



HAL
open science

La dynamique dérégulatoire de l'entrave dans le marché intérieur

Éric Carpano

► **To cite this version:**

Éric Carpano. La dynamique dérégulatoire de l'entrave dans le marché intérieur. Revue de l'Union européenne, 2018, p. 140-148 (n° 616). hal-01992046

HAL Id: hal-01992046

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-01992046v1>

Submitted on 12 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.

La dynamique dérégulatoire de l'entrave dans le marché intérieur

Éric Carpano. La dynamique dérégulatoire de l'entrave dans le marché intérieur. *Revue de l'Union européenne*, 2018, p. 140-148 (n° 616). [hal-01992046](#)

Eric Carpano,
Professeur de droit public,
Chaire Jean Monnet, Université Jean Moulin – Lyon 3

Résumé

L'Etat de droit n'est plus défini exclusivement par le droit national. Il se présente comme un Etat de droit intégré qui participe à la réalisation de l'Union de droit qui, en retour, l'europanise. L'Union européenne est donc d'abord une Union d'Etats de droit tant sur le plan axiologique que fonctionnel. L'Etat de droit est un instrument de l'intégration. Mais l'État de droit n'est pas simplement un État de droit dans l'Union ; il est aussi un État de droit de l'Union partiellement encadré par le droit de l'Union européenne qui participe à sa modélisation.

The rule of law is no longer defined exclusively by national law. It presents itself as an integrated rule of law which contributes to the realization of an Union governed by the rule law which, in return, Europeanises it. The European Union is therefore first and foremost a Union of States governed by the rule of law, both axiologically and functionally. The rule of law is an instrument of EU integration. But the rule of law is also partially framed by the law of the European Union which participates in its modelization.

L'interdiction des mesures restrictives à la libre circulation dans l'Union européenne est au fondement du projet européen¹. Poursuivant le dessein de créer une « une solidarité de fait » entre les Etats membres², faite d'interdépendances économiques, l'édification d'un marché commun ambitionnait de décloisonner les marchés nationaux en créant un espace commun de libre circulation des biens et des facteurs de production. Ce marché commun a été progressivement transfiguré en marché intérieur visant à « l'élimination des *entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible de celles d'un véritable marché intérieur* »³. Entre l'objectif initial de décloisonner les marchés nationaux et la construction

¹ Cet article s'inscrit dans une réflexion plus globale sur la dimension politique de l'entrave et reprend certaines idées développées ailleurs. Voir notamment, E. Carpano, « Retour critique sur la liberté économique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *Annuaire de droit européen* 2016, pp. 45-84 ; E. Carpano, « Le droit de l'Union comme instrument de contestation interne des réglementations commerciales restrictives : libéralisation des échanges entre les Etats membres ou libéralisation de l'économie ? », RLDA, 2013/87, n°4835.

² Discours de l'Horloge, 9 mai 1950.

³ CJCE, 5 mai 1982, *Schul*, aff. 14/81, Rec 1409 ; Voir également, CJCE, 5 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, aff. 26/76, Rec. 1875.

d'un véritable marché intérieur, il n'y a pas seulement une différence de degré mais une différence de nature. Le marché intérieur ne vise plus seulement à garantir la libre circulation des opérateurs économiques, mais tend vers la mise en place d'un espace économique unique libéré de toute entrave. L'interprétation libérale de la notion d'entrave à la libre circulation qui s'est progressivement imposée a étendu son champ d'application à toutes les mesures nationales qui ont un effet restrictif sur l'accès au marché ou à l'exercice d'une liberté économique garantie par le traité⁴.

Une telle extension portait en elle-même le risque d'un *effet dérégulateur*⁵. Les opérateurs économiques ne s'y sont pas trompés, s'engouffrant dans la brèche ouverte par *Cassis de Dijon* « pour contester toute espèce de réglementations qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale »⁶. C'est ainsi que les règles du traité ont pu être invoquées par les particuliers pour mettre en jeu, avec des succès divers, les règles d'urbanisme commercial⁷, sur l'ouverture des magasins le dimanche⁸, sur le salaire minimal⁹, sur le monopole des pharmacies¹⁰, le droit de grève¹¹, sur l'implantation des opticiens¹² ou encore sur l'interdiction de la revente à perte¹³. Cette instrumentalisation dérégulatoire des règles du traité avait précisément justifié le revirement *Keck*¹⁴ qui n'a toutefois pas mis un terme à cette tendance. Et les avocats généraux eux-mêmes continuent de mettre en garde contre toute interprétation dérégulatoire de la notion d'entrave¹⁵. 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 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 »¹⁶. L'objectif des règles de libre circulation serait, comme l'a rappelé l'avocat général Tesauo, de libéraliser les « échanges intracommunautaires [et non de] promouvoir le libre exercice de l'activité commerciale dans chaque État membre »¹⁷. Il en résulterait que « toute restriction à la liberté économique ou commerciale n'est pas une restriction à l'exercice des libertés de circulation »¹⁸. 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 :

⁴ CJCE, 5 octobre 2004, *Caixa Bank*, C-442/02, Rec I-8961 ; CJCE, Gde Ch., 10 févr. 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-110/05, Rec. I-519 ; CJUE, 8 juin 2017, *Maria Eugenia Van der Weegen*, C-580/15, ECLI:EU:C:2017:429

⁵ L'expression désigne le processus de déréglementation propre aux dynamiques de libéralisation des marchés visant à libérer les activités économiques des contraintes normatives et du contrôle de l'Etat. V. B.Frydman, « La concurrence normative européenne et globale », in. E.Carpano, E. Chastagnaret et E. Mazuyer (dir.), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Larcier, 2016, sp. 24.

⁶ CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jointes C-267/91 et C-268/91, Rec. I-6097

⁷ CJCE, 8 déc. 1987, *Gauchard*, aff. 20/87, Rec. 4879.

⁸ CJCE, 23 nov. 1989, *Torfean Borough Council*, aff. 145/88, Rec. 3851.

⁹ CJCE, 3 avril 2008, *Rüffert*, C-346/06 ; CJUE, 18 septembre 2014, *Bundesdruckerei GmbH c. Stadt Dortmund*, C-549/13

¹⁰ CJUE, 5 déc. 2013, *Alessandra Venturini*, aff. jtes C-159/12 à C-161/12.

¹¹ 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

¹² CJCE, 26 septembre 2013, *Ottica New Line*, C-539/11

¹³ CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jointes C-267/91 et C-268/91, Rec. I-6097.

¹⁴ Arrêt *Keck* précité, pt. 14.

¹⁵ Conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 14 décembre 2006, *Mickelson and Roos*, C-142/05, pt. 48.

¹⁶ 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.

¹⁷ Conclusions de l'avocat général Tesauo présentées le 27 octobre 1993, *Hünermund e.a.*, C-292/92.

¹⁸ Conclusion de l'avocat général Poiares Maduro présentées le 7 avril 2005, *Marks and spencers*, C-347/04.

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 »¹⁹. 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* »²⁰.

La mise en œuvre des règles de libre circulation ne devrait donc avoir ni un objet, ni un effet dérégulateur. C'est cette assertion que nous souhaiterions ici éprouver dans une perspective critique. Les observations qui suivent ne prétendent pas fournir une grille de lecture explicative de toute la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation. Celle-ci est trop complexe et ambivalente pour pouvoir faire l'objet d'une telle modélisation. Notre propos est plus spécifique et vise à relever certaines dynamiques dérégulatrices à l'œuvre dans la jurisprudence de la Cour pour mettre en exergue la dimension politique du test de l'entrave dans le marché intérieur. Notre hypothèse est la suivante : la Cour de justice a procédé, au travers de la définition de l'entrave, à une surdétermination de la constitution économique de l'Union européenne²¹ fondée « sur une économie de marché ouverte où la concurrence *est libre* » (art. 119 et 120 TFUE) ayant pour effet, à défaut d'en avoir l'objectif²², d'imposer un certain nombre de contraintes économiques et (dé)-régulatrices pour les États²³.

Cette dynamique dérégulatoire est le produit de quatre phénomènes : l'extension de la notion d'effet restrictif (I), la généralisation du principe de reconnaissance mutuelle (II), la réduction des situations purement internes (III) et le contrôle strict des justifications (IV).

I – L'effet restrictif au-delà de la discrimination

Les réglementations qui ont un objet ou un effet restrictif sur les flux transfrontaliers constituent des entraves à la libre circulation dans le marché intérieur. Il ne s'agit pas seulement d'éliminer les réglementations directement ou indirectement discriminatoires conformément à l'orthodoxie libre-échangiste mais également les réglementations indistinctement applicables qui ont un effet restrictif sur les échanges en rendant plus difficile ou moins attractif l'exercice d'une activité économique transfrontalière.

Qu'une réglementation discriminatoire ait un effet restrictif sur les échanges, cela ne souffre d'aucune contestation. Une telle réglementation impose une charge supplémentaire aux

¹⁹ Conclusions de l'avocat général Tizzano présentées le 24 mars 2004, *Caixa Bank France*, C-442/02.

²⁰ 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

²¹ M. Poiares Maduro, *We the Court : The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Bloomsbury Publishing, 1998.

²² L. Azoulai, « L'ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel*, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, 2003, p. 277.

²³ C. Barnard, « What the Keck ? Balancing the needs of the Single Market with the state regulatory autonomy in the EU (and the US) », *European Journal of Consumer Law*, 2012, p. 201 ; 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

producteurs ou aux opérateurs provenant d'autres Etats membres en les soumettant à des conditions auxquelles les opérateurs locaux ne sont pas soumis ou en les privant des avantages dont ces derniers bénéficient²⁴. La discrimination est l'instrument du protectionnisme en réservant aux nationaux un avantage comparatif dans la concurrence européenne²⁵. C'est la forme originelle de l'entrave dans le commerce international²⁶. L'avantage du critère de la discrimination dans l'évaluation de l'existence d'une entrave est qu'il préserve l'autonomie réglementaire des Etats : les Etats restent libres de réglementer les activités économiques sur leur territoire dès lors que cette réglementation s'applique de la même manière aux opérateurs ou aux produits nationaux et européens.

Toutefois, la Cour a étendu également l'effet restrictif aux échanges aux mesures indistinctement applicables à partir de son arrêt *Cassis de Dijon*²⁷. Cette conception large des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives (MEERQ) va permettre d'évaluer toute sorte de réglementations commerciales au regard de l'article 30 CEE/34TFUE dès lors que les opérateurs économiques sont empêchés ou tout simplement dissuadés d'accéder à certains marchés nationaux du fait de ces règles nationales²⁸. La soumission de ces législations au test de l'entrave a conduit les Etats 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 travailler 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 Etats en matière commerciale²⁹. Il importe peu là encore, qu'*in fine*, le juge comme dans les affaires *Cinéthèque*, *Torfaen* et *Conforama* reconnaissent 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 CEE³⁰. Sans doute que les juges de Luxembourg n'étaient pas mus par une intention

²⁴ CJCE, 27 février 1980, Commission c/ Italie, aff. 169/78, Rec. 385.

²⁵ En ce sens, CJCE, 11 décembre 1990, Commission/Danemark, C-47/88, Rec. p. I-4509; 3 juin 2010, Kalinchev, C-2/09.

²⁶ 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 & G. de Burca (eds), *The evolution of EU Law*, 1999, p. 371

²⁷ CJCE, 20 février 1979, Rewe-Zentral AG, aff. 120/78, Rec. 649 : Grands arrêts de la jurisprudence de l'UE (GAJUE), Puf, 3^{ème} édition, 2016, p. 113.

²⁸ C'est ainsi que furent appréhendées des réglementations nationales relatives aux formes d'emballage et de conditionnement des marchandises (CJCE, 10 nov. 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 oct. 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 févr. 1984, *Duphar*, aff. 238/83, Rec. 523), à la promotion des ventes (CJCE, 15 déc. 1982, *Oosthoek's*, aff. 286/81, Rec. 4575) ou encore à l'ouverture des magasins le dimanche (CJCE, 23 nov. 1989, *Torfean Borough Council*, aff. 145/88, Rec. 3851 ; CJCE, 28 février 1991, *Conforama*, C-312/89).

²⁹ M. Poirares Maduro, *We the Court...*, précité., p. 67.

³⁰ 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 Etat 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'é luder,

subversive néo-libérale; en revanche, il est clair que leur stratégie jurisprudentielle d'intégration, visant notamment à pallier les insuffisances des Etats 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 marché³¹.

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* »³², à l'instar par exemple des réglementations sur l'interdiction de travailler le dimanche³³. 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 Etats membres³⁴. *Keck* n'inaugure pas pour autant un désengagement généralisé du juge dans le contrôle des réglementations nationales affectant le marché intérieur. 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 limité³⁵ et, en cas de doute, la Cour semble incliner pour le régime le plus restrictif³⁶. 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 la doctrine des entraves restrictives non discriminatoires à la libre prestation de services³⁷, puis même postérieurement à *Keck* à l'ensemble des libertés de circulation³⁸. 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* »³⁹. Dans l'arrêt *Caixa Bank*, à l'occasion duquel d'ailleurs l'avocat général plaida avec force pour une interprétation libre-échangiste plutôt

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» (§.33).

³¹ M. Poiras Maduro, « Striking the Elusive balance between Economic freedom and Social Rights in the EU », in Ph. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, 1999, 450-451

³² §. 17

³³ CJCE, 2 juin 1994, *Punto Casa et PPV*, C-69/93 et C-258/93, Rec. I-02355

³⁴ 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 & G. de Burca (eds), *The evolution of EU Law*, 1999, p. 371.

³⁵ 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.

³⁶ CJCE, 26 juin 1997, *Heinrich Bauer Verlag (Mars)*, C-368/95, Rec. I-3689

³⁷ CJCE, 25 juill. 1991, *Säger c/ Dennemeyer*, aff. C-76/90, Rec. I-4221.

³⁸ Liberté d'établissement (CJCE, 30 nov. 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 janv. 2006, *Colegio*, aff. C-330/03, Rec. I-801), libre circulation des capitaux (Commission c. Portugal, C-367/98, Rec. I-4731 ; CJCE, 28 sept. 2006, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-282/04 et C-283/04, Rec. I-9141) et libre circulation des citoyens (Aff. C-192/05, *Tas-Hagen*, Rec. I-10451

³⁹ CJCE, 25 juill. 1991, *Säger c/ Dennemeyer*, aff. C-76/90, Rec. I-4221

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 »⁴⁰ 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 généraux⁴¹.

Le test de l'entrave ainsi étendu, la Cour refusera en revanche toutes les invitations visant à transposer la jurisprudence *Keck* aux autres libertés⁴². 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*⁴³, soit de se passer du test de *Keck* pour résoudre des affaires impliquant des réglementations s'apparentant à des modalités de vente⁴⁴, soit de refuser explicitement, dans l'affaire des *Remorques*, d'étendre cette exception aux réglementations relatives aux modalités d'utilisation⁴⁵. A 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 entraves⁴⁶. 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*⁴⁷) ou dans un sens large (*toute réglementation qui impose ou implique des contraintes aux activités économiques transfrontalières*⁴⁸). 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 particulier⁴⁹. 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. A 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

⁴⁰ CJCE, 5 octobre 2004, *Caixa Bank*, C-442/02, Rec I-8961

⁴¹ Conclusions de l'avocate générale Kokott présentées le 22 janvier 2015, X, aff. C-686/13.

⁴² Voir par exemple, CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investment*, C-384/93, Rec. I-1141, § 38 ; 11 avril 2000, *Deliège*, C-51/96 & C-191/97, Rec. I-2549.

⁴³ CJUE, 6e ch., 21 sept. 2016, aff. C-221/15, *Etablissements Fr. Colruyt NV* : dans cette affaire, le régime 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*, C-531/07, Rec. I-3717. Dans le même sens voir CJUE, 1re ch., 19 oct. 2016, aff. C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung*.

⁴⁴ CJCE, 15 décembre 1993, *Ligur Carni*, jtes C-318/91 et C-319/91, Rec. I-6621 ; CJCE, 28 avril 1998, *Decker*, C-120/95, Rec. I-183. Pour une illustration récente, CJUE, 23 déc. 2015, aff. C-333/14, *Scotch Whisky Association e.a.* : Europe 2016, comm. 50, obs. A. Rigaux.

⁴⁵ CJCE, Gde Ch., 10 févr. 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-110/05, Rec. I-519

⁴⁶ C. Prieto, « Entrave et accès au marché », L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le marché intérieur*, Bruylant, 2010, p. 86 et ss.

⁴⁷ Voir par exemple les arrêts *Dassonville* et *Caixa Bank* précités.

⁴⁸ Voir par exemple, CJCE, 13 mai 2003, *Commission c/ RU*, 2003, aff. C-98/01, Rec I-4641 (à propos des golden shares) ; CJUE, 3 avril 2008, *Rüffert*, C-346/06, Rec. I-1989.

⁴⁹ A-L. Sibony, « Can market access be taken seriously? », *Revue européenne de droit de la consommation*, Vol. 2, no.2012/2, p. 323-342 (2012)

marché en cause, des contraintes existantes et des méthodes alternatives pour accéder au marché⁵⁰. 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 »⁵¹, au pire de « slogan » visant à légitimer des choix politiques⁵². 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'entrave⁵³ conduisant à considérer toute réglementation, du fait des inéluctables contraintes qu'elle impose sur les opérateurs économiques, comme des restrictions à l'accès marché interne, en ce qu'elle risque de rendre « moins attrayant » l'exercice d'une activité économique transfrontalière⁵⁴.

II – Reconnaissance mutuelle et dérégulation compétitive

Le principe de reconnaissance mutuelle accentue également l'effet dérégulateur de l'entrave par la mise en concurrence des systèmes juridiques qu'il génère. Tandis qu'en vertu du principe d'égalité de traitement les opérateurs économiques d'autres Etats membres doivent être traités comme les opérateurs nationaux, sous le régime de la reconnaissance mutuelle deux régimes juridiques s'appliquent sous réserve d'une part du respect des exigences impératives⁵⁵ et d'autre part d'une improbable sanction d'une discrimination à rebours⁵⁶. Par faire face à la stagnation du processus d'intégration européenne dans les années 1970 et aux difficultés d'harmonisation, la Cour de justice a introduit avec le principe de reconnaissance mutuelle une présomption d'équivalence des réglementations nationales : dès lors qu'un produit est librement vendu dans un Etat membre, il est réputé pouvoir être vendu dans n'importe quel autre Etat dans les mêmes conditions. Il s'agit, comme l'a rappelé l'avocat général Van Gerven, « d'éviter que les disparités des législations nationales (ne puissent) donner naissance à de graves entraves aux échanges intracommunautaires parce qu'elles peuvent rendre nécessaires des dépenses ou des travaux supplémentaires pour que la fabrication ou la commercialisation du produit satisfasse aux réglementations, qui varient d'un Etat membre à l'autre »⁵⁷. Ce principe a été étendu à la libre prestation de services (Säger), à la liberté d'établissement (Centros) ou au détachement des travailleurs (Guiot, Laval, Rüffert). La reconnaissance mutuelle, par le principe du pays d'origine qu'il consacre, fait produire un effet extraterritorial aux standards et règles de production du pays d'origine⁵⁸ conférant un avantage comparatif aux producteurs, personnes ou aux prestataires soumis au régime juridique de l'Etat au standard le moins élevé. C'était précisément là la critique du

⁵⁰ Barnard, précité, p. 595.

⁵¹ E. Spaventa, « From Gebhard to Carpenter : towards a (non)-economic european constitution », CMLR, 2004, pp. 757-758.

⁵² J. Snell, « The Notion of Market Access: A Concept or a Slogan? » (2010) 47 *Common Market Law Review*, Issue 2, pp. 437-472

⁵³ C. Prieto, précit., p. 85.

⁵⁴ Sur le refus de qualification de restriction d'une réglementation interne, voir toutefois, CJUE, 3e ch., 14 avr. 2016, aff. C-522/14, Sparkasse Allgäu.

⁵⁵ Cf infra.

⁵⁶ Selon une jurisprudence constante, le droit de l'Union européenne ne s'applique pas aux situations dans lesquelles les produits ou prestataires nationaux seraient moins bien traités que les produits importés ou prestataires d'autres Etats membres, CJCE, 23 octobre 1986, C-355/85, Rec. 410 ; 25 juillet 2008, Metock et autres, C-127/08, Rec. 449.

⁵⁷ Conclusions de l'avocat général du 29 juin 1989, Torfoen Borough Council v B & Q, C-145/88, EU:C:1989:279

⁵⁸ En ce sens, C. Barnard, *The substantive law of the EU : the Four freedoms*, 3rd ed., 2010, Oxford UNiversity Press, p. 28.

gouvernement allemand dans l'affaire Cassis de Dijon qui considérait que « *l'abaissement du titre alcoométrique assurerait un avantage concurrentiel par rapport aux boissons de titre plus élevé, étant donné que l'alcool constitue, dans la composition des boissons, l'élément de loin le plus coûteux en raison de la charge fiscale considérable à laquelle il est soumis* » de telle sorte qu' « *admettre la libre circulation des produits alcoolisés des lors que ceux-ci correspondent, en ce qui concerne leur teneur en alcool, aux normes du pays de production, aurait pour effet d'imposer, dans la communauté, comme standard commun la teneur alcoométrique la plus faible admise dans l'un quelconque des Etats membres, voire même de rendre inopérantes toutes prescriptions en la matière alors que la réglementation de plusieurs Etats membres ne connaîtrait aucune limite inférieure de ce genre* ». Ce faisant, le principe de reconnaissance mutuelle serait générateur de concurrence normative incitant les opérateurs, bénéficiant d'une liberté d'établissement, à choisir le régime juridique le plus favorable pour bénéficier dans le marché intérieur d'un avantage comparatif de nature fiscale, sociale ou réglementaire. Les Etats réagiraient alors en ajustant leur réglementation pour répondre à cette pression concurrentielle d'autres systèmes juridiques et pour attirer sur le territoire les centres d'activité économique. Il peut être soutenue que cette concurrence normative a été largement instrumentalisée par les institutions de l'Union européenne pour pallier l'absence d'harmonisation en ce qu'elle conduirait à un ajustement progressif des droits nationaux et donc à une convergence des systèmes juridiques. Les opérateurs économiques, mobiles, votent avec leurs pieds (*exit*) et se déplacent vers les systèmes qui répondent le mieux à leurs attentes⁵⁹. 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 dans un système global dominé par l'idéologie néo-libérale⁶⁰. Cette concurrence normative n'est pas tant régulatoire que dérégulatoire en générant une course vers le bas (*race to the bottom*). L'arrêt *Centros* constitue une 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 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* »⁶¹. La Cour consacre ici explicitement un véritable droit à la mise en concurrence des droits nationaux et partant, incite les opérateurs à se déplacer⁶². Certes cette invocabilité des libertés de circulation n'est pas totale puisque la Cour reconnaît aux Etats la possibilité de lutter contre les « *usages abusifs* »⁶³, « *pratiques abusives* »⁶⁴ ou les « *montages purement artificiels* »⁶⁵. Mais en

⁵⁹ O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1970.

⁶⁰ B. Frydman, précité.

⁶¹ CJCE, 11 déc. 2003, *Barbier*, aff. C-364/01, EU:C:2003:665.

⁶² Contra, voir CJUE, 10 déc. 2015, aff. C-594/14, *Kornhaas* (à propos de la droit allemand des sociétés de demander le remboursement de paiements intervenus avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité).

⁶³ CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, C-167/01, pt. 136

pratique, en l'absence de tout critère opérationnel de l'abus d'une liberté de circulation⁶⁶, sa fonction régulatrice de concurrence normative reste limitée⁶⁷. Au final, ni l'argument du dumping ou de la discrimination à rebours, ni celui de l'abus de droit ne permettent une régulation de cette concurrence normative. C'est uniquement dans le test des raisons impérieuses d'intérêt général que l'Etat pour trouver son salut : le refus de reconnaître l'équivalence du régime du pays d'origine devra être justifié par un motif d'intérêt général soumis à l'appréciation de la Cour.

III – L'internalisation de la logique de l'entrave

L'effet dérégulateur produit d'une conception extensive de l'entrave résulte également de la réduction des hypothèses de situations purement internes vis-à-vis desquelles le droit de l'Union européenne n'a pas en principe vocation à s'appliquer⁶⁸. 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. Pourtant, depuis le début des années 1980⁶⁹, on a assisté à une politique jurisprudentielle tendant à réduire considérablement les hypothèses de situation purement interne au point que l'on annonce régulièrement leur disparition⁷⁰. 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 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 commerciale⁷¹.

Il n'est pas question de revenir ici sur une ligne jurisprudentielle bien connue⁷², par laquelle la Cour accepte de se prononcer sur l'existence d'une réglementation nationale restrictive dans une hypothèse de situation purement interne. Il ne s'agit pas tant de faire une application matérielle du droit de l'UE à une situation purement interne que d'éclairer le juge national sur l'éventuelle incompatibilité de la réglementation interne avec le droit de l'UE dans l'hypothèse où la réglementation pourrait avoir des effets transfrontaliers potentiels (Pistre⁷³)

⁶⁴ CJCE, 25 avril 2013, *Commission c/ République tchèque*, C-109/11 ; CJCE, 21 février 2006, *Halifax e.a.*, C-255/02, Rec. I-1609

⁶⁵ CJCE, 16 juillet 1998, *ICI*, C-294/96, pt ; 26 ; CJCE, 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03 pt. 57 ; CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, pt. 55.

⁶⁶ Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro présentées le 7 avril 2005, *Halifax*, précité, pt. 64.

⁶⁷ Voir en sens, l'analyse détaillée de M. Combet, *L'établissement des sociétés en droit de l'Union européenne*, *Mare et Martin*, 2017, n°444 et ss.

⁶⁸ CJCE, 3 oct. 1990, aff. C-54/88, C-91/88 et C-14/89, *Nino e.a.*

⁶⁹ CJCE, 14 déc. 1982, aff. 286/81, *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij*.

⁷⁰ D. Simon D. 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. Nous verrons toutefois qu'une nouvelle tendance semble se dessiner tendant à réhabiliter ces situations purement internes (CJUE, 1er ch., 8 déc. 2016, aff. jtes C-532/15 et C-538/15, *Euroaneamientos*).

⁷¹ E. 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

⁷² F. Martucci, « Situations purement interne et libertés de circulation », in E. Dubout, A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation - In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 43-104

⁷³ CJCE, 7 mai 1997, aff. jointes C-321/94 à C-324/94, *Pistre e.a.*

ou lorsque le juge pourrait être conduit à sanctionner une discrimination à rebours (Guimont⁷⁴, Venturini⁷⁵).

Toutefois, cette jurisprudence doit être replacée dans le contexte contentieux spécifique qui conduit les juges nationaux à saisir la Cour de justice de questions semblant relever de pures situations internes. Les moyens tirés de la violation du droit de l'UE – et des libertés de circulation en particulier – constituent de ressources contentieuses pour les opérateurs économiques qui veulent s'émanciper des réglementations nationales qu'ils jugent trop contraignantes⁷⁶. L'interprétation très large de la notion d'effet restrictif et le renversement de la charge de la preuve de sa justification qu'elle induit soumet le droit interne à la logique de l'entrave et à ses potentiels effets subversifs de déréglementation. Dans de nombreuses hypothèses, se sont des opérateurs économiques nationaux, n'ayant jamais exercé leur liberté de circulation, qui vont contester une réglementation interne encadrant une activité économique en se prévalent de l'effet émancipateur des libertés de circulation résultant de la conception extensive du caractère restrictif des entraves : c'est ainsi par exemple que réserver la vente de médicaments soumis à prescription médicale aux seules pharmacies restreint la liberté économique de ceux qui ne le sont pas et donc est susceptible d'affecter la liberté d'établissement d'un opérateur économique qui voudrait s'installer pour vendre de tels médicaments en Italie quand bien même en l'espèce seuls des parapharmacies italiennes en réclamaient le droit (*Venturini*). L'internalisation du test de l'entrave a pour effet de soumettre au paradigme libéral de marché qui domine la définition de l'entrave l'ensemble des réglementations nationales économiques même celles qui n'affectent pas directement les échanges. C'est à l'aune de cette logique que la réglementation nationale contestée sera évaluée par le juge de renvoi. 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 quand bien même cette réglementation n'affecterait aucun flux transfrontalier⁷⁷. La réduction des situations purement internes fait produire au test de l'entrave un effet de débordement source potentielle de dérégulation compte tenu de sa définition très large⁷⁸.

IV - De la restriction à la justification

⁷⁴ CJCE, 5 déc. 2000, aff C-448/98, Jean-Pierre Guimont

⁷⁵ CJCE, 30 mars 2006, aff. C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti ; CJCE, 5 déc. 2006, aff. C-94/04 et C-202/04, Cipolla e.a. ; CJUE, 1er juin 2010, aff. jointes C-570/07 et C-571/07, Blanco Pérez et Chao Gómez

⁷⁶ L. Azoulai, « La formule de l'entrave », op.cit., p. 18.

⁷⁷ Voir en ce sens, l'affaire Atanasio précitée, à propos de la compatibilité avec le droit de l'UE d'une réglementation italienne qui prévoyait des distances minimales obligatoires entre les installations de stations-service.

⁷⁸ Dans une série d'affaires récentes, la Cour semble se montrer plus exigeante eu égard à ses situations purement internes : 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* » CJUE, 1er ch., 8 déc. 2016, aff. jtes C-532/15 et C-538/15, Eurospancom. Voir dans le même sens, CJUE, ord., 12 mai 2016, aff. jtes C-692/15 à C-694/15, Security Service Srl (aff. C-692/15), Il Camaleonte Srl (aff. C-693/15), Vigilanza Privata Turris Srl (aff. C-694/15) c/ Ministero dell'Interno (aff. C-692/15 et aff. C-693/15), Questura di Napoli, Questura di Roma (aff. C-692/15) ; CJUE, 15 novembre 2016, Ullens de Schooten, C-268/15.

L'extension de la notion d'effet restrictif et le dépassement de la règle du traitement national par la reconnaissance mutuelle opèrent un renversement de la logique de l'entrave : les réglementations nationales dès lors qu'elles imposent des contraintes sur les opérateurs économiques sont suspectes et doivent être justifiées ; 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 »⁷⁹. 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 contrôle⁸⁰. 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-sociales⁸¹. Standardisé (légitimité/aptitude/nécessité), l'intensité du contrôle varie ainsi, le juge recherchant, selon les cas, l'existence ou non de mesure alternative moins restrictive pour le commerce⁸². 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 Etats⁸³ ; 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 strict⁸⁴. 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 nationaux⁸⁵. 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*

⁷⁹ CJUE, 21 janvier 2016, Commission c/ Chypre, C-515/14 ; CJUE, 6 oct. 2015, aff. C-354/14, Capoda Import-Export SRL.

⁸⁰ CJCE, 8 sept. 2005, Yonemoto, aff. C-40/04 ; CJCE, 4 juin 2009, Åklagaren c/ Percy Mickelsson et Joakim Roos, aff. C-142/05, préc. ; CJUE, 6 oct. 2011, Bonnarde, aff. C-443/10 ; CJUE, 29 sept. 2016, Essent Belgium, aff. C-492/14. Voir B. Bertrand, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêts général ? », Europe, janvier 2012, n°1.

⁸¹ 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*, LGDJ, 2002, p.1

⁸² S. Guibboni, *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution. A Labour Law Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 173

⁸³ 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*, Thèse, Aix-en-Provence, 2009. Voir également par exemple en matière de jeux de hasard et d'argent la marge d'appréciation laissée aux Etats membres : CJUE, 8 sept. 2016, aff. C-225/15, Politanò ; CJUE, 15 sept. 2011, aff. C-347/09, Dickinger et Ömer.

⁸⁴ Voir S. Guibboni, précité.

⁸⁵ M. Poiars Maduro, précité, p. 68 ss.

les conditions de travail en cause n'étaient pas compromises 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 ce qui va bien en-deçà de la protection qui lui est accordée dans la plupart des Etats européens et peut inciter à son encadrement plus strict. C'est précisément la conséquence de l'arrêt *Laval* en Suède qui va conduire le législateur à restreindre les conditions de licéité d'une action collective engagée à l'encontre des entreprises employant des salariés détachés⁸⁶. Cette jurisprudence « anti-sociale » de la Cour de justice⁸⁷ 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 définition de l'entrave est le mieux révélé.

Pour autant, peut-on considérer que l'arbitrage de la Cour, au stade de l'évaluation de la justification, est univoque? Selon la doctrine, la Cour de justice ferait preuve d'une certaine modération en n'imposant pas une certaine conception de l'ordre social et économique⁸⁸. Le contrôle de la justification de la réglementation permettrait ainsi d'atténuer la rigueur de la définition de l'entrave et d'éviter que la dynamique dérégulatoire contenue dans la formule de l'entrave ne conduise à « *une dérégulation généralisée des économies nationales* »⁸⁹. Toutefois des données empiriques partielles viennent relativiser cette affirmation : en matière de libre circulation des marchandises, près des deux tiers des réglementations restrictives ne passent pas le test de proportionnalité et la moitié en matière de liberté d'établissement⁹⁰. Un tel constat ne suffit pas certes à conclure que le test de l'entrave est dérégulatoire. Différents facteurs peuvent expliquer ces tendances à commencer par le fait que ce sont les cas les plus pathologiques qui sont soumis à la Cour de justice. Il n'en reste pas moins vrai que l'ensemble de ces éléments dessine une dynamique dans le marché intérieur au terme de laquelle le pouvoir de régulation et de réglementation des Etats dans le domaine économique et commercial est très sérieusement enfermé dans une logique libérale valorisant la liberté économique et méfiante à l'égard de toute réglementation qui risque d'en limiter l'exercice. La politique jurisprudentielle de l'entrave à la libre circulation de la Cour de justice 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. Cette conception extensive de l'entrave permet d'évaluer la multiplicité des réglementations accumulées depuis des décennies entravant la création d'un marché unifié. En revanche, elle génère en elle-même un effet dérégulatoire et de déréglementation puisque seules les réglementations justifiées peuvent être maintenues et celles qui ne le sont pas doivent être supprimées faute d'être remplacées par des réglementations communes.

⁸⁶ E. Mazuyer, « Le retour du mythe de l'Europe sociale ? », RDT, 2017, p. 87.

⁸⁷ E. Dockès, « L'Europe antisociale », RDT 2009, 604 ; E. Mazuyer, précit., p. 86

⁸⁸ L. Azoulai précité ; M. Maduro, précité.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ Nous avons réalisé avec les étudiants du M2 de droit européen des affaires de l'Université Lyon 3 (promotion 2018) cette étude pour la période 2007-2017. En matière de libre circulation des marchandises, sur 41 affaires pertinentes, 29 donnent lieu au rejet des justifications avancées par les Etats membres et au constat d'une entrave à la libre circulation. 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.

