Le principe d’une économie de marché et d’une concurrence libre**

La doctrine et les juges se sont interrogés sur la valeur normative de cette clause, supprimée des objectifs de l’UE dans le traité de Lisbonne mais maintenue sous le chapitre politique économique et monétaire de l’Union<sup>111</sup> et dans le protocole n° 27<sup>112</sup>. Cette clause présente en effet tous les attributs d’une *economic due process clause* et aurait pu servir à amplifier les effets de libéralisation dans l’interprétation des règles du traité. L’expérience américaine a ici servi d’anti-modèle et la Cour de justice n’a pas suivi la voie *Lochner*. Le principe d’une « économie de marché ouverte où la concurrence est libre » fut pourtant régulièrement invoqué

<sup>104</sup> *Contra*, voir L. AZOULAI, « L’ordre concurrentiel », *op. cit.*, note 51.

<sup>105</sup> P. REUTER, *Organisations européennes*, Paris, Puf, 1970, p. 203.

<sup>106</sup> CJCE, 5 mai 1982, *Schul*, aff. 15/81, *Rec.* 1409.

<sup>107</sup> Voir *infra*, 5). Sur la concurrence normative produite et instrumentalisée par les acteurs du droit de l’Union européenne, voir É. CARPANO, M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER (dir.), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l’Union européenne*, Larcier, Bruxelles, 2016, 380 p.

<sup>108</sup> Telle est la logique qui sous-tend la consécration de l’effet direct dans l’arrêt *Van Gend en Loos* où la Cour précise que « la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s’ajoute à celui que les articles 169 et 177 confient à la diligence de la Commission des États membres » (CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* 25). L’effet direct investit l’individu, en lui attribuant des droits, une fonction de vigie dans la mise en œuvre du droit de l’Union : l’effet direct des droits et libertés économiques du traité remplit ainsi tout à la fois une fonction subjective (protection des droits individuels) et une fonction objective (promotion de l’intégration). Voir en ce sens également, L. AZOULAI, précité.

<sup>109</sup> Voir, en ce sens, A. VAN WAEYENBERGE, « L’union européenne comme catalyseur de la concurrence normative », in É. CARPANO, M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER (dir.), *op. cit.*, p. 57-76.

<sup>110</sup> Article 120 TFUE.

<sup>111</sup> Voir les articles 119 § 2, 120 et 127 § 1 TFUE.

<sup>112</sup> « Un système garantissant que la concurrence n’est pas faussée ».

par les opérateurs économiques pour contester des réglementations nationales limitant leur liberté économique. Ce principe garantirait notamment celui de la liberté contractuelle des opérateurs économiques<sup>113</sup> et de la liberté d'entreprendre<sup>114</sup>. Toutefois, dans l'affaire *Echirolles*, la Cour de justice a refusé d'en faire une clause générale de liberté économique. Pour la Cour, les articles 4 CE, 98 CE et 99 CE, dans la mesure où ils se réfèrent à une politique économique qui doit être compatible avec le principe de l'économie de marché ouverte où la concurrence est libre, énoncent uniquement des objectifs généraux, de sorte qu'ils doivent être lus en combinaison avec les dispositions du traité destinées à mettre en œuvre ces objectifs<sup>115</sup>. Pour l'Avocat général Trstenjak, ces dispositions n'imposent pas aux États membres des obligations claires et inconditionnelles que les particuliers pourraient invoquer devant les juridictions nationales<sup>116</sup>. Il s'agit d'un principe général dont l'application requiert des appréciations économiques complexes qui relèvent de la compétence du législateur ou de l'administration nationale. En conséquence de quoi, en raison de l'indétermination juridique de ces règles constitutionnelles et du maintien de la compétence autonome des États membres en matière de politique économique, il n'appartient pas au juge de se prononcer sur la compatibilité des législations nationales avec ces dispositions.

Toutefois, si la clause n'est pas en elle-même normative, elle n'en constitue pas moins un principe cadre qui est concrétisé par certaines dispositions spécifiques dans le traité qui la mette en œuvre et dont la Cour de justice doit assurer le respect<sup>117</sup>. C'est ainsi que la Cour de justice a pu considérer que les règles de concurrence imposées par le traité (ex-articles 85 et 86 CE) servent au maintien des principes énoncés aux articles 2 CE et 3 CE ainsi qu'à la réalisation des objectifs qui y sont énumérés et qu'à ce titre ils peuvent être invoqués comme paramètres de contrôle des mesures étatiques<sup>118</sup>. Les potentialités d'un tel contrôle sont immenses et auraient pu permettre de soumettre au droit de la concurrence toute mesure nationale ayant un effet restrictif sur la concurrence<sup>119</sup>. La Cour ne s'est pas engagée dans cette voie et a retenu une conception étroite de ce contrôle en limitant le champ du contrôle de l'entrave étatique à la libre concurrence à deux hypothèses : dans ses arrêts *Centro Servizi Spediporto*<sup>120</sup>, *Arduino*<sup>121</sup> et *Cipolla*<sup>122</sup>, la Cour a considéré qu'il y a violation de l'article 101 TFUE, lu en combinaison avec l'article 4, § 3, TUE, lorsqu'un État membre soit impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 101 TFUE ou renforce les effets de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention d'intérêt économique. Qui plus est, la Cour accepte que l'État invoque un motif d'intérêt général pour justifier l'éventuelle atteinte à la concurrence<sup>123</sup>.

---

<sup>113</sup> CJCE, 28 avril 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-518/06, *Rec. I-3491* ; 21 janvier 1999, *Bagnasco e.a.*, aff. C-215 et C-216/96, *Rec. I-135* ; 18 juillet 2007, *Société thermale d'Eugénie-les-Bains*, aff. C-277/05, *Rec. I-6415*.

<sup>114</sup> Voir, en ce sens, les conclusions de l'Avocat général Kokott présentées le 17 septembre 2009, *Commission européenne c/ Alrosa Company Ltd*, aff. C-441/07 P, *Rec. I-5949*.

<sup>115</sup> Voir, également, CJCE, 14 juillet 1998, *Bettati*, aff. C-341/95, *Rec. I-4355*.

<sup>116</sup> Conclusions de l'Avocat général Trstenjak présentées le 29 octobre 2009 dans l'affaire *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c/ Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios*, aff. C-484/08, *Rec. I-4785*.

<sup>117</sup> J. GRANGEON, « L'entrave réglementaire à la libre concurrence », *RLDA*, novembre 2014, p. 69-70.

<sup>118</sup> CJCE, 21 février 1973, *Europemballage et Continental Can c/ Commission*, aff. 6/72, *Rec. 215* ; CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, *Rec. I-3055* ; CJCE, 20 septembre 2001, *Courage et Crehan*, aff. C-453/99, *Rec. I-6297* ; CJUE, 4 septembre 2014, *Anonima Petroli Italiana SpA*, aff. C-184/13 à C-187/13, C-194/13, C-195/13 et C-208/13.

<sup>119</sup> En ce sens, conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro présentées le 1<sup>er</sup> février 2006, *Cipolla*, aff. C-94/04 et C-202/04.

<sup>120</sup> CJCE, 5 octobre 1995, *Spediporto*, aff. C-96/94.

<sup>121</sup> CJCE, 19 février 2002, *Arduino*, aff. C-35/99, point 35.

<sup>122</sup> CJCE, 5 décembre 2006, *Cipolla e.a.*, aff. C-94/04 et C-202/04, point 4.

<sup>123</sup> CJCE, 18 juillet 2006, *Meca Medina* aff. C-519/04, ; CJUE, 4 septembre 2014, *Anonima Petroli Italiana SpA*

## **B. Le principe de la liberté d'entreprise**

Le principe de la liberté d'entreprise tel que proclamé par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux<sup>124</sup> pouvait également prétendre accéder au statut d'*economic due process clause* tant il est vrai que les principes qui lui sont associés renvoient à l'interprétation économique du *due process* de l'ère *Lochner*. Selon le contenu, l'étendue et l'intensité que l'on peut lui conférer, la liberté d'entreprise peut contribuer à garantir et entretenir une forme déterminée d'organisation économique et sociale<sup>125</sup>. Les requérants ne s'y sont pas trompés en invoquant de plus en plus régulièrement l'article 16 pour contester des législations entravant leur liberté économique et commerciale<sup>126</sup>. Les explications de la Charte entretenaient cette ambiguïté en indiquant que cet article était fondé sur la jurisprudence de la Cour relative à la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale, sur la liberté contractuelle et sur le principe d'une concurrence libre qui, interprétés conjointement, lui conféraient une dimension résolument libérale<sup>127</sup>.

La formulation même du principe de la Charte incitait à une interprétation restrictive. Tandis que les dispositions sœurs des articles 15 (*liberté professionnelle et droit de travailler*) et 17 (*droit de propriété*) disposent que « toute personne a le droit de... », l'article 16 se contente de reconnaître la liberté d'entreprise. Le caractère relatif de cette liberté est confirmé par la fin de la phrase qui soumet sa reconnaissance et son exercice « au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales », et pose la question de son autonomie, tant à l'égard des autres libertés qu'à l'égard d'autres droits fondamentaux. La Cour en a tiré les conséquences en considérant, dans l'arrêt *Sky Österreich* que « eu égard au libellé de l'article 16 de la Charte, qui se distingue de celui des autres libertés fondamentales consacrées au titre II de celle-ci tout en étant proche de celui de certaines dispositions du titre IV de cette même Charte, la liberté d'entreprise peut être soumise à un large éventail d'interventions de la puissance publique susceptibles d'établir,

---

aff. C-184/13 à C-187/13, C-194/13, C-195/13 et C-208/13.

<sup>124</sup> Ce principe n'est pas nouveau. Il a été consacré par la Cour de justice dès 1974 (*Nold*, aff. 4/73, *Rec.* 491), puis régulièrement réaffirmé sous différentes formes telles que le droit d'exercer une activité économique ou commerciale (aff. 44/79, *Hauer*, *Rec.* 3727) ou la liberté de commerce (aff. 240/83, *Association de défense des brûleurs d'huiles usagées*, *Rec.* 5131). Dans l'arrêt *Nold*, la Cour inscrit la protection de la liberté d'exercer une activité professionnelle dans les traditions constitutionnelles des États membres : à l'époque, la liberté d'entreprise était consacrée par les constitutions de l'Irlande (article 45), de l'Italie (article 41) et du Luxembourg (article 11.5). Il sera par la suite intégré dans les constitutions de l'Espagne de 1978 (article 38.1) et du Portugal de 1982 (révision – article 61). En France, le principe de la liberté d'entreprendre a été consacré par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 (*Loi de nationalisation*).

<sup>125</sup> Interprétée largement dans une perspective libérale, la liberté d'entreprise peut se révéler un instrument de libéralisation de l'économie. À l'inverse, une confrontation de cette liberté avec d'autres droits opposés, tels que les droits sociaux, permet de limiter sa portée. Par exemple, en Allemagne, l'article 151 § 1 de la Constitution de Weimar de 1919 garantissait la « liberté économique de l'individu ». Toutefois, cette liberté économique n'a pas été conçue comme un droit subjectif absolu : le programme législatif encadré par la Constitution de Weimar imposait au législateur d'assurer une mise en balance des libertés économiques, du droit de propriété et l'économie sociale. Voir en ce sens, H. SCHWIER, *Der Schutz der « Unternehmerische Freiheit » nach Artikel 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Francfort-sur-le-Main, Peter Lang, 2012. En France, la censure par le Conseil constitutionnel de certaines dispositions de la loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 sanctionnant, sur le fondement de la liberté d'entreprendre, le refus du chef d'entreprise de céder à un repreneur l'établissement dont la fermeture est décidée, a été présenté par certains comme participant à la consolidation d'un ordre économique libéral, voir T. SACHS et S. VERNAC, « La fondamentalisation d'un ordre libéral. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 mars 2014, loi sur la reconquête de l'économie réelle », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 528.

<sup>126</sup> L'invoquant de l'article 16 de la Charte représente plus des 25 % des moyens fondés sur la violation de la charte.

<sup>127</sup> X. GROUSSOT, G. THOR PETURSSON et J. PIERCE, « Weak Right, Strong Court – The freedom to conduct business and the EU Charter of Fundamental Rights », in S. DOUGLAS-SCOTT et N. HATZIS (dir.), *Research Handbook on EU human rights law*, Edward Elgar, 2014.



dans l'intérêt général, des limitations à l'exercice de l'activité économique »<sup>128</sup>. La Cour inscrit ainsi l'article 16 dans sa jurisprudence antérieure sur le principe de liberté d'entreprise où elle considérait que ce principe ne constitue pas une prérogative absolue, mais doit être pris en considération par rapport à sa fonction dans la société, ce qui autorise à lui apporter des restrictions à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par l'Union et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis<sup>129</sup>. De même, le caractère non absolu du droit contribue à ce que son application se réalise par opposition à d'autres droits fondamentaux, comme le démontre la jurisprudence de la Cour qui, jusqu'à ce jour, a confronté la liberté d'entreprise avec la protection de l'intimité ou des données à caractère personnel (article 8 de la Charte)<sup>130</sup>, le droit à la santé (article 35 de la Charte)<sup>131</sup>, la protection de la propriété intellectuelle (article 17 § 2 de la Charte)<sup>132</sup>, la protection contre les licenciements injustifiés (article 30 de la Charte)<sup>133</sup> ou encore la protection des consommateurs (article 38 de la Charte)<sup>134</sup>.

Les affaires en matière de libre circulation confirment le champ restrictif de l'article 16. Lorsqu'une liberté de circulation est applicable à titre principal, le moyen tiré de la violation de l'article 16 s'épuise dans celui relatif à la libre circulation. Dans l'arrêt *Pfleger* – où était en cause une réglementation autrichienne qui réservait aux opérateurs titulaires d'une concession l'organisation de jeux de hasard impliquant des machines à sous – la Cour a estimé qu'« un examen de la restriction représentée par la réglementation nationale en cause au principal au titre de l'article 56 TFUE couvre également les éventuelles restrictions de l'exercice des droits et des libertés prévus aux articles 15 à 17 de la Charte de sorte qu'un examen séparé à ce titre n'est pas nécessaire »<sup>135</sup>. Pour la Cour, le contrôle de la réglementation autrichienne au regard des règles de la libre prestation de services serait identique au contrôle de cette même réglementation au regard de la liberté d'exercer une activité professionnelle (article 15 de la Charte), de la liberté d'entreprendre (article 16 de la Charte) ou du droit de propriété (article 17 de la Charte). Selon l'Avocat général, auquel renvoie la Cour, « les articles 15 à 17 de la Charte n'imposent pas, pour qu'une restriction à la libre prestation des services soit autorisée, le respect d'obligations plus importantes que ce qu'établit déjà la jurisprudence de la Cour s'agissant de l'article 56 TFUE »<sup>136</sup>. En d'autres termes, les règles relatives à la protection des droits fondamentaux, telles qu'elles résultent des articles 15 à 17 de la Charte, ne sont pas plus protectrices que les règles relatives à la libre prestation de services consacrées par le traité. Ce serait le traité qui définirait et conditionnerait la portée de ces droits ainsi qu'il en résulterait des dispositions de la Charte elle-même dans son article 52 § 2. Le respect de l'article 16 coïncide donc avec le respect de l'article 56 TFUE. Conformément à l'arrêt *Sky Österreich*, « cette liberté est respectée lorsqu'il est satisfait aux dispositions pertinentes du traité FUE compte tenu, notamment, de l'exigence de respecter le principe de proportionnalité en restreignant la libre prestation des services »<sup>137</sup>. Dans son arrêt *Sokoll*, la Cour n'avait pas dit autre chose en considérant qu'« afin de déterminer la portée de la liberté d'entreprise,

<sup>128</sup> CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich GmbH*, aff. C-283/11, point 47.

<sup>129</sup> CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health e.a.*, aff. C-154 et C-155/04, Rec. I-6451, point 126.

<sup>130</sup> CJCE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, aff. C-70/10, Rec. I-11959, point 50 ; 16 février 2012, *SABAM*, aff. C-360/10, point 48, et 29 mars 2012, *Interseroh Scrap and Metals Trading*, aff. C-1/11, point 47.

<sup>131</sup> CJCE, 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor*, aff. C-544/10, point 55.

<sup>132</sup> Arrêts *Scarlet Extended* et *SABAM* précités.

<sup>133</sup> CJUE, Grande Chambre, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15.

<sup>134</sup> CJUE, 31 janvier 2013, *Denise McDonagh*, aff. C-12/11.

<sup>135</sup> CJUE, 30 avril 2014, *Pfleger e.a.*, aff. C-390/12, point 60.

<sup>136</sup> Conclusions de l'Avocate générale Sharpston présentées le 14 novembre 2013, *Pfleger e.a.*, aff. C-390/12, point 70.

<sup>137</sup> *Ibid.*, point 66.

[l'article 16] renvoie notamment [...] à l'article 49 TFUE, qui garantit l'exercice de la liberté fondamentale d'établissement »<sup>138</sup>. Sur la base de cette considération, la Cour avait alors épuisé le moyen tiré de la violation de l'article 16 de la Charte sous l'article 49 TFUE<sup>139</sup>. Il en résulte qu'une restriction à une liberté économique de circulation constitue également une restriction à l'article 16 de la Charte. Ces arrêts confirmeraient donc que l'article 16 de la Charte n'a, à tout le moins au regard des libertés de circulation, « ni portée autonome [...], ni invocabilité cumulative »<sup>140</sup>.

Toutefois, ainsi que la Cour l'a rappelé dans les arrêts *Pfleiger* et *AGET*, les raisons impérieuses d'intérêt général invoquées par l'État pour justifier une entrave à la libre circulation doivent être également compatibles avec la Charte et, en particulier ici, avec l'article 16 de la Charte. Dans ce cadre-là, le motif tiré de la violation de la Charte peut réinvestir en tant que tel l'évaluation du respect d'une liberté de circulation. Dans l'affaire *AGET*, que l'on peut comparer aux arrêts *Viking et Laval* par l'emprise des libertés économiques sur les droits sociaux qu'elle entérine<sup>141</sup>, la Cour de justice était amenée à se prononcer sur la compatibilité, avec la liberté d'établissement et la liberté d'entreprendre, d'une loi grecque – l'une des dernières lois en Europe de ce genre – qui permettait à l'administration du travail de s'opposer à un projet de licenciement collectif en raison des conditions du marché du travail, de la situation de l'entreprise et de l'intérêt de l'économie nationale. Après avoir constaté que cette législation constituait une entrave à la liberté d'établissement en ce qu'elle est « de nature à rendre moins attrayant un accès au marché grec », elle en étudie la justification qui doit également être compatible avec la Charte des droits fondamentaux et, en l'espèce, l'article 16. Si l'article 16 fait l'objet d'un examen détaillé par la Cour, c'est pour conclure *in fine* à l'équivalence du test de proportionnalité de la restriction opérée à l'article 49 CE sur le fondement de la théorie des raisons impérieuses générales et à l'article 16 sur le fondement de l'article 52, § 1, de la Charte. Pour la Cour, « un régime de contrôle et d'opposition tel que celui mis en place par la réglementation en cause au principal méconnaît, à raison de ses modalités concrètes [...] l'article 49 TFUE. Par identité de motifs, une telle réglementation méconnaît également le principe de proportionnalité prévu à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte et, partant, l'article 16 de celle-ci »<sup>142</sup>.

En revanche, si l'article 16 s'épuise dans les règles de libre circulation, la Cour lui a reconnu, en dehors de ces hypothèses, une portée autonome et une forme d'horizontalité dans le champ d'application de la Charte<sup>143</sup>. Dans une série d'affaires impliquant la protection des droits de propriété intellectuelle dans la société de l'information, la Cour va faire prévaloir le principe de la liberté d'entreprise sur d'autres droits économiques dans le double objectif de protéger les droits individuels et de réguler la société de l'information. Dans les affaires *Scarlet Extended*<sup>144</sup>, *SABAM c/ Netlog*<sup>145</sup> et *Tobbias Mc Fadden*<sup>146</sup>, était en cause l'obligation d'imposer à un fournisseur d'accès à Internet (ci-après, FAI) la mise en place d'un système de filtrage afin de

<sup>138</sup> CJUE, 13 février 2014, *Susanne Sokoll*, aff. C-367/12, commentaire É. DURAND, *RLDA* n° 93, sp. 70.

<sup>139</sup> En ce sens, É. CARPANO, « Applicabilité et application de la Charte des droits fondamentaux dans le marché intérieur », *RLDA* 2014/96, p. 65.

<sup>140</sup> Selon l'expression d'Étienne Durand, précité, p. 70.

<sup>141</sup> A. LYON-CAEN, « La langue de Luxembourg », *Revue de droit du travail*, 2017, n° 1 ; A. FABRE, « Autorisation administrative des licenciements collectifs : la liberté d'entreprise plie mais ne rompt pas... », *Revue de droit du travail*, février 2017, p. 126.

<sup>142</sup> Arrêt *AGET*, précité, point 103.

<sup>143</sup> *Contra*, CJUE, 15 janvier 2014, *Association médiation sociale* (à propos du refus de la Cour de justice de conférer un effet horizontal à l'article 27 de la Charte – droit à l'information et à la consultation des travailleurs). V. É. CARPANO et E. Mazuyer, « La représentation des travailleurs à l'épreuve de la Charte des droits fondamentaux », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 312.

<sup>144</sup> CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, aff. C-70/10.

<sup>145</sup> CJUE 16 février 2012, *SABAM c/ Netlog*, aff. C-360/10.

<sup>146</sup> CJUE, 15 septembre 2016, *Tobbias Mc Fadden*, aff. C-484/14.

prévenir les téléchargements illégaux de fichiers. Dans l'affaire *Scarlet*, la Cour estime que « l'injonction de mettre en place le système de filtrage litigieux doit être considérée comme ne respectant pas l'exigence que soit assuré un juste équilibre entre, d'une part, la protection du droit de propriété intellectuelle, dont jouissent les titulaires de droits d'auteur, et, d'autre part, celle de la liberté d'entreprise dont bénéficient les opérateurs tels que les FAI »<sup>147</sup>. Pour la Cour, le droit de propriété intellectuelle ne peut pas aller jusqu'à imposer aux FAI une charge telle que l'obligation de divulguer les données personnelles de leurs utilisateurs. Certes, la directive 2004/48/CE dont l'interprétation était demandée prévoyait, dans son article 3, que les procédures pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle « ne doivent pas être inutilement complexes ou coûteuses » de telle sorte que le juge était nécessairement conduit à en apprécier le respect. Toutefois, il est particulièrement significatif que la Cour ait décidé d'évaluer la mesure en cause au regard de l'article 16 de la Charte alors que la juridiction de renvoi avait limité sa demande à la confrontation du respect des droits de propriété intellectuelle avec le droit à la protection des données personnelles. La Cour a donc déplacé une partie du débat sur le terrain de la liberté d'entreprise. Le débat ne concerne pas simplement le niveau de protection des données personnelles qu'il convient d'accorder mais aussi le rôle de l'autonomie privée dans ce contexte, à savoir dans quelle mesure un opérateur économique privé peut se voir imposer et être responsable d'objectifs de politique réglementaire sur le marché de la société de l'information. En protégeant l'autonomie des FAI, la Cour parvient également à protéger les données personnelles. Cette affaire est particulièrement révélatrice car elle place l'autonomie économique individuelle garantie par l'article 16 au cœur de la régulation du marché, en l'espèce ici le marché de la société de l'information<sup>148</sup>. La balance entre les droits de propriété intellectuelle et la liberté d'entreprise, dans un conflit entre deux personnes privées, revient *de facto* et *de jure* à ériger la liberté d'entreprise en « quasi-droit subjectif »<sup>149</sup>. L'article 16 peut ainsi se présenter comme une garantie de la sphère d'autonomie individuelle des opérateurs économiques, susceptible d'être invoquée dans des litiges entre personnes privées<sup>150</sup> à l'encontre des mesures nationales de mise en œuvre du droit de l'Union européenne<sup>151</sup> mais aussi pour l'interprétation du droit dérivé de l'Union européenne<sup>152</sup> ou pour en apprécier la validité<sup>153</sup>. L'article 16 apparaît, pour les personnes privées, comme un instrument d'émancipation, dans le cadre de litiges horizontaux, à l'encontre des mesures qui restreignent leur autonomie personnelle en matière économique dès lors qu'elles entrent dans le champ d'application du droit de l'Union<sup>154</sup>.

---

<sup>147</sup> Arrêt *Scarlet* préc., point 49.

<sup>148</sup> G. COMPARATO, « Private autonomy and regulation in the EU case-law », in H.-W. MICKLITZ, Y. SVETIEV et G. COMPARATO, *European Regulatory Private Law – The Paradigms Tested, EUI Working papers* (2014), p. 17.

<sup>149</sup> En ce sens, M. EVERSON et R. CORREIA GONÇALVES, « Article 16 – Freedom to conduct a business », in PEERS, HARVEY, KENNER et WARD (dir.), *The EU Charter of fundamental rights: A commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 453.

<sup>150</sup> R. BABAYEV, « Private autonomy at Union level: on article 16 CFREU and Free movement rights », *CMLR*, 53, 2016, p. 979-1006.

<sup>151</sup> Arrêt *Tobias Mc Fadden*, préc.

<sup>152</sup> Arrêt *Scarlet*, préc. ; CJUE, 18 juillet 2013, *Mark Alemo Herron*, aff. C-246/11.

<sup>153</sup> CJUE, 12 juillet 2012, *Association Kokopelli*, aff. C-159/11 ; 22 janvier 2013, *Sky Österreich GmbH*, aff. C-283/11 ; 30 juin 2016, *Lidl GmbH & Co. KG*, aff. C-134/15.

<sup>154</sup> Plus précisément, il s'agit pour le requérant de contester, à l'occasion d'un litige horizontal, la compatibilité d'une décision interne ou d'une réglementation interne avec une directive ou un règlement dont la validité ou l'interprétation est évaluée au regard de l'article 16 de la Charte. Dans l'affaire *Scarlet*, un fournisseur d'accès à internet (*Scarlet*) contestait un injonction prononcée par un Tribunal à la demande de la société de gestion belge chargée d'autoriser l'utilisation, par des tiers, des œuvres musicales des auteurs, des compositeurs et des éditeurs (*SABAM*), tendant à faire cesser ces atteintes au droit d'auteur en rendant impossible, au moyen d'un logiciel « *peer-to-peer* », toute forme d'envoi ou de réception par ses clients de fichiers électroniques reprenant une œuvre musicale du répertoire de *SABAM*. Selon *Scarlet*, l'injonction n'était pas conforme au droit de l'Union, car elle lui imposait, *de facto*, une obligation générale de surveillance des communications sur son réseau, ce qui serait

La dimension axiologique de l'article 16 de la Charte est également révélée par certaines affaires impliquant la confrontation de la liberté d'entreprise avec certains droits sociaux. Dans l'affaire *Mark Alemo-Herron*, la Cour a mis en balance la protection des travailleurs et le droit des employeurs dans le cadre de l'interprétation de la directive sur le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises. Était ici en cause la question de savoir si le droit de l'Union s'opposait à ce qu'un État membre puisse exiger d'un employeur privé reprenant les salariés d'un employeur public de se conformer aux accords collectifs applicables au secteur public, stipulés dans le contrat de travail initial, sans avoir de voix à la table des négociations. L'Avocat général avait proposé de renvoyer au juge national le soin de décider s'il y avait là une atteinte à la liberté d'entreprise. La Cour ne l'a pas suivi et a considéré que, dès lors que le cessionnaire n'a aucune possibilité de participer à l'organisme de négociation collective, il n'a la faculté ni de faire valoir efficacement ses intérêts dans un processus contractuel, ni de négocier les éléments déterminant l'évolution des conditions de travail de ses employés en vue de sa future activité économique. Par conséquent, la Cour estime qu'il y a là une violation de la liberté contractuelle de l'employeur d'une manière qui porte atteinte à la substance même de la liberté d'entreprise<sup>155</sup>.

Dans l'arrêt *AGET Iraklis*<sup>156</sup>, la Cour a fait prévaloir de la même manière la liberté d'entreprise telle qu'appréhendée dans le cadre de la liberté d'établissement sur les exigences de protection de l'emploi imposée par la loi grecque. Toutefois, le raisonnement est différent en ce qu'il se fonde non seulement à titre principal sur la liberté d'établissement mais également à titre secondaire sur une interprétation différente de la violation de l'article 16 de la Charte. Tandis que dans l'affaire *Mark Alemo-Herron*, la Cour avait considéré qu'il y avait une atteinte à la substance même de la liberté d'entreprise, dans l'arrêt *AGET* elle estime que, si l'autorisation administrative de licenciements collectifs prévue par la loi grecque constitue « une limitation à l'exercice de la liberté d'entreprise consacrée à l'article 16 de la Charte », en revanche, la législation grecque n'empêche pas par « sa nature même, toute possibilité pour les entreprises de procéder à des licenciements collectifs, dès lors qu'[elle] vise uniquement à encadrer une telle possibilité. Partant, il ne saurait être considéré qu'un tel régime affecte le contenu essentiel de la liberté d'entreprise »<sup>157</sup>. Néanmoins, ce régime d'encadrement des licenciements collectifs qui permet à l'administration du travail de s'opposer à un projet de licenciement collectif en raison des conditions du marché du travail et de la situation de l'entreprise est disproportionnée du fait de la trop grande généralité et imprécision des critères d'appréciation.

Les arrêts *Mark Alemo-Herron* et *AGET Iraklis* s'inscrivent indéniablement dans une ligne jurisprudentielle incarnée par la trilogie *Viking*, *Laval* et *Rüffert* et caractérisés par le primat des libertés économiques sur les droits sociaux. Une telle situation ne relève pas directement d'une interprétation extensive du principe de liberté d'entreprise, mais plutôt d'une conception, intégrative et politique, du marché intérieur qui considère l'ordre social comme une composante de l'ordre économique dans le cadre d'un « marché total » fondé sur la libre circulation<sup>158</sup>.

#### IV. LA PRÉDOMINANCE D'UNE APPROCHE LIBÉRALE DE L'ENTRAVE À LA LIBRE CIRCULATION

La raison d'être originelle des règles relatives à la libre circulation est d'assurer le développement des échanges commerciaux entre les États membres en évitant que les opérateurs économiques soient entravés dans leur activité économique du fait de leur nationalité

---

incompatible avec la directive sur le commerce électronique et avec les droits fondamentaux.

<sup>155</sup> CJUE, 18 juillet 2013, *Mark Alemo Herron*, aff. C-246/11.

<sup>156</sup> CJUE, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15.

<sup>157</sup> *Ibid.*, point 88.

<sup>158</sup> A. SUPIOT, « A legal perspective on the economic crisis of 2008 », *International Labor Review*, n° 149, 2010, p. 151 ; « Le sommeil dogmatique », préc.

ou du lieu de leur établissement. Ces règles ont pour objectif de garantir le décloisonnement des marchés nationaux, et non une dérégulation généralisée des économies nationales<sup>159</sup>. Cette conception de l'intégration est régulièrement remise en cause<sup>160</sup> et la mobilisation récurrente des règles du traité par les opérateurs économiques pour contester, dans le cadre de litiges internes, des réglementations commerciales nationales en est une illustration. Cette mobilisation émancipatrice des règles du traité, dont l'ambition à l'origine n'était que de favoriser le commerce entre les États membres, est le résultat de diverses évolutions dont deux ici méritent d'être relevées : l'une résulte de l'extension de la notion d'entrave ; l'autre de la réduction du champ des situations purement internes.

#### **A. L'extension de la notion d'entrave**

Depuis *Cassis de Dijon*, la notion d'entrave à la libre circulation a fait l'objet d'une redéfinition par la Cour de justice qui, au-delà de ses différentes spécifications selon les libertés en cause (marchandises, services, établissement, capitaux), est caractérisée par son élargissement aux *restrictions* à la libre circulation. En effet, les règles de libre circulation ne tendent pas seulement à l'élimination des entraves directement ou indirectement discriminatoires mais visent également à éliminer les réglementations indistinctement applicables qui rendent moins attractif l'exercice d'une activité économique transfrontalière. Cette extension de la notion d'entrave a pour effet de soumettre un nombre toujours plus important de mesures nationales, exprimant des choix de politique publique, au contrôle de nécessité et de proportionnalité exercé par la Cour sur la légitimité de ces mesures. S'opère ainsi un renversement de la logique de l'entrave et de la charge de la preuve : les réglementations économiques et sociales applicables aux activités transfrontalières sont présumées illicites et les États, comme mis en état de comparution, doivent justifier la légitimité de leur réglementation. Cette conception de l'entrave, plus exigeante et intrusive que celle développée par la Cour suprême des États-Unis, constitue un redoutable instrument pour remettre en cause la multiplicité des réglementations accumulées depuis des décennies entravant la création d'un marché unifié. En revanche, elle génère en elle-même un effet dérégulateur et de déréglementation, puisque seules les réglementations justifiées peuvent être maintenues, et celles qui ne le sont pas doivent être supprimées sans être pour autant remplacées, en général, par des réglementations communes.

Dans son arrêt *Cassis de Dijon*, la Cour a considéré comme une entrave à la libre circulation des marchandises toute réglementation commerciale, qu'elle soit discriminatoire ou « indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés », dès lors qu'elle est susceptible d'avoir des effets restrictifs sur les échanges<sup>161</sup>. Cette conception large des MEERQ va permettre d'évaluer toute sorte de réglementations commerciales au regard de l'article 30 CEE / 34 TFUE dès lors que les opérateurs économiques sont empêchés ou tout simplement dissuadés d'accéder à certains marchés nationaux du fait de ces règles nationales<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup> Conclusions de l'Avocat général Poiras Maduro présentées le 30 mars 2006, aff. jointes C-158/04 et C-159/04

<sup>160</sup> Conclusions de l'Avocat général F.G. Jacobs, présentées le 24 novembre 1994, dans l'affaire C-412/93, *Édouard Leclerc c/TF1 publicité et M6 publicité*. Voir également, C. BARNARD, « Restricting restrictions: lessons for the EU from the US ? », *Cambridge Law Journal*, 68 (3), 2003, p. 576.

<sup>161</sup> CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG*, aff. 120/78, *Rec.* 649 ; *Grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne (GAJUE)*, Paris, Puf, 3<sup>e</sup> éd., 2016, p. 113.

<sup>162</sup> C'est ainsi que furent appréhendées des réglementations nationales relatives aux formes d'emballage et de conditionnement des marchandises (CJCE, 10 novembre 1982, *Rau*, aff. 261/81, *Rec.* 3961), à la composition des produits et leur appellation (CJCE, 12 mars 1987, *Commission c/ Allemagne*, aff. 178/84, *Rec.* 1227), aux spécifications techniques auxquelles doivent répondre certaines marchandises (CJCE, 27 octobre 1993, *Lagauche*, aff. C-46/90 et C-93/91, *Rec.* 5267), à l'utilisation de la langue sur les emballages (CJCE, 18 juin 1991, *Piagemme c/ Peers*, aff. C-368/89, *Rec.* 2980), à l'interdiction de rembourser certains médicaments (CJCE, 7 février 1984, *Duphar*, aff. 238/83, *Rec.* 523), à la promotion des ventes (CJCE, 15 décembre 1982, *Oosthoek's*, aff. 286/81, *Rec.* 4575) ou encore à l'ouverture des magasins le dimanche (CJCE, 23 novembre 1989, *Torfean Borough*

La soumission de ces législations au test de l'entrave a conduit les États à avancer de nouvelles justifications que le juge a été contraint d'apprécier, s'engageant dans un délicat arbitrage de choix sociaux dans le cadre du contrôle de proportionnalité. Les arrêts *Cinéthèque* (sur l'interdiction de vendre des vidéos un an avant leur sortie) et *Torfaen* ou *Conforama* (sur l'interdiction de travail le dimanche), dans lesquels la Cour avait apprécié la légitimité de ces législations, avait révélé l'étendue de l'emprise potentielle du droit européen sur la compétence réglementaire des États en matière commerciale<sup>163</sup>. Il importe peu là encore, qu'*in fine* le juge, comme dans les affaires *Cinéthèque*, *Torfaen* et *Conforama*, reconnaisse la légitimité de ces législations restrictives : en acceptant de contrôler ces législations, le juge acceptait d'évaluer – avec sa part de discrétionnarité – des choix de politique sociale ou culturelle qui relèvent de choix démocratiques. L'extension du test de l'entrave à toute mesure indistinctement applicable restrictive révèle également une constitution économique sous-jacente qui exacerbe la liberté économique des individus : désormais, toute réglementation commerciale est suspecte au point d'inquiéter certains avocats généraux qui s'interrogent sur le véritable objet de l'article 30 CEE<sup>164</sup>. La doctrine quant à elle n'hésite pas à comparer cette politique jurisprudentielle à celle de l'ère *Lochner*<sup>165</sup>. Sans doute que les juges de Luxembourg n'étaient pas mus par une intention subversive néolibérale, à l'instar d'ailleurs des juges de la Cour suprême ; en revanche, il est clair que leur stratégie jurisprudentielle d'intégration, visant notamment à pallier les insuffisances des États pour réaliser un marché intérieur unifié, a favorisé, par la lutte contre les législations restrictives de toute nature, l'effet dérégulateur de leur jurisprudence. Lorsque le juge se prononce sur l'existence d'une restriction à l'accès au marché, il se prononce inévitablement aussi sur la part acceptable de réglementation du marché<sup>166</sup>.

Cette jurisprudence extensive a été partiellement corrigée par l'arrêt *Keck*, dans lequel la Cour exclut du champ d'application de l'article 30 CEE les mesures indistinctement applicables relatives aux modalités de vente en ce que celles-ci ne sont « pas de nature à empêcher leur accès au marché ou à le gêner davantage qu'elle[s] ne gên[ent] celui des produits nationaux »<sup>167</sup>, à l'instar par exemple des réglementations sur l'interdiction de travailler le dimanche<sup>168</sup>. Cet arrêt a pu être comparé à l'arrêt *West Coast Hotel* de la Cour suprême qui « met fin à temps » (« *switch in time* ») à la jurisprudence *Lochner*<sup>169</sup>. Il marquerait le retour du politique dans le processus d'intégration en prenant acte du nouvel ordre constitutionnel, politique et social, établi par le traité de Maastricht et la nouvelle articulation des compétences entre l'Union et les États membres<sup>170</sup>. Si *West Coast Hotel* libère la politique du *New Deal* initiée par Roosevelt de

---

*Council*, aff. 145/88, *Rec.* 3851 ; CJCE, 28 février 1991, *Conforama*, aff. C-312/89).

<sup>163</sup> M. POIARES MADURO, *We the Court...*, préc., p. 67.

<sup>164</sup> Dans l'affaire *Toarfen*, l'Avocat général Van Gerven avait mis en garde les juges, sans être suivi, sur les risques d'extension de la notion d'entrave : « Selon nous, cet examen illustre à l'évidence qu'une mesure, présentée comme nécessaire par un État membre, ne peut souvent être appréciée que lorsque la Cour est disposée à se pencher sur des domaines où des options politiques ont été prises et pour lesquels le droit communautaire ne fournit pas ou ne fournit guère de critères d'appréciation. D'où notre proposition d'éviter, dans toute la mesure du possible, cette appréciation délicate des mesures nationales telles que celle dont il s'agit en l'espèce par une interprétation, conforme au traité, de l'article 30 » (point 33).

<sup>165</sup> M. POIARES Maduro, préc., p. 67 ; I.H. ELIASOPH, « A “switch in time” for the European Community ? *Lochner* discourse and... », sp. 485 ; C. BARNARD, préc.

<sup>166</sup> M. POIARES MADURO, « Striking the Elusive balance between Economic freedom and Social Rights in the EU », in Ph. ALSTON (dir.), *The EU and Human Rights*, 1999, p. 450-451.

<sup>167</sup> Point 17.

<sup>168</sup> CJCE, 2 juin 1994, *Punto Casa et PPV*, aff. C-69/93 et C-258/93, *Rec.* I-02355

<sup>169</sup> I.H. ELIASOPH, préc.

<sup>170</sup> En ce sens, J.H.H. WEILER, « The constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of Free Movement of Goods », in P. CRAIG et G. DE BURCA (dir.), *The evolution of EU Law*, 1999, p. 371. D'une manière plus générale, la jurisprudence de la Cour de justice postérieure à Maastricht révélerait, y compris en matière de droit de la concurrence, une prise en compte plus grande des préoccupations des États, notamment en matière sociale. Voir, par exemple, les arrêts *Poucet et Pistre* et *Albany*.

la contrainte du *economic due process*, *Keck* n'inaugure pas, en revanche, un désengagement généralisé du juge dans le contrôle des réglementations nationales affectant le marché intérieur. *Keck* n'est qu'un revirement partiel. La Cour ne renonce pas au contrôle des réglementations indistinctement applicables : elle limite simplement celles qui peuvent faire l'objet d'un tel contrôle. L'incidence de cet ajustement a été finalement assez limitée sur l'étendue du contrôle de la Cour de justice sur les législations nationales. D'abord, parce que la distinction opérée entre les conditions de vente et les modalités de vente est complexe et manque de clarté, de telle sorte que la Cour n'en a fait qu'un usage limité<sup>171</sup> et, en cas de doute, la Cour semble incliner pour le régime le plus restrictif<sup>172</sup>. Ensuite, parce que la Cour a refusé toute extension de cette exception. Ainsi, au moment même où les critiques à l'encontre de la jurisprudence *Cassis* se faisaient de plus en plus vives, la Cour étendait le doctrine des entraves restrictives non discriminatoires à la libre prestation de services<sup>173</sup>, puis même postérieurement à *Keck*, à l'ensemble des libertés de circulation<sup>174</sup>. Dans l'arrêt *Säger*, la Cour estime que le principe de libre prestation de services interdit « non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services analogues »<sup>175</sup>. Dans l'arrêt *Caixa Bank*, à l'occasion duquel d'ailleurs l'Avocat général plaida avec force pour une interprétation libre-échangiste plutôt que dérégulatrice des règles de libre circulation, la Cour mit en œuvre ce raisonnement avec une vigueur particulière en considérant que la réglementation française, qui interdisait la rémunération des comptes à vue, constituait « pour les sociétés d'États membres autres que la République française un obstacle sérieux à l'exercice de leurs activités par l'intermédiaire d'une filiale dans ce dernier État membre, qui affecte leur accès au marché »<sup>176</sup> en ce que cela privait les banques d'autres États membres d'un instrument de concurrence efficace pour s'implanter sur le marché. Ce passage de la discrimination à la restriction de l'accès au marché est encore aujourd'hui régulièrement contesté par les avocats généraux<sup>177</sup>.

Le test de l'entrave ainsi étendu, la Cour refusera en revanche toutes les invitations visant à transposer la jurisprudence *Keck* aux autres libertés<sup>178</sup>. Cette restriction du champ de *Keck* s'étend désormais même au domaine de la libre circulation des marchandises, qu'il s'agisse soit d'omettre de citer *Keck*<sup>179</sup>, soit de se passer du test de *Keck* pour résoudre des affaires

<sup>171</sup> F. PICOD, « La jurisprudence *Keck et Mithouard* a-t-elle un avenir ? », in L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le marché intérieur*, précité, p. 47 ; A. RIGAUX et D. SIMON, « Visite guidée au pays de *Keck et Mithouard* dans les pas des avocats généraux : une doctrine, des doctrines, pas de doctrine ? », in *La constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de J.-C. Masclet*, Paris, Publ. de la Sorbonne 2013, p. 941s.

<sup>172</sup> CJCE, 26 juin 1997, *Heinrich Bauer Verlag (Mars)*, aff. C-368/95, *Rec. I-3689*.

<sup>173</sup> CJCE, 25 juillet 1991, *Säger c/ Dennemeyer*, aff. C-76/90, *Rec. I-4221*.

<sup>174</sup> Liberté d'établissement (CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard c/ Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, aff. C-55/94, *Rec. I-4165*), libre circulation des travailleurs (CJCE, 19 janvier 2006, *Colegio*, aff. C-330/03, *Rec. I-801*), libre circulation des capitaux (*Commission c/ Portugal*, aff. C-367/98, *Rec. I-4731* ; CJCE, 28 septembre 2006, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-282/04 et C-283/04, *Rec. I-9141*) et libre circulation des citoyens (*Tas-Hagen*, aff. C-192/05, *Rec. I-10451*).

<sup>175</sup> CJCE, 25 juillet 1991, *Säger c/ Dennemeyer*, aff. C-76/90, *Rec. I-4221*.

<sup>176</sup> CJCE, 5 octobre 2004, *Caixa Bank*, aff. C-442/02, *Rec. I-8961*.

<sup>177</sup> Voir les conclusions de l'Avocate générale Kokott présentées le 22 janvier 2015, *X*, aff. C-686/13, qui invitait la Cour à ne pas retenir en matière fiscale la qualification de restriction aux libertés de circulation en l'absence de discrimination.

<sup>178</sup> Voir, par exemple, CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investment*, aff. C-384/93, *Rec. I-1141*, point 38 ; 11 avril 2000, *Deliège*, aff. C-51/96 et C-191/97, *Rec. I-2549* ; J.L. DA CRUZ VILAÇA, « On the Application of *Keck* in the Field of Free Provision of Services », in ANDENAS et ROTH (dir.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, 2002, p. 25.

<sup>179</sup> CJUE, 6<sup>e</sup> ch., 21 septembre 2016, *Etablissements Fr. Colruyt NV*, aff. C-221/15 : dans cette affaire, le régime

impliquant des réglementations s'apparentant à des modalités de vente<sup>180</sup>, soit de refuser explicitement, dans l'affaire des *Remorques*, d'étendre cette exception aux réglementations relatives aux modalités d'utilisation<sup>181</sup>. À ce dernier égard, l'affaire des *Remorques* s'inscrit dans une redéfinition commune de l'entrave centrée sur le critère de l'accès au marché qui a vocation à (re)devenir l'unique critère d'évaluation des entraves<sup>182</sup>. Ce critère de l'accès au marché interroge toutefois du point de vue de son effet dérégulateur selon que l'on considère les entraves à l'accès au marché dans un sens strict (*les réglementations ou les pratiques nationales qui rendent plus coûteuses l'accès au marché pour des nouveaux entrants*<sup>183</sup>) ou dans un sens large (*toute réglementation qui impose ou implique des contraintes aux activités économiques transfrontalières*<sup>184</sup>). En réalité, si l'on peut trouver des illustrations de ces deux approches dans la jurisprudence de la Cour de justice, il faut convenir que celles-ci sont étroitement liées à une conception politique du marché intérieur en général et de la liberté économique en particulier<sup>185</sup>. Les arrêts *Caixa Bank*, *Cippola*, *Laval*, *Viking*, *Rüffert* et dernièrement *AGET* en témoignent : c'est une certaine pré-conception de l'ordre économique qui conduit le juge à considérer qu'un avocat doit pouvoir se livrer à une concurrence sur les prix pour attirer de nouveaux clients (*Cippola*), que l'action collective (*Laval*) ou l'encadrement administratif des licenciements (*AGET*) rend « moins attractif ou plus difficile » l'exercice d'une activité économique dans un autre État membre. À cet égard, le test de l'accès au marché est critiqué par une partie de la doctrine en ce qu'à la différence du droit de la concurrence, le juge de la libre circulation ne procède à aucune étude précise du marché en cause, des contraintes existantes et des méthodes alternatives pour accéder au marché<sup>186</sup>. Il en résulte une forme d'impressionnisme dans l'évaluation de cette condition, laissant place à des préférences idéologiques, ce qui a conduit certains auteurs à la qualifier au mieux d'« approche intuitive »<sup>187</sup>, au pire de « slogan » visant à légitimer des choix politiques<sup>188</sup>. Au total, il apparaît bien, comme le relevait Catherine Prieto, que le test de l'accès au marché facilite et élargit la qualification de l'entrave<sup>189</sup>, conduisant à considérer toute réglementation, du fait des inéluctables contraintes qu'elle impose sur les opérateurs économiques, comme des restrictions à l'accès au marché interne, en ce qu'elle risque de rendre « moins attrayant » l'exercice d'une activité économique transfrontalière<sup>190</sup>.

---

de *Keck* est appliqué mais *Keck* n'est pas cité, la Cour lui préférant l'arrêt CJCE, 30 avril 2009, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft*, aff. C-531/07, *Rec. I-3717*. Dans le même sens, voir CJUE, 1<sup>re</sup> ch., 19 octobre 2016, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, aff. C-148/15.

<sup>180</sup> CJCE, 15 décembre 1993, *Ligur Carni*, aff. jointes C-318/91 et C-319/91, *Rec. I-6621* ; CJCE, 28 avril 1998, *Decker*, aff. C-120/95, *Rec. I-183*. Pour une illustration récente, CJUE, 23 décembre 2015, *Scotch Whisky Association e.a.*, aff. C-333/14, *Europe*, 2016, comm. 50, obs. A. RIGAUX.

<sup>181</sup> CJCE, Gr. Ch., 10 février 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-110/05, *Rec. I-519*.

<sup>182</sup> C. PRIETO, « Entrave et accès au marché », in L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 86s.

<sup>183</sup> Voir, par exemple, les arrêts *Dassonville* et *Caixa Bank* précités.

<sup>184</sup> Voir, par exemple, CJCE, 13 mai 2003, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. C-98/01, *Rec. I-4641* (à propos des *golden shares*) ; CJUE, 3 avril 2008, *Rüffert*, aff. C-346/06, *Rec. I-1989*.

<sup>185</sup> A.-L. SIBONY, « Can market access be taken seriously? », *Revue européenne de droit de la consommation*, n° 2012/2, p. 323-342.

<sup>186</sup> BARNARD, préc., p. 595. *Contra*, A.-L. Sibony qui estime qu'aucune analyse économique ne serait utile au juriste.

<sup>187</sup> E. SPAVENTA, « From Gebhard to Carpenter : towards a (non)-economic european constitution », *CMLR*, 2004, p. 757-758.

<sup>188</sup> J. SNELL, « The Notion of Market Access: A Concept or a Slogan? » (2010), *47 Common Market Law Review*, Issue 2, p. 437-472.

<sup>189</sup> C. PRIETO, préc., p. 85.

<sup>190</sup> Sur le refus de qualification de restriction d'une réglementation interne, voir toutefois, CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 14 avril 2016, *Sparkasse Allgäu*, aff. C-522/14 (à propos de la réglementation d'un État membre imposant aux établissements de crédit l'obligation de communiquer à l'administration fiscale des informations relatives aux



Il en résulte un renversement de la logique du contrôle de l'entrave. Ce n'est plus tant la démonstration de l'existence d'une restriction à la libre circulation qui doit être établie que sa justification, la Cour n'hésitant plus à parler d'« entrave justifiée »<sup>191</sup>. L'abandon progressif de la différenciation existentielle et fonctionnelle entre les justifications textuelles et jurisprudentielles aux mesures restrictives de libre circulation au profit d'une appréhension globale de celles-ci témoigne du déplacement du centre de gravité du contrôle<sup>192</sup>. Il suffit de parcourir les arrêts de la Cour en matière de libre circulation pour constater que les développements consacrés à l'étude de la justification de la mesure sont bien plus longs et denses que ceux consacrés à la preuve de la restriction. Ce déplacement du contrôle vers sa justification transforme le rôle du juge et l'érige en arbitre de choix faits par le législateur dans le cadre du contrôle de proportionnalité : ce contrôle de proportionnalité conduit ainsi à une transformation de la fonction de juger qui « deviendrait téléologique « “conséquentialiste” », le juge modulant les solutions en fonction de divers paramètres tenant au domaine en cause et aux conséquences politico-sociales<sup>193</sup>. Standardisé (légitimité / aptitude / nécessité), l'intensité du contrôle varie ainsi, le juge recherchant, selon les cas, l'existence ou non de mesures alternatives moins restrictives, pour le commerce<sup>194</sup>. Dans certains domaines tels que la fiscalité, l'environnement ou la santé publique, la Cour laissera une plus grande marge d'appréciation au profit des États<sup>195</sup> ; dans d'autres, comme en matière sociale ou en matière de protection des consommateurs, le contrôle de la proportionnalité de la restriction sera beaucoup plus strict<sup>196</sup>. Il n'en reste pas moins vrai que la légitimité du contrôle ainsi opéré sur des choix de politique fiscale, sociale ou culturelle, interroge dès lors qu'il revient au juge de décider de la légitimité de certains de ces choix sans que l'Union (et *a fortiori* la Cour de justice) n'en ait la compétence ultime faute pour ces domaines d'avoir été « fédéralisés » et confiés à l'appréciation démocratique du législateur européen. La Cour éviterait cet écueil en se retranchant derrière une forme de « majoritarisme » en modulant son contrôle en fonction du caractère partagé ou non de la réglementation contestée, évitant ainsi de porter des jugements politiques sur les choix réglementaires nationaux<sup>197</sup>. Si tant est qu'une telle approche soit effectivement conforme à la pratique de la Cour, celle-ci n'échappe pas, dans de nombreuses hypothèses, à des appréciations complexes impliquant des évaluations de choix sociaux sans toujours en maîtriser les conséquences. La saga *Laval / Viking* en constitue l'illustration la plus remarquable. Dans l'affaire *Viking*, la Cour pousse très loin le contrôle de la justification du motif de la grève en considérant que l'objectif de protection des travailleurs poursuivi par la grève « ne saurait toutefois être maintenue, s'il était établi que les emplois ou les conditions de

---

actifs de clients décédés, aux fins de la perception de l'impôt sur les successions).

<sup>191</sup> CJUE, 21 janvier 2016, *Commission c/ Chypre*, aff. C-515/14 ; CJUE, 6 octobre 2015, *Capoda Import-Export SRL*, aff. C-354/14.

<sup>192</sup> CJCE, 8 septembre 2005, *Yonemoto*, aff. C-40/04 ; CJCE, 4 juin 2009, *Åklagaren c/ Percy Mickelsson et Joakim Roos*, aff. C-142/05, préc. ; CJUE, 6 octobre 2011, *Bonnarde*, aff. C-443/10 ; CJUE, 29 septembre 2016, *Essent Belgium*, aff. C-492/14. Dans l'affaire *Essent Belgium*, l'Avocat général Yves Bot avait d'ailleurs invité la Cour à opérer une clarification eu égard notamment à la possibilité de se prévaloir d'un objectif environnemental à l'appui d'une mesure discriminatoire. Voir B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêts général ? », *Europe*, janvier 2012, n° 1.

<sup>193</sup> Fr. OST et Fr. TULKENS, Préface à la thèse de S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2002, p. 1.

<sup>194</sup> S. GUIBBONI, *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution. A Labour Law Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 173.

<sup>195</sup> I. BÜSCHEL, *Les rapports entre santé et libertés économiques fondamentales dans la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes*, th., Aix-en-Provence, 2009. Voir également, par exemple, en matière de jeux de hasard et d'argent, la marge d'appréciation laissée aux États membres : CJUE, 15 septembre 2011, *Dickinger et Ömer*, aff. C-347/09 ; CJUE, 8 septembre 2016, *Politanò*, aff. C-225/15.

<sup>196</sup> Voir S. GUIBBONI, préc.

<sup>197</sup> M. POIARES MADURO, préc., p. 68s.

travail en cause n'étaient pas compromis ou sérieusement menacés » : en d'autres termes, la grève n'est licite au regard de l'entrave aux libertés de circulation que si elle constitue l'ultime recours de défense des droits des travailleurs (*quid* des grèves politiques ?), ce qui est bien en-deçà de la protection qui lui est accordée dans la plupart des États européens et peut inciter à son encadrement plus strict. C'est précisément la conséquence de l'arrêt *Laval* en Suède. Dans le contexte suédois où il n'existe pas de salaire minimum légal, la Cour de justice a considéré qu'une action qui visait à demander l'application d'une convention collective allant au-delà du noyau dur de règles protégées par la directive 96/71/CE sur le détachement des travailleurs n'était pas justifiée. À la suite de cet arrêt, le parlement suédois a adopté une loi spécifique, significativement intitulée *Lex Laval*, qui va encadrer très strictement les conditions de licéité d'une action collective engagée à l'encontre des entreprises employant des salariés détachés en limitant la possibilité des syndicats de revendiquer des conditions de travail qui aillent au-delà de ce qui est imposé par la directive 96/71/CE. Depuis cette loi, le nombre d'accords collectifs conclus entre des organisations syndicales et des employeurs de travailleurs détachés a diminué de moitié<sup>198</sup>. À l'instar de l'OIT<sup>199</sup>, le Comité européen des droits sociaux a critiqué la compatibilité de la *Lex Laval* avec les articles 6 § 2 (relatif à la promotion de la négociation collective), 6 § 4 (relatif au droit de grève) et 19 § 4 (relatif au principe d'égalité de traitement entre les travailleurs étrangers et les nationaux) de la Charte sociale<sup>200</sup>.

Cette jurisprudence « anti-sociale » de la Cour de justice<sup>201</sup> témoigne de la prévalence de la logique d'intégration économique dans l'évaluation des choix justificatifs. C'est précisément dans la rencontre des droits sociaux et des libertés économiques que le paradigme libéral sous-tendant la construction du marché intérieur est le mieux révélé. La Cour ne s'est pas pour autant définitivement et totalement substituée aux choix politiques internes. Elle sait faire usage de *self-restraint* dans l'exercice du contrôle de la proportionnalité des restrictions à la libre circulation. Les données empiriques révèlent que plus de la moitié des restrictions passent avec succès le contrôle de proportionnalité<sup>202</sup>.

Au final, il apparaît tout d'abord que le test de l'entrave tel qu'il résulte de la généralisation du critère de l'accès au marché élargit son champ au point d'établir une quasi-présomption<sup>203</sup> de restriction s'agissant des réglementations affectant les échanges entre les États membres. Il s'ensuit que, présumée restrictive, la réglementation affectant les échanges doit être justifiée pour ne pas constituer un obstacle interdit à la libre circulation. Sous ce point de vue, le contrôle de proportionnalité constitue le véritable contrepoids de l'extension de la notion d'entrave : la théorie des exigences impératives d'intérêt général dans *Cassis de Dijon* est la contrepartie de la consécration du principe de reconnaissance mutuelle et de l'entrave non-discriminatoire. Le débat se déplace alors vers le contrôle de la justification de la mesure qui recèle en lui-même une importante marge de subjectivité, ouvrant la voie à une possible interférence du juge dans les choix de politique publique nationaux. Si la Cour de justice assure occasionnellement la prévalence d'un dogme libéral dans l'évaluation de ces législations, il n'est pas possible d'en inférer une pratique généralisée et univoque, celle-ci était plutôt marquée par une forme de modération. La politique jurisprudentielle de l'entrave à la libre circulation de la Cour de justice

<sup>198</sup> E. MAZUYER, « Le retour du mythe de l'Europe sociale ? », *RDT*, 2017, p. 87.

<sup>199</sup> Rapp. comm. d'experts, 2010 part. 1A, obs. concernant certain pays, Royaume-Uni, p. 211-212.

<sup>200</sup> *LO et TCO c./Suède*, 3 juillet 2013, récl. n° 85/2012.

<sup>201</sup> E. DOCKÈS, « L'Europe antisociale », *RDT* 2009, p. 604 ; E. MAZUYER, préc., p. 86.

<sup>202</sup> Nous avons interrogé de la base de données Eur-Lex pour la période mars 2012-mars 2017 : pour 19 affaires impliquant une restriction à la liberté d'établissement, la Cour a estimé que la restriction était justifiée dans 11 cas. Il ne s'agit ici que d'une approximation qu'il conviendrait d'approfondir dans le cadre d'une étude empirique plus précise et englobant l'ensemble des libertés de circulation. Ces données sont cohérentes avec les résultats présentés par V. HATZOPOULOS, « Les justifications aux entraves aux libertés de circulation », *Research paper in law*, Collège de Bruges, 1/2013.

<sup>203</sup> *Contra*, CJUE, 14 avril 2016, *Sparkasse Allgäu*, aff. C-522/14.

ne révèle pas une approche néo-libérale qui serait hostile à toute forme de réglementation, au motif que le marché doit se réguler lui-même, mais une approche libérale visant à protéger les opérateurs économiques contre les réglementations non nécessaires ou disproportionnées pour les échanges.

### ***B. La réduction du champ des situations internes***

L'autre cause de cette approche libérale de la libre circulation est la réduction progressive des hypothèses de situations purement internes vis-à-vis desquelles le droit de l'Union européenne n'a pas en principe vocation à s'appliquer<sup>204</sup>. Cette solution est justifiée par la raison d'être des dispositions du traité relatives à la libre circulation dont l'objet est de libérer les échanges entre les États membres et non de libéraliser le commerce dans les États membres<sup>205</sup>. Pourtant, depuis le début des années 80<sup>206</sup>, on a assisté à une politique jurisprudentielle tendant à réduire considérablement les hypothèses de situations purement internes au point que l'on annonce régulièrement leur disparition<sup>207</sup>. Si la doctrine y voit une extension, appréciable ou contestable selon les cas, du champ d'application du droit européen, rares sont les auteurs en revanche qui inscrivent cette évolution dans une tendance plus générale de libéralisation économique. Pourtant, compte tenu, d'une part, des présupposés libéraux qui sous-tendent l'évaluation par la Cour de justice des entraves à la libre circulation (restrictions) et, d'autre part, de la « vigilance des particuliers à la sauvegarde » des droits économiques qu'ils tirent de l'intégration (*Van Gend en Loos*), le droit de l'Union européenne peut se transformer en instrument redoutable de remise en cause des réglementations commerciales nationales restrictives de liberté commerciale<sup>208</sup>.

Les situations purement internes sont les situations où tous les éléments du litige se cantonnent à l'intérieur d'un seul et même État membre. Faute d'élément d'extranéité, le droit de l'Union européenne n'a pas vocation à s'appliquer. La Cour a progressivement construit un régime juridique de ces situations purement internes comportant un volet procédural et matériel. Du point de vue procédural, la compétence de la Cour de justice pour répondre à une question qui ne comporte aucun élément d'extranéité ne va pas de soi. D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour relative à la recevabilité de questions déférées par des juridictions nationales dans des affaires où tous les faits sont cantonnés à l'intérieur d'un seul État membre<sup>209</sup>, a été critiquée par un certain nombre d'avocats généraux<sup>210</sup> et par la doctrine<sup>211</sup>. Aux termes de cette jurisprudence, la Cour de justice accepte sa compétence préjudicielle dans des situations purement internes, (1) soit parce que même si les faits de l'affaire sont cantonnés à l'intérieur

---

<sup>204</sup> CJCE, 3 octobre 1990, *Nino e.a.*, aff. C-54/88, C-91/88 et C-14/89.

<sup>205</sup> Voir *supra*, introduction.

<sup>206</sup> CJCE, 14 décembre 1982, *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij*, aff. 286/81.

<sup>207</sup> D. SIMON et F. LAGONDET, « Libre circulation des marchandises et situations purement internes – Chronique d'une mort annoncée », *Europe*, 1997, chr. 7 ; D. BERLIN, « La peau de chagrin des situations purement internes », *JCP E* 2013, n° 14, p. 672 ; F. MARTUCCI, « Situations purement interne et libertés de circulation », in É. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation – In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 43-104. Nous verrons toutefois qu'une nouvelle tendance semble se dessiner tendant à réhabiliter ces situations purement internes (CJUE, 1<sup>re</sup> ch., 8 décembre 2016, *Eurosanamientos*, aff. jtes C-532/15 et C-538/15).

<sup>208</sup> É. CARPANO, « Le droit de l'Union comme instrument de contestation interne des réglementations commerciales restrictives : libéralisation des échanges entre les États membres ou libéralisation de l'économie ? », *RLDA* 2013/87, n° 4835.

<sup>209</sup> CJCE, 15 décembre 1982, *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij*, aff. 286/81.

<sup>210</sup> Conclusions de l'Avocat général Darmon dans les affaires jointes C-297/88 et C-197/89, *Dzodzi* ; l'Avocat général Tesauro dans l'affaire C-346/93, *Kleinwort Benson* ; de l'Avocat général Jacobs dans l'affaire C-28/95, *Leur-Bloem* ; et de l'Avocat général Saggio dans l'affaire C-448/98, *Guimont*.

<sup>211</sup> A. BARAV, « Déformations préjudicielles », in *Mélanges Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 21.

d'un seul État membre, certains effets transfrontaliers de la législation nationale contestée ne peuvent être exclus<sup>212</sup>, (2) soit parce que l'interprétation du droit de l'Union qui est demandée semble pouvoir être utile à la juridiction de renvoi « dans l'hypothèse où son droit national imposerait [...] de faire bénéficier un [ressortissant de cet État membre] des mêmes droits que ceux qu'un ressortissant d'un autre État membre tirerait du droit communautaire dans la même situation »<sup>213</sup>, (3) soit enfin parce que l'application des règles pertinentes de l'Union aux situations soumises aux juridictions de renvoi était indirecte et dépendait de la présence dans les textes nationaux d'une référence (explicite ou implicite) à ces règles<sup>214</sup>. La première des lignes jurisprudentielles est la plus critiquable dès lors que la plupart des réglementations commerciales, fiscales ou sociales, en ce qu'elles imposent des contraintes sur les opérateurs économiques, sont susceptibles de décourager les ressortissants d'autres États membres de s'installer<sup>215</sup>. Cette jurisprudence conduit nécessairement à faire de la libéralisation économique le standard de l'évaluation des réglementations nationales et encourage la concurrence entre les systèmes juridiques. La seconde ligne jurisprudentielle, inaugurée par l'arrêt *Guimont*<sup>216</sup>, retient la recevabilité des questions déferées, alors que tous les aspects de la procédure au principal sont cantonnés à l'intérieur d'un seul État membre, pour lutter contre les discriminations à rebours. Pour la Cour, il ne s'agirait pas d'étendre extension du champ d'application du traité à des domaines qui n'en relèvent pas, mais de fournir les éléments d'interprétation nécessaires au juge national pour apprécier le cas échéant l'existence d'une discrimination à rebours<sup>217</sup>. Sur le fond, si en principe « les dispositions du traité en matière d'établissement et de prestation de services, ne sauraient être appliquées à des situations purement internes à un État membre »<sup>218</sup>, le juge est nécessairement contraint par l'appréciation de la Cour lorsqu'il accepte de répondre à une question préjudicielle portant sur une affaire relevant d'une situation purement interne. Dans l'hypothèse où la Cour constate que la réglementation interne est susceptible de constituer une entrave à la libre circulation, le juge interne n'a pas d'autres solutions que de l'écarter du litige<sup>219</sup>. Dans les affaires *Alessandra Venturini* et *Ottica New Line* où étaient en cause respectivement une réglementation italienne qui réserve la vente de médicaments soumis à prescription médicale aux seules pharmacies et une réglementation de la région de Sicile sur l'implantation des opticiens, la Cour, malgré l'absence de tout élément d'extranéité, accepte de répondre aux juges de renvoi en considérant que ces réglementations bien que restrictives au regard de la liberté d'établissement n'en sont pas moins justifiées pour des raisons de santé publique. Le juge de renvoi fera une application stricte de l'interprétation de la Cour pour justifier cette réglementation alors même qu'il n'y avait là aucune raison d'évaluer cette réglementation au regard du droit de l'UE<sup>220</sup>. On le voit, l'extension du champ du droit de l'Union, par-delà les situations purement internes, soumet dans le droit interne à la logique de l'entrave et à ses potentiels effets subversifs de déréglementation.

<sup>212</sup> CJCE, 7 mai 1997, *Pistre e.a.*, aff. jointes C-321 à C-324/94.

<sup>213</sup> CJCE, 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, aff. C-451/03 ; CJCE, 5 décembre 2006, *Cipolla e.a.*, aff. C-94/04 et C-202/04 ; CJUE, 1<sup>er</sup> juin 2010, *Blanco Pérez et Chao Gómez*, aff. jointes C-570/07 et C-571/07.

<sup>214</sup> CJCE, 11 décembre 2007, *ETI e.a.*, aff. C-280/06.

<sup>215</sup> Par exemple, sur le caractère restrictif d'une réglementation permettant de contrôler efficacement le respect des droits des travailleurs, CJCE, 19 juin 2008, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-319/06.

<sup>216</sup> CJCE, 5 décembre 2000, *Jean-Pierre Guimont*, aff. C-448/98.

<sup>217</sup> CJCE, 11 septembre 2003, *Anomar e.a.*, aff. C-6/01.

<sup>218</sup> CJCE, 7 février 1979, *Knoors*, aff. 115/78.

<sup>219</sup> Voir, en ce sens, l'affaire *Atanasio* précitée, à propos de la compatibilité avec le droit de l'Union européenne d'une réglementation italienne qui prévoyait des distances minimales obligatoires entre les installations de stations-services.

<sup>220</sup> Voir *Sentenza del Consiglio della Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana*, 22 octobre 2014, *Ottica New Line* (<http://www.assotticipa.it/Sentenza%20CGA%20Sicilia%2022.10.14.pdf>).

Toutefois, il semblerait que la Cour ait pris la mesure de ce risque, relayé par les avocats généraux<sup>221</sup>, d'instrumentalisation du droit de l'Union européenne. Dans le dernier état de sa jurisprudence, la Cour a interprété de manière plus restrictive les conditions de recevabilité des questions préjudicielles lorsque le litige relève d'une situation purement interne. Dans une série d'affaires récentes, elle prononce l'irrecevabilité de la demande préjudicielle du juge interne au motif qu'« il ne ressort aucunement des demandes de décision préjudicielle qu'il y aurait des éléments liés soit aux parties dans les procédures devant les juridictions nationales, soit aux activités de ces parties, qui ne se cantonneraient pas à l'intérieur du seul État membre concerné. En outre, les juridictions de renvoi n'indiquent pas en quoi les litiges pendants devant elles présentent, en dépit de leur caractère purement interne, un élément de rattachement avec les dispositions du droit de l'Union relatives aux libertés fondamentales qui rend l'interprétation préjudicielle sollicitée nécessaire à la solution de ces litiges »<sup>222</sup>. Cette tendance, si elle se confirme, doit être saluée en ce qu'elle favorise un recentrage des règles de libre circulation sur leur fonction première en encadrant davantage leur usage dérégulateur en dehors de leur champ d'application.

#### V. LA RACE TO THE BOTTOM OU LES FORCES DÉRÉGULATRICES DE LA CONCURRENCE NORMATIVE

La dernière illustration des tendances dérégulatrices de la jurisprudence de la Cour de justice résulte du développement et de l'instrumentalisation de la concurrence normative au sein de l'Union européenne<sup>223</sup>. Dans l'Union européenne, les personnes comme les capitaux sont mobiles et peuvent s'implanter sans restriction dans n'importe quel État de l'Union, notamment pour optimiser leur situation juridique. Le droit de l'Union leur offre, par le jeu des libertés de circulation, de véritables ressources stratégiques pour cela. Or, au sein de l'UE, cette concurrence par le droit n'aurait pas dû être. Certes, l'intégration européenne vise à la libéralisation des échanges en créant un espace sans frontières à l'intérieur duquel les personnes, les services, les biens et les capitaux doivent pouvoir circuler sans restriction. Mais, en même temps, l'Union européenne dispose de compétences d'harmonisation visant à rapprocher les législations nationales. Autrement dit, les inconvénients résultant de la libéralisation auraient pu être compensés par une harmonisation des droits nationaux. Tel ne fut pas le cas. Non seulement cette harmonisation n'est que partielle, et certains domaines névralgiques (fiscalité, droit du travail, protection sociale) y échappent très largement, mais en plus, les institutions de l'Union, au premier titre desquelles la Cour de justice, ont vu dans la concurrence normative entre les États, un instrument libéral d'intégration à l'instar de ce qui s'est passé aux États-Unis entre les États fédérés à partir des années 30. La libre circulation permet aux opérateurs économiques de mettre en concurrence les systèmes juridiques qui y répondent, en l'absence d'harmonisation, en réduisant leur niveau de prélèvement ou de réglementation pour demeurer ou redevenir « compétitifs », au risque de fragiliser l'unité de l'intégration et la coopération loyale entre les États. Les États se lancent alors dans des pratiques de concurrence déloyale ou dommageable. Se développe ainsi une course vers le bas (« *race to*

---

<sup>221</sup> Voir en ce sens les conclusions de l'Avocat général Nils Wahl présentées le 5 septembre 2013, *Alessandra Venturini*, aff. jtes C-159 à C-161/12.

<sup>222</sup> CJUE, 1<sup>re</sup> ch., 8 décembre 2016, *Eurosaneamientos*, aff. jtes C-532 et C-538/15. Voir, dans le même sens, CJUE, ord., 12 mai 2016, aff. jtes C-692 à C-694/15 : *Security Service Srl* (aff. C-692/15), *Il Camaleonte Srl* (aff. C-693/15), *Vigilanza Privata Turrus Srl* (aff. C-694/15) c/ *Ministero dell'Interno* (aff. C-692 et aff. C-693/15), *Questura di Napoli*, *Questura di Roma* (aff. C-692/15) ; CJUE, 15 novembre 2016, *Ullens de Schooten*, aff. C-268/15.

<sup>223</sup> Pour un panorama complet de la question, voir É. CARPANO, M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER (dir.), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2016, 380 p. Nous reprenons ici certains de ces développements.

*the bottom*<sup>224</sup>) génératrice de *dumping* social ou fiscal, qui affecte l'unité même du projet européen. La liberté économique, mesurée sous la forme d'index et d'indicateurs en tout genre devient alors l'étalon de l'attractivité des États<sup>225</sup>.

Longtemps cette concurrence normative a été encouragée par le droit de l'Union européenne et a été perçue comme un instrument d'intégration pour pallier l'absence d'harmonisation des législations nationales. Elle serait sous ce point de vue auto-régulatoire. Cette conception s'inscrit dans le prolongement des travaux menés par Charles Mills Tiebout, dans le cadre de sa théorie sur le fédéralisme fiscal, qui soutient qu'un système fiscal décentralisé encourage la concurrence fiscale et permet aux individus de faire des choix *optimum* de localisation et aux États de proposer des paniers composés de structures fiscales et de biens publics locaux les plus attractifs<sup>226</sup>. L'analyse économique du droit a repris cette idée pour l'appliquer au champ juridique en considérant que la concurrence entre systèmes juridiques conduit vers une convergence entre systèmes juridiques. Les opérateurs économiques, mobiles, votent avec leurs pieds (*exit*) et se déplacent vers les systèmes qui répondent le mieux à leurs attentes<sup>227</sup>. En retour, les États adaptent leur législation pour maintenir ou attirer ces opérateurs économiques. S'enclencherait ainsi un cercle vertueux compétitif de convergence des normes vers toujours moins de contrainte normative.

Ce modèle théorique trouve un écho particulier dans la jurisprudence de l'Union européenne. Il peut être soutenu qu'à côté des méthodes d'intégration positive (harmonisation / politiques communes) s'est développée une méthode d'intégration dite négative qui repose pour partie sur la concurrence normative<sup>228</sup>. Les difficultés rencontrées pour harmoniser les législations nationales, à une époque où l'unanimité était requise, a conduit la Cour de justice à consacrer un principe de reconnaissance mutuelle dans son arrêt *Cassis de Dijon*<sup>229</sup>, qui a eu pour effet de faire « comme si » les législations nationales étaient harmonisées. En d'autres termes, en l'absence d'harmonisation des législations nationales, il sera considéré que celles-ci sont équivalentes malgré leur diversité réelle à moins que l'État ne puisse se prévaloir d'un motif d'intérêt général (*exigences impératives d'intérêt général*) pour justifier la spécificité de sa législation. Cette conception extensive de l'entrave est un puissant vecteur de rapprochement des systèmes juridiques puisqu'il met en concurrence les législations nationales du point de vue de l'accès à une activité économique<sup>230</sup>.

L'arrêt *Centros* constitue une autre illustration de cette interprétation concurrentielle des règles de l'Union. Aux deux Danois qui avaient créé une société de droit anglais pour échapper à la législation danoise qui impose la libération d'un capital social minimal, la Cour de justice répond qu'il n'y a là aucun abus de droit mais juste une utilisation des potentialités du traité. Selon la Cour, « le fait, pour un ressortissant d'un État membre qui souhaite créer une société, de choisir de la constituer dans l'État membre dont les règles de droit des sociétés lui paraissent les moins contraignantes et de créer des succursales dans d'autres États membres ne saurait constituer en soi un usage abusif du droit d'établissement. En effet, le droit de constituer une société en conformité avec la législation d'un État membre et de créer des succursales dans

---

<sup>224</sup> F.W. SCHARPF, *Governing in Europe: Effective and Democratic ?*, Oxford University Press, 1999, p. 86-101.

<sup>225</sup> B. Frydman et A. Van Waeyemberge, *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

<sup>226</sup> Ch. TIEBOUT, « A pure theory of local expenditure », *Journal of Political Economy* 1956, 64, 5, p. 416.

<sup>227</sup> O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1970.

<sup>228</sup> S. DEAKIN, « Is regulatory competition the future for European integration? », *Swedish Economic Policy Review*, 2006, n° 13, p. 71-85.

<sup>229</sup> CJCE, 20 févr. 1979, *Rewe Zentral (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78, EU:C:1979:42.

<sup>230</sup> Voir *supra*. Également, É. CARPANO, « Le droit de l'Union comme instrument de contestation interne des réglementations commerciales restrictives : libéralisation des échanges entre les États membres ou libéralisation de l'économie ? », *RLDA* 2013/87, n° 4835.

d'autres États membres est inhérent à l'exercice, dans un marché unique, de la liberté d'établissement garantie par le traité ». De même, « le fait qu'un ressortissant communautaire, personne physique ou morale, a entendu profiter de la fiscalité avantageuse en vigueur dans un État membre autre que celui dans lequel il réside n'autorise pas, à lui seul, à le priver de la possibilité d'invoquer les dispositions du traité »<sup>231</sup>. La Cour consacre ici explicitement un véritable droit à la mise en concurrence des droits nationaux et, partant, incite les opérateurs à se déplacer<sup>232</sup>. Cette stratégie n'est pas nouvelle et on peut en trouver l'origine dans l'arrêt *Van Gend en Loos*<sup>233</sup>, où la Cour de justice avait précisé, pour justifier l'effet direct du droit communautaire, que sa mise en œuvre repose sur « la vigilance des particuliers à la sauvegarde de leurs droits », faisant ainsi des individus des véritables acteurs de l'intégration : en leur conférant des droits subjectifs, les individus sont incités à les actionner pour les faire valoir et faire respecter indirectement le droit objectif de l'intégration. Certes cette invocabilité des libertés de circulation n'est totale puisque la Cour reconnaît aux États la possibilité de lutter contre les « usages abusifs »<sup>234</sup>, « pratiques abusives »<sup>235</sup> ou les « montages purement artificiels »<sup>236</sup>. Mais, en pratique, en l'absence de tout critère opérationnel de l'abus d'une liberté de circulation<sup>237</sup>, sa fonction régulatrice de concurrence normative reste limitée<sup>238</sup>.

Cette politique de régulation concurrentielle est aussi assumée par le législateur et ne se limite pas au droit des sociétés. Par exemple, dans le domaine des énergies renouvelables, les directives « ENR »<sup>239</sup> fixent l'objectif de parvenir, d'ici 2020, à une part de 20 % d'énergie renouvelable dans la consommation finale d'énergie à l'échelle européenne et poussent les États à rendre leur droit national suffisamment attractif pour inciter les opérateurs économiques à produire, sur leur territoire, de l'énergie à partir de sources renouvelables<sup>240</sup>. Cette politique emprunte également d'autres voies, telle que la Méthode ouverte de coordination (MOC), qui permet une coopération mutuelle au niveau de l'Union fondée sur des objectifs et des indicateurs communs, sur le partage d'informations et sur l'adoption des meilleures pratiques devant conduire, de manière non contraignante, à un effet de convergence. Les semestres européens en matière d'emploi relèvent également de la même logique (dé)régulatoire<sup>241</sup>. La doctrine parle à cet égard de *coopétition*<sup>242</sup>.

L'auto-régulation par la concurrence normative apparaît très largement comme un mythe et

---

<sup>231</sup> CJCE, 11 décembre 2003, *Barbier*, aff. C-364/01, EU:C:2003:665.

<sup>232</sup> *Contra*, voir CJUE, 10 décembre 2015, *Kornhaas*, aff. C-594/14 (à propos de la règle du droit allemand des sociétés de demander le remboursement de paiements intervenus avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité).

<sup>233</sup> CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. C-26/62.

<sup>234</sup> CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, point 136.

<sup>235</sup> CJCE, 25 avril 2013, *Commission c/ République tchèque*, aff. C-109/11 ; CJCE, 21 février 2006, *Halifax e.a.*, aff. C-255/02, *Rec. I-1609*.

<sup>236</sup> CJCE, 16 juillet 1998, *ICI*, aff. C-294/96, point 26 ; CJCE, 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, aff. C-446/03 point 57 ; CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, aff. C-196/04, point 55.

<sup>237</sup> Conclusions de l'Avocat général Poiras Maduro présentées le 7 avril 2005, *Halifax*, préc., point 64.

<sup>238</sup> Voir, en ce sens, l'analyse détaillée de M. COMBET, *L'établissement des sociétés en droit de l'Union européenne*, Paris, Mare et Martin, 2017, n° 444s.

<sup>239</sup> Directive CE n° 2001/77, 27 septembre 2001, relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité, *JOCE* n° L 283, 27 octobre 2001, et directive CE n° 2009/28, 23 avril 2009, relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, *JOCE* n° L 140, 5 juin 2009.

<sup>240</sup> Sur cette question, voir É. Durand, « Concurrence normative et environnement : un panneau solaire sous les nuages », in É. CARPANO, M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER (dir.), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, préc., p. 153.

<sup>241</sup> Sur les effets de la gouvernance économique sur les politiques sociales, voir E. MAZUYER, « Le retour du mythe de l'Europe sociale », préc., sp. 86.

<sup>242</sup> A. VAN WAEYENBERGE, « L'Union européenne comme catalyseur de la concurrence normative », in É. CARPANO, M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER (dir.), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, préc., sp. 68.

produit des effets pervers pour la société. D'abord, parce qu'elle est davantage une *race to the bottom* qu'une *race to the top*. Cet abaissement du niveau de pression normative n'est pas en soi néfaste : tel n'est pas assurément le cas lorsque les États abaissent le niveau des exigences de capital social. En revanche, cela l'est lorsqu'émergent des politiques dérégulatoires pouvant conférer des avantages normatifs compétitifs à certains opérateurs économiques et entraîner une régression sociale généralisée. C'est là le souci des institutions et des États de lutter contre la concurrence fiscale dommageable<sup>243</sup> ou la concurrence sociale déloyale<sup>244</sup>. La concurrence normative dans l'Union, instrumentalisée par les institutions, optimisée par les opérateurs économiques, apparaît aujourd'hui moins comme un facteur d'intégration que de désintégration : elle est un facteur de régression sociale (*race to the bottom*) et de désunion entre les peuples dressant les États (voir les débats sur la révision de la directive Détachement des travailleurs) et les peuples (le syndrome du plombier polonais) les uns contre les autres. C'est parce que l'Europe n'est pas allée assez loin dans l'intégration que ces phénomènes se développent et risquent d'emporter le projet européen tout entier.

## VI. CONCLUSION

L'Union européenne n'a pas pour objet d'établir un marché sans règle en application d'un dogme néo-libéral qui garantirait le *laissez-faire*. La Cour de justice n'a pas non plus interprété les règles du traité comme établissant un ordre constitutionnel économique articulé autour d'un principe absolu de liberté économique semblable à la *economic due process clause* américaine de l'ère *Lochner*. Les États conservent un pouvoir de réglementation et de régulation dans le cadre d'une économie sociale de marché. Toutefois ce pouvoir est étroitement encadré au nom de la primauté des objectifs politiques de l'intégration (la paix) dont la réalisation d'un grand marché (*libre circulation et libre concurrence*) constitue le vecteur principal pour créer des solidarités de fait entre les peuples européens. Il s'agit là d'une différence fondamentale avec les États-Unis où la construction d'un marché intégré n'est pas la condition de la fédéralisation mais sa conséquence : aux États-Unis, la Cour suprême cherche davantage à réguler les compétences entre le niveau fédéral et étatique alors que dans l'Union il s'agit surtout d'encadrer la compétence étatique afin qu'elle ne constitue pas un obstacle à la réalisation des objectifs du traité. Les difficultés de mise en œuvre de l'intégration positive ont favorisé le développement de l'intégration négative, érigeant la Cour de justice en arbitre régulatrice de la construction politique de ce grand marché économique. Dans ce cadre, elle a développé une stratégie libérale (*au sens politique*) d'intégration s'appuyant d'abord sur les individus comme relais des libertés économiques, « libertés fondamentales » pour la réalisation d'un marché unique. C'est cette même stratégie d'intégration qui va la conduire à étendre le champ de l'entrave à la libre circulation pour pallier les réticences ou l'inaction des États pour la réalisation des objectifs du traité. La Cour a fait le choix libéral de contourner l'État en jouant l'individu contre l'État (*doctrine de l'effet direct*) et la *reconnaissance mutuelle* faute d'*harmonisation* (*Cassis de Dijon*). L'élargissement de la notion d'entrave aux mesures nationales discriminatoires et non discriminatoires (restrictives) susceptibles de « gêner ou de rendre moins attrayant » l'exercice d'une liberté a inscrit le test de l'entrave dans une dynamique libérale (*au sens économique*). La liberté de circulation est ainsi exacerbée en tant qu'instrument politique et partant économique de réalisation du marché intérieur au risque de favoriser une concurrence normative entre les États membres génératrice de dérégulation (*race to the bottom*). Toutes les réglementations nationales restreignant ou tout simplement encadrant la liberté économique des opérateurs deviennent suspectes et sont soumises à un processus

---

<sup>243</sup> Voir le Code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises adopté par le Conseil ECOFIN, *JOCE* 6 janvier 1998.

<sup>244</sup> Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, *JORF* n° 0159 du 11 juillet 2014, p. 11496.



judiciaire d'évaluation à intensité variable qui conduit le juge à se prononcer sur des choix de politique publique que l'Union elle-même n'est pourtant pas en mesure d'assumer, faute de compétence ou de majorité pour le faire. Le juge devient ainsi un régulateur de l'ordre constitutionnel et économique de l'Union dont le libéralisme (politique et économique) constitue la pierre de touche. L'intégration est libérale non pas simplement par objectif mais aussi (et surtout ?) par facilité en ce qu'elle constitue une alternative opérationnelle et effective à l'intégration positive. Les droits sociaux en font les frais faute d'une intégration sociale plus poussée. Il appartient non pas aux juges, mais aux législateurs, qu'ils soient nationaux ou européen, de faire ces choix de politique publique. Le juge Rehnquist ne disait pas autre chose dans l'arrêt *Kassel* de la Cour suprême des États-Unis lorsqu'il se félicitait que la Cour soit « déchargée de ses fonctions de détermination des politiques publiques, fonctions qui, en l'absence d'action du Congrès, ont été confiées par les pères fondateurs aux législatures des États » (*Kassel v. Consolidated Freightways Corporation of Delaware* (1980)). L'avenir de l'UE passe par sa fédéralisation garantissant une répartition démocratiquement acceptée et équilibrée des compétences entre le centre et la périphérie.