

Vassilis Hatzopoulos, Trente ans après les arrêts fondamentaux de 1974, les quatre libertés: quatre?

Légende: Dans cette contribution, Vassilis Hatzopoulos, professeur assistant à l'Université Démocrite de Thrace, professeur au Collège d'Europe de Bruges et avocat, examine, trente ans après l'arrêt Dassonville, les développements de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative à la libre circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes.

Source: DEMARET, Paul; GOVAERE, Inge; HANF, Dominik (Ed.). 30 Years of European Legal Studies at the College of Europe = 30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe, Liber Professorum 1973-74 - 2003-04. Bruxelles: P.I.E.-Peter Lang, 2005. 563 p. ISBN 90-5201-251-2. (College of Europe Studies = Cahiers du Collège d'Europe No. 2). "Trente ans après les arrêts fondamentaux de 1974, les quatre libertés: quatre?", auteur:Hatzopoulos, Vassilis, p. 185-201.

Copyright: (c) P.I.E. - Peter Lang, Bruxelles, 2005.

Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite par quelque procédé que ce soit, sans le consentement de l'éditeur ou de ses ayants droit, est illicite. Tous droits réservés.

URL:

http://www.cvce.eu/obj/vassilis_hatzopoulos_trente_ans_apres_les_arrets_fondamentaux_de_1974_les_quatre_libertes_quatre-fr-155e331c-3a41-4fbe-9efd-56ec4148fa7d.html

Date de dernière mise à jour: 02/12/2013

Trente ans après les arrêts fondamentaux de 1974, les quatre libertés : quatre ?

Vassilis HATZOPOULOS

Professeur assistant à l'Université Démocrite de Thrace,
professeur au Collège d'Europe de Bruges et avocat

1974 fut une « grande » année pour le droit communautaire : non seulement parce que les premiers « anciens » du département juridique du Collège virent le jour et commencèrent à œuvrer méticuleusement dans ce « nouveau » domaine du droit, mais aussi - et surtout - parce que la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) choisit de prendre en main la construction du marché intérieur. Le contenu des cours du Collège et - de manière plus déterminante - le fonctionnement et le degré d'intégration du droit communautaire matériel, auraient été tout autres s'il n'y avait pas eu les arrêts fondateurs du marché intérieur de 1974.

I. Bref historique

A. La première vague

La fameuse « formule *Dassonville* »⁽¹⁾ est, encore aujourd'hui, le critère de référence pour déterminer si une mesure nationale viole la libre circulation des marchandises, et dans une certaine mesure, les autres libertés.⁽²⁾

En 1974, la Cour a également posé les fondements du marché intérieur dans sa forme actuelle, en reconnaissant l'effet direct des dispositions pertinentes du traité : *Code maritime du travail*⁽³⁾ et *Van Duyn*⁽⁴⁾ pour les articles 39 et suiv. CE, *Reyners*⁽⁵⁾ pour les articles 43 et suiv. CE et *Walrave*⁽⁶⁾ et *Van Binsbergen*⁽⁷⁾ pour les articles 49 et suiv. CE.

De plus, c'est dans ce dernier arrêt qu'ont été introduits, pour la première fois,⁽⁸⁾ les principes « féconds »⁽⁹⁾ de reconnaissance et d'équivalence mutuelle, avant d'être repris dans l'arrêt *Cassis de Dijon*⁽¹⁰⁾ et la Communication pertinente de la Commission,⁽¹¹⁾ pour ensuite fonder la « nouvelle approche » d'harmonisation ; à défaut de laquelle, l'achèvement du marché intérieur n'aurait pas été possible en 1992.⁽¹²⁾

L'année 1974 est donc fondamentale, non seulement pour la libre circulation des biens, des personnes et des services,⁽¹³⁾ mais aussi pour l'architecture du marché intérieur.

B. La seconde vague

À cette première vague des grands arrêts succéda une deuxième vague, au milieu des années 1980, au cours de laquelle la Cour élaborait davantage les conditions d'application des libertés, en montrant qu'il ne s'agissait pas simplement de l'abolition mécanique de toute discrimination mais que d'autres exigences pouvaient en découler. Ainsi, dans l'arrêt *Heylens*,⁽¹⁴⁾ concernant la libre circulation des travailleurs (entraîneur de football), la Cour jugea que les dispositions du traité imposaient non seulement l'instauration d'un mécanisme d'évaluation de l'équivalence et la reconnaissance des qualifications professionnelles,⁽¹⁵⁾ mais aussi l'existence de ce que l'avocat général Darmon appela « un droit au juge ».⁽¹⁶⁾ Dans l'arrêt *Klopp*,⁽¹⁷⁾ concernant la liberté d'établissement (des avocats), la Cour précisa que des pans entiers de la législation de l'État d'accueil, bien qu'indistinctement applicables, pouvaient être jugés inapplicables aux personnes usant de leur droit à la libre circulation (même si cela aboutit à des discriminations à rebours). De même, dans les arrêts des *assurances*,⁽¹⁸⁾ concernant i.a. la libre prestation de services, la Cour précisa que non seulement la législation de l'État d'accueil risquait de ne pouvoir être entièrement appliquée, mais qu'en plus, lorsqu'elle prévoyait des procédures d'autorisation, celles-ci devaient respecter certaines conditions, i.e. opérer selon des critères objectifs, connus à l'avance, selon des procédures accessibles à l'intéressé dans un délai raisonnable et susceptibles de recours juridictionnels.

C La troisième vague

Au milieu des années 1990, la Cour produit une troisième vague d'arrêts, dans lesquels elle aborde la liberté des capitaux de la même manière que les autres libertés, et dans lesquels elle dit sans ambiguïté que toutes les quatre libertés ne se limitent pas à l'abolition des discriminations mais visent « les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité ».⁽¹⁹⁾ Ce courant jurisprudentiel commence avec les arrêts *Gouda*⁽²⁰⁾ et *Säger*⁽²¹⁾ pour les services, suivis des arrêts *Gebhard*⁽²²⁾ pour l'établissement, *Bosman*⁽²³⁾ pour les travailleurs et *Sanz de Lera*⁽²⁴⁾ pour les capitaux.

Ainsi, au terme de trois grandes vagues jurisprudentielles, au cours desquelles de manière plus ou moins concomitante la Cour emploie des raisonnements parallèles, pour les trois, puis les quatre libertés, nous sommes dans la situation où la juridiction communautaire aborde délibérément ensemble toutes les quatre « libertés fondamentales ». Est-ce que cela signifie pour autant qu'il y a, désormais, un régime unique pour toutes les libertés ? Sur ce point la doctrine est riche en commentaires savants⁽²⁵⁾ souvent contradictoires.⁽²⁶⁾

Le but de la présente contribution est d'identifier, à travers les différentes conditions d'application des règles sur les quatre libertés, les points de convergence et de divergence, sans pour autant avoir l'ambition de se prononcer sur l'existence d'un régime unique. Pour ce faire, on étudiera dans un premier temps les conditions d'application des règles pertinentes (II), avant de se pencher sur les possibles justifications (III) et de procéder à une brève évaluation de l'ensemble (IV).

II. Les conditions d'application des règles sur les libertés

A. Le caractère étatique de la mesure

Les règles du traité sur les quatre libertés ont pour destinataires les États membres et leurs démembrements. Les particuliers, au contraire, ne sont visés que par les règles sur la concurrence. Ce clivage simple connaît des nuances, bien plus importantes pour les libertés personnelles (i.e. qui supposent la circulation des personnes au sein de la Communauté) que pour la libre circulation des marchandises.⁽²⁷⁾

Ainsi, dans l'arrêt *BNIC/Clair*,⁽²⁸⁾ partiellement modifié par l'arrêt *Reiff*,⁽²⁹⁾ la Cour jugea qu'on était en présence d'une mesure étatique, justiciable des règles sur les marchandises, même si des opérateurs privés avaient participé à son adoption, à condition a) que ceux-ci aient agi dans l'intérêt général (et non pas dans celui de leur profession) et b) que leur avis ne soit pas obligatoire pour l'autorité publique. La Cour a davantage étendu le domaine d'application des règles sur les marchandises, en admettant qu'y soient soumis non seulement les démembrements des États,⁽³⁰⁾ mais aussi les sociétés privées, créées et financées par les États.⁽³¹⁾ Dans un arrêt bien circonscrit par ses propres faits, la Cour a admis que la violation de l'article 28 CE par des particuliers est imputable à l'État lorsque ce dernier a manqué à son obligation d'empêcher les comportements fautifs des particuliers.⁽³²⁾ L'ensemble de cette jurisprudence dessine un point d'équilibre assez fin entre le domaine d'application des règles sur le marché intérieur d'une part, qui couvrent toute mesure étatique au sens large et les règles de concurrence d'autre part, qui appréhendent les mesures d'origine purement privée.

La situation est assez différente en ce qui concerne les libertés personnelles, où la Cour a, dès les premiers pas de sa jurisprudence, étendu son contrôle à des mesures d'origine privée. Ainsi, déjà dans l'arrêt *Walrave*, elle a admis que les règles d'une association sportive pouvaient enfreindre les règles sur la libre prestation de services du moment qu'elles visaient « à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de services ».⁽³³⁾ Le même raisonnement a été suivi dans l'arrêt *Bobadilla*⁽³⁴⁾ pour contrôler, sous l'angle de la libre circulation des travailleurs et de l'établissement, les règles émanant d'une convention collective. De manière plus significative encore, l'arrêt *Angonese*⁽³⁵⁾ a établi que « l'interdiction de la discrimination sur le fondement de la nationalité, énoncée à l'article 48 du traité, s'applique également aux personnes privées ».⁽³⁶⁾

Il s'ensuit que la jurisprudence de la Cour demeure relativement exigeante en ce qui concerne le caractère public des mesures appréhendées par les articles 28 et suivants, alors qu'elle a quasiment abandonné ce critère dans l'application des libertés personnelles : les libertés personnelles touchent en effet précisément au respect des droits fondamentaux des personnes, tel le principe de non-discrimination, dont l'opposabilité aux

tiers est de plus en plus largement admise.⁽³⁷⁾

B. L'existence d'un élément d'extranéité

Les règles du traité sur le marché intérieur visent à assurer la libre circulation (des marchandises, services, personnes et capitaux) d'un État membre dans le territoire des autres États membres et non pas à régir des situations purement internes : l'existence d'un élément d'extranéité est requise. C'est ainsi que la Cour a jugé dans l'arrêt *Mathot*⁽³⁸⁾ qu'une mesure belge concernant l'étiquetage des produits (en l'occurrence le beurre) en Belgique ne pouvait pas être contestée sur le fondement de l'article 28 par un producteur ayant la nationalité belge et son lieu d'établissement dans ce même État. Dans les arrêts *Waterkeyn*⁽³⁹⁾ et *Cognet*,⁽⁴⁰⁾ la Cour avait précédemment précisé qu'une mesure nationale contraire au droit communautaire ne s'appliquait pas aux biens importés des autres États membres, alors qu'elle continuait de s'appliquer, pour autant qu'elle n'était pas formellement abrogée, aux produits originaires de l'État concerné (discrimination à rebours). Dans le même esprit, dans le domaine de la libre circulation des personnes, la Cour a jugé qu'un ressortissant d'un État membre ne pouvait pas se prévaloir des règles du traité vis-à-vis de son propre État, lorsqu'il n'y avait aucun élément qui sortait du cadre purement national.⁽⁴¹⁾

Cependant, la jurisprudence récente en la matière se montre beaucoup plus libérale, et ceci pour chacune des quatre libertés.

Ainsi, en matière des marchandises, l'arrêt *Pistre*, selon lequel « l'application de l'article 28 ne peut pas [...] être écartée par la seule raison que [...] tous les éléments sont cantonnés à l'intérieur d'un seul État membre » a amené certains commentateurs fort respectables à crier à la révolution.⁽⁴²⁾ Pourtant, l'arrêt *Guimont*⁽⁴³⁾ est venu relativiser l'ampleur de la « révolution » opérée par la Cour. D'après les précisions fournies dans l'arrêt *Guimont*, l'article 28 s'applique aux situations a priori internes lorsque a) la mesure nationale favorise spécifiquement les produits nationaux (et opère donc en leur faveur une discrimination) ou b) la mesure nationale, étant indistinctement applicable « constituerait, dans la mesure où elle serait appliquée aux produits importés, une mesure d'effet équivalent ».⁽⁴⁴⁾

Les attendus pertinents de l'arrêt *Guimont* ont été repris, pratiquement mot pour mot dans l'arrêt *Reisch*⁽⁴⁵⁾ concernant la libre circulation des capitaux.

En matière des libertés personnelles, le premier signe clair d'éloignement du critère d'extranéité a été l'arrêt *Surinder Singh*.⁽⁴⁶⁾ Dans cet arrêt la Cour a admis que le ressortissant d'un État membre qui, après avoir fait usage de son droit d'établissement, retournait dans son État d'origine, y jouissait des mêmes droits que ceux que lui reconnaissait l'État d'accueil.⁽⁴⁷⁾ Ainsi l'épouse britannique de M. SINGH a pu retourner avec lui au Royaume-Uni après un séjour commun en Allemagne, en contournant la rigueur de la législation d'immigration britannique. Cette solution progressiste a été davantage élargie par l'arrêt *Carpenter*,⁽⁴⁸⁾ dans lequel la Cour a admis que le ressortissant d'un État membre qui, sans se déplacer, offrait des services transfrontaliers au sens de l'article 49 CE, pouvait invoquer les dispositions du traité sur les services à l'encontre de son propre État. Si l'on tient compte de la définition très large de la notion de services retenue par la Cour⁽⁴⁹⁾ et, dans la mesure où les destinataires des services ne doivent pas nécessairement avoir la nationalité de l'un des États membres,⁽⁵⁰⁾ la jurisprudence *Carpenter* de la Cour a des effets potentiellement immenses.

On peut donc dire pour résumer que l'exigence d'un élément d'extranéité subsiste, mais s'infléchit progressivement dans chacune (ou l'ensemble) des quatre libertés. Cependant, la jurisprudence de la Cour se montre davantage laxiste dans le domaine des libertés personnelles que dans celui de la circulation des biens et des capitaux.⁽⁵¹⁾

C. La nature des mesures prohibées

Lorsque l'on s'intéresse aux quatre libertés, la question se pose de manière récurrente de savoir si leur réalisation est fondée sur l'abolition de toute discrimination, soit-elle indirecte ou minime ou si, au contraire, est exigée l'élimination de toute entrave.

À titre liminaire il convient de souligner le caractère relatif et contingent de la notion de discrimination : des mesures qui pour certains sont indirectement discriminatoires sont pour d'autres simplement entravantes.⁽⁵²⁾ Cette confusion conceptuelle est aussi présente dans la jurisprudence de la Cour. Ainsi, dans l'arrêt *Bachmann*⁽⁵³⁾ la Cour a considéré qu'une mesure nationale formellement indistinctement applicable était discriminatoire si, en fait, elle défavorisait davantage les non-nationaux ; dans l'arrêt *Kaba* en revanche,⁽⁵⁴⁾ la législation britannique qui faisait ouvertement la distinction entre nationaux et ressortissants des autres États membres a été jugée non discriminatoire.⁽⁵⁵⁾

1. L'élimination de toute entrave

Indépendamment du concept de discrimination retenu et de l'existence concrète de discrimination dans chaque cas examiné, la rhétorique de la Cour vise indubitablement à l'élimination de toute entrave et non simplement à l'abolition des discriminations. Cela a été exprimé clairement pour la première fois en matière de marchandises dans l'arrêt *Dassonville* et constamment depuis. Cette même idée était aussi présente dans l'arrêt *Van Binsbergen*, en matière de services, avant d'être clairement consacrée par les arrêts *Säger*, *Gouda et Alpine Investments*.⁽⁵⁶⁾ La même orientation a été ouvertement adoptée pour les autres libertés personnelles dans l'arrêt *Kraus*⁽⁵⁷⁾ et confirmée par l'arrêt *Gebhard* en ce qui concerne l'établissement et l'arrêt *Bosman* en ce qui concerne les travailleurs. Enfin, en matière de libre circulation des capitaux, après l'adoption de la directive 88/361⁽⁵⁸⁾ et les modifications apportées aux dispositions pertinentes par le traité sur l'UE, la jurisprudence de la Cour suit aussi le même précepte : elle traite la libre circulation des capitaux comme une « liberté fondamentale »⁽⁵⁹⁾ au même titre que les libertés visées par la jurisprudence *Kraus* et elle juge que les règles sur les capitaux interdisent « de façon générale les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres. Cette interdiction va au-delà de l'élimination d'un traitement inégal des opérateurs sur les marchés financiers en raison de leur nationalité ».⁽⁶⁰⁾

Il s'ensuit que, même si en pratique la majorité des mesures censurées par la Cour, notamment dans le domaine des libertés personnelles, peuvent être analysées comme étant discriminatoires,⁽⁶¹⁾ la Cour les condamne toutes pour le seul motif qu'elles entravent l'une des libertés fondamentales. Sa jurisprudence exerce ainsi une fonction pédagogique. Par ailleurs, en traitant l'ensemble des libertés de manière uniforme et en les caractérisant toutes de « fondamentales » la Cour contribue à la reconnaissance d'une constitution économique européenne.⁽⁶²⁾

2. Troisième voie - effets indirects ?

De même, la Cour applique occasionnellement, dans chacune des quatre libertés, ce qu'une partie de la doctrine appelle la « troisième voie ».⁽⁶³⁾ Se fondant sur les écrits de l'avocat général JACOBS, la Cour dans certains cas écarte du champ d'application des règles du traité les mesures nationales dont l'effet entravant paraît être seulement lointain, indirect et aléatoire. Cette approche a été introduite d'abord en matière de marchandises pour restreindre le domaine d'application de l'article 28 CE, notamment avec les arrêts *Krantz*,⁽⁶⁴⁾ *Motorradcenter*,⁽⁶⁵⁾ *Peralta*,⁽⁶⁶⁾ *Centro Servizi Spediporto*⁽⁶⁷⁾ et *Corsica Ferries III*.⁽⁶⁸⁾ Cependant, la jurisprudence récente de la Cour montre qu'elle s'applique aussi aux autres libertés. Ainsi, cette même approche a été suivie dans le cadre de l'application de l'article 29 CE et, indirectement, dans celui des dispositions sur les capitaux, dans l'arrêt ED *c. Fenocchio*.⁽⁶⁹⁾ Plus récemment encore, dans l'arrêt *Volker Graf*⁽⁷⁰⁾ la Cour a écarté du champ d'application de l'article 39 CE la législation autrichienne relative à l'indemnité de licenciement, puisque son interruption dépendait d'« une circonstance trop aléatoire et indirecte pour qu'[elle] puisse être regardée comme étant de nature à entraver la libre circulation des travailleurs ».

3. Keck

Il ne fait aucun doute que le « séisme » *Keck*, en matière de marchandises, n'a pas touché les autres libertés.

Ainsi, dans *Alpine Investments*, *Bosman* et constamment depuis, la Cour a évité d'étendre l'application de cette jurisprudence peu claire dans le domaine sensible des libertés personnelles. La doctrine reste partagée, encore aujourd'hui, sur le fait de savoir si la Cour n'a jamais eu l'occasion de transposer *Keck* dans les autres libertés⁽⁷¹⁾ ou si elle refuse simplement cette transposition qui lui paraît à la fois non nécessaire et impraticable.⁽⁷²⁾ Il va de soi que la distinction de l'attendu 16 de *Keck* est conceptuellement inappropriée pour la libre circulation des capitaux.

4. Les exportations

La jurisprudence relative à l'exportation des marchandises n'apparaît pas pour les autres libertés, par application de l'article 29. En effet, si dans les arrêts *Groenveld*,⁽⁷³⁾ *Oebel*⁽⁷⁴⁾ et constamment depuis⁽⁷⁵⁾ la Cour a estimé que sont prohibées seulement les mesures qui discriminent spécifiquement des produits destinés à l'exportation, elle a expressément refusé d'étendre cette jurisprudence aux autres libertés. Ainsi dans *Alpine Investments*, où il s'agissait précisément d'une entrave à l'exportation de services, la Cour a expressément rejeté le parallélisme proposé par les États intervenants. La question s'est posée de manière plus indirecte pour les autres libertés personnelles, mais cela n'a pas empêché la Cour, dans une jurisprudence qui remonte au moins à l'arrêt *Knoors*⁽⁷⁶⁾ et culmine avec les arrêts *Surinder Singh* et *Carpenter*, de préciser qu'est prohibée toute mesure restrictive de l'État d'origine, sans référence aucune à quelconque élément discriminatoire. La même solution a été adoptée par la Cour, en matière des capitaux, dans les arrêts *Bodesa*⁽⁷⁷⁾ et *Sanz de Lera*.

Ainsi, au total, on peut dire que les grands principes qui régissent le standard de transgression des quatre libertés sont les mêmes (abolition de toute entrave, à condition de ne pas être trop éloignée du commerce intracommunautaire). Toutefois, l'existence d'une discrimination joue encore un rôle accru dans la libre circulation des marchandises, en vertu de la jurisprudence *Keck* pour les modalités de vente, et de la jurisprudence *Groenveld* pour les exportations.

III. Les critères de justification des mesures nationales qui violent les règles communautaires

A. Création progressive d'un corps unitaire de justifications

Chacune des quatre libertés souffre des exceptions expresses prévues par le traité. Chacune des dispositions pertinentes a un contenu partiellement différent des autres. Ainsi, les exceptions aux libertés personnelles (articles 39 paragraphe 3, 39 paragraphe 4, 45 et 46) auxquelles renvoient aussi les dispositions sur les services (article 55) sont dictées exclusivement par le désir de préserver les domaines réservés de l'État (ordre, sécurité, santé publics et emplois dans l'administration publique). En revanche, les exceptions à la libre circulation des marchandises incorporent de plus amples préoccupations et visent, outre le domaine de l'État, la moralité publique, la qualité sanitaire des végétaux et des animaux, le patrimoine historique ainsi que la propriété industrielle et commerciale. En matière de capitaux, la protection du domaine de l'État est toujours présente, élargie par les préoccupations du respect des lois et des règlements (qui comprend la répression de la fraude fiscale et l'efficacité des contrôles fiscaux)⁽⁷⁸⁾ et le contrôle prudentiel des établissements financiers. Cependant, tous les intérêts qui sont expressément mentionnés dans l'une des libertés sont aussi protégés dans le cadre des autres, en tant que raisons impérieuses d'intérêt général (ou exigences impératives).⁽⁷⁹⁾ Ainsi, dans le domaine des libertés personnelles, la moralité publique, qui ne figure pas parmi les exceptions expresses, est assurée à travers une interprétation large de la notion d'ordre public.⁽⁸⁰⁾ Dans ces mêmes libertés, des intérêts comme la protection et la valorisation du patrimoine historique et artistique d'un État membre,⁽⁸¹⁾ ou la protection des droits de la propriété intellectuelle,⁽⁸²⁾ qui n'apparaissent pas en tant qu'exceptions expresses, sont protégés en tant qu'exigences impératives. D'un autre côté, l'efficacité des contrôles fiscaux (incluse dans l'article 58, paragraphe 1) est reconnue comme une exigence impérative aussi bien dans le domaine des marchandises (par *Cassis de Dijon*) que dans le domaine des libertés personnelles.⁽⁸³⁾

Par ailleurs, les exigences impératives, tout comme les exceptions expresses prévues par le traité, opèrent *ex post* et servent de justification aux mesures nationales et non pas *ex ante*, comme éléments de définition du

domaine d'application du traité.⁽⁸⁴⁾ Cette utilisation des exigences impératives en tant que liste supplémentaire d'exceptions est fermement confirmée dans la jurisprudence la plus récente de la Cour selon laquelle « la libre circulation des [capitaux] en tant que principe fondamental du traité ne peut être limitée par une réglementation nationale que si celle-ci est justifiée par des raisons visées à [la disposition] du traité ou par des raisons impérieuses d'intérêt général ».⁽⁸⁵⁾ L'analyse contraire, selon laquelle les exigences impératives opèrent *ex ante* alors que les exceptions expresses *ex post*, est davantage affaiblie par un arrêt récent de la Cour, concernant l'activité de gardiennage privé.⁽⁸⁶⁾ Dans cet arrêt peu clair la Cour sous-entend que l'article 39, paragraphe 4 CE, une règle expresse, ne constitue pas une exception aux règles du traité mais délimite simplement leur domaine d'application.

Cela signifie-t-il pour autant que les deux catégories de justifications - expresses et prétoriennes - peuvent être appliquées indistinctement et que toute différence entre elles se trouve estompée ? La réponse semble encore être négative,⁽⁸⁷⁾ bien que la tendance générale est unificatrice et qu'on pourrait parler de l'émergence d'un « principe général du droit communautaire, de nature fonctionnelle, lié à la protection de l'intérêt général (exercé par les États, mais sous le contrôle unificateur de la CJCE) dans le cadre de la réalisation des libertés communautaires ».⁽⁸⁸⁾ En ce qui concerne, en particulier, la santé et l'environnement, le droit/l'obligation des États de veiller à leur protection, a été expressément élevé au rang de principe général, appelé principe de précaution.⁽⁸⁹⁾

B. Justification des mesures discriminatoires ?

Ce qui distingue, encore aujourd'hui, les exceptions expresses de celles créées par le juge est que les secondes justifient exclusivement des mesures indistinctement applicables, alors que les premières s'appliquent aussi aux mesures discriminatoires.⁽⁹⁰⁾ En évitant la question épineuse de savoir si cette distinction est justifiée,⁽⁹¹⁾ on se limitera à constater que ce principe souffre des exceptions, et ceci dans le cadre de chacune des quatre libertés. Ainsi, dans l'affaire des *Déchets Wallons*, relative à l'application de l'article 28, la Cour traita de non discriminatoire une mesure clairement discriminatoire, afin de pouvoir la justifier par la protection de l'environnement, une exigence impérative. De même, dans *PreussenElektra* la Cour considéra qu'une mesure allemande discriminatoire concernant le prix de l'électricité devait échapper aux règles sur les marchandises. Dans le domaine des libertés personnelles, l'arrêt *Bachmann* constitue un exemple étonnant dans lequel la Cour a qualifié de discriminatoire une mesure qui ne l'était pas, pour ensuite la justifier par l'exigence impérative de la cohérence fiscale. Une démarche similaire a été suivie dans l'arrêt *Asscher* ; dans *Schindler*, où il s'agissait d'un service transfrontalier sans déplacement de personnes, la Cour traita de non discriminatoire l'interdiction générale des loteries au Royaume-Uni (devenue entre-temps ouvertement discriminatoire, par l'institution de la *National Lottery*), afin de pouvoir la justifier par la protection des consommateurs et l'ordre social.

Ainsi, est-il remarquable que la jurisprudence de la Cour est convergente dans l'ensemble des quatre libertés, y compris sur le point contradictoire de la justification occasionnelle des mesures discriminatoires par des exigences impératives.

IV. Évaluation

A. Faut-il intégrer l'ensemble de la jurisprudence de la Cour dans un schéma unique ?

Dans la jurisprudence de la Cour, il est facile d'identifier des arrêts qui vont en apparence dans deux sens contraires. Les arrêts de la filière *Keck* et ceux sur la violation des règles sur la libre circulation par des mesures non discriminatoires, en fournissent un bel exemple. Ceci est, en partie, dû au fait qu'avec le succès et la « démocratisation » de la procédure préjudicielle, la Cour est sollicitée de manière croissante pour statuer sur toute sorte de questions, correspondant à des situations factuelles fort différentes. Ainsi, la Cour opère de plus en plus comme une juridiction de droit commun, devant offrir des solutions concrètes et éviter un éventuel déni de justice, plutôt que comme une juridiction constitutionnelle statuant sur les grandes questions de principe. Dans le cadre de cette « banalisation » inévitable de la fonction juridictionnelle de la Cour, la Cour elle-même prend soin, de par la formation de jugement choisie, par le contenu et la motivation de l'arrêt, par le langage utilisé etc., de distinguer les solutions de principe par les solutions d'espèce. Ainsi,

elle développe sa propre rhétorique, laquelle n'est cependant pas suivie de manière strictement linéaire dans la pratique juridictionnelle quotidienne. Afin de discerner le dessin jurisprudentiel de la Cour, il convient d'apporter davantage d'attention aux arrêts de principe et d'accorder une place secondaire aux solutions d'espèce. Dans cette perspective se dégagent de la jurisprudence de la Cour les grandes lignes directrices qui, avec les adaptations nécessaires, régissent l'ensemble des quatre libertés.

B. Un régime unique est-il justifié ?

Un régime unitaire équivaldrait à une révision partielle du traité, puisqu'il faudrait reconnaître a) des conditions d'application communes, b) un critère unique de transgression et c) des justifications uniformes pour toutes les libertés. Une telle démarche ignorerait à la fois les différences textuelles et les dissemblances matérielles entre les libertés. Une telle révision judiciaire du traité serait difficilement admissible pour une myriade de raisons⁽⁹²⁾ et d'autant plus que la Convention Constitutive, en refondant les bases de l'Union, n'a pas elle-même procédé à une telle unification.

Mais c'est précisément cette créativité de la Cour qui a fait du marché intérieur une réussite et qui a rendu inutile toute révision du traité, en ce qui concerne le marché intérieur, depuis l'Acte unique européen. Dans une phase de maturité avancée du grand marché, la reconnaissance d'un régime unique pour l'ensemble des quatre libertés assurerait une transparence, une visibilité et une cohérence plus grandes dans l'application des règles concernées. L'application uniforme du droit communautaire et la sécurité juridique seraient ainsi mieux servies.

La justice est aveugle ; mais dans quel sens ?

(1) CJCE 11 juillet 1974, *Dassonville*, affaire 8/74, *Rec.* p. 837, attendu 5.

(2) Voir les développements *infra* sous II.

(3) CJCE 4 avril 1974, *Commission c. France, code du travail maritime*, affaire 167/73, *Rec.* p. 359.

(4) CJCE 4 décembre 1974, *Van Duyn*, affaire 41/74, *Rec.* p. 1337.

(5) CJCE 21 juin 1974, *Reyners*, affaire 2/74, *Rec.* p. 631. Il est vrai que la Cour avait incidemment d'ores et déjà reconnu l'effet direct des dispositions du traité sur l'établissement (des sociétés) dans l'arrêt CJCE 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, affaire 6/64, *Rec.* p. 1141, mais c'est à partir de l'arrêt *Reyners* qu'elle commence à en tirer les conséquences.

(6) CJCE 12 décembre 1974, *Walrave*, affaire 36/74, *Rec.* p. 1405.

(7) CJCE 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, affaire 33/74, *Rec.* p. 1299.

(8) Voir les attendus 10 à 12 dudit arrêt.

(9) Pour utiliser une expression chère au professeur A. MATTERA. Voir *Le marché unique européen : Ses règles, son fonctionnement*, Paris, Jupiter, deuxième édition, 1990, ainsi qu'une série d'articles de ce même auteur parus dans la *Revue du Marché unique*, 1991, p. 191 ; 1992, p. 13 ; 1998, p. 5.

(10) CJCE 20 février 1979, *Rewe-Zentral, Cassis de Dijon*, affaire 120/78, *Rec.* p. 649.

(11) Communication interprétative de la Commission du 3 octobre 1980 sur les suites de l'arrêt rendu par la CJCE 20 février 1979, dans l'affaire 120/78, *Cassis de Dijon*, J.O.C.E. C 256 du 3 octobre 1980, p. 2.

(12) Voir Résolution du Conseil du 7 mai 1985. Pour une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de la normalisation, J.O.C.E. C 136 du 4 juin 1985, p. 1 ; et, parmi la doctrine très fournie en la matière, outre les écrits de MATTERA, A. et PIPKORN, J., « Le rapprochement des législations dans la Communauté à la lumière de l'AUE » dans *Collected Courses of the Academy of European Law*, Kluwer, 1990, Volume I-1, p. 189. Voir aussi pour de plus amples développements sur ces principes et sur l'apport fondamental de l'arrêt *Van Binsbergen* dans l'évolution et l'achèvement du marché intérieur, HATZOPOULOS, V., *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

(13) Manque, évidemment, la référence aux dispositions sur la libre circulation des capitaux, qui ne sont devenues d'application directe qu'après leur modification par le Traité de Maastricht. Voir pour le manque d'effet direct des dispositions originaires CJCE 11 novembre 1981, *Casati*, affaire 203/80, *Rec.* p. 2595 et pour la reconnaissance d'effet direct après l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, CJCE 14 décembre 1995, *Emilio Sanz de Lera*, affaires jointes C-163, 165 et 250/94, *Rec.* p. I-4821.

(14) CJCE 15 octobre 1987, *Heylens*, affaire 222/86, *Rec.* p. 4097.

(15) Il est vrai que cette obligation avait déjà été introduite avec l'arrêt CJCE 28 avril 1977, *Thieffry*, affaire 71/76, *Rec.* p. 765, mais c'est après l'arrêt *Heylens* qu'elle a connu le développement que l'on sait ; voir à ce propos A. MATTERA, *supra* note 9 et plus récemment, CJCE 9 septembre 2003, *Burbaud*, affaire C-285/01, *Rec.* p. I-8219 et CJCE 13 novembre 2003, *Morgenbesser*, affaire C-313/01, non encore publiée au Recueil.

(16) L'Avocat général utilisa ce terme dans ses conclusions dans l'affaire CJCE 15 mai 1986, *Johnston*, affaire 222/84, *Rec.* p. 1651, concernant l'égalité de traitement entre hommes et femmes. Ce même droit au juge est, depuis l'arrêt *Heylens*, constamment repris dans le contentieux du marché intérieur. Voir p. ex. CJCE 13 décembre 1991, *RTT*, affaire 18/88, *Rec.* p. 5941, pour les marchandises. CJCE 12 juillet 2001, *Smits & Peerbooms*, affaire 157/99, *Rec.* p. I-5473, pour la libre prestation de services et

- CJCE 4 juin 2002, *Commission c. Portugal, Golden Shares*, affaire C-367/98, *Rec.* p. 1-4731, pour les capitaux.
- (17) CJCE 12 juillet 1984, *Klopp*, affaire 107/83, *Rec.* p. 2985.
- (18) CJCE 4 décembre 1986, *Commission c. Allemagne e.a., co-assurance*, affaires 220/83, 252/83, 205/84 et 206/84, *Rec.* pp. 3663, 3713, 3755 et 3817, respectivement.
- (19) Voir CJCE 30 novembre 1995, *Gebhard*, affaire C-55/94, *Rec.* p. 1-4165, attendu 37 et constamment depuis, voir récemment en matière de libre circulation des capitaux *Commission c. Portugal, Golden Shares*, *supra* note 16, attendu 26.
- (20) CJCE 25 juillet 1991, *Gouda*, affaire C-288/89, *Rec.* p. 1-4007.
- (21) CJCE 25 juillet 1991, *Säger*, affaire C-76/90, *Rec.* p. 1-4221.
- (22) *Gebhard*, *supra* note 19.
- (23) CJCE 15 décembre 1995, *Bosman*, affaire C-415/93, *Rec.* p. 1-4921.
- (24) *Emilio Sanz de Lera*, *supra* note 13.
- (25) Voir en particulier CAPUTI JAMBRENGHI, P. & PULLEN, M., « The Use of Articles 30 and 52 to Attack Barriers to Market Access : An Overview of the ECJ's Case Law », *European Competition Law Review*, 1996, p. 388 ; BERNARD, N., « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *Cahiers de droit européen*, 1998, pp. 11-45; OLIVER, P., « Goods and Services : Two Freedoms Compared » in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruylant, 1999, Volume II, pp. 1377-1405 ; O'LEARY, S., « The Free Movement of Persons and Services » in P. CRAIG & G. DE BÛRCA, *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, pp. 377-416 ; voir aussi dans le tome collectif dirigé par ANDENAS, M. & ROTH, W.H. (eds.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, 2001, les très intéressantes contributions de M. POIARES MADURO, pp. 41-68, J. SNELL & M. ANDENAS, pp. 69-140, H. JARASS, pp. 141-163, J.-L. HANSEN, pp. 197-210. Nous mêmes, nous nous étions interrogés sur ce point dans l'article « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : Une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? ». *Revue trimestrielle de droit européen*, 1998, pp. 191-236, à propos de l'existence d'un régime unique de transgression pour les quatre libertés, et nous avons considéré que, même si la Cour, pour des raisons pédagogiques, emploie un langage uniforme, un régime unitaire n'est *a priori* ni nécessaire ni justifié.
- (26) Ainsi, pour se limiter aux commentaires les plus récents on relèvera que POIARES MADURO doute, à la fois, de l'existence et de la pertinence d'un régime unique et trouve que les libertés personnelles ont pris le pas sur la libre circulation des marchandises ; SNELL & ANDENAS, au contraire, suggèrent que malgré les différences textuelles et matérielles entre les libertés, un régime unique permettrait d'établir un « système cohérent de règles ». JARASS, pour sa part, trouve qu'un régime unique existe quant aux grandes lignes, mais que pour l'établissement la jurisprudence n'a pas besoin d'aller aussi loin que pour les autres libertés. HANSEN, à son tour, identifie un système cohérent d'analyse de la jurisprudence sur les quatre libertés, sans pour autant aboutir à un régime unique.
- (27) Pour de plus amples développements sur ce sujet voir SNELL, J., « Private Parties and the Free Movement of Goods and Services » in ANDENAS & ROTH, *supra* note 25, pp. 211-243 et BAQUERO CRUZ, J., *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the EC*, Oxford, Hart Publishing, 2002.
- (28) CJCE 30 janvier 1985, *BNIC*, affaire 123/83, *Rec.* p. 391.
- (29) CJCE 17 novembre 1993, *Reiff*, affaire 185/91, *Rec.* p. 1-5801.
- (30) CJCE 8 mars 1988, *Apple & Pear Development Council*, affaire 102/86, *Rec.* p. 1443.
- (31) CJCE 5 novembre 2002, *Commission c. Allemagne, marque du terroir*, affaire C-325/00, *Rec.* p. 1-9977.
- (32) CJCE 9 décembre 1997, *Commission c. France, passivité des forces de l'ordre*, affaire C-265/95, *Rec.* p. 1-6959 ; voir plus récemment les limites de cette jurisprudence CJCE 12 juin 2003, *Schmidberger*, affaire C-112/00, *Rec.* p. 1-5659.
- (33) *Walrave*, *supra* note 6, attendu 17 ; voir aussi plus récemment *Bosman*, *supra* note 23, attendu 83.
- (34) CJCE 8 juillet 1999, *Bobadilla c. Museo Prado*, affaire C-234/97, *Rec.* p. 1-4773.
- (35) CJCE, 6 juin 2000. *Angonese*, affaire C-281/98, *Rec.* p. 1-4139.
- (36) *Angonese*, *supra* note 35, attendu 36. Voir aussi CJCE 3 octobre 2000, *Ferlini*, affaire C-411/98, *Rec.* p. 1-8081, mais dans ce cas la Cour appliqué formellement l'article 6 CE, et non pas directement l'article 48.
- (37) Voir en droit communautaire CJCE 8 avril 1976, *Defrenne*, affaire 43/75. *Rec.* p. 455.
- (38) CJCE 18 février 1987, *Mathot*, affaire 98/86, *Rec.* p. 809.
- (39) CJCE 14 décembre 1982, *Waterkeyn*, affaires jointes 314-316/81 et 83/82. *Rec.* p. 4337.
- (40) CJCE 23 octobre 1986, *Cognet*, affaire 355/85, *Rec.* p. 3231.
- (41) CJCE 16 février 1995, *Aubertin*, affaire C-29 à 35/94, *Rec.* p. 1-311 ; CJCE 30 novembre 1995, *Esso Espanola*, affaire C-134/94, *Rec.* p. 1-4241.
- (42) CJCE 7 mai 1997, *Pistre*, affaires jointes C-321 à 324/94, *Rec.* p. 1-2343, attendu 44. Voir aussi l'article de SIMON, D. & LAGONDET, F., « Libre circulation des marchandises et situations purement internes : chronique d'une mort annoncée ». *Europe*, 1997, chron. 9.
- (43) CJCE 5 décembre 2000, *Guimont*, affaire C-448/98, *Rec.* p. I-10663.
- (44) *Guimont*, *supra* note 43, attendus 20 et 21 à 24. La Cour précise que dans le cadre du partage des compétences mis en place par l'article 234 CE, il revient aux juridictions nationales d'apprécier s'il convient d'appliquer l'interprétation fournie par la CJCE au cas d'espèce qui leur est soumis.
- (45) CJCE 5 mars 2002. *Reisch e.a.*, affaires jointes 515, 519 à 524 et 526 à 540/99, *Rec.* p. 1-2157 ; comparez les attendus 21 à 24 de *Guimont*, *supra* note 43 avec les attendus 24 à 27 de l'arrêt *Reisch*.
- (46) CJCE 7 juillet 1992, *Surinder Singh*, affaire C-370/90, *Rec.* p. 1-4265.
- (47) Ceci est différent des situations du type CJCE 7 février 1979, *Knoors*, affaire 115/78, *Rec.* p. 399 ou CJCE 6 octobre 1981, *Broekmeulen*, affaire 246/80, *Rec.* p. 2311, dans lesquelles l'intéressé réclame vis-à-vis de son propre État la reconnaissance des qualifications et de l'expérience acquises dans un autre État membre afin de prouver qu'il remplit les conditions (professionnelles, en l'occurrence) exigées par la législation de son État d'origine.
- (48) CJCE 11 juillet 2002, *Carpenter*, affaire C-60/00, *Rec.* p. 1-6279.
- (49) Qui comprend aussi des services « virtuels » au profit des destinataires non identifiés, voir CJCE 10 mai 1995, *Alpine*

- Investments*, affaire C-384/93, *Rec.* p. 1-1141 et notre commentaire dans la *Common Market Law Review*, 1995, pp. 1427-1445.
- (50) Voir CJCE 14 novembre 1995, *Svensson & Gustavsson*, affaire C-484/93, *Rec.* p. I-3955 et notre commentaire dans la *Common Market Law Review*, 1996, pp. 569-589.
- (51) Il faut remarquer que la jurisprudence de la Cour en matière de libertés personnelles prend appui sur une bonne partie de la doctrine qui réclame l'abandon complet de l'élément d'extranéité dans les libertés personnelles. Voir GAJA, G., « Les discriminations à rebours : un revirement souhaitable » dans *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, Volume II, pp. 993-1000 et TAGARAS, H., « Règles Communautaires de libre circulation, discriminations à rebours et situations dites 'purement internes' » dans le même ouvrage, pp. 1499-1538.
- (52) Pour des développements extensifs sur la notion de discrimination en matière de marché intérieur, voir entre autres (par ordre chronologique) MARENCO, J., « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative », *Cahiers de droit européen*, 1984, p. 291 ; DEFALQUE, L., « Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises », mêmes *Cahiers*, 1987, pp. 487-510 ; MARENCO, J., « The Notion of Restriction on the Freedom of Establishment and Provision of Services in the Case-law of the Court », *Yearbook of European Law*, 1991, p. 111 ; GARRONE, P., « La discrimination indirecte en Droit Communautaire : vers une théorie générale », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1994, p. 427 ; BERNARD, N., « Discrimination and Free Movement in EC Law », *International & Comparative Law Quarterly*, 1996, pp. 82-108 ; DANIELE, L., « Non-Discriminatory Restrictions to the Free Movement of Persons », *European Law Review*, 1997, pp. 191-200 ; MARTIN, D., « 'Discriminations', 'entraves' et 'raisons impérieuses' dans le traité CE : trois concepts en quête d'identité (partie Ie) », *Cahiers de droit européen*, 1998, pp. 261-318.
- (53) CJCE 28 janvier 1992, *Bachmann*, affaire C-204/90, *Rec.* p. 1-249.
- (54) CJCE 11 avril 2000, *Kaba*, affaire C-356/98, *Rec.* p. 1-2623.
- (55) Nombreux sont les exemples de la jurisprudence de la Cour dans lesquels l'existence d'une discrimination est appréciée de manière qui se prête au doute, voir i.a. CJCE 9 juillet 1992, *Commission c. Belgique, Déchets Wallons*, affaire 2/90, *Rec.* p. I-4431, CJCE 2 avril 1998, *Otokumpu, électricité*, affaire 213/96, *Rec.* p. 1-1777, CJCE 13 mars 2001, *PreussenElektra*, affaire C-379/98, *Rec.* p. 1-2099, etc.
- (56) *Alpine Investments*, *supra* note 49, attendu 28.
- (57) CJCE 31 mars 1993, *Kraus*, affaire C-19/92, *Rec.* p. 1-1663.
- (58) Directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la libéralisation complète des mouvements de capitaux, J.O.C.E. L 178 du 8 juillet 1988, p. 1.
- (59) CJCE 1 juin 1999, *Konle*, affaire C-302/97, *Rec.* p. 1-3099, attendu 38 et *Commission c. Portugal, Golden Shares*, *supra* note 16, attendu 49.
- (60) *Commission c. Portugal, Golden Shares*, *supra* note 16, attendu 44.
- (61) Voir à ce propos les analyses concernant le concept même de la discrimination, *supra* note 52.
- (62) Voir à ce sujet, entre autres SAUTER, W., « The Economic Constitution of the European Union », *Columbia Journal of European Law*, 1998, p. 27 ; JORGES, Ch., « The Market without the State ? The "Economie Constitution" of the European Community and the Rebirth of Regulatory Policies », *European Integration online Papers*, 1997, n° 19 ; MERTENS DE WILMARS, J., « Réflexions sur l'ordre juridico-économique de la Communauté européenne », dans J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE et J. VANDAMME, *Interventions publiques et droit communautaire*, Paris, Pedone, 1988, p. 1 ; voir aussi le livre de J. BAQUERO-CRUZ, *supra* note 27.
- (63) RIGAUX, A., « Nouvel épisode de la difficile qualification des mesures d'effet équivalent : le sort des abeilles brunes de Laeso », *Europe*, 1999, comm. 4.
- (64) CJCE 7 mars 1990, *Krantz*, affaire C-69/88, *Rec.* p. 1-583, attendu 11.
- (65) CJCE 13 octobre 1993, *CMC Motorradcenter*, affaire C-93/92, *Rec.* p. 1-5009, attendu 12.
- (66) CJCE 14 juillet 1994, *Peralta*, affaire C-379/92, *Rec.* p. 1-3453, attendu 24.
- (67) CJCE 5 octobre 1995, *Centro Servizi Spediporto*, affaire C-96/94, *Rec.* p. 1-2883, attendu 41.
- (68) CJCE 18 juin 1998, *Corsica Ferries III*, affaire C-266/96, *Rec.* p. 1-3949, attendu 31.
- (69) CJCE 22 juin 1999, *ED c. Fenocchio*, affaire C-412/97, *Rec.* p. 1-3845, attendus 11 et 17.
- (70) CJCE 27 janvier 2000, *Volker Graf*, affaire C-190/98, *Rec.* p. 1-493, attendu 25.
- (71) Dans ce sens DA CRUZ VILAÇA, J.-L., « On the Application of Keck in the Field of the Free Provision of Services » in ANDENAS & ROTH, *supra* note 25, pp. 25-39.
- (72) Dans ce sens V. HATZOPOULOS dans le commentaire de l'arrêt *Alpine Investments in Common Market Law Review* 1995, p. 1427-1445 et, plus récemment, P. ROTH, « The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services : Is Keck Relevant ? » in ANDENAS & ROTH, *supra* note 25, pp. 1-23.
- (73) CJCE 8 novembre 1979, *Groenveld*, affaire 15/79, *Rec.* p. 3409.
- (74) CJCE 14 juillet 1981, *Oebel*, affaire 155/80, *Rec.* p. 1993.
- (75) Voir récemment, CJCE 16 mai 2000, *Belgique c. Espagne, Rioja II*, affaire C-388/95, *Rec.* p. 1-3123 et CJCE 20 mai 2003, *Ravil c. Belon, grana padano*, affaire C-469/00, *Rec.* p. 1-5053.
- (76) *Knoors*, *supra* note 47.
- (77) CJCE 23 février 1995, *Bordesa*, affaires jointes C-358 & 416/93, *Rec.* p. 1-361.
- (78) Voir *Bordesa* et *Sanz de Lera*, *supra* notes 77 et 13 ; les mesures de sauvegarde prévues par l'article 59 CE ne doivent pas être oubliées.
- (79) Du point de vue de la terminologie, la Cour employait dans un premier temps le terme « raison impérieuse d'intérêt général » dans le cadre des services et le terme « exigences impératives » pour les marchandises ; mais cette distinction est désormais obsolète et les deux termes (ainsi que toute autre déclinaison) sont utilisés de manière interchangeable.
- (80) Voir notamment CJCE 18 mai 1982, *Adoui et Cornuaille*, affaires jointes 115 et 116/81, *Rec.* p. 1665. CJCE 24 mars 1994, *Schindler*, affaire C-275/92, *Rec.* p. I-1039 et plus récemment CJCE 20 novembre 2001, *Malgorzata*, affaire C-268/99, *Rec.* p. 1-8615 ; voir aussi HETSCH, P., « Émergence de valeurs morales dans la jurisprudence de la CJCE », *Revue trimestrielle de droit*

européen , 1982, p. 511.

(81) Voir CJCE 26 février 1991, *Guides touristiques* , affaires C-154/89, C-180/89 et C-189/89, *Rec . p.* 1-659 et suiv. et plus récemment CJCE 5 juin 1997, *SETTG c. Ypourgos Ergasias* , affaire C-398/95, *Rec . p.* 1-3091.

(82) CJCE 18 mars 1980, *Coditel* , affaire 62/79, *Rec . p.* 881.

(83) Voir la jurisprudence extensive en matière de fiscalité directe, notamment, *Bachmann*, *supra* note 53, CJCE 28 janvier 1992, *Commission c. Belgique, (Bachmann)* , affaire C-300/90, *Rec . p.* 1-305, CJCE 14 février 1994, *Schumacker* , affaire C-279/93, *Rec . p.* 1-225, CJCE 11 août 1995, *Wielockx* , affaire C-80/94, *Rec . p.* I-2439, CJCE 15 mai 1997, *Futura* , affaire C-250/95, *Rec . p.* 1-2471 ; voir aussi notre commentaire dans *Common Market Law Review* , 1998, pp. 493-518.

(84) Cette position a été développée principalement par le professeur A. MATTERA dans *Le marché unique européen*, *supra* note 9 et pendant longtemps semblait correspondre à la jurisprudence dominante de la Cour. Cependant, dans sa jurisprudence des dernières années, la Cour traite systématiquement les exigences impératives en tant que justifications des mesures préalablement qualifiées de violations aux règles du traité : voir p. ex. CJCE 27 juin 1996, *Asscher* , affaire C-107/94, *Rec . p.* 1-3089, CJCE 28 avril 1998, *Kohll* , affaire C-158/96, *Rec . p.* 1-1931, *Smits & Peerbooms* , *supra* note 16.

(85) *Commission c. Portugal, Golden Shares*, *supra* note 16, attendu 49 (nous soulignons).

(86) CJCE 31 mai 2001, *Commission c. Italie, gardes privés* , affaire C-283/99, *Rec . p.* 1-4363.

(87) Voir à ce sujet HATZOPOULOS, V., « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses », *supra* note 25 et plus récemment, O'LEARY, S. & FERNANDEZ-MARTIN, J., « Judicially Created Exceptions to the Free Provision of Services » in ANDENAS & ROTH, *supra* note 25, pp. 163-196.

(88) Voir HATZOPOULOS en conclusion.

(89) Voir CJCE 12 juillet 1996, *RU c. Commission* , affaire C-180/96 R, *Rec . p.* 1-3903 et CJCE 13 juillet 1996, *National Farmers' Union (NFU) c. Commission* , affaire T-76/96, *Rec . p.* 11-815, attendu 75. Voir aussi plus récemment CJCE 9 septembre 2003, *Monsanto* , affaire C-236/01, *Rec . p.* 1-8105 et CJCE 23 septembre 2003, *Commission c. Danemark* , affaire C-192/01, *Rec . p.* 1-9693.

(90) Voir les arrêts de principe, *Cassis de Dijon* ; *Säger* ; *Gebhard* ; *Bosman* ; *Commission c. Portugal, Golden Shares* ; etc., *supra* notes 10, 21, 19, 23, 16. (91) Une grande partie de la doctrine suggère que cette distinction n'a plus aucun sens et devrait être formellement abandonnée. Voir entre autres DEMARET, P., « Mondialisation et accès aux marchés, l'accès au marché des services réglementés : la libéralisation du commerce des services dans le cadre du Traité CE », *Revue internationale de droit économique* , 2002, pp. 259-291, 278.

(92) Voir sur la légitimité de l'activisme de la Cour, POIARES MADURO. M., *We the Court* , Oxford, Hart Publishing, 1998, où le lecteur trouvera de très riches références bibliographiques.