

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

**L'INFLUENCE DU CONTEXTE CONJONCTUREL SUR LA
FONCTION INTEGRATIVE DE LA COUR DE JUSTICE DES
COMMUNAUTES EUROPEENNES DANS LE DOMAINE DE LA
LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES**

par

Céline Stehly

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de Docteur
en Droit (LL.D)

Mai 2007

© Céline Stehly, 2007



Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée :

L'influence du contexte conjoncturel sur la fonction intégrative de la Cour de justice des
Communautés européennes dans le domaine de la libre circulation des marchandises

présentée par :
Céline Stehly

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

François Chevrette
président-rapporteur

Andrée Lajoie
directeur de recherche

Isabelle Duplessis
membre du jury

Roderick A. Macdonald
examineur externe

Pierre Martin
représentant du doyen de la FES

Résumé

Le rôle intégratif que la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a joué dans la construction européenne est bien connu et très documenté. Ce qui l'est moins ce sont les raisons qui l'ont motivé, et le motivent encore. Si certains se sont déjà penchés sur cette question, un aspect a néanmoins été complètement négligé, celui de l'influence qu'a pu avoir à cet égard le contexte conjoncturel sur la jurisprudence communautaire et plus précisément sur l'orientation que la Cour a choisi de lui donner. Dans ce cadre, les auditoires de la Cour ont un rôle déterminant. Pour s'assurer d'une bonne application de ses décisions, la Cour est en effet amenée à prendre en considération les attentes des États membres, des institutions européennes, de la communauté juridique (tribunaux nationaux, avocats généraux, doctrine et praticiens) et des ressortissants européens (citoyens et opérateurs économiques).

Aussi, à la question du pourquoi la CJCE décide (ou non) d'intervenir, dans le domaine de la libre circulation des marchandises, en faveur de l'intégration économique européenne, j'avance l'hypothèse suivante : l'intervention de la Cour dépend d'une variable centrale : les auditoires, dont les attentes (et leur poids respectif) sont elles-mêmes déterminées par le contexte conjoncturel.

L'objectif est de faire ressortir l'aspect plus idéologique de la prise de décision de la Cour, largement méconnu par la doctrine, et de démontrer que le caractère fluctuant de la jurisprudence communautaire dans ce domaine, et en particulier dans l'interprétation de l'article 28 du traité CE, s'explique par la prise en compte par la Cour des attentes de ses auditoires, lesquels ont majoritairement adhéré à l'idéologie néolibérale.

Afin de mieux saisir le poids – variable – de chaque auditoire de la Cour, j'apprécierai, dans une première partie, le contexte conjoncturel de la construction européenne de 1990 à 2006 et notamment le virage néolibéral que celle-ci a opéré. L'étude des auditoires et de leur impact sur la jurisprudence fera l'objet de la seconde partie de ma thèse. Je montrerai ainsi que la jurisprudence communautaire est une jurisprudence « sous influence », essentiellement au service de la réalisation puis de l'approfondissement du marché intérieur européen.

Mots-clés : Article 28 CE, intégration européenne, activisme judiciaire, auditoires, néolibéralisme.

Abstract

The integrative role played by the Court of Justice of the European Communities (CJEC) in the construction of Europe is well known and documented. However the reasons that have motivated the CJEC in this role are far less known. Although some studies have been conducted on this topic, one aspect has been completely ignored: the influence of the conjunctural context on the European Community case law, and more precisely the orientation that the Court has chosen to give to the latter. Within this scope the Court's audiences play a determining role. To ensure that its decisions are well followed, the CJEC takes into consideration the expectations of the Member States, the European institutions, the judicial community (national tribunals, Advocates General, doctrine and practitioners), and the European citizens and economic operators.

In regard to the question as to whether or not the CJEC decides to intervene in the domain of free movement of goods, in favour of the European economic integration, I argue the following hypothesis: the intervention of the Court depends on a central variable, that of the audiences, of which the expectations (and their relative weight) are determined by the conjunctural context.

My objective is to point out the ideological aspects of the Court's decision making, mostly unknown to legal scholarship, and to demonstrate that the fluctuating character of case law in this domain, and more precisely in the interpretation of Article 28 of the CE Treaty, is explained by the Court's taking into consideration the expectations of its audiences, which are mainly committed to the neoliberal ideology.

In order to evaluate the varying weight of each audience of the CJEC, the first part of the thesis will delve into the conjunctural context and the European construction from 1990 to 2006 where in particular, we observe a turn towards neoliberalism. The study of the audiences and their impact on EC case law will be the subject of the second part of the thesis. I will show that this case law is "under influence", essentially to the service of the development and the strengthening of the European internal market.

Keywords : Court of Justice of the European Communities, free movement of goods, Article 28 EC, European integration, judicial activism, audiences, neoliberalism.

Table des matières

Résumé	i
Abstract.....	ii
Remerciements	xii
INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE – LE CONTEXTE CONJONCTUREL DE LA CONSTRUCTION EUROPÉENNE DE 1990 À 2006 : LE VIRAGE NÉOLIBÉRAL	18
CHAPITRE I – L’INTRODUCTION DU NÉOLIBÉRALISME DANS LA SPHÈRE EUROPÉENNE (1990-1994).....	22
SECTION I – FIN 1990-1991 : LA PHASE TRANSITOIRE.....	23
Paragraphe 1. La présence du nouveau courant idéologique dans le traité de Maastricht	23
A. L’Union économique et monétaire, pur produit de l’orthodoxie monétaire.....	25
B. Un principe de subsidiarité adopté avec des arrière-pensées.....	27
C. Un dialogue social détourné de ses objectifs premiers	29
Paragraphe 2. La présence du nouveau courant idéologique dans les conclusions des Conseils européens	31
A. L’Union économique et monétaire	31
B. La politique sociale.....	32
C. Le marché unique	33
SECTION II – 1992 : L’ACQUISITION DES OUTILS D’INTRODUCTION ET DE LÉGITIMATION DES PRINCIPES NÉOLIBÉRAUX	36
Paragraphe 1. Le principe de subsidiarité comme instrument de pénétration des idées néolibérales.....	36
A. La réduction de la portée de la législation communautaire	37
B. La réduction de la force de la législation communautaire	38
Paragraphe 2. Le citoyen européen comme justification au principe de subsidiarité	41
SECTION III – 1993 : L’AFFIRMATION DU NÉOLIBÉRALISME DANS LE DISCOURS EUROPÉEN ET SA LÉGITIMATION	42
Paragraphe 1. Le <i>Livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l’emploi</i> de la Commission et le plan d’action de lutte contre le chômage du Conseil européen.....	42
A. Une nouvelle vision de l’Europe sociale	43
1/ La priorité donnée à l’emploi.....	43
2/ La disparition dans le discours européen de la dimension sociale et de la cohésion économique et sociale.....	44

B. Vers un rapprochement entre les institutions européennes.....	47
Paragraphe 2. Une légitimation par les partenaires sociaux et le citoyen européen ..	50
A. Les partenaires sociaux.....	51
B. Le citoyen européen et les questions l'intéressant.....	54
SECTION IV – 1994 - MI-1995 : L'APPLICATION DU NÉOLIBÉRALISME À L'ÉCHELLE EUROPÉENNE.....	58
Paragraphe 1. Du niveau européen vers le niveau national	59
A. Une mise en oeuvre facilitée par l'unanimité entre les institutions « motrices » de l'Union européenne	59
B. Les prémices de la coordination des politiques nationales	60
Paragraphe 2. Une légitimation néolibérale.....	62
A. L'exploitation du chômage.....	62
B. Le culte de l'entreprise	64
C. La réglementation sociale	64
CHAPITRE II – LA CONSÉCRATION DU NÉOLIBÉRALISME DANS L'UNION EUROPÉENNE (1995-2006).....	66
SECTION I – FIN 1995 - MI-1997 : L'UNION EUROPÉENNE FACE À LA CONTESTATION SOCIALE	67
Paragraphe 1. Un travail de légitimation poussé	68
A. La dilution de la responsabilité de l'Union européenne par l'érection d'une responsabilisation collective.....	69
1/ Le recours aux partenaires sociaux	70
2/ La multiplication des « acteurs concernés »	73
B. Un discours ambigu	75
1/ La prise en compte de la protection sociale... pour mieux la réformer	75
2/ Les bienfaits vantés du néolibéralisme	82
Paragraphe 2. La révision des textes afin de consolider les « acquis » néolibéraux de l'Union européenne	84
A. Le pacte de stabilité et de croissance : une révision indirecte, à la défense des critères de Maastricht	85
B. Le traité d'Amsterdam, une révision superficielle destinée à faire taire les critiques	89
1/ Un traité à l'attention des citoyens.....	91
2/ Un traité sous tutelle néolibérale.....	102

SECTION II – FIN 1997-2001 : LE RENOUVELLEMENT DE LA POLITIQUE EUROPÉENNE DE L'EMPLOI À L'AUNE D'UN NÉOLIBÉRALISME MÂTINÉ DE « TROISIÈME VOIE ».....	107
Paragraphe 1. La politique européenne de l'emploi, cheval de Troie des politiques sociales des États membres.....	108
A. La politique européenne de l'emploi : d'une volonté de coordination à la consécration des thèses défendues par les travaillistes britanniques.....	108
1/ La stratégie européenne de l'emploi	108
2/ Le « modèle libéral de l'Europe du plein-emploi »	113
B. La redéfinition des politiques sociales sous l'influence des idées sociales-libérales britanniques.....	115
1/ La stratégie de Lisbonne	115
2/ La modernisation du modèle social européen pour un « État social actif »	118
3/ L'éducation et la formation.....	121
4/ Les retraites	124
Paragraphe 2. Une pression accrue du niveau européen sur les politiques nationales	128
A. Les États membres.....	128
1/ Une coordination frappée du sceau de l'intergouvernementalisme	129
2/ La multiplication des instruments de coordination et de suivi des politiques nationales	131
B. Les partenaires sociaux.....	135
1/ Le renforcement du dialogue social	135
2/ L'élargissement des thèmes abordés dans le cadre du dialogue social.....	141
3/ Le ralliement des partenaires sociaux au courant idéologique dominant....	142
Paragraphe 3. L'importance de l'opinion publique dans la légitimation des nouvelles orientations européennes	148
A. La nécessaire adaptation et modernisation	148
1/ Le caractère nécessaire de l'adaptation.....	148
2/ L'étendue de l'adaptation	150
B. La promotion de la responsabilité individuelle.....	151
1/ Des chômeurs et des inactifs.....	151
2/ Des travailleurs	153
3/ Des personnes âgées	153
4/ Des femmes, des personnes handicapées et des minorités.....	155

C. Le recours accru au citoyen européen.....	157
1/ Par les sujets l'intéressant	158
a) les sujets qui scandalisent ou inquiètent l'opinion publique.....	159
b) les sujets « à la mode », qui intéressent les citoyens	165
c) la réapparition de considérations sociales.....	172
2/ Par le dialogue civil	176
SECTION III – À PARTIR DE 2002 : LE RETOUR DU DOGME NÉOLIBÉRAL DANS UNE UNION EUROPÉENNE CENTRÉE SUR L'ÉCONOMIQUE	184
Paragraphe 1. La stratégie de Lisbonne révisée à la faveur de « l'Europe bleue »..	185
A. Un recentrage sur l'économique.....	185
B. Une coordination renforcée	194
1/ Une révision des processus de coordination	194
2/ Un partenariat pour appuyer la mise en œuvre des réformes nationales.....	197
3/ Une extension parallèle de la méthode ouverte de coordination dans le domaine de la protection sociale	200
Paragraphe 2. Les tentatives de légitimation d'une Union européenne affaiblie.....	201
A. L'approche sécuritaire : la sécurité comme principale réponse aux attentes des peuples européens.....	206
1/ La politique d'asile et d'immigration.....	206
2/ La lutte contre le terrorisme.....	210
B. L'approche « constitutionnelle » : un traité constitutionnel comme semblant d'un projet commun d'envergure	213
1/ Les efforts de légitimation	213
2/ Un traité constitutionnel conforme aux valeurs dominantes.....	217
C. L'approche « coopérative » : le partenariat comme tentative de persuasion ..	223
DEUXIÈME PARTIE – UNE COUR DE JUSTICE À L'ÉCOUTE DE SES AUDITOIRES	230
CHAPITRE I – LES AUDITOIRES DE LA COUR ET LEURS ATTENTES.....	230
SECTION PRÉLIMINAIRE : LES AUDITOIRES DIRECTS ET LES AUDITOIRES INDIRECTS.....	232
SECTION I – LES GOUVERNEMENTS NATIONAUX.....	237
SECTION II – LES INSTITUTIONS EUROPÉENNES	242
SECTION III – LA COMMUNAUTÉ JURIDIQUE.....	249
Paragraphe 1. Les tribunaux nationaux.....	249
Paragraphe 2. Les avocats généraux	255

Paragraphe 3. La communauté universitaire et les praticiens.....	264
SECTION IV – LES RESSORTISSANTS EUROPÉENS.....	270
Paragraphe 1. Les citoyens européens.....	271
Paragraphe 2. Les opérateurs économiques.....	273
CHAPITRE II – UNE JURISPRUDENCE « SOUS INFLUENCES ».....	278
SECTION I – LES ARRÊTS <i>DASSONVILLE</i> ET <i>CASSIS DE DIJON</i> : L’INTERVENTIONNISME JUDICIAIRE AU SERVICE D’UN GRAND MARCHÉ EUROPÉEN.....	279
Paragraphe 1. La formule <i>Dassonville</i> : une définition extensive de la mesure d’effet équivalent.....	279
A. La formule <i>Dassonville</i>	282
B. Les objectifs poursuivis par la Cour.....	283
Paragraphe 2. L’arrêt <i>Cassis de Dijon</i> : entre principe d’équivalence et exigences impératives.....	286
A. Les apports de l’arrêt <i>Cassis de Dijon</i>	287
1/ Le principe d’équivalence et de reconnaissance mutuelle.....	287
2/ La « règle de raison ».....	288
B. L’analyse contextuelle de l’arrêt <i>Cassis de Dijon</i>	290
1/ Le rôle législatif de la Cour : l’harmonisation jurisprudentielle.....	290
2/ Les auditoires écoutés.....	295
3/ La liberté d’appréciation de la Cour.....	298
a) les raisons d’intérêt général dignes de protection.....	298
b) le test de proportionnalité.....	301
Paragraphe 3. Une application équivoque aux modalités de vente.....	305
A. Des tendances jurisprudentielles apparemment contradictoires.....	305
1/ Les décisions politiquement délicates ou les écarts de jurisprudence.....	306
a) l’absence de lien avec les échanges intracommunautaires.....	309
b) la jurisprudence sur le commerce le dimanche.....	310
2/ Les décisions en faveur de la libéralisation des marchés.....	314
B. Le contexte conjoncturel comme élément explicatif.....	317
1/ Les pouvoirs réglementaires résiduels des États membres comme limites au domaine d’application de l’interdiction des mesures d’effet équivalent.....	317
a) le courant jurisprudentiel issu de l’arrêt <i>Oebel</i>	317
b) la délimitation du champ d’application de l’article 28 du traité CE par le critère de la discrimination.....	320

c) les auditoires entendus par la Cour.....	322
2/ La portée extensive de l'article 28 du traité CE comme instrument au service du marché unique.....	322
a) le rapprochement des règles de la libre circulation et de la concurrence en faveur du marché intérieur : l'arrêt <i>Leclerc-livres</i>	323
b) la première extension de la portée de la prohibition des mesures d'effet équivalent : l'arrêt <i>Cinéthèque</i>	327
c) le second élargissement du domaine d'application de l'article 28 du traité CE : la jurisprudence sur le commerce le dimanche.....	329
d) les auditoires privilégiés par la Cour.....	336
SECTION II – L'ARRÊT <i>KECK ET MITHOUARD</i> : UNE DÉCISION À L'ÉNONCÉ IMPARTIAL MAIS AUX IMPLICATIONS CALCULÉES.....	339
Paragraphe 1. L'expression du formalisme de la fonction judiciaire.....	342
A. L'image de la fonction traditionnelle de la Cour de justice des Communautés européennes.....	344
B. Le recours à l'objectivité.....	346
C. L'usage de la syntaxe et du vocabulaire.....	350
D. La fiction de la continuité.....	352
Paragraphe 2. La « déresponsabilisation » de la Cour.....	354
A. L'argument pragmatique : le recours excessif à l'article 28 du traité CE.....	354
B. Les arguments laissés dans l'ombre.....	358
Paragraphe 3. Le « repli » judiciaire.....	360
A. La réduction du contrôle communautaire.....	360
1/ La limitation du champ d'application de l'article 28 du traité CE.....	361
2/ Le choix de la neutralité politique.....	363
B. Le maintien d'une certaine marge de manoeuvre de la Cour.....	365
C. Les auditoires pris en compte.....	369
SECTION III – LA JURISPRUDENCE POST-KECK ET MITHOUARD : UNE REPRISE PROGRESSIVE ET NON LINÉAIRE DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL AU PROFIT DU MARCHÉ UNIQUE.....	373
Paragraphe 1. L'affirmation appuyée de la « solution Keck » jusqu'en 1996.....	374
A. L'application mécanique de la jurisprudence <i>Keck et Mithouard</i>	374
B. Le rappel large de la jurisprudence <i>Keck et Mithouard</i>	378
C. Le maintien du désengagement de la Cour.....	379
Paragraphe 2. L'encadrement progressif de la « solution Keck » à partir de 1997.....	381

A. Le retour de l'interventionnisme de la Cour en faveur de la libre circulation des marchandises entre 1997 et fin 1998	382
1/ La réhabilitation du rôle actif de la Cour pour promouvoir le libre-échange intracommunautaire	383
a) l'extension du champ d'application territorial de l'article 28 du traité CE par la réduction de la notion de situation interne : l'arrêt <i>Pistre</i>	383
b) l'extension de la portée de l'article 28 du traité CE par l'élargissement des conditions d'imputabilité des États membres : l'affaire des fraises	386
c) les premiers pas vers la libéralisation des soins de santé : les arrêts <i>Decker</i> et <i>Kohll</i>	389
d) l'insertion d'une clause de reconnaissance mutuelle : l'affaire du foie gras	393
2/ Une application restreinte de la jurisprudence <i>Keck et Mithouard</i>	395
B. Le discret retrait de la Cour entre fin 1998 et 2000	400
1/ Le malaise de la Cour vis-à-vis de sa « solution Keck »	401
2/ Le plus grand respect par la Cour des pouvoirs réglementaires des États membres	406
C. Une jurisprudence favorable au libre-échange et attentive aux citoyens européens à partir de 2001	412
1/ L'encadrement « assumé » de la jurisprudence <i>Keck et Mithouard</i> et la réappropriation de son contrôle par la Cour	412
a) le critère de l'accès au marché comme élément déterminant	412
b) la mise en cause de la distinction établie entre les mesures de commercialisation par la jurisprudence <i>Keck et Mithouard</i>	419
2/ La prise en compte de l'auditoire des citoyens européens	425
3/ Un regain d'activisme au profit de l'intégration européenne	431
CONCLUSION	438
BIBLIOGRAPHIE	454
Législation et documents communautaires	454
Traités	454
Protocoles	454
Règlements	454
Directives	455
Décisions	457
Recommandations	458

Grandes orientations des politiques économiques (GOPE)	459
Lignes directrices	460
Résolutions.....	460
Communications	462
Livres de la Commission.....	468
Conclusions du Conseil européen	469
Déclarations, résolutions et autres documents adoptés par le Conseil européen :	472
Rapports	474
Autres documents.....	475
Jurisprudence.....	477
Arrêt de la Cour suprême du Canada	477
Arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes	477
Conclusions des avocats généraux	483
Doctrines	486
Ouvrages généraux.....	486
Thèses et autres ouvrages.....	487
Articles de revue ou études de recueil.....	487
Articles de journaux	508
Conférences.....	513
Références Internet	513
ANNEXE : ARRÊT KECK ET MITHOUARD.....	I

À Luc, Adriane et Florence

Remerciements

Tous mes remerciements :

À mon merveilleux et irremplaçable époux, Luc Grondin, mon allié et soutien le plus sûr, sans lequel cette thèse n'aurait jamais pu être réalisée.

À mes deux petits soleils, Adriane et Florence, qui ont embelli mes journées laborieuses durant la longue rédaction de cette thèse.

À mes formidables parents pour leur indéfectible soutien, et les valeurs qu'ils m'ont transmises, dont la persévérance qui m'a permis d'aller jusqu'au bout de cette longue recherche. Un merci tout particulier à mon père pour sa méticuleuse relecture ultérieure.

À ma sœur Sabine et mon frère Julien qui, de bien loin, ont toujours été présents en pensées.

À mes indispensables et extraordinaires amis pour leur généreux et inestimable appui moral. Je pense tout particulièrement à M^e France Saint-Denis, Kiri Simms, Boris Chasin, Julie Graff, Irène Lamarre et Pierre Duceppe, qui m'enrichissent chacun à leur manière. Je tiens spécialement à remercier France pour son impressionnant (et essentiel) travail de relecture et ses commentaires pertinents, ainsi que Kiri pour sa précieuse aide linguistique. Et je n'oublie pas les gentils coups de main en « logistique familiale » de plusieurs, dont Gilbert Grondin et Fanny Bouchard, ainsi que Nathalie Dabin et Jérémie Voix.

À Suzanne Boyer pour son précieux « coaching » et, bien entendu, à ma directrice de thèse, Andrée Lajoie, pour ses judicieux conseils.

INTRODUCTION

Après une présentation générale de mon sujet de thèse et de l'intérêt qu'il présente pour la communauté académique, j'exposerai les objectifs visés et mon hypothèse. Je justifierai ensuite l'encadrement de mon sujet, ainsi que les choix opérés tant sur le fond que dans la manière de le traiter. Puis je présenterai le cadre rhétorique et la méthodologie. Certaines précisions importantes pour la compréhension du sujet seront également abordées. Enfin, les grandes lignes du plan donneront un aperçu du sujet.

Le rôle intégratif que la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a joué dans la construction européenne est bien connu et très documenté. Il est communément admis que la Cour de justice a constitué – et constitue encore – « un des principaux artisans de la construction communautaire, voire le principal »¹. Il est presque devenu un lieu commun que de rappeler « l'œuvre créatrice »² de la Cour « dans la définition des compétences de l'Union, dans l'affinement de la structure institutionnelle de l'Union ou dans la structuration de l'ordre juridique communautaire et de ses rapports avec le droit national. La constitution de l'Union européenne a été largement façonnée par la Cour de justice. »³ Un éminent spécialiste du droit communautaire souligne aussi la contribution de la Cour à la « constitutionnalisation rampante de l'ordre juridique communautaire »⁴ et le rôle catalyseur de la jurisprudence communautaire dans le processus d'intégration, « tant par les innovations qu'elle a introduites dans les politiques communautaires, que par les pressions qu'elle a exercées sur le pouvoir législatif. »⁵

Mon propos ne sera donc pas de revenir sur ce terrain largement défriché. De même, je ne m'interrogerai pas non plus sur la légitimité de la Cour au regard de ce qu'il convient d'appeler « l'activisme judiciaire » qu'elle a exercé, aspects qui ont fait l'objet d'une

¹ Joël BOUDANT, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Dalloz, 2005, p. 6. Voir aussi, parmi tant d'autres, Renaud DEHOUSSE, *The European Court of Justice : The Politics of Judicial Integration*, New York, St. Martin's Press, 1998, spéc. pp. 75-76, et Hjalte RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice : a Comparative Study in Judicial Policymaking*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1986.

² Renaud DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, coll. « Clefs », 2^e éd., Paris, Montchrétien, 1997, p. 97.

³ Jean-Paul JACQUÉ, « L'évolution des compétences de la Cour de justice dans le cadre de l'espace judiciaire européen », dans Amicale des référendaires et anciens référendaires de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes, *La Cour de justice des Communautés européennes, 1952-2002 : bilan et perspectives – Actes de la conférence organisée dans le cadre du cinquantième anniversaire de la Cour de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 105, à la page 106.

⁴ R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 2, p. 8.

abondante littérature ⁶. Les raisons qui ont motivé l'attitude intégrationniste de la Cour sont, en revanche, beaucoup moins connues. Certaines opinions ont toutefois été émises à cet égard. La « frilosité » des États membres pour promouvoir l'intégration européenne en est une par exemple, obligeant ainsi la Cour à avoir un rôle substitutif. Cependant, les rares auteurs à s'être penchés sur cette question l'ont essentiellement fait sous l'angle « constitutionnel » c'est-à-dire en appréciant l'action de la Cour sur l'ordre juridique communautaire ⁷. De mon côté, c'est sous l'angle de la libre circulation des marchandises et de l'intégration économique que je l'apprécierai. Un élément a en outre été complètement négligé par la doctrine, soit l'influence qu'a pu avoir à ce titre le contexte conjoncturel sur la jurisprudence de la Cour et plus précisément sur l'orientation que la Cour a choisi de lui donner ⁸.

L'objet de cette thèse est donc d'apprécier et de tenter de faire toute la lumière sur les liens que la Cour entretient avec son environnement socio-économique et politique. Dans cette relation – largement méconnue – que le juge communautaire a avec le contexte conjoncturel européen, les auditoires de la Cour ont un rôle déterminant et ce, à plusieurs égards. En effet, étant donné que mon objet d'étude est avant tout juridique (puisque'il s'agit des décisions de la Cour), et que ces décisions sont rendues par la Cour unanimement, sans opinion dissidente, et après des délibérations qui sont et restent secrètes ⁹, l'influence du contexte conjoncturel sur les orientations jurisprudentielles de la Cour n'apparaît pas de façon directe. Elle se réalise par l'intermédiaire – le prisme si l'on peut dire – des auditoires. Les attentes des auditoires constituent en quelque sorte le reflet de la conjoncture.

⁵ *Id.*, p. 66.

⁶ Pour une brève recension de la littérature sur ces deux points, voir, *infra*, les notes 1147 et 1148.

⁷ Voir par exemple R. DEHOUSSE, *op. cit.*, notes 1 et 2 et Joseph H. H. WEILER, « A Quiet Revolution – The European Court of Justice and its Interlocutors », (1994) 26 *Comparative Political Studies* 510.

⁸ Une certaine attention au contexte dans lequel interviennent les arrêts de la Cour est néanmoins présente chez Renaud Dehousse, mais l'orientation idéologique n'est pas abordée. J'approuve toutefois entièrement la prémisse méthodologique centrale de l'ouvrage de cet auteur, selon laquelle « *developments in the legal sphere cannot be understood without reference to the broader context in which they take place* » : R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, p. 4.

⁹ Article 35 du protocole (n° 6) sur le statut de la Cour de justice [ci-après protocole sur le statut de la Cour] (annexé au traité sur l'Union européenne, au traité instituant la Communauté européenne et au traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique, conformément à l'article 7 du traité de Nice, modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, signé à Nice le 26 février 2001 (Journal officiel des Communautés européennes [ci-après JO] C 80 du 10.3.2001)). Le texte intégral du protocole sur le statut de la Cour, dans sa dernière version de janvier 2007 (il a été modifié par plusieurs décisions du Conseil), est également accessible à l'adresse Internet suivante :

<http://curia.europa.eu/fr/instit/txtdocfr/txtsenvigreur/statut.pdf>.

En fait, se déploie entre la Cour et ses auditoires une seconde relation, bidirectionnelle. D'un côté, comme j'aurai l'occasion de le développer plus longuement, la Cour, afin de s'assurer d'une bonne application de ses décisions, est amenée à prendre en considération les attentes de ses auditoires, c'est-à-dire les États membres, les institutions européennes, la communauté juridique (tribunaux nationaux, avocats généraux, doctrine et praticiens) et les ressortissants européens (citoyens et opérateurs économiques). En outre, la Cour a besoin de leur soutien pour asseoir sa légitimité et son autorité, particulièrement lorsqu'elle adopte une interprétation intégrationniste et audacieuse des textes communautaires. Ce dernier aspect ayant déjà été analysé par d'autres auteurs¹⁰, je ne le développerai pas outre mesure. Je tiens toutefois à préciser ici, qu'à la différence de mes recherches et de mon hypothèse, d'abord les études de ces auteurs n'abordent pas la question sous l'angle de la libre circulation des marchandises mais plutôt de celui « constitutionnel ». Ensuite, la prémisse est différente et partiellement inversée : selon ces auteurs, c'est la Cour qui a exercé une influence sur ses interlocuteurs et recherché leur appui (particulièrement de la communauté juridique et des plaideurs) pour parvenir à ses fins (soit la « constitutionnalisation » de l'ordre juridique communautaire)¹¹ ; alors que j'apprécie pour ma part la prise en compte (pondérée) par la Cour des attentes de ses auditoires et l'influence qu'exercent ces derniers sur la Cour. Enfin, l'influence du contexte conjoncturel, et notamment les courants idéologiques, sur la fonction intégrative de la Cour de justice des Communautés européennes a été négligée.

De l'autre côté, les auditoires cherchent, pour leur part, à voir leurs requêtes accueillies favorablement par la Cour. Je montrerai que ces revendications s'exprimant directement, dans le cadre des procédures judiciaires communautaires, ou indirectement, le plus souvent dans l'arène politique, ces auditoires peuvent être qualifiés de directs ou d'indirects. C'est une lapalissade que de dire que leurs demandes sont généralement antagonistes.

Je viserai à établir que les attentes des auditoires, comme le poids de chacun auprès de la Cour, varient en fonction de la conjoncture « du moment ». J'avancerai dès lors l'idée que la jurisprudence de la Cour suit – et parfois, mais pas nécessairement, renforce – la conjoncture du moment. Le choix de la Cour de justice de satisfaire les intérêts, ou certains

¹⁰ Voir notamment Anne-Marie BURLEY et Walter MATTLI, « Europe Before the Court : A Political Theory of Legal Integration », (1993) 47 n° 1 *International Organisation* 41 et J. H. H. WEILER, *loc. cit.*, note 7.

¹¹ R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1.

d'entre eux, d'un ou de plusieurs auditoires au détriment d'un ou des autres laisse ainsi transparaître le paradigme dominant. Autrement dit, l'analyse des attentes des auditoires ainsi que de la réponse de la Cour à celles-ci – qui se doit néanmoins d'être pondérée pour ne pas affaiblir sa légitimité – nous donne en quelque sorte une représentation, même si quelque peu floue, de la conjoncture européenne.

Aussi, à la question du pourquoi la Cour de justice décide (ou non) d'intervenir, dans le domaine de la libre circulation des marchandises, en faveur de l'intégration économique européenne, j'avance l'hypothèse suivante : l'intervention de la Cour dépend d'une variable centrale : les auditoires, dont les attentes (et leur poids respectif) sont elles-mêmes déterminées par le contexte conjoncturel.

Étant donné l'étendue extrêmement vaste dans laquelle peut se développer un tel sujet (la Cour de justice intervient dans pratiquement tous les domaines du droit européen), j'ai choisi de limiter mon étude, pour la vérification de cette hypothèse, au domaine de la libre circulation des marchandises et même plus spécifiquement à celui de l'application de l'article 28 (ex-article 30¹²) du traité instituant la Communauté européenne [ci-après traité CE].

La libre circulation des marchandises est un principe fondamental du traité tel qu'établi par l'article 3, sous c) et l'article 14 (ex-article 7 A), alinéa 2 du traité CE relatif au marché intérieur. Ce principe est mis en œuvre par l'article 28 du traité CE. L'article 3, sous c) dispose que l'action de la Communauté comporte un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. L'article 14 prévoit que le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du traité. La libre circulation des marchandises constitue ainsi l'une des quatre libertés fondamentales, avec la libre circulation des personnes, des services et des capitaux, qui participent à la réalisation du

¹² Le traité d'Amsterdam a renuméroté les articles du traité instituant la Communauté européenne et numéroté ceux du traité sur l'Union européenne, qui étaient désignés par des lettres dans le traité de Maastricht.

marché commun (prévu aux articles 2, 3 et 8 du traité de Rome ¹³) et, depuis l'Acte unique européen ¹⁴, du marché intérieur ¹⁵.

L'article 28 du traité CE énonce simplement :

« Les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres. » ¹⁶

Cette disposition fait partie du titre I (sur la libre circulation des marchandises) de la troisième partie du traité instituant la Communauté européenne qui porte sur les politiques de la Communauté. Le but de l'article 28 du traité CE est l'élimination des entraves réglementaires à la libre circulation des produits (et dès lors au commerce intracommunautaire), à l'origine pour faciliter la mise en place entre les États membres d'un marché commun (auquel lui a été substitué l'objectif du marché intérieur), en complément avec d'autres instruments (interdiction des obstacles tarifaires notamment) et d'autres politiques (dispositions dans le domaine de la concurrence ou dans le domaine fiscal, par exemple).

Les règles dans le domaine de la libre circulation des marchandises, et particulièrement l'article 28 du traité CE, ont joué (et jouent encore) un rôle majeur dans le processus d'intégration (économique) communautaire. Sur ce point, je me limiterai à rappeler certaines opinions, dont la première figure parmi les plus autorisées, puisqu'elle émane d'un juge ayant largement contribué à la jurisprudence de la Cour dans ce domaine. Selon le juge Josse Mertens de Wilmars, « *[i]n the Court's view, the rules on the free movement of goods sensu largo remain one of the cornerstones of the Community edifice* » ¹⁷; une opinion d'ailleurs largement partagée par la doctrine ¹⁸. D'autres ajoutent, s'agissant de l'article 28 du traité CE lui-même, que cette disposition est « *[...] the clearest embodiment of the principle*

¹³ Traité instituant la Communauté économique européenne (traité CEE) ou traité de Rome, signé le 25 mars 1957 et entré en vigueur le 1er janvier 1958 (298 R.T.N.U. 11).

¹⁴ Acte unique européen signé le 14 février 1986 et entré en vigueur le 1er juillet 1987 (JO L 169 du 29.06.1987).

¹⁵ Fabrice PICOD, « Libre circulation des marchandises », dans Ami BARAV, Christian PHILIP et Chahira BOUTAYEB (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, p. 614, à la page 614.

¹⁶ Version consolidée du traité instituant la Communauté européenne (JO C 321E du 29.12.2006).

¹⁷ Josse MERTENS DE WILMARS et J. STEENBERGEN, « The Court of Justice of the European Communities and Governance in an Economic Crisis », (1984) 82 *Michigan Law Review* 1377, 1395.

¹⁸ Voir, par exemple, Damian CHALMERS, « Free Movement of Goods Within the European Community : An Unhealthy Addiction to Scotch Whisky », (1993) 42 *International and Comparative Law Quarterly* 269, 269, pour qui, « *[f]ree movement of goods is one of the bedrocks of the common market* ».

of freedom of movement of goods within the Treaty »¹⁹ et « [...] represents in many respects the core of the European Community Treaty »²⁰.

Une des principales raisons qui participent de l'importance des dispositions en matière de libre circulation des marchandises – et qui ont motivé mon choix d'en faire l'objet de mes recherches – est incontestablement l'attitude de la Cour elle-même vis-à-vis de ces règles. Comme l'a très pertinemment relevé Anne Rigaux, « [...] c'est souvent le domaine de la libre circulation des marchandises qui sert de « *laboratoire contentieux* » à la Cour de justice pour tester des solutions audacieuses ou novatrices qu'elle étend ensuite, une fois que leurs contours sont stabilisés, aux autres libertés fondamentales garanties par le traité. »²¹

Or la jurisprudence de la Cour relativement à l'article 28 du traité CE est caractérisée par son manque d'unité et de cohérence. Aussi mon objectif sera-t-il d'apporter un nouvel éclairage, incontestablement plus politique, sur cette jurisprudence mouvementée de la Cour. Je me propose donc de démontrer que la jurisprudence fluctuante de la Cour dans le domaine de la libre circulation des marchandises, et spécifiquement dans l'interprétation de l'interdiction des mesures d'effet équivalent visée à l'article 28 du traité CE, s'explique avant tout par le contexte conjoncturel et les attentes des auditoires de la Cour.

Dans l'appréciation du rôle de la Cour, il doit évidemment être tenu compte de la nature des règles en cause. Il ne faut en effet pas oublier que le traité de Rome (ou traité CEE) « a opté pour un type d'économie libéral, selon les conceptions qui régnaient à l'époque dans les six États membres d'origine », ainsi que le note le juge Kakouris²². Et l'article 30 du traité CEE (actuel article 28 du traité CE) était destiné à faciliter la mise en place d'un marché commun, puis d'un marché unique, entre les États membres. C'est donc une donnée de départ avec laquelle la Cour a dû composer et qui a inmanquablement influé

¹⁹ *Id.*, 270.

²⁰ Francis SNYDER et Christian JOERGES, « Foreword », dans Miguel Poiaras MADURO, *We the Court ; The European Court of Justice and the European Economic Constitution – A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 1998, p. v.

²¹ Anne RIGAUX, (novembre 2004) *Europe comm.* 350.

²² Constantinos N. KAKOURIS, « Le droit à la fin du 20^e siècle : le rôle des tribunaux dans la seconde moitié du 20^e siècle et la Cour de justice des Communautés européennes », dans L. E. KOTSIRIS, *Law at the Turn of the 20th Century : International Conference, Thessaloniki, 1993*, Thessaloniki, Sakkoulas, 1994, p. 379, 398. Bernard Cassen adopte un point de vue toutefois légèrement différent. Selon lui, si « [l]es textes constitutifs de la Communauté, élaborés dans la période de pleine expansion des économies européennes, [ont pu], sans susciter de réactions – même des syndicats favorables à la construction de l'Europe, – faire abstraction de toute référence sociale [c'est que l]'intendance suivait, grâce à la croissance soutenue des années 50-60 et aux mécanismes de l'État-providence dont s'étaient dotés, après la guerre, tous les pays du Vieux Continent. » : Bernard CASSEN, « Surtout de pas désespérer – Le social à la remorque de l'Acte unique », *Le Monde diplomatique*, décembre 1988, p. 6.

sur ses orientations jurisprudentielles. Cela dit, cela n'enlève en rien la très large discrétion judiciaire dont la Cour dispose dans l'interprétation de cette disposition.

Je montrerai ainsi que la Cour de justice joue, dans l'intégration européenne, un rôle actif qui est loin d'être neutre, car sa jurisprudence en matière de libre circulation des marchandises exprime une vision socio-économique qui reflète les valeurs dominantes au niveau européen. Le discours dominant à l'échelle européenne est, à partir du début des années quatre-vingt-dix, celui du néolibéralisme. Il s'affirmera progressivement dans la première moitié des années quatre-vingt-dix et sera consacré sur le plan européen dans la décennie suivante.

Afin de mieux saisir le poids – variable – de chaque auditoire de la Cour, j'apprécierai dès lors, dans la première partie de ma thèse, le contexte conjoncturel de la construction européenne de 1990 à 2006. Celui-ci sera analysé à travers le discours européen (et en particulier celui du Conseil européen) et selon une démarche chronologique. L'étude des auditoires et de leur impact sur la jurisprudence relative à l'interdiction des mesures d'effet équivalent sera abordée dans la seconde partie de ma thèse qui fait notamment appel à l'analyse rhétorique, dite aussi analyse argumentative, telle que développée par le professeur Chaïm Perelman. Je démontrerai ainsi que la jurisprudence communautaire est une jurisprudence « sous influence », essentiellement au service de la réalisation puis de l'approfondissement du marché intérieur européen.

Le lecteur attentif constatera une différence entre la première et la seconde partie de ma thèse concernant le « champ chronologique » étudié. J'ai choisi, pour des raisons de temps et d'espace, de ne traiter dans ma première partie que de l'introduction et du développement dans le cadre européen d'un nouveau modèle de référence, celui du néolibéralisme. L'analyse s'étale donc du début des années quatre-vingt-dix à nos jours²³. La seconde partie m'a, par contre, obligée à remonter bien davantage dans le temps. L'arrêt *Keck et Mithouard* du 24 novembre 1993²⁴, qui constitue un tournant jurisprudentiel majeur, ne peut se comprendre qu'à la lumière de la jurisprudence antérieure et des attentes variables des auditoires. En effet, l'appréciation de cet arrêt au regard de son contexte immédiat m'a d'abord conduite, dans un premier temps, à des conclusions hâtives. De fait, cette décision apparaissait en totale contradiction avec l'ambiance idéologique d'alors. Ce n'est qu'une

²³ Mon analyse s'arrête toutefois aux conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 15 et 16 juin 2006.

analyse fine des arrêts fondateurs en ce domaine (soit les arrêts *Dassonville* du 11 juillet 1974²⁵ et *Cassis de Dijon* du 20 février 1979²⁶) et des divers courants jurisprudentiels concernant l'interprétation de l'article 28 du traité CE qui ont suivis, recoupée avec l'examen des attentes des auditoires de la Cour et du contexte conjoncturel de l'époque, qui m'a permis de comprendre ce qui avait amené la Cour à adopter la « solution Keck »²⁷. L'étude de la jurisprudence de la Cour, en matière de libre circulation des marchandises, bien antérieurement à la fin des années quatre-vingt-dix était donc indispensable à la compréhension de la jurisprudence s'échelonnant sur les années étudiées dans la première partie de la thèse²⁸. Il en va de même pour la compréhension de l'influence des auditoires et de leurs revendications auprès de la Cour de justice des Communautés européennes.

S'agissant plus spécifiquement du contexte conjoncturel, je souhaite également apporter quelques précisions. En premier lieu, ce contexte conjoncturel comprend, pour reprendre les mots d'Andrée Lajoie et de ses coauteurs²⁹, des « éléments proprement idéologiques de la conjoncture lourde », des « éléments plus spécifiquement économiques de la conjoncture » et des « facteurs plus étroitement juridiques », auxquels s'ajoutent des facteurs politiques spécifiques au contexte européen. D'une part, ces éléments ne seront pas étudiés séparément mais ils seront appréciés globalement à travers les attentes des auditoires. En effet, ce sont les auditoires qui sont au centre de ma démonstration et une étude séparée de ces facteurs, quoique fort intéressante, risquerait de me faire perdre de vue mes objectifs initiaux. Je me permettrai toutefois quelques commentaires en conclusion. D'autre part, j'ai pu constater que le poids de ces différents éléments qui composent le contexte conjoncturel européen n'était pas égal. Les éléments davantage idéologiques de la conjoncture s'avèrent largement prépondérants dans le cadre de la jurisprudence de la Cour relative à l'interdiction des mesures d'effet équivalent. Cela explique que j'aborderai le contexte conjoncturel européen essentiellement sous cet angle, en mettant en évidence la progression des idées néolibérales dans le cadre européen.

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

²⁵ Arrêt du 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, *Rec.* 1974, p. 837.

²⁶ Arrêt du 20 février 1979, *Rewe Zentral* (dit « Cassis de Dijon »), aff. 120/78, *Rec.* 1979, p. 649.

²⁷ Cette expression est régulièrement employée par les auteurs Anne Rigaux et Denys Simon dans la revue *Europe*.

²⁸ Cette étude prend en considération la jurisprudence s'arrêtant au 23 février 2006.

²⁹ Andrée LAJOIE, Régine ROBIN, Sébastien GRAMMOND, Henry QUILLINAN, Louise ROLLAND, Stéphane PERRAULT et Armelle CHITRIT, « Les représentations de "société libre et démocratique" à la Cour Dickson, la rhétorique dans le discours judiciaire canadien », (1994) 32 *Osgoode Hall Law Journal* 295, 360-362.

En second lieu, j'ai choisi de consacrer toute la première partie de la thèse à l'étude du contexte conjoncturel de la construction européenne de 1990 à 2006, bien que le titre de mon sujet soit l'influence de ce contexte sur la fonction intégrative de la Cour de justice des Communautés européennes dans le domaine de la libre circulation des marchandises. En effet, une analyse approfondie de ce contexte m'apparaissait indispensable pour plusieurs raisons. D'abord, les attentes des auditoires se comprennent essentiellement à la lumière du contexte conjoncturel. Il importait donc de connaître avec précision comment les idées néolibérales du niveau national avaient progressivement gagné le niveau européen et converti les institutions politiques européennes (qui comptent, avec les États membres, parmi les principaux auditoires de la Cour). Seule une analyse détaillée du discours européen et des politiques européennes menées à cette époque permettait de l'apprécier dans son entièreté. Ensuite, une fois la réception de ce nouveau courant idéologique achevée au niveau européen, les autorités européennes ont cherché à accroître son emprise tant sur le plan communautaire que national. Elles l'ont fait par différents moyens d'intervention et en dépit du mécontentement populaire et des changements politiques intervenus dans la plupart des gouvernements des pays membres. D'une part, l'étude de ces différents aspects était dès lors nécessaire pour déterminer dans quelle mesure la Cour a satisfait les attentes variables de ces différents auditoires et comment elle les a conciliées dans un contexte à la fois d'insatisfaction des citoyens européens, de changements politiques nationaux et de consécration du néolibéralisme dans l'Union européenne. D'autre part, pour apprécier si la Cour avait, elle aussi, été imprégnée de l'idéologie néolibérale et si elle avait participé à sa consécration, il fallait décortiquer le processus au complet. Enfin, les recoupements entre la jurisprudence de la Cour et le contexte conjoncturel reposent parfois sur ce qui peut apparaître comme de bien petits détails, ce qui m'a obligée à examiner de manière méticuleuse la manifestation de l'idéologie néolibérale dans la sphère européenne.

Pour revenir aux limites de mon sujet, j'ajouterai que certains auteurs se sont penchés sur la question de la participation de la Cour à la mise en place d'une constitution économique européenne³⁰. Je n'entrerai pas dans ce débat doctrinal très théorique qui m'éloigne de mon hypothèse de départ, soit l'influence des auditoires et de la conjoncture sur la Cour.

³⁰ Voir notamment M. P. MADURO, *op. cit.*, note 20. Norbert REICH a écarté cette hypothèse : voir Norbert REICH, « The "November Revolution" of the European Court of Justice : *Keck, Meng and Audi Revisited* », (1994) *Common Market Law Review* 459, 479-485, spéc. 482.

En ce qui concerne le cadre théorique dans lequel s'intègrent mes recherches, je commencerai par un constat, soit l'absence de théories légales en droit communautaire³¹. Pour ma part, je me suis inspirée du concept d'auditoire tel que développé par le professeur Chaïm Perelman à travers l'analyse rhétorique (dite encore analyse argumentative).

L'analyse rhétorique a été redécouverte – et dépoussiérée – depuis son emploi par les philosophes grecs, par le professeur Perelman³². Aussi appelée analyse argumentative, elle traite et analyse les arguments qui gouvernent les décisions³³. Elle permet de déceler le raisonnement suivi par l'instance juridictionnelle pour se justifier, ainsi que les procédés rhétoriques qu'elle utilise dans sa décision pour obtenir, ou renforcer, l'adhésion de ses auditoires. Ainsi que le précise Andrée Lajoie, « [l']analyse rhétorique tient [...] la décision judiciaire pour un discours dont les motifs sont des moyens de persuasion d'un auditoire constitué de l'ensemble de ceux qu'elle affecte, actuellement ou potentiellement, professionnellement ou à titre personnel. »³⁴

Par auditoire, on entend « [...] l'ensemble de ceux sur lesquels l'orateur veut influencer par son argumentation »³⁵. Dans le contexte juridique, il s'agit des personnes ou institutions auxquelles s'adresse, directement ou indirectement, la décision de justice. La notion d'auditoire part ainsi de l'idée que toute instance juridictionnelle en rendant une décision s'adresse non pas à de simples plaignants (devant se soumettre à sa décision) mais à un ensemble plus large qui exerce une influence sur sa décision. Les auditoires peuvent être de deux types. Il peut s'agir de personnes ou institutions directement concernées par la décision ; ce sont les auditoires actant à l'instance, les intervenants directs, ce que j'appelle les auditoires directs, en contact donc avec l'instance juridictionnelle. Il peut aussi s'agir de personnes ou institutions qui, sans être directement visées par la décision, ont un intérêt

³¹ Tel que relevé par Thomas WILHELMSSON, « Jack-in-the-Box Theory of European Community Law », dans Ludwig KRÄMER, Hans-W. MICKLITZ et Kraus TONNER (dir.), *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order – Recht und Diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung, Liber Amicorum Norbert Reich*, Baden-Baden, Nomos, 1997, p. 177, aux pages 178-179.

³² Voir notamment Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique*, 5^e édition, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988 ; Chaïm PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 2^e édition, Paris, Dalloz, 1979 ; Chaïm PERELMAN, « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », dans C. PERELMAN et P. FORIERS, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1978, p. 415.

³³ Michel MEYER, préface de l'ouvrage de C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 32.

³⁴ Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs*, coll. « Les voies de droit », Paris, PUF, 1997, p. 133.

³⁵ C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 32, p. 25.

indirect dans la décision rendue par l'instance juridictionnelle ; ce que j'appelle les auditoires indirects. Dans le cadre de la procédure contentieuse communautaire certains auditoires peuvent être à la fois directs et indirects.

La notion d'auditoire de Perelman s'éloigne sensiblement de son sens commun entendu comme participants passifs, qui écoutent. Les auditoires de Perelman jouent un rôle surtout actif, bien qu'indirect, dans l'élaboration des décisions de justice. L'analyse argumentative repose en effet sur l'idée selon laquelle toute juridiction – comme tout auteur d'un écrit ou tout orateur d'un discours – n'intervient pas de manière neutre et imperméable, détachée de toute influence extérieure. Elle subit notamment la pression de ses auditoires à laquelle s'ajoute, selon moi, celle du contexte conjoncturel. Si une juridiction veut être « écoutée », c'est-à-dire veut obtenir un suivi conforme de sa décision, il lui faut emporter l'adhésion de ses auditoires. Pour ce faire, elle cherchera à prendre en compte leurs attentes.

La motivation de la décision et les moyens rhétoriques mis en oeuvre par l'instance juridictionnelle reflètent dès lors l'effort de cette dernière pour répondre aux attentes de ses auditoires et chercher ainsi à recevoir leur appui ou, à tout le moins, tenter de les convaincre de la justesse de sa décision. Les arguments utilisés ont par conséquent un double emploi. D'une part, ils participent de la justification : ils servent à cautionner, à l'égard des auditoires dont les attentes n'ont pas été satisfaites, la position finalement choisie par la juridiction (laquelle répond aux demandes d'un ou de certains autres auditoires). D'autre part, ils conditionnent le maintien de sa politique jurisprudentielle : plus la solution choisie par l'instance juridictionnelle répond aux attentes de ses auditoires, ou constitue un compromis satisfaisant entre les diverses revendications de ces derniers, plus elle aura de chances de perdurer. Elle s'expose sinon à des remises en cause à plus ou moins longue échéance. L'analyse rhétorique est donc une méthode d'analyse qui indique comment lire et interpréter les textes des décisions de justice sous l'angle des auditoires³⁶. Elle permet de déceler, à travers les arguments employés par la Cour dans ses arrêts, la volonté réelle de cette dernière et les auditoires visés.

Si le concept d'auditoire est central dans mon étude, par contre seul l'arrêt *Keck et Mithouard*, compte tenu de son importance, sera passé sous le scalpel de l'analyse rhétorique. Cet arrêt a en effet marqué un tournant dans la jurisprudence de la Cour. Il a créé un véritable cataclysme au sein de la communauté juridique dont les réminiscences se font encore sentir

³⁶ Voir, à ce sujet, l'intéressante présentation de l'analyse rhétorique du droit par Mark GOLD, « La rhétorique des droits constitutionnels », (1988) 22 *Revue juridique Thémis* 1, 4 et 5.

aujourd'hui. Le « décortilage » systématique de cet arrêt au moyen de l'analyse rhétorique permettra de mieux savoir, d'une part, ce qui a motivé la Cour à délivrer une nouvelle interprétation de l'article 28 du traité et, d'autre part, comment elle s'y est prise pour rompre avec une jurisprudence ancrée depuis 1979, ainsi que de mieux comprendre sur quelles bases elle a ensuite cherché à l'encadrer.

S'agissant de la méthodologie utilisée, pour ce qui concerne la conjoncture socio-économique et politique de l'Union européenne et le climat idéologique qui l'a imprégnée, appréciés dans la première partie de ma thèse, l'analyse de leur évolution sera principalement effectuée à partir des conclusions des Conseils européens, en s'attardant plus spécifiquement sur ceux s'échelonnant entre 1990 et juin 2006. Les conclusions des Conseils européens s'avèrent être en effet un précieux indicateur de la conjoncture du moment et des thèses idéologiques dominantes, inscrites en filigrane dans les orientations données à l'Union européenne. Certaines communications de la Commission, ainsi que d'autres documents européens, offrent également un bon aperçu de l'idéologie qui sous-tend les initiatives ou les politiques européennes proposées. La démarche sera chronologique. Elle le sera également globalement pour l'étude, dans la seconde partie de la thèse, des auditoires et de leur influence sur la jurisprudence communautaire en matière de libre circulation des marchandises. L'analyse de la jurisprudence de la Cour entre 1974 et 1979 sera toutefois restreinte aux deux arrêts majeurs en ce domaine (soit les arrêts *Dassonville* et *Cassis de Dijon*), puis aux arrêts significatifs entre 1980 et 1993. L'arrêt *Keck et Mithouard*, compte tenu du point de rupture qu'il marque dans cette jurisprudence, fera l'objet d'une attention particulière. Je me propose, ce qui n'a pas encore été fait, de l'examiner au moyen de l'analyse rhétorique. La jurisprudence post-*Keck et Mithouard* sera, par contre, appréciée davantage arrêt par arrêt, afin de mieux évaluer dans quelle mesure elle s'y rattache ou s'en écarte, et donc de mesurer le degré de suivi de la « solution Keck ». Alors que les commentaires que la jurisprudence *Keck et Mithouard* a suscités se situent essentiellement dans la sphère positiviste, l'objet de cette étude est d'apprécier la jurisprudence de la Cour relative à l'article 28 du traité CE sous un tout autre angle afin de faire toute la lumière sur ses déterminants. Il ne s'agira donc pas de commenter les conséquences pratiques des orientations jurisprudentielles.

Compte tenu du fait qu'il s'agit d'un sujet politiquement sensible – et dès lors sujet à critiques pour cette seule raison – j'ai pris soin de bien étayer mes arguments ; ce qui explique le volume et l'ampleur des notes de bas de pages. Que le lecteur veuille bien me pardonner cet aspect moins digeste de la thèse.

Avant d'aborder le cœur du sujet, il convient préalablement de rappeler très brièvement les grandes lignes du système juridictionnel communautaire³⁷. Institution permanente³⁸, la Cour est composée, depuis le traité de Nice³⁹, d'« un juge par État membre »⁴⁰, soit présentement vingt-sept juges (assistés de huit avocats généraux), dont un président nommé par ses pairs. Les juges de la Cour de justice sont nommés pour six ans d'un commun accord par les gouvernements des États membres⁴¹; leur mandat est renouvelable⁴². Leur nomination n'a jamais été rattachée à des conditions de nationalité⁴³. Dans la pratique, les États membres ont toutefois toujours proposé un de leurs ressortissants⁴⁴. Ce lien entre le nombre de juges et celui des États membres, s'il a pour objet d'assurer la légitimité de la Cour, complexifie aussi la tâche de la Cour⁴⁵. Le recours aux chambres qui en découle peut en outre affaiblir la cohérence de la jurisprudence de la Cour.

³⁷ Pour une présentation détaillée des règles de procédure communautaire, voir notamment Joël RIDEAU et Fabrice PICOD, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2002.

³⁸ Article 15 du protocole sur le statut de la Cour.

³⁹ Pour plus de précisions sur les changements apportés par le traité de Nice au système juridictionnel communautaire, voir Dámaso RUIZ-JARBO (Avocat général à la Cour), « La réforme de la Cour de justice opérée par le traité de Nice et sa mise en œuvre future », (2001) 37 n° 4 *Revue trimestrielle de droit européen* 705 ; Olivia TAMBOU, « Le système juridictionnel communautaire revu et corrigé par le traité de Nice », (2001) 446 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 164 ; Georges VANDERSANDEN, « Le système juridictionnel communautaire après Nice », (2003) *Cahiers de droit européen* 3. Sur les formations de la Cour, voir aussi Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3^e éd. Paris, PUF, 2001, pp. 232-233.

⁴⁰ Article 221 (ex-article 165) du traité CE, tel que modifié par le traité de Nice. Initialement la Cour était composée de sept juges et de deux avocats généraux (dans une Communauté européenne comprenant six États membres). Suite aux élargissements successifs de cette dernière (Royaume-Uni, Danemark et Irlande en 1973 ; Grèce en 1981 ; Espagne et Portugal en 1986), elle a compté treize juges et six avocats généraux (dans une Europe comptant douze membres), puis quinze juges et neuf avocats généraux après l'entrée de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède dans l'Union européenne en 1995. Elle était formée de vingt-cinq juges après l'élargissement au 1^{er} mai 2004 à dix nouveaux États membres (Chypre, République tchèque, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, Slovaquie, Slovénie), et les récentes adhésions, au 1^{er} janvier 2007, de la Bulgarie et de la Roumanie ont ajouté deux autres juges à la Cour.

⁴¹ Article 223 (ex-article 167) du traité CE.

⁴² Le renouvellement se fait de manière partielle tous les trois ans (article 9 du protocole sur le statut de la Cour).

⁴³ Voir Christian PENNERA, « La genèse et l'installation de la Cour de justice des Communautés européennes », dans Amicale des référendaires et anciens référendaires de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes, *op. cit.*, note 3, p. 37, à la page 40, qui s'en étonne.

⁴⁴ Voir par exemple J. BOUDANT, *op. cit.*, note 1, p. 11.

⁴⁵ Voir, par exemple, Hjalte RASMUSSEN, *The European Court of Justice*, Copenhague, GadJura, 1998, pp. 58-59.

Le traité de Maastricht avait substitué – plus implicitement qu’expressément – le recours aux chambres (de trois ou cinq juges) à la règle de la plénière⁴⁶. Le traité de Nice a clairement abandonné la règle de la formation plénière⁴⁷. Désormais, la Cour siège généralement en chambres (maintenues à trois ou cinq juges)⁴⁸. Elle siège en grande chambre (de treize juges) à la demande d’un État membre ou d’une institution communautaire partie à l’instance. Et, beaucoup plus rarement, la Cour siège en assemblée plénière, notamment lorsqu’elle estime qu’une affaire revêt une « importance exceptionnelle »⁴⁹. Les chambres ne sont pas spécialisées et la composition de la Cour varie pour chaque affaire. La Cour délibère en nombre impair⁵⁰. Elle rend des décisions unanimes, sans opinions individuelles ou dissidentes, et les juges sont tenus au secret du délibéré⁵¹. Par contre, les arrêts sont motivés et ils mentionnent les noms des juges qui ont délibéré⁵². Par ailleurs, une décision du Conseil du 24 octobre 1988, fondée sur l’article 168 A CEE, a adjoint à la Cour de justice un Tribunal de première instance⁵³. Puis, en vertu du nouvel article 225 A du traité CE, a été créé, par décision du Conseil du 2 novembre 2004, le Tribunal de la fonction publique de l’Union européenne⁵⁴. Ces trois juridictions constituent ainsi actuellement l’institution juridictionnelle communautaire.

⁴⁶ Il existait en fait deux formations plénières : le grand plénum, avec tous les juges, et le petit plénum, avec neuf juges : D. SIMON, *op. cit.*, note 39, p. 232, à la note 2.

⁴⁷ Selon J. BOUDANT, *op. cit.*, note 1, p. 24, cette règle avait été abandonnée dans la pratique depuis les années soixante-dix, le recours aux chambres permettant de faire face à l’accroissement important du nombre d’affaires portées devant la Cour de justice.

⁴⁸ Depuis l’élargissement de l’Union européenne en mai 2004, la Cour comprend trois chambres à cinq juges (il s’agit de la première, deuxième et troisième chambre) et trois chambres à trois juges (la quatrième, cinquième et sixième chambre). J. BOUDANT, *op. cit.*, note 1, p. 26, indique que « [c]haque chambre à cinq juges comporte huit juges et chaque chambre à trois juges comporte sept juges, qui siègent par rotation conformément aux dispositions du règlement de procédure. »

⁴⁹ Article 16 du protocole sur le statut de la Cour.

⁵⁰ Article 17 du protocole sur le statut de la Cour.

⁵¹ Article 35 du protocole sur le statut de la Cour.

⁵² Article 36 du protocole sur le statut de la Cour.

⁵³ Jusqu’au traité de Nice, le Tribunal de première instance n’avait pas compétence pour statuer sur les questions préjudicielles. L’article 225, paragraphe 3 du traité CE a prévu la possibilité de le doter, à l’avenir, de compétences préjudicielles dans certaines matières spécifiques définies par le statut de la Cour. La libre circulation des marchandises semble toutefois exclue de ces matières spécifiques : voir, par déduction, Antonio TIZZANO, « La Cour de justice après Nice : le transfert de compétences au Tribunal de première instance », (2002) 4 *Revue du Droit de l’Union européenne* 665, 681-682. Je n’étudierai donc pas cette instance juridictionnelle communautaire. Je renvoie, sur ce sujet, à Anne RIGAUX, « Tribunal de première instance : structure, compétences », *JurisClasser Europe* fasc. 300 et à la bibliographie citée par cette auteure. Voir aussi, sur la répartition des compétences juridictionnelles entre la Cour de justice et le Tribunal de première instance, D. SIMON, *op. cit.*, note 39, pp. 495-498.

⁵⁴ Chambre juridictionnelle adjointe au Tribunal de première instance en vertu de l’article 220, paragraphe 2 du traité CE, le Tribunal de la fonction publique européenne a compétence pour statuer en première instance sur les litiges entre les institutions communautaires et leurs agents.

L'article 28 du traité CE peut être invoqué devant la Cour dans trois situations. La Cour peut d'abord être appelée à interpréter l'article 28 du traité CE dans le cadre de la procédure préjudicielle de l'article 234 du traité CE (ex-article 177), suite à une demande préjudicielle émanant d'une juridiction nationale. La Cour peut ensuite être amenée à appliquer cette disposition dans le cadre de la procédure en manquement de l'article 226 du traité CE (ex-article 169), suite à la saisine de la Cour par la Commission, cette dernière estimant qu'un État membre méconnaît l'article 28 du traité CE et refuse de corriger la situation. Enfin, cas plus rare, la Cour peut aussi devoir en assurer le respect lors d'un recours (également en manquement) d'un État membre fondé sur la violation présumée par un autre État membre de cette disposition, en vertu de l'article 227 du traité CE (ex-article 170). En dehors des technicalités juridiques de ces deux procédures (préjudicielle ou en manquement), le rôle de la Cour, dans l'interprétation ou l'application de l'article 28 du traité CE dans le cas qui lui est soumis, est identique.

Sur le plan terminologique, je souhaite également apporter quelques précisions importantes pour la compréhension du lecteur. Le traité sur l'Union européenne (dit encore traité de Maastricht)⁵⁵, signé à Maastricht le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, a remplacé la dénomination « Communauté économique européenne » (CEE) par celle de « Communauté européenne » (CE). Ce traité a créé une nouvelle structure en trois « piliers », appelée l'Union européenne (UE). Le premier « pilier », communautaire, comprenait les textes du traité instituant la Communauté européenne (traité CE, ancien traité CEE ou traité de Rome), du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA)⁵⁶, et du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom)⁵⁷. Les deux autres « piliers », de coopération et de nature intergouvernementale,

⁵⁵ Traité sur l'Union européenne (ou traité de Maastricht) (JO C 191 du 29.07.1992). Par la suite, le traité d'Amsterdam, signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999 (JO C 340 du 10.11.1997), puis le traité de Nice, signé le 26 février 2001 et entré en vigueur le 1^{er} février 2003 (JO C 80 du 10.03.2001), ont apporté de nouvelles modifications au traité sur l'Union européenne [ci-après traité UE], duquel relèvent la politique européenne de sécurité commune (PESC) et la coopération policière et pénale, ainsi qu'aux traités instituant les Communautés européennes. Les traités communautaires actuellement en vigueur sont : le traité sur l'Union européenne (traité UE), le traité instituant la Communauté européenne (traité CE), ainsi que le traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (traité Euratom). Le traité de Nice, le traité UE et le traité CE ont été fusionnés dans une version consolidée (voir, pour la plus récente : JO C 321E du 29.12.2006). Pour éviter toute confusion avec l'actuel traité sur l'Union européenne, j'emploierai la dénomination « traité de Maastricht » lorsqu'il s'agira du traité sur l'Union européenne signé à Maastricht.

⁵⁶ Le traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) a été signé le 18 avril 1951 à Paris. Il est entré en vigueur le 23 juillet 1952. Il a expiré le 23 juillet 2002.

⁵⁷ Le traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (traité Euratom) a été signé à Rome en même temps que le traité instituant la Communauté économique européenne (traité CEE, dit encore traité de Rome), le 25 mars 1957. Il est également entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958.

couvraient la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et la coopération policière et judiciaire en matière pénale (« Justice et Affaires intérieures », c'est-à-dire la sécurité intérieure). Officiellement, depuis le 1^{er} novembre 1993, les termes « Union européenne » ont ainsi remplacé ceux de « Communauté économique européenne ». La Communauté européenne (généralement nommée simplement Communauté) subsiste toutefois dans le cadre du traité CE. Il est donc plus exact, juridiquement, d'employer le terme « Communauté » (plutôt qu'« Union européenne ») lorsque celle-ci intervient dans des domaines relevant du traité CE. L'Union européenne préfère toutefois utiliser, sur son site portail *Europa*, le terme « Union européenne » de manière générale⁵⁸. Pour des raisons de simplicité, je suivrai pour l'essentiel cette formulation, tout en respectant la dénomination « Communauté » lorsque celle-ci figure dans les textes des traités ou en citation, ou encore lorsque mes propos concerneront des faits antérieurs au 1^{er} novembre 1993.

Je précise aussi ici que lorsque je ferai mention des institutions européennes, cette référence renverra en fait aux institutions politiques de l'Union européenne, soit la Commission européenne [ci-après « Commission »], le Conseil de l'Union européenne (dit encore Conseil des ministres) [ci-après « Conseil » ou « Conseil de l'Union »] et le Parlement européen, auquel j'ai ajouté le Conseil européen, qui juridiquement n'est pas une institution mais un organe politique. J'y exclus donc volontairement la Cour de justice des Communautés européennes [ci-après « Cour » ou « Cour de justice »], en tant qu'institution juridique, et la Cour des comptes, en tant qu'institution de contrôle budgétaire⁵⁹. Il m'arrivera aussi parfois de référer aux organes intergouvernementaux, soit le Conseil de l'Union (qui est en fait une institution), le Conseil européen (organe donc politique) et le Comité des représentants permanents (dit aussi COREPER, qui est un organe subsidiaire, chargé de préparer les travaux du Conseil).

S'agissant du plan suivi, j'apprécierai dans une première partie, le contexte conjoncturel de la construction européenne de 1990 à 2006 qui verra l'émergence d'un nouveau courant de pensée, le néolibéralisme. Celui-ci sera introduit, au début des années quatre-vingt-dix, à l'échelon européen au moyen de différents mécanismes et par des voies

⁵⁸ Par exemple, « les activités de l'Union européenne » (présentées à l'adresse suivante : http://europa.eu/pol/index_fr.htm) concernent tout aussi bien le premier « pilier » (de la Communauté) que les deux suivants, de coopération intergouvernementale. Certains auteurs emploient aussi la double dénomination « Communauté/Union européenne », tandis que d'autres font la distinction en fonction du domaine concerné.

⁵⁹ L'article 7 (ex-article 4) du traité CE, avant sa modification par le traité de Nice, indiquait les cinq institutions européennes, soit le Parlement européen, le Conseil, la Commission, la Cour de justice et la Cour des comptes.

variées. Il s'affirmera plus clairement dans le discours européen lors du *Livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi* en 1993, puis commencera à influencer les politiques européennes à partir de 1994. La décennie suivante, plus exactement de 1995 à 2006, verra la consécration des recettes néolibérales dans les politiques et les textes communautaires et leur imposition uniforme (ou leur prolongement) au niveau national, au moyen notamment d'instruments communautaires de coordination et de suivi des politiques nationales. Cette situation sera peu ou prou affectée par la venue de gouvernements d'obédience sociale-démocrate ou de gauche dans une majorité d'États membres. Avec le retour des conservateurs ou de la droite dans la plupart des pays membres de l'Union européenne, et l'important élargissement de cette dernière en 2004, l'économie deviendra la valeur centrale de l'Europe. La désaffection des citoyens pour le projet européen qui en résultera suscitera de nombreuses réactions et tentatives de légitimation d'une Union européenne socialement et politiquement anémique.

Je m'attacherai à démontrer, dans la seconde partie de ma thèse, comment le contexte conjoncturel européen, marqué notamment par la pénétration puis la consécration de l'idéologie néolibérale, s'est traduit dans les attentes des auditoires et, par conséquent, dans la jurisprudence de la Cour. Après une présentation des différents auditoires de la Cour et de leurs attentes respectives – et évolutives selon le contexte conjoncturel – je confronterai ces attentes avec la jurisprudence de la Cour de justice relative au champ d'application de l'interdiction des mesures d'effet équivalent prévue à l'article 28 du traité CE. Je montrerai ainsi que la jurisprudence de la Cour en la matière est une jurisprudence « sous influences ».

PREMIÈRE PARTIE – LE CONTEXTE CONJONCTUREL DE LA CONSTRUCTION EUROPÉENNE DE 1990 À 2006 : LE VIRAGE NÉOLIBÉRAL

Le contexte conjoncturel de la construction européenne comprend la conjoncture socio-économique et politique, ainsi que les courants idéologiques qui l'ont traversée. L'intégration européenne a été influencée par les courants idéologiques propres à chaque époque. Je m'intéresserai particulièrement, pour les besoins de mon sujet, au contexte socio-économique, politique et idéologique de l'Europe de 1990 à 2006, qui se caractérise par l'emprise du néolibéralisme. Ce courant idéologique a progressivement supplanté la doctrine de l'État-providence (présente au niveau national dans les années d'après-guerre et jusqu'aux années soixante-dix), qui avait laissé sa marque au niveau européen à travers diverses mesures et programmes communautaires ⁶⁰.

Le contexte conjoncturel européen s'apprécie essentiellement à travers le discours européen. Parmi les institutions européennes, deux en particulier façonnent si l'on peut dire le discours européen. Il s'agit, d'une part, du Conseil européen ⁶¹, au moyen des conclusions qu'il adopte à chacune de ses réunions et, d'autre part, de la Commission, détentrice du

⁶⁰ Le lancement, lors du Sommet de La Haye en décembre 1969, de politiques communes interventionnistes, et notamment la politique de cohésion économique et sociale, destinées à compenser les effets négatifs de l'intégration économique européenne, traduisait alors une volonté de solidarité entre les six pays membres initiaux. Puis les Chefs d'État et de gouvernement, au Sommet de Paris en 1972, avaient manifesté leur désir d'une plus grande participation de la Communauté dans des domaines tels que la politique sociale, l'environnement ou la protection des consommateurs (voir, *infra*, page 243). Plusieurs directives protectrices des salariés avaient ainsi été proposées – et certaines avaient été adoptées – durant les années soixante-dix et même quatre-vingts. Il était aussi question à cette époque de donner à la construction européenne une dimension sociale autonome, c'est-à-dire indépendante de l'économie. L'action de la Communauté dans le domaine social avait, en outre, souvent été menée «à la limite» des compétences communautaires [...] reflétant un certain volontarisme politique»: Philippe POCHET, «Le nouvel agenda social européen», [en ligne]. <http://www.ose.be/files/rbss2000/RBSS4-PP-fr.pdf>, p. 1 (cet article se trouve aussi dans: (2000) 4 *Revue Belge de Sécurité Sociale*, 1059-1074). Par ailleurs, on retrouvait dans les conclusions des Conseils européens plusieurs thèmes concernant la collectivité et le citoyen européen, dont certains thèmes chers au «pluralisme communautaire» (tel que décrit par A. LAJOIE, R. ROBIN, S. GRAMMOND, H. QUILLINAN, L. ROLLAND, S. PERRAULT et A. CHITRIT, *loc. cit.*, note 29, 342-343), dont la démocratie pluraliste (qui se traduit dans le cadre européen par une Europe pluraliste et démocratique) ou le pluralisme culturel.

⁶¹ Pour rappel, malgré l'importance de ses fonctions et de sa composition, le Conseil européen n'est pas, d'un point de vue juridique, une institution européenne, comme le sont le Conseil de l'Union, la Commission, le Parlement, la Cour de justice et la Cour des comptes. Il constitue néanmoins un organe politique majeur de l'Union européenne.

pouvoir d'initiative et de proposition, qui s'emploie activement à faire connaître ses positions et les politiques européennes qu'elle élabore ou entend élaborer.

Rappelons brièvement que le Conseil européen joue un rôle essentiel dans la construction européenne. Créé en 1974 et institutionnalisé par l'Acte unique européen (AUE) en 1986, le Conseil européen réunit, au moins quatre fois par an⁶², les chefs d'État et de gouvernement des États membres⁶³. Le Conseil européen assure une double fonction : une communautaire, de définition des orientations politiques générales⁶⁴, et une de coopération politique, dans le domaine de l'intergouvernemental (politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et « justice et affaires intérieures » (JAI)).

Dans le cadre communautaire, il donne une impulsion politique fondamentale au processus décisionnel législatif et politique en définissant les priorités et le calendrier de l'ensemble des champs d'activités communautaires. Il est aussi chargé du traitement des dossiers difficiles, qui n'ont pu être résolus au niveau du Conseil de l'Union européenne faute de consensus suffisant. Dès lors, c'est bien souvent au Conseil européen que revient la tâche ardue d'initier les actions et les réformes⁶⁵ tant dans le domaine politique qu'économique et social, et d'obtenir les compromis nécessaires. Or, comme nous le verrons, ses propositions reflètent la conjoncture socio-économique et politique et l'idéologie dominante du moment⁶⁶.

⁶² Initialement, le Conseil européen se réunissait au moins deux fois par an. Dans la pratique, le nombre de ses réunions avait progressivement augmenté. Le Conseil européen de Séville, des 21 et 22 juin 2002, qui a fixé de nouvelles règles d'organisation des travaux du Conseil européen en vue de l'élargissement (voir *Règles d'organisation des travaux du Conseil européen*, annexe I et *Mesures concernant la structure et le fonctionnement du Conseil*, annexe II de ses conclusions – Bulletin CE 6-2002, point I.27), en a tenu compte et a fixé le nombre des réunions du Conseil européen à quatre par an en principe. Parmi les autres nouveautés, mentionnons l'établissement d'un ordre du jour formel pour la réunion du Conseil européen et le rôle renforcé du Conseil de l'Union dans la préparation des travaux du Conseil européen.

⁶³ Sont également présents le président de la Commission européenne, les ministres des affaires étrangères des États membres (et les ministres des affaires économiques et des finances pour les questions concernant l'Union économique et monétaire), les secrétaires généraux de la Commission européenne et du Conseil de l'Union européenne, ainsi que certains hauts fonctionnaires européens. La présidence du Conseil européen, qui est également celle du Conseil de l'Union, est assurée à tour de rôle par chaque État membre pour une période de six mois (de janvier à juin, et de juillet à décembre).

⁶⁴ Article 4 du traité UE. Le Conseil européen joue aussi un rôle spécifique dans les domaines de la politique économique et monétaire et celle de l'emploi : il participe au processus d'élaboration des grandes orientations des politiques économiques des États membres ainsi que des lignes directrices pour l'emploi, et il est tenu informé de la mise en oeuvre de ces dernières par les États membres.

⁶⁵ On notera que lorsque ces réformes risquent d'être mal accueillies par la population européenne, elles n'en portent jamais le nom, le Conseil européen préférant recourir aux termes plus neutres de plan d'action, d'initiative, de stratégie européenne ou de modernisation.

⁶⁶ Les points discutés par le Conseil européen varient d'une rencontre à l'autre, selon les priorités de la présidence ou les suggestions qu'ont pu faire la Commission ou des États membres. Ils sont aussi tributaires des questions traitées par les institutions communautaires, ou des sujets abordés lors de précédentes réunions et, surtout, des grandes questions d'actualité. Tant les questions que le Conseil

Aussi ses conclusions – qui se veulent être l’expression de la volonté des États membres ⁶⁷ – s’apparentent-elles à un discours adressé aux institutions communautaires, aux États membres réticents et, plus récemment, aux citoyens européens, pour les convaincre du bien-fondé de la direction à donner aux politiques communautaires. Les institutions communautaires les plus concernées par les conclusions du Conseil européen sont la Commission et le Conseil de l’Union ⁶⁸, puis le Parlement européen ⁶⁹ et, beaucoup plus indirectement, la Cour de justice.

L’adoption, le 9 décembre 1989, de la *Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs* ⁷⁰, par onze États membres ⁷¹, au Conseil européen de Strasbourg des 8 et 9 décembre 1989 ⁷², clôt en quelque sorte la phase antérieure tout en étant annonciatrice de la suivante. En effet, d’un côté, elle démontre la volonté de onze États membres et de la Commission ⁷³ de faire avancer l’Europe sociale, indépendamment du refus britannique ⁷⁴. Elle a donc une portée politique majeure. De l’autre, il s’agit d’une déclaration solennelle sans force contraignante qui peut apparaître comme un ultime effort pour préserver la dimension sociale de la Communauté. Ainsi, pour Philippe Pochet, le principal objectif de cette Charte « est de définir un plancher pour éviter que les déréglementations nationales à l’œuvre ne conduisent à une compétition déloyale. Il s’agit au départ moins de construire une dimension sociale que d’empêcher dans une période où les idées néo-libérales dominent dans différents États membres de complètement la déconstruire » ⁷⁵.

européen décide, ou non, d’examiner que les orientations qu’il dégage sont symptomatiques du climat politico-économique et idéologique de l’Europe.

⁶⁷ Les conclusions du Conseil européen sont adoptées par consensus.

⁶⁸ Les conclusions du Conseil européen étant de nature politique – donc dépourvues de valeur juridique – leur mise en oeuvre effective implique que la Commission les traduise dans ses propositions pour qu’elles soient ensuite soumises au vote du Conseil de l’Union et, le cas échéant, du Parlement européen.

⁶⁹ Le Conseil européen présente au Parlement européen un rapport à la suite de chacune de ses réunions, ainsi qu’un rapport annuel sur les progrès réalisés par l’Union européenne (article 4, alinéa 3 du traité UE).

⁷⁰ Pour une analyse de cette charte, le lecteur se référera utilement à Gabriel GUERY, *La dynamique de l’Europe sociale*, Paris, Dunod, 1991 ou à Gérard et Antoine LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1993.

⁷¹ Le gouvernement de Mme Thatcher, farouchement opposé à cette charte, a refusé de la ratifier.

⁷² Conclusions du Conseil européen de Strasbourg, des 8 et 9 décembre 1989 – Bulletin CE 12-1989, points 1.1.1 à 1.1.28, au point 1.1.10.

⁷³ La Commission a élaboré un ambitieux programme d’action sur l’application de la Charte et a invité le Conseil à délibérer sur ses propositions (voir Bulletin CE 11-1989, point 2.1.80).

⁷⁴ Les autres gouvernements, même d’orientation néolibérale, ont décidé de soutenir la Commission de Jacques Delors, appuyée par la France, l’Espagne et la Grèce (Bernard CASSEN, « Rien que le grand marché – L’Europe minimale de Mme Thatcher », *Le Monde diplomatique*, juin 1989, pp. 20-21).

⁷⁵ P. POCHE, *loc. cit.*, note 60, p. 3.

C'est un fait, en 1989, la grande majorité des gouvernements des pays membres avait adhéré aux principes centraux du néolibéralisme⁷⁶. Seuls deux États membres étaient alors gouvernés par des partis socialistes, l'Espagne et la France, et dans ce dernier pays des politiques d'austérité avaient été en outre imposées au début de l'année 1983⁷⁷. Selon moi, cette grande majorité d'États membres d'orientation néolibérale s'est employée à imposer ses vues au niveau européen, par l'intermédiaire des organes intergouvernementaux de la Communauté (essentiellement le Conseil des ministres et le Conseil européen). Ce faisant, elle s'est confrontée à une Commission, dirigée par Jacques Delors, en décalage avec le climat idéologique ambiant. En effet, Bernard Cassen décrit ainsi une « Commission de Bruxelles, qui, sur la lancée de la décennie précédente, et parce qu'elle se constitue progressivement en entité administrative autonome par rapport aux gouvernements nationaux, prend certaines initiatives à contre-courant de l'idéologie à la mode, quitte à se faire mettre en échec par le conseil des ministres. »⁷⁸ Par conséquent, la transmission des idées néolibérales du plan national vers le plan européen ne s'est pas faite « naturellement ». Elle a été imposée par cette majorité d'États membres, via le Conseil des ministres et le Conseil européen, aux deux autres institutions politiques de la Communauté, la Commission et le Parlement européen. Ce dernier était dominé à l'époque par les partis de gauche. Cela explique que l'introduction à l'échelon européen du nouveau courant idéologique s'est faite par étapes et qu'elle ait dû emprunter différentes voies et employer de multiples mécanismes.

⁷⁶ Après l'élection de Margaret Thatcher en 1979 en Grande-Bretagne, passeront de socialistes ou sociaux-démocrates à chrétiens-démocrates ou centre-droit les gouvernements belge (en 1981), allemand (sous la férule du chancelier Helmut Kohl) et danois (en 1982). Puis, à partir de 1985, le néolibéralisme s'étendra à presque l'ensemble de l'Europe (sauf l'Espagne, entrée dans la Communauté européenne en 1986, qui restera socialiste jusqu'en 1996) : la France (durant la cohabitation avec la droite entre 1986 et 1988), le Portugal (à partir de 1985 et entré dans la Communauté européenne en 1986 ; le Parti social-démocrate conduit par A. Cavaco Silva est, contrairement à ce que laisse penser son nom, de centre-droit), l'Italie (en 1987), la Grèce et les Pays-Bas (en 1989).

⁷⁷ Voir, pour la France, Yves POIRMEUR et Christophe PANNETIER, « Les socialistes français, la crise et l'Europe », *Le Monde diplomatique*, avril 1984, pp. 2-3. Les socialistes grecs ont suivi la même voie que leurs homologues français : Stelios KOULOGLOU, « Crise provoquée en Grèce : la fuite en avant de M. Papandréou – Un socialisme sans teinte sous le signe de l'austérité », *Le Monde diplomatique*, avril 1985, pp. 16-17. Le socialiste Andreas Papandréou, au pouvoir depuis 1981, a ensuite perdu aux élections législatives de 1989 au profit du Parti de la Nouvelle Démocratie.

⁷⁸ B. CASSEN, *loc. cit.*, note 22, p. 6. Certains auteurs le reprocheront d'ailleurs à la Commission : voir Randall BAKER et Julie BIVIN RAADSCHELDERS, « Refaçonner l'ordre ancien : la Communauté Européenne, les États-Unis, et le siècle nouveau », (1990) 56 n° 2 *Revue Internationale de Science Administrative* 335, 354, pour qui « [a]u fur à mesure que l'on se rapproche de 1992, la Commission, et certains États membres, lancent des appels répétés en faveur d'un "programme social" et d'un plus grand alignement/centralisation de la politique économique, des systèmes fiscaux, d'une monnaie commune et de la législation du travail. »

Cette opposition entre les deux institutions motrices de la Communauté va progressivement s'estomper à mesure que la pensée néolibérale, poursuivant parallèlement sa progression au niveau national ⁷⁹, s'imposera finalement au sein de la Commission, à la faveur notamment d'un renouvellement de cette dernière. L'unanimité de vues entre ces deux institutions va faciliter la consécration sur le plan européen du nouveau paradigme.

Aussi, je distinguerai, très schématiquement, et de manière sans doute un peu arbitraire, deux périodes : la première moitié des années quatre-vingt-dix, dans laquelle s'est effectuée l'introduction du néolibéralisme dans la sphère européenne, et la seconde moitié des années quatre-vingt-dix, qui a consacré cette évolution en Europe.

CHAPITRE I – L'INTRODUCTION DU NÉOLIBÉRALISME DANS LA SPHÈRE EUROPÉENNE (1990-1994)

La nouvelle conjoncture est apparue très progressivement dans les conclusions des Conseils européens. Et la diffusion de l'idéologie néolibérale au niveau européen s'est faite, à mon avis, de manière méthodique. J'estime que, selon une démarche chronologique, les changements se sont d'abord opérés au sein même des grands thèmes de la construction européenne, à la fin de l'année 1990 et durant l'année 1991 ; c'est la phase transitoire. Ont été ensuite introduits, en 1992, les outils pour légitimer et faciliter l'adoption de cette nouvelle orientation pour l'ensemble des domaines d'activités communautaires. Cette étape franchie, le néolibéralisme a pu s'affirmer librement dans le discours européen en 1993 et être finalement ouvertement appliqué – et encouragé – à partir de 1994 dans les politiques européennes mais aussi nationales.

⁷⁹ On en sentira particulièrement les effets dans la période entourant le traité de Maastricht. Les socialistes français se feront ainsi reprocher leur « socialisme de gouvernement » (cf. Bernard CASSEN, « Une gauche française déconfite et sans projet », dans la série : « Les impasses du "socialisme de gouvernement" », *Le Monde diplomatique*, janvier 1993, p. 14) et subiront une cohabitation avec un gouvernement de droite à partir de mars 1993. De même, les socialistes espagnols seront accusés de faire du « social-libéralisme » (cf. Thierry MALINIAK, « Orthodoxie financière et stagnation économique – L'Espagne lasse du "social-libéralisme" », *Le Monde diplomatique*, mai 1993, p. 10).

SECTION I – FIN 1990-1991 : LA PHASE TRANSITOIRE

L'implantation d'une nouvelle doctrine au niveau européen impliquait de rompre avec le passé, et notamment avec des politiques européennes sur lesquelles les principes appartenant à une époque antérieure s'étaient fait sentir. Compte tenu du contexte politique qui prévalait alors dans la Communauté européenne, les États membres ont choisi d'agir prudemment, durant ce que j'appellerais les années transitoires. Deux voies s'offraient à eux : la révision des traités constitutifs et l'impulsion de nouvelles orientations à travers les conclusions du Conseil européen à partir de la fin de 1990⁸⁰.

Les prémices du changement de conjoncture se sont ainsi manifestés au niveau européen à partir de la fin de l'année 1990, et l'année 1991 a confirmé la nouvelle orientation que l'on souhaitait donner à l'intégration européenne. Ces années transitoires correspondent à la préparation du traité sur l'Union européenne (dit encore traité de Maastricht), qui viendra consacrer, dans certains de ses aspects, le nouveau courant idéologique. Ce dernier reste toutefois discret, tant dans les textes que dans le discours des institutions européennes, et il demeure limité à certains domaines spécifiques, comme la politique monétaire et économique. Néanmoins, une brèche était ainsi ouverte – et non la moindre – les tenants du néolibéralisme pouvant désormais s'appuyer sur le traité de Maastricht pour infléchir les politiques européennes.

Paragraphe 1. La présence du nouveau courant idéologique dans le traité de Maastricht

L'approche néolibérale dans le traité de Maastricht apparaît principalement dans le domaine de l'Union économique et monétaire. D'ailleurs le traité instituant la Communauté européenne rappelle clairement, dans ses articles 3 A (actuel article 4) et 102 A (actuel article 98), que les politiques économiques des États membres et de la Communauté sont conduites « dans le respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre, favorisant une allocation efficace des ressources ». ⁸¹ On retrouve cette même exigence de

⁸⁰ Il est intéressant de relever que les conclusions des Conseils européens précédents, de Rhodes en décembre 1988, de Madrid en juin 1989 et de Strasbourg en décembre 1989, respectivement sous la présidence de la Grèce, de l'Espagne et de la France, donc de gouvernements socialistes, en portent clairement la trace. Plusieurs thèmes présents dans la conjoncture précédente s'y retrouvent.

⁸¹ Outre le principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre, l'action des États membres et de la Communauté en matière de politique économique et de politique monétaire

« marchés ouverts et concurrentiels » dans le domaine de la politique industrielle à l'article 130 (actuel article 157) du traité CE ainsi que dans celui des réseaux transeuropéens dans les secteurs des infrastructures du transport, des télécommunications et de l'énergie à l'article 129 (actuel article 154) du traité CE⁸². La présence du néolibéralisme dans le traité est plus subtile s'agissant du principe de subsidiarité.

Par ailleurs, les textes accroissent le champ d'action de la Communauté à de nouveaux domaines, réservés jusque-là à la sphère étatique. Il s'agit de domaines souvent liés indirectement aux activités économiques, tels le développement des réseaux transeuropéens dans le secteur des infrastructures de transports, de l'énergie et des télécommunications⁸³, dont l'intérêt essentiel est d'assurer les libres circulations du marché unique prochain, et la politique industrielle⁸⁴. Ces nouveaux domaines de compétence communautaire sont donc à comprendre à la lumière de l'objectif du grand marché de 1992 et de sa logique libérale⁸⁵.

D'autres nouveaux domaines de compétence communautaire, comme la santé⁸⁶, l'éducation, la formation professionnelle et la jeunesse⁸⁷, la protection du consommateur⁸⁸, la culture⁸⁹, semblent, au contraire, relever de la conjoncture précédente. Il en va de même pour la cohésion économique et sociale, la protection de l'environnement⁹⁰, ainsi que la politique sociale⁹¹, domaines déjà dans le champ des compétences de la Communauté mais à l'égard

« implique le respect des principes directeurs suivants : prix stables, finances publiques et conditions monétaires saines et balance des paiements stable. » (article 3 A, paragraphe 3 du traité CE).

⁸² Bernard CASSEN, « La menace de récession dans l'Europe d'après-Maastricht – Fausses traites sur la Communauté », *Le Monde diplomatique*, octobre 1992, pp. 6-7, voit également dans le dernier alinéa du troisième paragraphe de l'article 130 (actuel article 157) du traité CE « une véritable mise en garde contre toute velléité interventionniste ». Selon lui, cet alinéa indique que « [l]e présent titre ne constitue pas une base pour l'introduction, par la Communauté, de quelque mesure que ce soit pouvant entraîner des distorsions de concurrence. »

⁸³ Titre XII (actuel titre XV) du traité CE.

⁸⁴ Titre XIII (actuel titre XVI) du traité CE. S'y ajoutent la recherche et le développement technologique (titre XV (actuel titre XVIII) du traité CE), qui constituent un domaine relevant déjà de la compétence communautaire et dans lequel l'action communautaire a été renforcée.

⁸⁵ Pour un point de vue radicalement différent, voir les auteurs aux positions néolibérales Manfred E. STREIT et Werner MUSSLER, « The Economic Constitution of the European Community : From "Rome" to "Maastricht" », (1995) 1 n° 1 *European Law Journal : Review of European Law in Context* 5, spéc. 21-25, qui voient plutôt dans les nouvelles compétences de la Communauté la marque de l'interventionnisme « étatique » caractéristique de l'État-providence.

⁸⁶ Titre X (actuel titre XIII) du traité CE.

⁸⁷ Titre VIII (actuel titre XI), chapitre 3 du traité CE.

⁸⁸ Titre XI (actuel titre XIV) du traité CE.

⁸⁹ Titre IX (actuel titre XII) du traité CE.

⁹⁰ Il est à noter que le nouvel article 130 R du traité CE, introduit par le traité de Maastricht, énonce que la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement est fondée sur le principe de précaution, sur celui de correction et sur le principe du pollueur-payeur.

⁹¹ Depuis Maastricht, le traité instituant la Communauté européenne comprend en annexe un protocole sur la politique sociale et un accord sur la politique sociale (annexé au protocole). Ce protocole a été

desquels cette dernière a accru ses possibilités d'intervention. Toutefois, l'incorporation de ces domaines dans le champ d'intervention communautaire, ou leur extension, sous l'impulsion de la Commission, reste limitée⁹² et a surtout une portée symbolique. Comme je l'apprécierai plus loin, elle s'explique surtout pour des besoins de légitimation, afin de faire apparaître la Communauté européenne (et plus largement l'Union européenne) comme une entité qui n'est pas exclusivement économique⁹³. Et certaines dispositions, bien que fort prometteuses, ont vu leur objectif initial détourné sous l'influence néolibérale. C'est le cas du dialogue social que j'examinerai plus en détail ultérieurement.

A. L'Union économique et monétaire, pur produit de l'orthodoxie monétaire

Le traité de Maastricht introduit des exigences très strictes pour la réalisation de l'Union économique et monétaire. Le passage à la troisième phase de l'Union économique et monétaire, soit l'adoption de la monnaie unique, est subordonné à des critères, dits « de convergence », contraignants en matière de taux d'inflation, de déficit budgétaire et de dette publique, de taux d'intérêt à long terme et de taux de change. Il s'agit en quelque sorte de « seuils de bonne conduite » que doivent atteindre les États membres, généralement établis à partir des résultats des trois États membres les plus « vertueux »⁹⁴. On constatera que ces

signé par onze États membres pour leur permettre d'avancer dans ce domaine, et notamment de mettre en oeuvre la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, nonobstant l'opposition britannique.

⁹² Renaud Dehousse (*op. cit.*, note 1) estime même cet élargissement des compétences communautaires plus apparent que réel.

⁹³ Le désir de montrer que l'Europe ne se limite pas seulement à un espace économique est d'autant plus présent dans le traité de Maastricht que dans les faits l'objectif du marché intérieur monopolise la majeure partie de l'action communautaire. Le changement de nom de la Communauté économique européenne, désormais nommée « Communauté européenne », est particulièrement révélateur de ce souhait. L'institution d'une citoyenneté de l'Union, conférant certains droits spécifiques aux ressortissants européens, ou la création d'un Comité économique et social et d'un Comité des régions, aux fonctions consultatives, chargés d'assister le Conseil et la Commission, ou encore l'objectif affiché de faire de l'Union européenne « une union [...] dans laquelle les décisions sont prises le plus près possible des citoyens » (article A (actuel article premier) du traité UE), ainsi que le renforcement des pouvoirs du Parlement européen, participent de cette même volonté. Le fait que l'Europe se penche sur des sujets tels que la protection des animaux ou la coopération avec les associations de solidarité (déclarations en annexe du traité de Maastricht) en est une autre illustration. Et même le développement de la PESC et de la coopération judiciaire s'explique en partie pour cette raison.

⁹⁴ Le protocole sur les critères de convergence visés à l'article 109 J [actuel article 121] du traité instituant la Communauté européenne précise que le taux d'inflation ne doit pas excéder de plus de 1,5 % celui des trois États membres ayant l'inflation la plus faible. Les taux d'intérêt à long terme sont plafonnés à 2 % au-dessus des taux des trois États membres ayant les plus bas taux. Les déficits budgétaires doivent être inférieurs à 3 % du PIB et l'endettement d'un État ne doit pas atteindre 60 % de son PIB. Les États membres doivent en outre s'abstenir de dévaluer.

On notera la terminologie utilisée, laquelle fait appel à la notion de « bon comportement » pour définir l'attitude d'un État membre qui respecte ces critères inspirés de l'orthodoxie monétaire. Le qualificatif « sain » est également employé comme euphémisme, le plus souvent à l'égard des finances publiques,

critères de convergence sont strictement monétaristes ; la situation de l'emploi ou la croissance ne sont pas prises en compte ⁹⁵.

Or, afin d'assurer la satisfaction de ces critères de convergence, les politiques économiques des États membres sont étroitement encadrées – et l'on a pris soin, au préalable, de les appréhender comme une « question d'intérêt commun » ⁹⁶. Cet encadrement est double. D'une part, les États membres doivent éviter les déficits publics excessifs ⁹⁷. Pour s'en assurer, la situation « saine » de leurs finances publiques est évaluée par le Conseil sur rapport de la Commission, cette évaluation pouvant mener à des sanctions ⁹⁸. D'autre part, est prévue une procédure de convergence des politiques économiques nationales afin de favoriser la convergence des économies vers les critères prévus par le traité de Maastricht pour la phase finale de l'Union économique et monétaire. Cette convergence prend la forme de « grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté » (GOPE), dont l'élaboration est principalement du ressort des organes intergouvernementaux communautaires ⁹⁹. Leur suivi par les États membres fait l'objet d'une étroite surveillance par le Conseil et la Commission, « afin d'assurer une coordination plus étroite des politiques économiques et une convergence soutenue des performances économiques des États

parfois pour les politiques macro-économiques, pour désigner, plus positivement, l'assainissement budgétaire.

⁹⁵ Le président de la Commission européenne, Jacques Delors, opposé à des critères purement financiers de convergence, avait pourtant plaidé, lors de la négociation du traité de Maastricht, pour l'ajout d'un ou deux critères de convergence concernant l'emploi (voir Patrick JARREAU et Laurent MAUDUIT, « Entretien accordé par Jacques Delors dans le cadre des élections présidentielles 1995 », *Le Monde*, 2 mai 1995, p. 7).

⁹⁶ En effet, selon le premier paragraphe de l'article 103 (actuel article 99) du traité CE, « [l]es États membres considèrent leurs politiques économiques comme une question d'intérêt commun et les coordonnent au sein du Conseil [...] ». Cette qualification de question d'intérêt commun n'est pas neutre. Elle permet de « solidariser » les politiques économiques des États membres entre elles et de les faire ainsi paraître davantage interdépendantes. Cela a l'avantage, d'une part, de justifier plus facilement une désapprobation de toute politique économique nationale déviante, c'est-à-dire qui s'écarterait des grandes orientations d'obédience néolibérale établies par le Conseil et, d'autre part, de retirer très subtilement aux États membres une certaine maîtrise de leur politique macro-économique, celle-ci devant se plier aux contraintes de la convergence.

⁹⁷ Paragraphe 1^{er} de l'article 104 C (actuel article 104) du traité CE.

⁹⁸ Un État membre qui ne se résoudrait pas, malgré les recommandations du Conseil, à corriger un déficit public jugé excessif par la Commission ou le Conseil, pourrait, par exemple, se voir imposer des amendes ou ne plus se faire accorder de prêt par la Banque européenne d'investissement (paragraphe 11 de l'article 104 C (actuel article 104) du traité CE).

⁹⁹ En effet, d'abord, selon le paragraphe 2 de l'article 103 (actuel article 99) du traité CE, le Conseil – dans les faits le Conseil « Écofin » – élabore, sur recommandation de la Commission, un projet pour les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté, et il en fait un rapport au Conseil européen. Sur la base de ce rapport, le Conseil européen débat ensuite d'une conclusion sur ces grandes orientations économiques. Le Conseil adopte enfin une recommandation qui fixe ces grandes orientations.

membres »¹⁰⁰. Ce contrôle communautaire peut déboucher sur des recommandations individuelles adressées par le Conseil aux États membres lorsque leurs politiques économiques ne sont pas conformes aux grandes orientations ou risquent de compromettre le bon fonctionnement de l'Union économique et monétaire. Le Conseil peut décider de rendre publiques ces recommandations¹⁰¹.

Ainsi, bien que présentées selon une formulation très technique – où toute connotation néolibérale est donc absente – les dispositions du traité de Maastricht concernant l'Union économique et monétaire imposent aux États membres une discipline budgétaire et monétaire dans la stricte logique de l'orthodoxie financière néolibérale ; orthodoxie sur laquelle veillera d'ailleurs, en toute indépendance¹⁰² et en dehors de tout contrôle démocratique, la future banque centrale européenne (BCE), qui exercera la responsabilité entière de la politique monétaire de la Communauté. Sur le plan institutionnel, on notera en outre que les signataires du traité de Maastricht (soit les États membres) ont pris soin de tenir à l'écart, dans une certaine mesure, de la politique économique et monétaire communautaire la Commission et le Parlement européen (aux vues politiques différentes), et même la Cour de justice, dont les rôles ont été amoindris dans ce domaine¹⁰³. La mise en oeuvre de ces dispositions va permettre, comme je m'appliquerai à le démontrer, l'imposition de mesures néolibérales, via particulièrement les grandes orientations des politiques économiques, et ce, apparemment en toute légitimité.

B. Un principe de subsidiarité adopté avec des arrière-pensées

Le traité de Maastricht consacre le principe de subsidiarité à l'article 3 B (actuel article 5) du traité CE. Selon cet article, la Communauté ne peut intervenir dans le cadre des compétences partagées que dans la mesure où les objectifs à atteindre ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres (et peuvent, dès lors, être mieux réalisés au niveau communautaire). Concrètement, cela signifie que la Communauté ne peut désormais assumer de nouvelles tâches que si celles-ci s'avèrent indispensables au niveau

¹⁰⁰ Paragraphe 3 de l'article 103 (actuel article 99) du traité CE.

¹⁰¹ Paragraphe 4 de l'article 103 (actuel article 99) du traité CE. La publication des recommandations – négatives – du Conseil peut être dissuasive, l'État membre en cause pouvant craindre la sanction des marchés financiers.

¹⁰² La BCE jouit d'une indépendance vis-à-vis des institutions et organes communautaires comme des gouvernements nationaux (article 107, actuel article 108 du traité CE).

¹⁰³ En raison de ces spécificités institutionnelles, les dispositions de l'Union économique et monétaire sont qualifiées par Franklin Dehousse de « premier pilier bis » de l'Union européenne : Franklin DEHOUSSE, *Les résultats de la Conférence intergouvernementale*, Politiques de l'Union européenne, n° 23, Bruxelles, H.E.R.A., 1997, p. 23.

européen. De la sorte, le fait qu'un problème ne soit pas limité au territoire d'un État membre ou qu'une action européenne semble plus appropriée que des mesures nationales, ne suffit plus à justifier l'intervention communautaire. Le principe de subsidiarité permet ainsi de limiter l'action de la Communauté, celle-ci devant en démontrer le bien-fondé et le caractère proportionnel ¹⁰⁴.

En exigeant l'inscription de ce principe dans le traité de Maastricht, les États membres voulaient réagir contre une certaine tendance à l'empiètement communautaire, apparue particulièrement en matière d'éducation et de formation professionnelle. En outre, ils souhaitaient encadrer ainsi les nouveaux champs de compétence communautaire. Mais ce principe trouvait aussi sa raison d'être dans un contexte de forte régulation européenne et de discussions sur la réalisation de la dimension sociale du marché unique ¹⁰⁵, deux points auxquels était opposé un grand nombre d'États membres néolibéraux. Une formulation limitative de la subsidiarité ¹⁰⁶ n'avait donc pas pour seul enjeu une délimitation des compétences entre la Communauté et les États membres. Elle s'expliquait aussi pour une raison politique et idéologique que la pratique est venue confirmer par la suite, comme nous le verrons plus loin.

¹⁰⁴ Pour une présentation plus étoffée du principe de subsidiarité et de sa signification plurielle, concernant à la fois l'attribution et l'exercice des compétences au sein de l'Union européenne, voir Pierre-Alexis FERAL, « Le principe de subsidiarité : progrès ou *statu quo* après le traité d'Amsterdam ? », (1998) 1 *Revue du Marché Unique Européen* 95, 96-101. Le principe de subsidiarité a fait couler beaucoup d'encre. Le lecteur désireux d'approfondir la question pourra notamment consulter le dossier spécial sur le principe de subsidiarité dans (1992) 4 *Revue du Marché Unique Européen* : H. BRISBOSIA, « Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et les États membres », 165 ; Vladimir CONSTANTINESCO, « Subsidiarité...vous avez dit subsidiarité ? », 227 ; Claus-Dieter EHLERMANN, « Quelques réflexions sur la communication de la Commission relative au principe de subsidiarité », 215 ; E. GAZZO, « Lever le voile de la "subsidiarité" pour ne pas tomber dans les pièges qu'elle peut cacher », 221 ; Alfonso MATTERA, « Introduction aux débats européens consacrés au principe de subsidiarité », 189 ; Enzo MATTINA, « Subsidiarité, démocratie et transparence », 203 ; Josse MERTENS DE WILMARS (ancien juge à la Cour de justice), « Du bon usage de la subsidiarité », 193 ; ou voir encore Vladimir CONSTANTINESCO, « La distribution des pouvoirs entre la Communauté et ses États membres : l'équilibre mouvant de la compétence législative et le principe de subsidiarité », Conférence : *The Institutions of the European Community after the Single European Act : the New Procedures and the Capacity to Act – Balance Sheet and Perspectives in View of the Intergovernmental Conferences*, 28-29-30 juin 1990, Bruges, Collège d'Europe, 1990.

¹⁰⁵ Voir Philippe POCHE, « Subsidiarité, gouvernance et politique sociale », [en ligne]. <http://www.ose.be/files/rbss2001/RBSS1-01PPfr.pdf>, p. 2. Cet article se trouve aussi dans : (2001) 1 *Revue Belge de Sécurité Sociale* 125-140.

¹⁰⁶ Le principe de subsidiarité a donné lieu à des débats houleux au sein des instances communautaires. Sa première formulation lors de la préparation du traité sur l'Union européenne, dans le projet luxembourgeois, autorisait une intervention communautaire dès lors qu'elle pouvait être mieux assurée au niveau communautaire qu'au niveau national « par les États membres oeuvrant isolément ». Cette formulation initiale a été modifiée à Maastricht dans le sens de la restriction, en limitant les possibilités d'agir de la Communauté.

C. Un dialogue social détourné de ses objectifs premiers

Le dialogue social réunit, sous l'égide de la Commission, les représentants des travailleurs et des employeurs – appelés, dans le jargon communautaire, les partenaires sociaux européens – pour tenter d'obtenir un consensus social, et des engagements de leur part, sur des questions liées à la situation économique et sociale telles que la modernisation des entreprises ou l'organisation et le fonctionnement du marché du travail. Plus techniquement, le dialogue social se définit ainsi : « [il] désigne les procédures de concertation et de consultation impliquant les partenaires sociaux européens : l'Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe (UNICE), le Centre européen des entreprises publiques (CEEP) et la Confédération européenne des syndicats (CES). Il englobe les discussions entre partenaires sociaux européens, leurs actions conjointes et leurs négociations éventuelles, ainsi que les discussions qu'ils entretiennent avec les institutions de l'Union européenne. »¹⁰⁷

Lancé par le président de la Commission européenne, Jacques Delors, en janvier 1985¹⁰⁸, au Château de Val Duchesse, le dialogue social a été vu, dès l'origine, comme un moyen de faciliter la mise en oeuvre de mesures économiques destinées à relancer la croissance et l'emploi et ce, sans revenir sur les conquêtes sociales¹⁰⁹. Consacré institutionnellement par l'Acte unique européen (AUE)¹¹⁰ en 1986, il lui a été donné un nouvel élan en janvier 1989 pour permettre aux changements économiques et techniques occasionnés par le marché unique de s'effectuer de manière socialement acceptable, tout en préservant l'acquis social¹¹¹.

Le traité de Maastricht renforce le dialogue social en tant qu'outil de négociation collective dans le cadre européen ainsi que le rôle des partenaires sociaux en matière de

¹⁰⁷ COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Glossaire : Dialogue social », [en ligne]. http://europa.eu/scadplus/glossary/social_dialogue_fr.htm.

¹⁰⁸ Voir Bulletin CE 1-1985, point 2.4.19.

¹⁰⁹ Voir le rapport économique annuel 1985-1986 de la Commission, intitulé *Une stratégie de coopération pour la croissance et l'emploi* – Bulletin CE 10-1985, points 1.3.1 et 1.3.3 et la conférence tripartite de Val-Duchesse du 12 novembre 1985 qui a donné lieu à une déclaration commune d'intention de l'UNICE, de la CES et du CEEP sur le dialogue social et les nouvelles technologies – Bulletin CE 11-1985, point 2.5.15. Jean-Lou SIWECK, « Le dialogue social au niveau communautaire : d'où vient-on, où en est-on ? », (1999) 427 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 238, spéc. 239-240, précise que le premier objectif poursuivi par la Commission Delors avec le dialogue social était de faire accepter par les syndicats le marché unique de 1993.

¹¹⁰ L'article 118 B du traité CEE, ajouté par l'Acte unique européen, charge la Commission de développer le dialogue social et prévoit qu'il peut aboutir à des relations conventionnelles.

politique sociale communautaire. Les articles 3 et 4 de l'accord sur la politique sociale¹¹² annexé au protocole sur la politique sociale prévoient, d'une part, la consultation des partenaires sociaux par la Commission préalablement à toute action dans ce domaine et, d'autre part, une procédure de négociation collective permettant aux partenaires sociaux de conclure entre eux un accord dont la mise en oeuvre peut se faire par décision du Conseil¹¹³. Cette dernière procédure ouvre ainsi dans le domaine social une voie conventionnelle à côté de la voie législative communautaire classique, en intégrant les partenaires sociaux dans le processus normatif communautaire¹¹⁴. Cette possibilité donnée aux partenaires sociaux de conclure des accords au niveau communautaire avait été vue à l'époque comme un moyen d'avancer dans le domaine social en contournant les écueils de la voie législative communautaire¹¹⁵, et particulièrement le veto britannique à toute mesure à caractère social¹¹⁶.

Cette dernière considération a totalement disparu par la suite, d'après moi, pour faire du dialogue social un instrument de légitimation. Les institutions communautaires, et particulièrement la Commission et le Conseil européen, ont en effet cherché par le biais du dialogue social à faire peser sur les partenaires sociaux – tout en l'entérinant – l'évolution néolibérale de la politique sociale européenne. Cela apparaît en filigrane à la fin de l'année 1993, commence à se faire sentir un an plus tard, puis s'affiche ouvertement dans le cadre de la stratégie européenne pour l'emploi, à partir de 1997, comme je le détaillerai plus loin.

¹¹¹ Voir les conclusions du Conseil européen de Madrid des 26 et 27 juin 1989 – Bulletin CE 6-1989, points 1.1.1 à 1.1.24, au point 1.1.8.

¹¹² Ces articles ont été intégrés par le traité d'Amsterdam dans les dispositions sociales du traité instituant la Communauté européenne, aux articles 138 et 139 du traité CE. L'accord sur la politique sociale reprend en fait presque intégralement l'accord conclu entre les partenaires sociaux, le 31 octobre 1991, par lequel ils proposaient une version modifiée des articles 118, paragraphe 4, 118 A et 118 B du traité CE. Sur l'historique de ce dernier accord, voir J.-L. SIWECK, *loc. cit.*, note 109, 241-244.

¹¹³ Voir Odile QUINTIN et Brigitte FAVAREL-DAPAS, *L'Europe sociale – Enjeux et réalités*, coll. « réflexe Europe », Paris, La Documentation française, 1999, pp. 20-21, 50-51 et 108, pour plus de précisions sur cette prise en compte des partenaires sociaux dans la politique sociale européenne. À noter : Odile Quintin était à l'époque directrice générale adjointe de la Direction générale Emploi et Affaires sociales de la Commission européenne. Elle deviendra par la suite directrice générale de cette Direction de la Commission.

¹¹⁴ *Id.*, pp. 43 et 109.

¹¹⁵ À cette époque, hormis les directives relatives à la sécurité et à la santé des travailleurs, qui pouvaient, elles, être adoptées par un vote à la majorité qualifiée par le Conseil (article 118 A du traité CEE ajouté par l'Acte unique européen), toutes les autres dispositions ayant pour objet les droits et intérêts des travailleurs salariés ne pouvaient être prises qu'à l'unanimité (articles 100 et 100 A, paragraphe 2 du traité CEE).

¹¹⁶ Voir, par exemple, Rafaële RIVAIS, « Le “dumping” de la Grande-Bretagne constitue un handicap pour l'Europe sociale », *Le Monde*, 31 mai 2003, p. 7.

Le traité de Maastricht reflète ainsi à certains égards, et laisse pressentir à d'autres, les nouvelles tendances idéologiques au sein de l'Union européenne. Voyons à présent comment celles-ci transparaissent dans les conclusions des Conseils européens qui ont entouré l'élaboration de ce traité.

Paragraphe 2. La présence du nouveau courant idéologique dans les conclusions des Conseils européens

Le Conseil européen de Rome de décembre 1990 ouvre officiellement les conférences intergouvernementales chargées de préparer le traité de Maastricht. C'est à partir de ce moment-là qu'apparaissent les signes avant-coureurs de l'évolution qui s'amorce. Ils concernent trois domaines familiers – si l'on peut dire – de l'intégration européenne : l'Union économique et monétaire, la politique sociale et le marché unique.

A. L'Union économique et monétaire

Objectif recherché depuis fort longtemps au niveau européen ¹¹⁷, l'Union économique et monétaire était déjà considérée auparavant comme un thème important. Toutefois, elle se situait alors dans la perspective de l'achèvement du marché intérieur et dans le contexte de la cohésion économique et sociale. Elle devait en outre se réaliser dans le respect du principe de subsidiarité et en tenant compte de la particularité des situations nationales ¹¹⁸. Ces différents aspects s'éclipsent à compter de 1990 au profit de critères exclusivement financiers. Les Conseils européens à partir de décembre 1990 (et même d'octobre 1990) ne prennent en effet plus qu'en considération la stabilité des prix et le redressement des finances publiques, et ils incitent fortement les États membres à faire des efforts pour parvenir à une convergence économique et monétaire, sous la surveillance étroite du Conseil ¹¹⁹.

¹¹⁷ Les premières tentatives d'y parvenir datent de 1970-1971 avec l'adoption du « plan Werner pour une Union économique et monétaire » en dix ans. Ce programme fut abandonné – en raison d'une conjoncture économique défavorable et des taux de change flottants – pour être remplacé par une solution plus limitée, le Serpent européen, auquel succédera le Système Monétaire Européen (S.M.E.).

¹¹⁸ Conclusions du Conseil européen de Madrid de juin 1989, *précitées*, note 111, point I.1.11. La réalisation de l'Union économique et monétaire conformément aux principes de la cohésion économique et sociale est encore rappelée dans les conclusions des Conseils européens de Dublin du 28 avril et des 25 et 26 juin 1990 – respectivement Bulletin CE 4-1990, points I.1 à I.16, au point I.7 et Bulletin CE 6-1990, points I.1 à I.42, au point I.5.

¹¹⁹ Voir notamment les conclusions du Conseil européen de Luxembourg des 28 et 29 juin 1991 – Bulletin CE 6-1991, points I.1 à I.47, au point I.12 qui invitent les institutions européennes à présenter régulièrement un rapport sur les progrès réalisés par les États membres en matière de convergence.

B. La politique sociale

Un changement d'approche se fait sentir à partir de 1990 dans le domaine social. Alors que dans la phase antérieure, les valeurs partagées entre les États membres en matière sociale me semblaient servir de fondement à l'action communautaire¹²⁰, les Conseils européens de Rome de décembre 1990 et de Luxembourg de juin 1991 insistent sur « la nécessité de respecter les différentes habitudes et traditions des États membres dans le domaine social »¹²¹ ou sur le « respect de la situation et des pratiques propres à chaque État » ainsi que du principe de subsidiarité¹²². Cette vision individualiste de la politique sociale, où l'accent est mis sur les différences entre les États membres au lieu de leurs ressemblances, et le recours au principe de subsidiarité visent, à mon avis, à restreindre le rôle de la Communauté dans ce domaine. Il peut sembler surprenant voire contradictoire que ces deux Conseils européens regrettent parallèlement les retards pris dans la mise en oeuvre de la Charte communautaire des droits sociaux de 1989 et demandent à ce que ces travaux soient accélérés. Le Conseil européen de Rome rappelle même « la nécessité de donner, dans la construction européenne, la même importance aux aspects sociaux et aux aspects économiques »¹²³, point qu'avait fait valoir le Conseil européen de Madrid de juin 1989. Et le Conseil européen de Luxembourg souligne, quant à lui, la nécessité d'un renforcement du rôle de la Communauté en matière de dimension sociale¹²⁴. Cette contradiction pourrait s'expliquer, selon moi, par les négociations en cours du traité de Maastricht. En effet, on perçoit dans les conclusions des Conseils européens précédant le sommet de Maastricht une sorte d'urgence d'agir dans le domaine social à l'approche de Maastricht, liée à la crainte

¹²⁰ La Charte des droits sociaux de 1989 en est un bon exemple. Elle « traduit [l']attachement profond [des États membres] à un modèle de relations sociales inspiré de traditions et de pratiques communes » (conclusions du Conseil européen de Strasbourg de décembre 1989, *précitées*, note 72, point I.1.10). On retrouve cette idée de communauté de valeurs en matière sociale dans les expressions « espace social européen » et « identité sociale de la Communauté » utilisées par le Conseil dans son projet de conclusions sur l'avant-projet de charte (voir l'annexe I des conclusions du Conseil européen de Strasbourg de décembre 1989, *précitées*, note 72, point I.1.14).

¹²¹ Conclusions du Conseil européen de Rome des 14 et 15 décembre 1990 – Bulletin CE 12-1990, points I.1 à I.31, au point I.16.

¹²² Conclusions du Conseil européen de Luxembourg de juin 1991, *précitées*, note 119, points I.1, I.8 et I.16. On notera que la prise en compte de la situation de chaque État membre ouvre la porte à toutes sortes de considérations, y compris politiques, et rend encore plus difficile l'élaboration de mesures communautaires en matière sociale.

¹²³ Conclusions du Conseil européen de Rome de décembre 1990, *précitées*, note 121, point I.16.

¹²⁴ Voir, sur ce dernier point, les conclusions du Conseil européen de Luxembourg de juin 1991, *précitées*, note 119, points I.1 et I.8.

d'un échec sur le plan de la politique sociale en raison de l'opposition britannique¹²⁵. Or la Communauté européenne, à qui l'on reprochait de ne prendre en compte que la dimension économique de la construction communautaire, avait un impérieux besoin de refaire son image – alors qu'elle préparait parallèlement l'Union économique et monétaire et en faisait une priorité. Cette contradiction révèle aussi une division grandissante entre les États membres. Elle oppose ceux, largement minoritaires, qui souhaiteraient une Europe plus sociale¹²⁶ et qui ont l'appui de la Commission, et ceux, dominants en nombre, qui poussent davantage l'économique, à savoir la réalisation du marché intérieur et de l'Union économique et monétaire, ces derniers – et particulièrement le Royaume-Uni – bloquant au Conseil toute proposition de la Commission en matière de politique sociale.

C. Le marché unique

Jacques Delors, dès son arrivée à la présidence de la Commission européenne en janvier 1985, a fait de l'achèvement du marché unique (dit aussi marché intérieur, grand marché, ou encore espace sans frontières intérieures) son cheval de bataille. Son idée était de donner une nouvelle impulsion à la construction européenne¹²⁷, en panne à l'époque, conséquence du « compromis de Luxembourg » dans les années soixante et de la récession qui a suivi le premier choc pétrolier¹²⁸. Pour atteindre cet objectif, dont l'échéance avait été fixée à 1992, la Commission a présenté, le 14 juin 1985 au Conseil européen de Milan des 28 et 29 juin 1985, à la demande officielle du Conseil européen de Bruxelles des 29 et 30 mars 1985, un *Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur*¹²⁹. Ce livre blanc programmatrait l'adoption de tout un ensemble de mesures (environ 300 directives de base¹³⁰), jugées nécessaires à la réalisation du grand marché, en insistant particulièrement sur l'élimination

¹²⁵ On rappellera que le refus du Royaume-Uni de toute avancée dans le domaine social a finalement conduit les autres États membres à conclure à onze à Maastricht l'accord et le protocole sur la politique sociale annexés au traité instituant la Communauté européenne.

¹²⁶ Certains États membres ont ainsi lié l'acceptation de la procédure de codécision prévue dans le traité de Maastricht, qui renforce le rôle législatif du Parlement européen, à un renforcement de la politique sociale européenne. Voir les conclusions du Conseil européen de Luxembourg de juin 1991, *précitées*, note 119, point I.7.

¹²⁷ Voir Giandomenico MAJONE, « CEE : Déréglementation ou re-réglementation ? La conduite des politiques publiques depuis l'Acte Unique », dans Bruno JOBERT (dir.), *Le tournant néo-libéral en Europe: idées et recettes dans les pratiques gouvernementales*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 233, aux pages 236-240. Cet auteur nous apprend qu'à peine nommé à la tête de la Commission Jacques Delors avait informé le Parlement européen de l'intention de la Commission de demander au Conseil de s'engager dans la réalisation du marché unique pour 1992.

¹²⁸ Voir, par exemple, R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, pp. 94, 128 et 154.

¹²⁹ *Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur : un espace sans frontières intérieures*, juin 1985 (COM(85) 310) – Bulletin CE 6-1985, points 1.3.1 à 1.3.9.

des obstacles non tarifaires ¹³¹. Parallèlement à l'adoption du livre blanc de la Commission, le Conseil européen de Milan de 1985 décidait de convoquer une conférence intergouvernementale (CIG) chargée de réviser les traités. Celle-ci a conduit à l'élaboration de l'Acte unique européen (AUE), signé à Luxembourg et à La Haye les 17 et 28 février 1986 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987. Comme l'a élégamment écrit Robert Kovar, « [l]a volonté politique d'achever le marché intérieur [...] a trouvé son expression juridique dans l'Acte Unique européen » ¹³². Celui-ci prévoyait en effet un certain nombre de modifications institutionnelles destinées à faciliter la réalisation du marché intérieur (notamment par le passage du vote de l'unanimité à la majorité qualifiée).

Selon moi et compte tenu de ce qui a été dit plus haut, en 1985, l'objectif de la réalisation du marché unique pour la fin 1992 constituait davantage un projet intégratif, mené par la Commission pour relancer la construction européenne, que le résultat de la conversion de la Commission au nouveau courant de pensée. Néanmoins, l'orientation néolibérale de la majorité des États membres en a facilité la mise en œuvre. Et le rapport Cecchini sur le marché intérieur, du 29 mars 1988, détaillant le coût de la « non-Europe », est venu par la suite offrir une caution politique et économique à cet objectif.

Cela explique que le programme établi par le livre blanc de la Commission sur l'achèvement du marché intérieur ait été réalisé en un temps record ¹³³, confirmant ainsi une concordance de vues entre les États membres et les institutions européennes pour faire progresser l'intégration économique européenne. Déjà au Conseil européen de Madrid en juin 1989, qui constata d'ailleurs une accélération des prises de décision, la moitié des mesures prévues avaient été adoptées par les institutions communautaires, puis les deux tiers un an plus tard, au Conseil européen de Dublin de juin 1990. C'est à partir de cette date que le Conseil européen a accentué sa pression, d'abord sur les États membres, puis ensuite également sur le Conseil, la Commission et le Parlement, pour que ces institutions intensifient le nombre de directives prises. Cette pression a été particulièrement forte en 1991, le Conseil européen de Luxembourg de juin exigeant de ces dernières qu'elles mettent tout en œuvre pour que l'ensemble du programme législatif prévu par le livre blanc de la

¹³⁰ Les commentateurs ne s'entendent pas sur leur nombre exact : certains parlent de 279 mesures, d'autres de 310.

¹³¹ R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, p. 154.

¹³² Robert KOVAR, « Article 100 », dans Vladimir CONSTANTINESCO, Jean-Paul JACQUÉ, Robert KOVAR et Denys SIMON (dir.), *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Paris, Économica, 1992, p. 549, à la p. 557.

¹³³ Hjalte RASMUSSEN, « Le pouvoir de décision politique du juge européen et ses limites », (1992) 63 *Revue française d'administration publique* 413, 419.

Commission puisse être adopté au plus tard avant le 31 décembre 1991, soit un an plus tôt que prévu. La frénésie libérale qui a ensuite animé les autorités communautaires a permis des progrès substantiels – sans toutefois parvenir à respecter cette nouvelle échéance – puisqu’au Conseil de Lisbonne de juin 1992 plus de 90 % des mesures nécessaires à la réalisation du marché unique avaient été adoptés. Celui-ci deviendra une réalité juridique au 1^{er} janvier 1993.

En ce qui concerne les fondements du marché intérieur, sous la conjoncture précédente celui-ci était vu comme devant apporter une amélioration effective de l’emploi et des conditions de vie et de travail de l’ensemble des citoyens de la Communauté, le Conseil européen n’hésitant d’ailleurs pas à affirmer qu’il était « le moyen le plus efficace [...] pour assurer le maximum de bien-être à tous les citoyens communautaires »¹³⁴. Cette vision idéalisée du grand marché s’est estompée par la suite pour faire place à une vision plus pragmatique, plus conforme aussi à la logique fondamentalement libre-échangiste qui le sous-tendait. Le Conseil européen de Luxembourg de juin 1991 a ainsi relevé l’importance de la mise en place du marché intérieur pour les milieux économiques et les consommateurs, tout en réaffirmant son attachement aux principes d’une économie ouverte et concurrentielle. On retrouvera souvent par la suite les entreprises et les consommateurs mentionnés par les Conseils européens comme les grands bénéficiaires du marché intérieur. Les citoyens seront ajoutés ultérieurement à la liste des bénéficiaires du marché unique¹³⁵, ainsi que les petites et moyennes entreprises (PME)¹³⁶.

La pénétration de la doctrine néolibérale au niveau européen se limite donc, durant ces années transitoires, à ces trois domaines des politiques communautaires, tandis que des

¹³⁴ Voir encore à cet égard les conclusions du Conseil européen de Madrid de juin 1989, *précitées*, note 111, point 1.1.8, qui réaffirment ainsi les conclusions du Conseil européen de Hanovre des 27 et 28 juin 1988 – Bulletin CE 6-1988, point 1.1.1 à 1.1.4 et 3.4.1 et les conclusions du Conseil européen de Rhodes des 2 et 3 décembre 1988 – Bulletin CE 12-1988, point 1.1.4.

¹³⁵ Le Conseil européen d’Édimbourg de décembre 1992 indiquait déjà que le marché intérieur fonctionnait au profit de tous les citoyens et de toutes les entreprises de la Communauté, et le Conseil européen de Cannes de juin 1995 souhaitait renforcer la confiance des entreprises et des citoyens dans le marché unique. L’invocation du citoyen européen dans le cadre du marché unique sera toutefois surtout mise à contribution à partir de 1997, lorsque la libéralisation de pans entiers de l’économie (énergie, transport, télécommunications, postes, etc.) sera recherchée par la Commission : voir *infra*, note 773.

¹³⁶ Voir notamment la *Charte européenne des petites entreprises* adoptée par le Conseil européen de Feira de juin 2000 (annexe III des conclusions de la présidence – Bulletin UE 6-2000) : « [I]a Commission et les États membres doivent [...] poursuivre les réformes engagées visant à l’achèvement, dans l’Union, d’un véritable marché intérieur, favorable aux petites entreprises, dans les domaines essentiels pour le développement des petites entreprises, notamment le commerce électronique, les télécommunications, les services d’intérêt public, les marchés publics et les systèmes de paiement transfrontaliers. »

thèmes caractéristiques de la période précédente continuent de figurer dans les conclusions des Conseils européens : la cohésion économique et sociale, la protection de l'environnement et la diversité culturelle. Il ne faut toutefois pas se méprendre sur la portée réelle de ces thèmes dans la construction européenne¹³⁷, la priorité de l'action communautaire étant accordée, dans les faits, aux aspects économiques : la réalisation de l'Union économique et monétaire et l'achèvement du marché intérieur.

L'impression qui se dégage finalement de cette phase transitoire, qui se clôt avec le traité de Maastricht, est que l'on a voulu procéder à un changement en douceur pour ne pas brusquer certains États membres ou certaines institutions européennes plus réfractaires aux influences nouvelles. On l'a fait en maintenant, au moins en apparence, un environnement connu et en utilisant des finalités classiques, mais importantes, de l'intégration européenne – la dimension sociale, l'Union économique et monétaire et le marché unique – afin d'y imprimer un début de réforme. En restant ainsi « en terrain connu » on facilitait la transition. Cette méthode d'instillation ciblée des idées néolibérales restait néanmoins, d'après moi, insuffisante pour opérer un virage complet, à plus grande échelle, pour l'ensemble des domaines d'activités communautaires. Aussi a-t-il fallu introduire un outil de légitimation pour donner une assise plus large au courant néolibéral dans la sphère européenne. C'est ce qui fut fait durant l'année 1992.

SECTION II – 1992 : L'ACQUISITION DES OUTILS D'INTRODUCTION ET DE LÉGITIMATION DES PRINCIPES NÉOLIBÉRAUX

Paragraphe 1. Le principe de subsidiarité comme instrument de pénétration des idées néolibérales

Le traité de Maastricht a constitué un début d'ancrage pour les fondements néolibéraux, que l'on a cherché à conforter par la suite. J'estime que le principe de subsidiarité s'est révélé être un puissant outil de légitimation pour les États membres dans leur désir de mettre un frein à des propositions (par la Commission) d'actions communautaires n'allant pas dans le sens souhaité. Le principe de subsidiarité a occupé une place centrale dans les conclusions des Conseils européens en 1992, soit les Conseils

¹³⁷ Comme nous l'avons vu, le traité de Maastricht, signé quelques mois plus tard, accroît le champ d'action de la Communauté dans ces domaines, mais les compétences communautaires sont en fait limitées et, en outre, étroitement encadrées par le principe de subsidiarité.

européens de Lisbonne en juin, de Birmingham ¹³⁸ en octobre et surtout d'Édimbourg ¹³⁹ en décembre 1992. Ces Conseils européens ont entériné une interprétation très étroite de ce principe en exigeant des institutions communautaires qu'elles l'appliquent strictement. En fait, à mon avis, cette mise en oeuvre stricte de la subsidiarité a permis d'instrumentaliser ce principe à des fins néolibérales dans le dessein de réduire, dans son champ d'application comme dans sa force, la régulation communautaire. Pour ce faire, le principe de subsidiarité a été sollicité de deux manières. Il ressort en effet de mon analyse que, d'une part, on a cherché à lui donner un effet « bloquant », pour mettre fin à l'influence du précédent courant idéologique sur les politiques européennes, afin d'y substituer progressivement le paradigme néolibéral. D'autre part, on y a eu recours pour introduire au niveau communautaire un concept-clé du néolibéralisme : la déréglementation.

A. La réduction de la portée de la législation communautaire

S'agissant du premier usage du principe de subsidiarité, qui concerne plus « classiquement » l'étendue de l'action communautaire – et, du même coup, la réglementation européenne qui la sous-tend, nécessaire à sa mise en oeuvre – l'objectif était de limiter les interventions communautaires et particulièrement les initiatives de la Commission dans des domaines tels que la politique sociale et la cohésion économique et sociale. La conjoncture précédente avait vu naître en effet un mouvement en faveur d'une réglementation européenne forte, notamment en matière de politique sociale, soutenu par la Commission, le Parlement européen ¹⁴⁰, certains États membres ¹⁴¹ et les syndicats ¹⁴². Une mise en oeuvre restrictive du principe de subsidiarité permettait ainsi de mettre un terme au développement de toute politique relevant de la période antérieure.

¹³⁸ Cf. la *Déclaration de Birmingham : une Communauté proche de ses citoyens*, annexe 1 aux conclusions du Conseil européen extraordinaire de Birmingham du 16 octobre 1992 – Bulletin CE 10-1992, point I.8.

¹³⁹ Cf. la *Déclaration d'Édimbourg sur une approche globale de l'application par le Conseil du principe de subsidiarité et de l'article 3 B du traité sur l'Union européenne*, annexe 1 à la partie A des conclusions du Conseil européen d'Édimbourg de décembre 1992 – Bulletin CE 12-1992, points I.15-I.22, ainsi que l'annexe 2 à la partie A : Subsidiarité – Exemples de réexamen de propositions en instance et de législations en vigueur, point I.23. Un accord interinstitutionnel (entre le Conseil, la Commission et le Parlement européen) du 25 octobre 1993 (JO C 329 du 6.12.1993 et Bulletin CE 10-1993, points 1.6.3 et 2.2.2) a ensuite précisé les procédures de mise en œuvre du principe de subsidiarité.

¹⁴⁰ Le Parlement européen menaçait d'ailleurs régulièrement de bloquer la législation relative au marché intérieur si la dimension sociale n'était pas prise en compte : P. POCHET, *loc. cit.*, note 105, 2.

¹⁴¹ La France, la Grèce et l'Espagne notamment. L'Allemagne, à cette époque, n'y était pas non plus opposée, le patronat allemand craignant le « dumping social ».

¹⁴² P. POCHET, *loc. cit.*, note 60, 5, note justement l'essoufflement de ce mouvement en 1993, parallèlement à la crise économique et au problème de l'emploi.

Cela explique dès lors pourquoi le principe de subsidiarité n'est pas invoqué, comme j'ai pu le constater, avec la même intensité selon les domaines concernés. Sa mise en jeu est en effet liée au degré de pénétration du dogme néolibéral au niveau communautaire. Si celui-ci est élevé, il n'y aura alors nul besoin d'y recourir. C'est le cas du domaine de la politique économique et monétaire où c'est le contraire qui prévaut avec les critères de convergence de Maastricht et la qualification de question d'intérêt commun. À l'inverse, ce principe est revendiqué dans les domaines dans lesquels le néolibéralisme n'a pas encore eu d'emprise, par exemple la politique sociale européenne. Il s'agit alors de réduire la marge de manœuvre des institutions européennes – et notamment de la Commission, davantage sociale – au profit des États membres, majoritairement néolibéraux, en attendant la réception dans la sphère européenne des préceptes néolibéraux. D'ailleurs, celle-ci effectuée, une stratégie de convergence est apparue dans le domaine de l'emploi, puis dans le domaine social ¹⁴³, mais bien plus tard, à partir de 1997, et cette fois pour faciliter l'application des recettes néolibérales aux plans européen comme national. J'aurai l'occasion de revenir plus longuement sur ce point. Le principe de subsidiarité perd donc de son utilité une fois le ralliement aux normes du néolibéralisme opéré. L'importance accordée au principe de subsidiarité dans les débats européens a dès lors progressivement diminué, sa raison d'être ayant disparu. La réduction drastique du nombre de directives présentées par la Commission a aussi considérablement limité les hypothèses d'invocation de ce principe ¹⁴⁴.

B. La réduction de la force de la législation communautaire

La seconde utilisation de la subsidiarité visait non plus à atteindre le domaine d'application de la législation communautaire mais plutôt sa force, son caractère obligatoire : on a cherché à la réduire, voire à la supprimer le cas échéant, en la remplaçant par des instruments juridiques non contraignants. Ainsi, d'une part, le principe de subsidiarité a été utilisé par ces Conseils européens pour réclamer de la Commission des consultations plus larges des États membres et un emploi plus systématique de documents de consultation, tels

¹⁴³ Cette stratégie de convergence, baptisée méthode ouverte de coordination, constitue en quelque sorte une extension, au domaine de l'emploi puis de l'exclusion sociale, de la convergence européenne en matière économique et monétaire, à la différence – notable – toutefois que la convergence en matière sociale et d'emploi n'est soumise à aucun critère de convergence contraignant. Aussi la méthode ouverte de coordination respecte-t-elle le principe de subsidiarité : voir P. POCHET, *loc. cit.*, note 105, lequel précise le lien entre la méthode de coordination et le principe de subsidiarité.

¹⁴⁴ Outre la diminution de nombre de propositions de directives communautaires, un autre facteur permet d'expliquer l'affaiblissement progressif de l'intérêt porté au principe de subsidiarité dans les débats européens : le fait que l'Union économique et monétaire ait retenu ensuite toute l'attention : P. POCHET, *loc. cit.*, note 105, 5.

que les livres verts, au nom d'une plus grande transparence des travaux des institutions européennes. D'autre part, les Conseils européens l'ont invoqué pour exiger le recours à la forme de législation la plus légère possible, et donc également la moins contraignante¹⁴⁵. Face à ces demandes, la Commission fera d'abord preuve, dans un premier temps, d'une légère résistance, notamment dans le domaine social¹⁴⁶, tout en acceptant de procéder à davantage de consultations¹⁴⁷. Dans un second temps, on observera un changement radical dans l'attitude de la Commission qui se traduira par un affaiblissement de l'outil législatif – la directive, instrument privilégié dans les années soixante-dix et quatre-vingts – et ce, quantitativement et qualitativement. Quantitativement, le volume de la législation communautaire prévu dans le programme législatif de la Commission pour 1993 sera en effet considérablement réduit¹⁴⁸. Tandis que, qualitativement, aux propositions de directives de la Commission se substitueront de simples communications ou d'autres documents sans valeur juridique obligatoire. C'est particulièrement vrai dans le domaine de l'environnement¹⁴⁹ ou encore de la politique sociale, dans lequel le nombre de directives proposées et adoptées connaîtra un net ralentissement (alors que 40 % des mesures proposées dans le programme d'action de 1989 étaient des directives¹⁵⁰). Le programme d'action sociale qui accompagnait la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs prévoyait ainsi l'adoption de deux instruments communautaires qui n'aboutiront finalement, après bien des tergiversations, qu'à de simples recommandations, en juin et juillet 1992¹⁵¹. En outre, la

¹⁴⁵ Voir notamment les conclusions du Conseil européen de Birmingham du 16 octobre 1992 – Bulletin CE 10-1992, points I.1 à I.10, au point I.8.

¹⁴⁶ La Commission refusera ainsi de réexaminer, au regard du principe de subsidiarité, les directives (fondées sur l'article 118 A du traité CE, tel que modifié à Maastricht) dans le domaine de la politique sociale, estimant que la priorité devait plutôt aller à la mise en oeuvre intégrale de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux : point I. 23 des conclusions du Conseil européen d'Édimbourg des 11 et 12 décembre 1992 – Bulletin CE 12-1992, aux points I.1 à I.88.

¹⁴⁷ Voir les conclusions du Conseil européen d'Édimbourg de décembre 1992, *précitées*, note 146, points I.5 et I.21.

¹⁴⁸ Voir les conclusions du Conseil européen de Copenhague des 21 et 22 juin 1993 – Bulletin CE 6-1993, points I.1 à I.42, au point I.22.

¹⁴⁹ Sur le déclin de la force obligatoire de la législation environnementale communautaire et son remplacement par des outils plus souples, voir l'article de Marc PALLEMAERTS, « The Decline of Law as an Instrument of Community Environmental Policy », (1999) 3 et 4 *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs*, 338.

¹⁵⁰ Voir P. POCHET, *loc. cit.*, note 60, 9-10.

¹⁵¹ Voir Caroline DE LA PORTE et Philippe POCHET, « Une stratégie concertée en matière de sécurité sociale au plan européen », [en ligne]. <http://www.ose.be/files/rbss2000/RBSS2-CDLP-PP.pdf>, p. 2. Cet article se trouve aussi dans : (2000) 2 *Revue Belge de Sécurité Sociale* 471-490.

Il s'agit de la recommandation 92/441/CEE du Conseil, du 24 juin 1992, portant sur les critères communs relatifs à des ressources et prestations suffisantes dans les systèmes de protection sociale (JO L 245 du 26.8.1992), et de la recommandation 92/442/CEE du Conseil, du 27 juillet 1992, relative à la convergence des objectifs et des politiques de protection sociale (JO L 245 du 26.8.1992).

Commission s'en tiendra désormais à de simples livres : livre vert de 1993¹⁵² et livre blanc de 1994¹⁵³ sur la politique sociale européenne. Par contre, c'est la situation inverse qui prévaudra dans le domaine économique, où la réalisation du marché intérieur se fera à grand renfort de directives. Ce changement est révélateur : « [l]e temps n'est plus à l'action volontariste mais à la consultation tous azimuts et à la recherche de thèmes consensuels » ; c'est la renonciation par la Commission de son rôle de promoteur pour celui – en retrait – de gardien des équilibres¹⁵⁴. Cette recherche de consensus, ainsi que le recours aux instruments non contraignants, présente un autre intérêt : celui de ne plus exposer au grand jour les dissensions entre les États membres entre eux – exprimées, par exemple, dans le domaine social en décembre 1990 et en juin 1991 – et entre les institutions communautaires, et particulièrement entre la Commission et le Parlement européen d'une part, et le Conseil européen et le Conseil d'autre part¹⁵⁵. C'est une première étape dans la déréglementation qui se sera ainsi réalisée au niveau européen, sous le couvert du principe de subsidiarité.

Toujours dans le cadre de cette utilisation néolibérale du principe de subsidiarité, je ne manquerai pas de signaler que la subsidiarité a également servi de prétexte pour exiger une baisse des charges financières, administratives ou légales¹⁵⁶ pesant notamment sur les entreprises. C'est ainsi que dès novembre 1992, le Conseil a adopté des résolutions « pour assurer le fonctionnement harmonieux et efficace du marché intérieur sans charge induite pour les entreprises, notamment pour les petites et moyennes entreprises »¹⁵⁷. Le Conseil européen d'Édimbourg de décembre 1992 amorce d'ailleurs clairement, avec l'adoption d'une

¹⁵² *Livre vert sur la politique sociale européenne – Options pour l'Union*, novembre 1993 (COM(93) 551) – Bulletin CE 11-1993, point 1.2.119.

¹⁵³ *Livre blanc sur la politique sociale européenne – Une voie à suivre pour l'Union*, juillet 1994 (COM(94) 333) – Bulletin UE 7/8-1994, point 1.2.163.

¹⁵⁴ P. POCHET, *loc. cit.*, note 60, 5.

¹⁵⁵ Voir, par exemple, le discours du président de la Commission, Jacques Delors, devant le Parlement européen à l'occasion du débat d'investiture de la nouvelle Commission – Bulletin CE Supplément 1/93, p. 5, qui comprenait une critique à peine voilée de l'ultralibéralisme. Quant au Parlement européen, tout en rappelant que la mise en oeuvre du principe de subsidiarité ne devait pas avoir pour effet d'entraver les compétences attribuées aux différentes institutions ni la mise en oeuvre des politiques communautaires, il a déploré que le Conseil européen « n'ait pas marqué sa volonté politique d'accélérer la mise en oeuvre de la politique sociale [européenne] » (voir la résolution du Parlement européen sur le Conseil européen de Lisbonne (JO C241 du 21.9.92) – Bulletin CE 7/8-1992, point 1.1.1).

¹⁵⁶ Le troisième alinéa des lignes directrices de l'approche globale de l'application par le Conseil européen du principe de subsidiarité (annexe I des conclusions du Conseil européen d'Édimbourg, *précitées*, note 139, point I.19) en est une bonne illustration. Cet alinéa énonce : « Toute charge, qu'elle soit financière ou administrative, incombant à la Communauté, aux gouvernements nationaux, aux autorités locales, aux opérateurs économiques et aux citoyens [sous-entendu en tant que contribuables] doit être réduite au minimum et proportionnelle à l'objectif réalisé. »

¹⁵⁷ Conclusions du Conseil européen d'Édimbourg en décembre 1992, *précitées*, note 146, point I.9.

*Déclaration sur la promotion de la reprise économique en Europe*¹⁵⁸, le tournant néolibéral, lequel se concrétisera durant l'année 1993. Comme nous le verrons, ce tournant fera des entreprises – principalement les PME – les principales bénéficiaires du principe de subsidiarité. Examinons maintenant la justification sur laquelle repose le principe de subsidiarité et qui a servi de fondement à ses multiples usages.

Paragraphe 2. Le citoyen européen comme justification au principe de subsidiarité

L'argumentation derrière la subsidiarité, qui a facilité son acceptation, réside, à mon avis, dans le concept de proximité et dans la nécessaire adhésion du citoyen à l'idée européenne. En effet, l'objectif mis en avant était de rapprocher l'Union européenne de ses citoyens. La redéfinition du partage des compétences, entre l'échelon communautaire et l'échelon national, qu'implique le principe de subsidiarité avait donc pour raison d'être une prise des décisions la plus proche possible du citoyen. Or l'année 1992 a été marquée par une brutale augmentation du chômage et une crise de confiance des citoyens en l'Europe, laquelle s'est manifestée lors de la ratification du traité de Maastricht¹⁵⁹. La nécessité d'obtenir le soutien des citoyens européens dans la poursuite du processus communautaire s'est ainsi fait sentir dans les conclusions des Conseils européens. Dans ce contexte de contestation de l'Europe et de crise économique, le citoyen européen allait être le meilleur moyen de légitimer l'interprétation étroite du principe de subsidiarité et sa dérive néolibérale, en lui prêtant des attentes à cet égard¹⁶⁰. Prenant acte de ces (supposées) attentes, les institutions

¹⁵⁸ Annexe 4 à la Partie A des conclusions du Conseil européen d'Édimbourg en décembre 1992, *précitées*, note 146, point I.30. Cette déclaration, aussi appelée initiative de croissance d'Édimbourg, préconise certaines mesures, aux niveaux national comme communautaire, pour relancer la croissance et rétablir la confiance des milieux d'affaires. Il s'agit, par exemple, de soutenir l'investissement public et privé (notamment des PME), de « réduire les subventions [et d']accroître la concurrence et la souplesse du marché », de contenir les salaires et de réduire les charges pesant sur les entreprises, tout en respectant les critères de convergence fixés dans le traité de Maastricht.

¹⁵⁹ La difficile ratification du traité de Maastricht – avec le petit « oui » français et le premier « non » danois – a démontré un important scepticisme des citoyens européens à l'égard de la construction européenne et de ses finalités, celle-ci étant avant tout axée sur la réalisation des libertés économiques et sur l'Union économique et monétaire.

¹⁶⁰ Selon les conclusions du Conseil européen de Lisbonne des 26 et 27 juin 1992 – Bulletin CE 6-1992, points I.1 à I.42, au point I.6 : « [...] une application stricte à la législation existante et future du principe de subsidiarité par toutes les institutions [...] est essentielle si l'on veut que la construction européenne se fasse dans une perspective conforme aux aspirations communes des États membres et de leurs citoyens ». La *Déclaration de Birmingham : une Communauté proche de ses citoyens*, *précitée*, note 138, qui se veut une réponse « aux préoccupations exprimées par les citoyens sous l'angle de la transparence, de la subsidiarité et de la démocratie » (voir point I.1) propose notamment la simplification de la législation communautaire et davantage de consultations de la part de la Commission au nom de la transparence, et une législation communautaire la plus légère possible

européennes pouvaient ensuite plus facilement arguer de leur devoir d'y répondre pour éviter d'être tenues responsables de la perte de crédibilité de l'intégration européenne. On notera pour finir le paradoxe qu'il y a à invoquer le citoyen européen pour légitimer une réduction par les États membres de l'action de la Communauté dans des domaines (la politique sociale notamment) où l'intervention communautaire avait justement été menée en son nom et pour son bénéfice.

Le principe de subsidiarité a donc permis, selon moi, l'introduction de la pensée néolibérale dans le cadre européen, en se servant du citoyen européen comme justificatif. Ce pas franchi, le néolibéralisme a pu s'affirmer sans contraintes dans le discours européen à partir de 1993.

SECTION III – 1993 : L’AFFIRMATION DU NÉOLIBÉRALISME DANS LE DISCOURS EUROPÉEN ET SA LÉGITIMATION

Paragraphe 1. Le *Livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi* de la Commission et le plan d'action de lutte contre le chômage du Conseil européen

Le tournant néolibéral, initié par le Conseil européen d'Édimbourg en décembre 1992 – sous présidence britannique et à l'époque des conservateurs – se voit confirmer durant l'année 1993 par les propositions d'action des institutions communautaires. Celles-ci ont été énoncées par la Commission dans son *Livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi : les défis et les pistes pour entrer dans le XXI^e siècle*¹⁶¹, du 5 décembre 1993, sur demande du Conseil européen de Copenhague des 21 et 22 juin 1993, et elles ont été avalisées par le Conseil européen de Bruxelles des 10 et 11 décembre 1993. Elles font suite à l'initiative de croissance d'Édimbourg, laquelle avait été renforcée – dans l'attente du livre blanc de la Commission – par le Conseil européen de Copenhague de juin, puis par celui de Bruxelles du 20 octobre 1993. Mais, alors que les mesures économiques préconisées à Édimbourg pour stimuler le redémarrage de l'économie restaient très étroitement liées aux

« sans intervenir inutilement dans la vie quotidienne de nos citoyens ». Le Conseil européen réaffirme également qu'« [u]ne plus grande unité est possible sans centralisation excessive ». L'idéologie de la déréglementation est palpable.

¹⁶¹ COM(93) 700 – Bulletin CE 12-1993, point 1.2.44 et Bulletin CE Supplément 6/93, p. 8. Sur les mesures proposées par la Commission dans ce livre blanc, voir Robert TOULEMON (ancien directeur général à la Commission, aux positions nettement néolibérales), « L'Europe et l'emploi », (1996) 400 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 485, 486-487.

critères de convergence fixés par le traité de Maastricht pour accéder à la monnaie unique – ces derniers les légitimant – on franchit une étape supplémentaire dans le virage néolibéral au Conseil européen de Bruxelles de décembre 1993. En effet, ce Conseil européen adopte un plan d'action de lutte contre le chômage, basé sur le livre blanc, qui pose les jalons de ce qui sera désormais la nouvelle approche pour les politiques communautaires, particulièrement dans le domaine social.

A. Une nouvelle vision de l'Europe sociale

1/ La priorité donnée à l'emploi

Cette approche reflète une nouvelle vision de l'Europe sociale axée essentiellement sur l'emploi ¹⁶² : « [l]e livre blanc de Delors croissance, compétitivité, emploi de 1993 peut être considéré comme le moment du basculement au niveau communautaire d'un débat autour de la dimension sociale vers celui sur la création d'emplois » ¹⁶³. Elle s'inspire directement du modèle néolibéral. Croissance, compétitivité et emploi sont désormais vus comme complémentaires. Le renforcement de la compétitivité de l'économie européenne est d'ailleurs le premier but du plan d'action de lutte contre le chômage du Conseil européen de Bruxelles de décembre 1993 ¹⁶⁴ – ce qui permet d'entrevoir vers quelles solutions vont les préférences du Conseil européen pour venir à bout du chômage. Ce plan demande aux États membres de procéder à des réformes structurelles et prévoit des actions communautaires d'accompagnement.

Sont notamment prônées, pour favoriser tant l'emploi que la compétitivité de l'industrie européenne, « l'amélioration de la flexibilité à l'intérieur des entreprises et sur le marché du travail, par la suppression des rigidités excessives résultant de la réglementation [...] » ¹⁶⁵, la réorganisation du travail pour améliorer la productivité, la réduction du coût du travail ainsi que des charges pesant sur les PME, une politique salariale modérée, ainsi qu'une politique plus active d'orientation et de motivation des chômeurs. Cet ajustement structurel doit bien entendu intervenir dans le cadre d'une économie « saine », c'est-à-dire

¹⁶² O. QUINTIN et B. FAVAREL-DAPAS, *op. cit.*, note 113, p. 8.

¹⁶³ Philippe POCHET et Janine GOETSCHY, « La politique européenne de l'emploi : réflexions sur les nouveautés de 1999 et leur impact pour la Belgique », [en ligne]. <http://www.ose.be/files/rbss2000/RBSS1-PP-JG.pdf>, p. 2. Cet article se trouve également dans : (2000) 1 *Revue Belge de Sécurité Sociale* 69-86.

¹⁶⁴ Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 10 et 11 décembre 1993 – Bulletin CE 12-1993, points I.1 à I.19, au point I.3.

¹⁶⁵ *Id.*

conforme aux critères de convergence énoncés dans le traité de Maastricht (faible taux d'inflation, évolution contrôlée des dépenses publiques, baisse des taux d'intérêt et stabilité des taux de change).

Sur le plan communautaire, la promotion de la compétitivité de l'industrie européenne est recherchée au moyen de mesures favorables aux opérateurs économiques et au secteur privé : simplification et allègement de la réglementation communautaire conformément au principe de subsidiarité, création d'un environnement fiscal, administratif et financier favorable aux PME, application rigoureuse des règles de concurrence et du contrôle des aides d'État, et soutien financier aux investissements privés, notamment pour le développement des réseaux transeuropéens dans le domaine des transports et de l'énergie et des infrastructures dans le domaine de l'information. Quant au marché unique, dont la pleine utilisation est recommandée, c'est dans sa vocation exportatrice – et non plus intégrative de l'Europe, pourtant son objectif initial – qu'il est désormais appréhendé. Le plan d'action du Conseil européen de Bruxelles de décembre 1993 comporte en outre une procédure de suivi ¹⁶⁶.

2/ La disparition dans le discours européen de la dimension sociale et de la cohésion économique et sociale

Cet ancrage de la logique néolibérale dans les politiques et les actions communautaires m'apparaît coïncider avec la disparition, dans le discours du Conseil européen, de la dimension sociale et de la cohésion économique et sociale ; deux thèmes chers à la période précédente.

La « dimension sociale » a été abordée par le Conseil européen jusqu'au Sommet de Luxembourg en juin 1991, un « chapitre » (avec ce titre) lui étant alors consacré. À Lisbonne, en juin 1992, on ne parle déjà plus que d'« affaires sociales ». Le chapitre qui lui était dédié – et avec lui l'intérêt porté à la politique sociale européenne – disparaît par la suite des conclusions du Conseil européen (excepté au Conseil européen de Bruxelles d'octobre 1993), et pour cause : les mesures sociales communautaires adoptées dans les années subséquentes

¹⁶⁶ Cette procédure de suivi consiste en un bilan annuel des résultats du plan d'action, effectué par le Conseil européen sur la base d'un certain nombre de rapports de la Commission et du Conseil portant notamment sur la mise en oeuvre des grandes orientations économiques : voir les conclusions du Conseil européen de Bruxelles en décembre 1993, *précitées*, note 164, point 1.7. Cette procédure ne sera toutefois véritablement développée qu'ultérieurement, au Conseil européen de Dublin de décembre 1996.

se font plus rares ¹⁶⁷. Dans ce contexte, les recommandations du Conseil de juin et juillet 1992 ¹⁶⁸ apparaissent comme les toutes dernières manifestations de la phase antérieure. Elles se trouvent ainsi à clore une vision ambitieuse de la protection sociale en Europe fondée sur la Charte des droits sociaux de 1989 ¹⁶⁹.

La dimension sociale de l'Europe s'efface ainsi pour laisser place aux actions en faveur de l'emploi et de la croissance ¹⁷⁰. Le livre blanc de la Commission sur la croissance, la compétitivité et l'emploi coïncide d'ailleurs avec la fin du programme d'action sociale

¹⁶⁷ La plus importante est sans doute la directive 94/45/CE du Conseil, du 22 septembre 1994, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs (JO L 254 du 30.09.1994). S'y ajoute la directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (JO L 307, 13.12.1993). Deux mesures dans le domaine de la santé et de la sécurité au travail sont également à mentionner : la directive 94/33/CE du Conseil, du 22 juin 1994, relative à la protection des jeunes au travail (JO L 216 du 20.08.1994) et le règlement (CE) n° 2062/94 du Conseil, du 18 juillet 1994, instituant une Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail (JO L 216 du 20.08.1994).

¹⁶⁸ Rappelons rapidement ces deux recommandations (*précitées*, note 151) prises dans le cadre de la mise en oeuvre de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs : la première recommandation, portant sur les critères communs relatifs à des ressources et une assistance sociale suffisantes dans les systèmes de protection sociale, invitait les États membres à reconnaître le droit fondamental de la personne à des ressources et prestations suffisantes pour vivre conformément à la dignité humaine et à adapter en conséquence leur système de protection sociale. La seconde recommandation, relative à la convergence des objectifs et des politiques de protection sociale, tout en proposant une stratégie non contraignante de convergence des politiques de protection sociale, recommandait aux États membres de garantir à toute personne un niveau de ressources conforme à la dignité humaine et prévoyait un haut niveau de protection sociale dans les différents domaines de la sécurité sociale (maladie, maternité, chômage, incapacité de travail, vieillesse et famille). Tout comme la Charte de 1989 – mais de manière encore plus aiguë en raison du marché unique – ces deux recommandations cherchaient à sauvegarder une protection sociale de qualité, en prononçant une certaine convergence des politiques de protection sociale des États membres. On craignait en effet que le marché unique ne conduise, compte tenu des différences de niveau de protection sociale entre les États membres, à une compétition (à la baisse) entre les systèmes de protection sociale et, à terme, à un recul de la protection sociale en Europe. On souhaitait également éviter que ces différences ne soient préjudiciables à la mobilité des travailleurs.

¹⁶⁹ Le changement d'orientation idéologique transparaît également nettement dans le domaine de la lutte contre l'exclusion menée au niveau européen. La proposition de décision du Conseil portant adoption d'un programme d'action à moyen terme de lutte contre l'exclusion et de promotion de la solidarité (nouveau programme de soutien et de stimulation de l'innovation 1994-1999) – non adoptée faute d'unanimité au Conseil – tranche en effet par rapport à ce qui s'était fait jusque-là en la matière (*cf.* la résolution du Conseil du 29 septembre 1989 concernant la lutte contre l'exclusion sociale (JO C 227 du 31.10.1989) et les programmes européens de lutte contre la pauvreté de 1974 et de 1985-1989). Son parti pris est résolument néolibéral en faisant appel au privé dans le cadre de partenariats publics-privés.

¹⁷⁰ D'ailleurs, les fonds européens dans le domaine social, comme les Fonds structurels, vont traduire cette priorité donnée à l'emploi à travers la réforme en 1994, puis en 1998, du Fonds social européen. Celui-ci, qui avait initialement pour mission de promouvoir la mobilité géographique et professionnelle des travailleurs, sera désormais axé sur l'adaptation des travailleurs au marché de l'emploi. Sur les réformes du Fonds social européen, voir O. QUINTIN et B. FAVAREL-DAPAS, *op. cit.*, note 113, pp. 94-95.

lancé en 1989 pour la mise en oeuvre de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. Le Conseil européen de Bruxelles du 29 octobre 1993 – avant la sortie du livre blanc de la Commission sur la compétitivité, la croissance et l'emploi – est par conséquent le dernier à exprimer encore sa volonté d'agir en matière de politique sociale et fait figure de dernier « sursaut » après les Conseils européens de Birmingham et d'Édimbourg en octobre et décembre 1992 ¹⁷¹.

Le changement d'orientation est perceptible dès la réunion du Conseil européen à Édimbourg en décembre 1992 : comme à Birmingham, la dimension sociale est la grande absente. Par contre, figure à l'Annexe 2 de la partie B des conclusions du Conseil européen d'Édimbourg une *déclaration* du Conseil européen *sur la politique sociale, les consommateurs, l'environnement et la répartition des richesses* destinée au Danemark. Il est révélateur que le seul destinataire de cette déclaration du Conseil européen soit le Danemark et lui seul, à l'exclusion expresse de tout autre État membre, existant ou à venir ¹⁷², au seul motif que ces dispositions (ainsi que d'autres relatives à la citoyenneté, à l'Union économique et monétaire, et à la défense) sont destinées à répondre aux préoccupations du Danemark et de ses citoyens – lesquelles s'étaient exprimées lors d'un référendum négatif relativement à l'adhésion au traité de Maastricht. Et ce, alors même que cette déclaration n'a aucune valeur contraignante. Or le contenu de cette déclaration est édifiant. Selon cette déclaration, d'une part, le traité de Maastricht ne fait pas obstacle au maintien et à l'établissement, par un État membre, de mesures de protection plus rigoureuses compatibles avec le traité CE dans le domaine des conditions de travail et de la politique sociale ainsi que de la protection des consommateurs et de l'environnement. D'autre part, « [l]es dispositions introduites par le traité sur l'Union européenne, *y compris les dispositions relatives à l'Union économique européenne*, permettent à chaque État membre de mener sa *propre* politique en matière de *répartition des richesses* et de *maintenir et d'améliorer les prestations sociales*. » ¹⁷³ On verra que la pratique des institutions européennes viendra justement contredire cette affirmation.

¹⁷¹ Même si les conclusions du Conseil européen de Corfou des 24 et 25 juin 1994 – Bulletin UE 6-1994, points I.1 à I.29, mentionnent, point I.6, « la tradition de progrès social inscrite dans l'histoire de l'Europe » (on peut penser sous l'influence de la présidence grecque du Conseil européen – alors que le PASOK, le parti socialiste grec est au pouvoir), les discussions communautaires restent centrées sur le livre blanc de la Commission sur la compétitivité, la croissance et l'emploi.

¹⁷² Cf. le point I.33 de la partie B des conclusions du Conseil européen d'Édimbourg, *précitées*, note 146.

¹⁷³ Annexe 2 de la partie B des conclusions du Conseil européen d'Édimbourg, *précitées*, note 146, point I.40. Les caractères italiques sont les miens.

S'agissant de la cohésion économique et sociale, après une première réforme des Fonds structurels (dite « Paquet Delors I »), en 1988, qui a permis de doubler les ressources financières qui leur étaient allouées, la réforme de 1993 s'est inscrite quant à elle dans un tout autre contexte, marqué par le redressement économique et des considérations de saine gestion budgétaire et de discipline financière ¹⁷⁴. Ce qui explique que, d'une part, ce qui a été appelé le « Paquet Delors II » ait été amputé par rapport aux propositions initiales de la Commission. D'autre part, les Fonds structurels ont davantage servi à soutenir la croissance, la compétitivité et l'emploi dans l'ensemble des régions de la Communauté que la cohésion économique et sociale en faveur des régions les moins favorisées ¹⁷⁵. Il est d'ailleurs très symptomatique que le terme même de « cohésion économique et sociale » ne figure plus dans les conclusions des Conseils européens après 1993 ; on n'y parle plus que d'initiatives locales pour l'emploi et les PME ¹⁷⁶. Et le détournement de la mission initiale des Fonds structurels, et plus particulièrement de celle du Fonds européen de développement régional (FEDER) ¹⁷⁷, au profit de l'emploi, sera encore plus marqué par la suite ¹⁷⁸.

B. Vers un rapprochement entre les institutions européennes

Avec le *Livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi* de la Commission et le plan d'action de lutte contre le chômage du Conseil européen de Bruxelles, force est de reconnaître que les institutions « motrices » de l'Union européenne ont commencé à adhérer aux principes centraux du néolibéralisme. À cet égard, il est intéressant d'apprécier, d'une part, l'évolution de l'orientation idéologique de la Commission et, d'autre part, le degré de

¹⁷⁴ Voir les conclusions du Conseil européen de Birmingham en octobre 1992 et d'Édimbourg en décembre 1992, *précitées*, note 145 et 146, respectivement points I.5 et I.45.

¹⁷⁵ Voir les conclusions du Conseil européen de Copenhague de juin 1993, *précitées*, note 148, points I.3 et I.4.

¹⁷⁶ Voir, par exemple, les conclusions du Conseil européen de Cannes des 26 et 27 juin 1995 – Bulletin UE 6-1995, points I.1 à I.58, au point I.6.

¹⁷⁷ Selon l'article 160 (ex-article 130 D) du traité CE, le FEDER a pour mission de corriger les principaux déséquilibres régionaux dans la Communauté, par une aide au développement et à l'ajustement structurel des régions défavorisées, ou par une aide à la reconversion des régions industrielles en déclin.

¹⁷⁸ L'utilisation plus systématique des Fonds structurels comme moyen financier pour soutenir les réformes préconisées des systèmes d'emploi apparaît dans le discours européen dès 1995 (voir, par exemple, le premier rapport conjoint du Conseil et de la Commission sur l'emploi, présenté au Conseil européen de Madrid de décembre 1995 : *Mise en oeuvre de l'approche adoptée par l'Union européenne dans le domaine de l'emploi*, annexe 2 des conclusions du Conseil européen de Madrid de décembre 1995 – Bulletin UE 12-1995, points I.50 à I.54, et spécialement point I.54.6). Ces fonds seront notamment employés pour faire la promotion des PME ou dans le cadre des pactes territoriaux pour l'emploi (ces pactes ont été proposés par la Commission dans sa communication, du 5 juin 1996, *Action pour l'emploi en Europe : un pacte de confiance* – Bulletin UE 6-1996, point 1.3.2 et Bulletin

traduction de ses propositions tant dans le discours des Conseils européens que dans les mesures concrètes prises au niveau communautaire.

S'agissant du premier point, on observe un ralliement progressif de la Commission aux normes néolibérales, tel qu'il apparaît à la lumière du livre blanc, tout en cherchant à maintenir un certain modèle social européen¹⁷⁹. Le décalage entre la Commission et le Conseil européen ou le Conseil de l'Union¹⁸⁰ semble donc s'estomper graduellement¹⁸¹. Plusieurs facteurs peuvent expliquer, selon moi, ce changement, telle la pression qu'ont pu exercer les Conseils européens de décembre 1992 et de juin 1993, et particulièrement le fait que l'initiative d'une action communautaire vienne du Conseil européen et non de la Commission. Cette dernière paraît d'ailleurs, à cette époque, fragilisée et en perte de pouvoirs face aux organes intergouvernementaux communautaires : elle cède à leurs demandes en

UE Supplément 4/96, p. 11, aux pages 31-32, et ont été lancés par le Conseil européen de Florence de juin 1996).

¹⁷⁹ La Commission continue de suggérer des mesures et des initiatives dans le domaine de la politique sociale, comme l'attestent les livres vert de 1993 et blanc de 1994 sur la politique sociale européenne. Ses propositions, si elles sont désormais davantage tournées vers l'emploi, ne sont toutefois pas encore dominées par une logique purement néolibérale. En effet, la Commission reste encore attachée à des normes sociales élevées et à l'achèvement du programme législatif prévu dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. L'avis de la Commission, du 1^{er} septembre 1993, sur une rémunération équitable (COM(93) 388), dans lequel elle réaffirme « le droit individuel à une rémunération équitable pour le travail accompli », en est un bel exemple. Néanmoins, une tendance s'annonce : le livre blanc sur la politique sociale de 1994 encourage la flexibilité « externe » (par la formation permanente) et « interne » dans l'entreprise (souplesse du temps, des modes de rémunération, et de l'organisation du travail) : Valérie DE POULPIQUET, « La flexibilité de l'emploi et la Communauté européenne – À la recherche d'un modèle européen de production flexible », (1999) 35 n° 4 *Revue trimestrielle de droit européen* 709, 723.

¹⁸⁰ La position néolibérale du Conseil apparaît très clairement à travers ses recommandations concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté. Voir, par exemple, la recommandation 94/7/CE du Conseil, adoptée le 22 décembre 1993 (JO L 7 du 11.1.1994 et Bulletin CE 12-1993, point 2.2.1), dans laquelle le Conseil indique que « [...] la tâche des responsables de la politique économique est de permettre aux forces du marché d'exercer tous leurs effets », ou celle du 11 juillet 1994 (94/480/CE) (JO L 200 du 3.8.1994 et Bulletin UE 7/8-1994, point 2.2.1) qui encourage, entre autres, la privatisation.

¹⁸¹ Ce décalage, observé notamment à la fin de 1992, lors du Conseil européen d'Édimbourg, et au début de 1993, avec le discours critique de Jacques Delors (voir *supra*, notes 146 et 155), était particulièrement évident dans le domaine social ou en matière de cohésion économique et sociale avec la réforme des Fonds structurels (voir *supra*, page 47, note 174). Il reste néanmoins que le livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi comprenait encore certaines critiques sévères de la Commission à l'endroit du modèle de développement économique actuel (*cf.* le chapitre 10 intitulé « Réflexions sur un nouveau modèle de développement pour la Communauté » – Bulletin CE Supplément 1/93, pp.153-160). Jacques Delors proposait en outre un plan de relance par les infrastructures, dans le domaine des transports et de l'énergie, financé par un vaste programme d'investissements – ce qui, d'un point de vue idéologique, relevait davantage de l'interventionnisme que de libéralisme économique. Ce programme de grands travaux est resté lettre morte faute de volonté politique de la part des États membres. De même, le livre blanc de Jacques Delors proposait de compenser la réduction des charges salariales sur les bas salaires par un prélèvement à la source sur les revenus de capitaux et une éco-taxe sur l'énergie. Le Conseil de l'Union comme le Conseil européen n'ont pas retenu ces deux dernières propositions.

matière de subsidiarité ¹⁸², elle voit son pouvoir d'initiative concurrencé par le plan d'action du Conseil d'Édimbourg – qui se trouve aussi, par conséquent, à encadrer indirectement les propositions que l'on attend d'elle dans son livre blanc et à limiter ainsi sa marge de manœuvre. Les opinions des États membres – dont la Commission a dû tenir compte dans l'élaboration de son livre blanc ¹⁸³ – ont pu également influencer les orientations prises. Enfin, et surtout, le président de la Commission, Jacques Delors, paraît de plus en plus isolé ¹⁸⁴, avec un collègue à majorité conservatrice ¹⁸⁵ et des hauts fonctionnaires, issus principalement des élites administratives nationales ¹⁸⁶, convertis pour la plupart au néolibéralisme.

En ce qui concerne le suivi des propositions de la Commission, le livre blanc de Jacques Delors a été revu à la baisse par les chefs d'État et de gouvernement des Douze. Le plan d'action du Conseil européen omet en effet les suggestions de la Commission qui reflétaient des considérations sociales ou environnementales ¹⁸⁷ pour ne retenir que les plus libérales. Par exemple, la Commission faisait appel à la responsabilité de tous les acteurs économiques et préconisait une nouvelle solidarité entre toutes les catégories de revenus, pour partager équitablement le fardeau des efforts à réaliser, « à la fois entre ceux qui ont du travail et ceux qui n'en n'ont pas et entre ceux qui tirent leur revenu du travail et ceux qui le tirent du capital » et ce, « [...] sans faire supporter le poids du changement à ceux qui sont déjà en position de faiblesse sur le marché du travail » ¹⁸⁸. Le Conseil européen ne retient, lui, que les sacrifices que doivent consentir les travailleurs, notamment en ce qui a trait à la modération salariale – ce qui conduira dans les faits à une baisse des salaires réels dans plusieurs secteurs de l'économie – au nom de cette nouvelle solidarité ; une solidarité qui

¹⁸² Voir *supra*, page 39.

¹⁸³ Les conclusions du Conseil européen de Copenhague de juin 1993 sont claires sur ce point : voir, *précitées*, note 148, point I.5.

¹⁸⁴ Jacques Delors sera d'ailleurs remplacé un an plus tard, après dix années de fonction à la tête de la Commission, par Jacques Santer, un ultralibéraliste.

¹⁸⁵ Dans la deuxième Commission Delors, les postes de vice-présidents à la Commission européenne sont occupés, de 1989 à 1993, par des personnalités connues pour leurs opinions néolibérales : Sir Leon Brittan (issu du gouvernement de Margaret Thatcher et commissaire à la concurrence jusqu'en 1992, puis responsable des affaires économiques extérieures et de la politique commerciale de 1993 à 1994, et à nouveau vice-président de la Commission présidée par Jacques Santer de 1995 à 1999) et Martin Bangemann (nommé par le chancelier allemand Helmut Kohl et responsable du marché intérieur et des affaires industrielles).

¹⁸⁶ Sur la conversion au néolibéralisme de la haute fonction publique nationale et son homogénéisation progressive, voir Bruno JOBERT et Bruno THÉRET, « France : la consécration républicaine du néolibéralisme », dans B. JOBERT (dir.), *op. cit.*, note 127, p. 21, aux pages 23-29.

¹⁸⁷ Par exemple, l'aide aux quartiers défavorisés, l'imposition d'un modèle de croissance durable, ou l'introduction de « taxes vertes » comme moyen de compenser la perte de revenus liée à la réduction des coûts du travail sur les emplois peu qualifiés.

¹⁸⁸ Voir le *Livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi*, *loc. cit.*, note 161, 128.

conduit en fait à responsabiliser et à culpabiliser les salariés vis-à-vis des chômeurs. À ce titre, il est également intéressant de noter la terminologie employée : « la modération salariale » sous-entend en effet que les salariés et leurs syndicats sont gourmands, avec des attentes excessives concernant l'augmentation des salaires. Quant aux mesures qui seront mises en oeuvre au niveau communautaire, elles suivront la même logique néolibérale et bénéficieront principalement aux PME. Par exemple, le mécanisme de bonification d'intérêts en faveur des PME proposé par le Conseil européen de Copenhague en juin 1993 et celui de Bruxelles en octobre 1993 sera rapidement mis en oeuvre par le Conseil ¹⁸⁹.

Paragraphe 2. Une légitimation par les partenaires sociaux et le citoyen européen

Même si le plan d'action du Conseil européen de Bruxelles ne veut donner qu'un cadre général, devant servir de référence aux politiques menées par les États membres en faveur de l'emploi, lesdites politiques doivent néanmoins faire l'objet d'un examen périodique par le Conseil. Or l'emploi relève de la compétence exclusive des États membres. Dès lors, le principe de subsidiarité pouvait difficilement être invoqué. Aussi, lui succède ¹⁹⁰, d'après moi, comme moyen de légitimation, la lutte contre le chômage. Celle-ci, tout en continuant à justifier la rigueur budgétaire et monétaire imposée par le traité de Maastricht ¹⁹¹, va aussi couvrir un grand nombre d'arguments qui apparaissent déjà pour la plupart en filigrane en 1993 mais qui seront davantage exploités ultérieurement.

L'argument de la lutte contre le chômage va aussi chercher à convaincre les États membres et notamment les dirigeants politiques « de gauche » – qui doivent faire face à leurs opinions publiques et donc à leurs électeurs – du bien-fondé des recettes néolibérales. Toutefois, dans bien des cas, cet effort de persuasion ne sera pas nécessaire, comme en témoigne le « pacte social » espagnol pour l'emploi et la compétitivité, qui accroît la

¹⁸⁹ Voir les conclusions du Conseil européen de Corfou en juin 1994, *précitées*, note 171, point I.6.

¹⁹⁰ Le principe de subsidiarité n'est traité plus qu'accessoirement, par la suite, dans les conclusions des Conseils européens, tandis que les thèmes de la croissance, de la compétitivité et de l'emploi deviennent centraux et monopolisent l'action de l'Union européenne.

¹⁹¹ « Un environnement macro-économique sain est une condition sine qua non du succès de la lutte contre le chômage » : conclusions du Conseil européen de Corfou en juin 1994, *précitées*, note 171, point I.5. L'argument selon lequel la promotion de l'emploi ne peut se réaliser que dans un contexte macro-économique néolibéral a longtemps été employé dans le discours européen. On le retrouve, par exemple, dans les conclusions du Conseil européen de Turin du 29 mars 1996 – Bulletin UE 3-1996, points I.1 à I.9, au point I.4, lesquelles indiquent que « [l']amélioration des possibilités d'emploi nécessite une politique économique axée sur la stabilité, une compétitivité accrue et une croissance saine, c'est-à-dire par l'achèvement du marché unique et la mise en oeuvre des critères de convergence pour la réalisation de l'Union économique et monétaire. »

flexibilité du marché du travail, ou encore les privatisations dans plusieurs pays de l'Union européenne ¹⁹².

Mais comme les mesures à prendre par les États membres soit affectent les travailleurs ¹⁹³ – que l'on se garde d'ailleurs de mentionner ¹⁹⁴ – soit portent atteinte au modèle de répartition des richesses ¹⁹⁵, pour bénéficier pour la plupart directement ou indirectement ¹⁹⁶ aux entreprises, la légitimation par la lutte contre le chômage s'adresse à un auditoire plus large que celui des citoyens et des États membres. Elle va concerner tout particulièrement les partenaires sociaux.

A. Les partenaires sociaux

À partir de décembre 1993, le dialogue social réapparaît dans les conclusions du Conseil européen. Mais on n'y fait pas appel, comme c'était le cas en 1989, pour que puissent s'opérer de manière socialement acceptable les changements économiques et techniques engendrés par le marché intérieur. Cette réhabilitation du dialogue social s'explique plutôt, selon moi, par le nouvel intérêt que lui accordent les autorités communautaires comme

¹⁹² Pour davantage de précisions sur les mesures nationales axées sur la compétitivité, également prises par la Belgique (tel le plan global belge sur la compétitivité, la croissance et l'emploi), l'Allemagne et les Pays-Bas, voir Riccardo PETRELLA, « Misère de l'économisme, dangers de la mondialisation – Litanies de Sainte Compétitivité », *Le Monde diplomatique*, février 1994, pp. 10-11.

¹⁹³ C'est le cas de la politique de modération salariale, de la flexibilité à l'intérieur des entreprises et sur le marché du travail, de « la modernisation » – qui signifie en fait l'assouplissement – de l'organisation du travail, et de la réorganisation du temps de travail, notamment par le développement de nouvelles formes de travail (le travail à temps partiel et les contrats à durée déterminée).

¹⁹⁴ Le terme de travailleurs ou salariés se fait plus rare dans les conclusions des Conseils européens ou dans les textes du Conseil. On lui préfère celui de partenaires sociaux – inexact puisqu'il inclut également les employeurs – ou même, encore plus vague et plus distant, de société, à qui l'on demande d'accepter les sacrifices nécessaires, dont une baisse des salaires réels. Un exemple parlant est donné par la recommandation 94/7/CE du Conseil, du 22 décembre 1993, concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté (*précitée*, note 180, point 2.2.1), selon laquelle « [l]e redressement de l'investissement sera possible si la société est prête à consentir, aujourd'hui, les efforts qui apporteront demain plus de prospérité et d'emplois. Cela implique, entre autres, une évolution des salaires compatible avec l'amélioration de la rentabilité des investissements et de la compétitivité des entreprises européennes sur les marchés mondiaux ».

¹⁹⁵ Tel est le cas de la réforme des systèmes fiscaux et des régimes d'allocations nationaux, afin de réduire le coût indirect du travail (par les prélèvements obligatoires) et la pression fiscale, mais aussi de la réforme de la protection sociale, les mesures passives de protection du chômeur devant être transformées en mesures actives de création d'emplois.

¹⁹⁶ Comme mesures profitant indirectement aux entreprises, on peut citer l'aide à la recherche, la formation professionnelle continue ou l'éducation, à la charge de l'État. Le plan d'action mentionne ainsi qu'il s'agit « d'assurer une adaptation permanente des qualifications aux nécessités de la compétitivité » (conclusions du Conseil européen de Bruxelles en décembre 1993, *précitées*, note 164, point I.3).

instrument d'application – ou de facilitation – du programme néolibéral communautaire proposé pour faire face au chômage ¹⁹⁷.

J'avance que les partenaires sociaux vont désormais jouer un rôle de plus en plus important de « cautionnement » des sacrifices à consentir sur le plan de la flexibilité, de la modération salariale, du fonctionnement du marché du travail et des nouvelles formes de travail. Les institutions européennes, et particulièrement la Commission et le Conseil européen ¹⁹⁸, vont rechercher leur appui au niveau européen à travers le dialogue social sectoriel, interprofessionnel et la concertation tripartite ¹⁹⁹ (au moyen des avis communs ²⁰⁰ et des accords entre partenaires sociaux ²⁰¹). Au niveau national, c'est par la voie des accords salariaux ²⁰² qu'on l'obtiendra. Le dialogue social va donc être utilisé à la fois pour faire pression sur les partenaires sociaux – et particulièrement sur les syndicats ²⁰³ – et pour les responsabiliser par rapport à l'aggravation du marché de l'emploi, en les impliquant dans les mesures à prendre ²⁰⁴.

¹⁹⁷ On remarquera que le dialogue social était auparavant abordé dans le cadre de la dimension sociale de la Communauté, même lors des Conseils européens de Rome en décembre 1990 et de Luxembourg en juin 1991 (*précitées*, note 121 et 122, point I.16). Puis il a cessé d'exister dans les conclusions des Conseils européens pour réapparaître à Bruxelles en décembre 1993, mais pour n'être désormais appréhendé qu'en tant que moyen d'améliorer la situation de l'emploi, dans le cadre des questions économiques.

¹⁹⁸ L'utilisation du dialogue social comme instrument de légitimation est perceptible dès le Conseil européen de Bruxelles de décembre 1993, *précité*, note 164, point I.3. Elle sera particulièrement évidente à partir du Conseil européen d'Essen des 9 et 10 décembre 1994 – Bulletin UE 12-1994, points I.1 à I.55, au point I.3.

¹⁹⁹ Pour l'époque concernée, on retiendra particulièrement l'avis commun du 3 juillet 1992 sur une nouvelle stratégie de coopération pour la croissance de l'emploi, lequel indique que les partenaires sociaux acceptent les critères de convergence du traité de Maastricht et vont même jusqu'à reconnaître qu'« [i]ndépendamment de l'accord de Maastricht, ces efforts de convergence seraient de toute façon nécessaires dans le cadre d'une stratégie d'ensemble visant à assurer une croissance non inflationniste, durable et créatrice d'emplois entraînant une réduction du chômage et renforçant la compétitivité des entreprises. » (COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Dixième avis commun : nouvelle stratégie de coopération pour la croissance de l'emploi », [en ligne]. <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/cha/c10707k.htm>).

²⁰⁰ Une quinzaine d'avis communs ont été rendus par les partenaires sociaux depuis 1986. Ils portent essentiellement sur l'éducation et la formation professionnelle, mais aussi sur la croissance économique et l'emploi.

²⁰¹ Trois accords ont été conclus par l'UNICE, le CEEP et la CES : l'accord-cadre sur le congé parental du 14 décembre 1995, l'accord-cadre sur le travail à temps partiel du 6 juin 1997 et l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1999.

²⁰² Les accords salariaux, aussi appelés pactes sociaux, permettent de consacrer, sur le plan national, la modération salariale et la réforme des systèmes sociaux.

²⁰³ Par exemple, s'agissant de l'abaissement des coûts salariaux indirects, le Conseil européen d'Essen des 9 et 20 décembre 1994 souligne dans ses conclusions (*précitées*, note 198, au point I.3), que ce problème « ne peut être résolu que par un effort conjoint des milieux économiques, des syndicats et du monde politique. »

²⁰⁴ « [...] il nous faut faire de nouveaux efforts pour résoudre les problèmes structurels. À cet égard, un rôle important revient au dialogue entre les partenaires sociaux et le monde politique, dialogue dans

En premier lieu, cette stratégie a, selon moi, permis aux autorités européennes de se déresponsabiliser en partie face aux citoyens (et salariés) européens à l'égard des choix impopulaires ²⁰⁵ effectués, en gardant une apparence d'arbitre neutre – puisqu'elles n'étaient pas engagées dans les ententes intervenues entre partenaires sociaux – et impartial ²⁰⁶.

En deuxième lieu, le dialogue social a servi de prétexte pour les autorités européennes en vue de se désengager de leurs responsabilités en ce qui concerne la réglementation européenne. La question du travail atypique en est un bon exemple : le travail atypique (soit le travail à temps partiel, ou à durée déterminée, ou temporaire) avait fait l'objet, dans les années quatre-vingts, de trois propositions de directives de la Commission, mais qui n'avaient pu aboutir en l'absence de consensus au sein du Conseil. Aussi la Commission avait-elle reformulé, en 1990, de nouvelles propositions de directives dans le cadre du programme d'action issu de la Charte des droits sociaux de 1989. Mais une seule a pu donner lieu à une directive du Conseil adoptée en 1991, en outre limitée à la santé et à la sécurité sur le lieu de travail ²⁰⁷. Les deux autres sont restées bloquées sur la table du Conseil, faute d'accord entre les États membres, jusqu'en 1994, date à laquelle le Conseil a conclu à leur impossible adoption dans un avenir proche ²⁰⁸. La voie de la négociation collective européenne a alors été vue comme un moyen de surmonter les dissensions au sein du Conseil, mais aussi comme une façon d'engager les partenaires sociaux dans la direction désirée par l'Union européenne en lieu et place de cette dernière ²⁰⁹, comme en témoignent les deux accords-cadres conclus par les partenaires sociaux, respectivement en 1997 et 1999, sur le travail à temps partiel et le travail à durée déterminée. La logique de la négociation s'est ainsi

lequel chacun doit assumer pleinement les responsabilités qui sont les siennes.» (conclusions du Conseil européen d'Essen, *précitées*, note 198, point I.3)

²⁰⁵ La protection sociale a toujours été jugée comme essentielle par une grande partie des citoyens de l'Union (voir, par exemple, le Conseil européen de Corfou de juin 1994, *précité*, note 171, point I.3, qui le reconnaît, mais sans en tirer les conséquences), ces derniers étant très attachés au modèle social européen.

²⁰⁶ L'article 3, paragraphe 1, de l'accord sur la politique sociale précise en effet que la Commission doit faciliter le dialogue social « en veillant à un soutien équilibré des parties ». Le traité d'Amsterdam a intégré cette disposition à l'article 138, paragraphe 1 du traité CE.

²⁰⁷ Directive 91/383/CE du Conseil, du 25 juin 1991, complétant la mise en oeuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs ayant une relation de travail à durée déterminée ou une relation de travail intérimaire (JO L 206 du 29.7.1991) – Bulletin CE 6-1991, point I.2.102.

²⁰⁸ Voir O. QUINTIN et B. FAVAREL-DAPAS, *op. cit.*, note 113, p. 87.

²⁰⁹ La Commission a ainsi lancé, en septembre 1995, une procédure de consultation des partenaires sociaux, en vertu de l'article 3, paragraphe 2, de l'accord sur la politique sociale, sur la flexibilité du temps de travail et la sécurité des travailleurs (voir Bulletin UE 09-1995, point I.3.121).

substituée à la logique de la réglementation²¹⁰ dans un contexte de déréglementation et de subsidiarité.

En troisième lieu, le dialogue social a légitimé les politiques européennes en les présentant comme faisant l'adhésion de tous. Le Conseil européen de Bruxelles de décembre 1993 affirme ainsi que « [l]e succès du plan d'action suppose l'adhésion de tous [...]. Dans ce contexte, le Conseil européen invite la Commission à poursuivre son effort d'animation du dialogue social [...] et les partenaires sociaux à y répondre de façon constructive. »²¹¹ La pression exercée sur les partenaires sociaux, pour qu'ils endossent – et légitiment – les politiques économiques et sociales néolibérales mises en oeuvre au niveau européen, n'a fait que croître par la suite et a été d'autant plus grande que le besoin de légitimation l'était. C'est le cas à partir de 1994 – et cela le sera encore davantage dans le cadre de la stratégie européenne pour l'emploi adoptée au Conseil européen de Luxembourg de novembre 1997, comme je le montrerai dans le second chapitre – lorsque, une fois la situation économique rétablie, mais avec un chômage toujours persistant, il a fallu justifier la poursuite des politiques structurelles et macro-économiques néolibérales.

B. Le citoyen européen et les questions l'intéressant

Compte tenu de l'importance des changements à opérer, les partenaires sociaux n'ont pas été les seuls invoqués à l'appui des politiques européennes et nationales. Le citoyen européen a conservé son rôle primordial de légitimation. Par contre, cette légitimation ne passe plus par le principe de subsidiarité. Elle est, à mon avis, plus indirecte : on recherche l'adhésion du citoyen européen aux politiques européennes non seulement en évoquant l'emploi²¹², mais aussi en traitant au niveau communautaire de sujets l'intéressant particulièrement. La prise en compte des citoyens européens par les institutions européennes n'est en soi pas nouvelle, comme en témoignent les dimensions sociale (amélioration des conditions de vie et de travail), culturelle (dans le domaine de l'audiovisuel par exemple), politique (citoyenneté européenne), et économique (idée que le progrès social doit résulter du progrès économique, et libre circulation des personnes notamment) de l'Europe. En revanche, ce qui est nouveau c'est l'apparition, dans les actions ou les propositions d'actions

²¹⁰ O. QUINTIN et B. FAVAREL-DAPAS, *op. cit.*, note 113, pp. 73-74.

²¹¹ Voir les conclusions du Conseil européen de Bruxelles de décembre 1993, *précitées*, note 164, point I.3.

²¹² Comme l'indique par exemple le Conseil européen de Corfou en juin 1994, *précité*, note 171, point I.3, « [l]es élections européennes ont [...] mis en évidence que l'Union sera jugée par ses citoyens sur la contribution qu'elle apporte à la lutte contre le chômage [...] ».

communautaires et en particulier dans les conclusions des Conseils européens, de thèmes très spécifiques, connus pour être des préoccupations partagées par un grand nombre de ressortissants communautaires et exprimées le plus souvent à l'échelle nationale. Sont ainsi très révélatrices à cet égard l'émergence de la question sécuritaire, la réapparition de la protection de l'environnement²¹³, la prise en compte de la santé publique²¹⁴ ou de la protection du consommateur²¹⁵, la lutte contre la discrimination²¹⁶ ou contre l'exclusion sociale. Le traitement de la sécurité intérieure illustre particulièrement bien ce phénomène. Le thème de la sécurité apparaît au Conseil européen de Copenhague de juin 1993²¹⁷ et sera

²¹³ L'environnement n'est pas un thème nouveau dans les débats communautaires, mais la manière dont les institutions européennes l'ont pris en compte a évolué dans le temps. Lors de la conjoncture précédente, l'accent était mis sur la responsabilité de la Communauté en matière de protection de l'environnement et son rôle essentiel à jouer dans ce domaine. On retrouve encore cet esprit dans la *déclaration du Conseil européen sur les impératifs de l'environnement*, à l'annexe II des conclusions du Conseil européen de Dublin en juin 1990, *précitées*, note 118, point I.36. Puis la question de l'environnement a perdu son caractère prioritaire, dans le cadre des conclusions du Conseil européen, pour n'être vue, à partir du Conseil européen d'Édimbourg en décembre 1992, qu'à travers la relance de l'économie et plus précisément la promotion des investissements publics en matière de protection de l'environnement et la création de nouveaux emplois dans ce domaine. Par la suite, l'environnement devenant une préoccupation de plus en plus exprimée par les citoyens européens, l'idée, lancée par le livre blanc de décembre 1993 sur la croissance, la compétitivité et l'emploi, d'un nouveau modèle de développement durable a été reprise par le Conseil européen et une première proposition de mesure concrète, une taxe sur le CO₂ et l'énergie, a ainsi vu le jour (voir, par exemple, les conclusions du Conseil européen d'Essen en décembre 1994, *précitées*, note 198, point I.5).

²¹⁴ Il est intéressant de relever que la santé publique est tombée dans le champ des compétences communautaires – ou celles-ci ont été étendues – à la suite de crises qui ont affecté profondément la confiance du public : le scandale du sang contaminé en France en 1992 lors du traité de Maastricht, ou les épidémies d'encéphalopathie spongiforme bovine (ou « crise de la vache folle ») pour le traité d'Amsterdam. S'agissant des actions de la Communauté, une stratégie dans le domaine de la protection de la santé des citoyens a été proposée par la Commission en 1993 sur la base de laquelle plusieurs actions communautaires ont été menées, notamment en matière de prévention. À titre d'exemple, on citera les programmes sur la lutte contre le cancer, la lutte contre le sida, la prévention de la toxicomanie, ou encore la promotion, l'information, l'éducation et la formation en matière de santé (voir, par exemple, les conclusions du Conseil européen de Madrid des 16 et 17 décembre 1995 – Bulletin UE 12-1995, points I.1 à I.100, au point I. 15).

²¹⁵ La protection des consommateurs fait l'objet du nouveau titre XI (actuel titre XIV) du traité CE, ajouté à Maastricht. Les consommateurs ne sont donc plus seulement appréhendés dans leur dimension économique – en tant que bénéficiaires, avec les milieux économiques, du grand marché – ils le sont aussi désormais dans leur droits et leur besoin de protection.

²¹⁶ La lutte contre la discrimination concerne notamment l'égalité entre hommes et femmes, la lutte contre le racisme, les initiatives communautaires en faveur des personnes handicapées ou des personnes âgées. La plupart de ces sujets a déjà retenu l'attention des autorités européennes depuis plusieurs années. On constate toutefois un intérêt accru pour ces questions, au niveau communautaire, à partir de 1994, puis particulièrement dans le cadre de la stratégie européenne de l'emploi en 1997, comme je le ferai ressortir dans le chapitre suivant. L'accent semble alors davantage mis sur l'intégration économique et sociale que sur l'égalité. Par la suite, le traité d'Amsterdam a ajouté un nouvel article, l'article 13 du traité CE, qui permet à la Communauté d'agir contre toutes les formes de discrimination.

²¹⁷ Le Conseil européen de Copenhague en juin 1993, dans ses conclusions, *précitées*, note 148, point I.2, affirme clairement que « [...] ce n'est qu'en prouvant qu'elle contribue à la sécurité et au bien-être de tous les citoyens que la Communauté pourra compter sur le soutien constant du public à la construction de l'Europe ».

particulièrement présent à partir du Conseil européen de Bruxelles de décembre 1993²¹⁸. Comprenant notamment la lutte contre la drogue et le crime organisé²¹⁹, la sécurité sera renforcée et élargie vis-à-vis de l'immigration (politique des visas, demandes d'asile, problème de l'immigration illégale)²²⁰ et de la coopération judiciaire (extradition, par exemple), dans le cadre de la coopération en matière policière et pénale.

Or derrière ces différents thèmes se cache, selon moi, surtout une nécessité pour l'Union européenne de regagner un peu de sa légitimité dans un contexte de marasme économique, de politiques d'austérité et de réformes structurelles – avec leur lot de sacrifices – et de difficile ratification du traité de Maastricht. Des mesures communautaires concrètes dans des domaines qui intéressent le citoyen dans sa vie de tous les jours confèrent en effet à l'Union européenne un certain « vernis social »²²¹ en même temps qu'elles canalisent l'attention de l'opinion publique européenne sur ces questions. Elles permettent de masquer le fait que les avancées communautaires, malgré l'image que l'on souhaiterait leur donner, restent centrées sur l'économique : l'emploi, le marché intérieur, la compétitivité de

²¹⁸ Ce Conseil européen a notamment approuvé le plan d'action du Conseil dans le domaine « justice et affaires intérieures », en demandant des réalisations concrètes rapides, en particulier dans la lutte contre le trafic illicite de stupéfiants et la criminalité organisée, « afin de répondre à l'attente de nos sociétés et de nos citoyens » : point I.8 des conclusions, *précitées*, note 164. Voir aussi les conclusions du Conseil européen de Corfou en juin 1994, *précité*, note 171, point I.3, qui mentionnent que « l'Union sera jugée par ses citoyens sur la contribution qu'elle apporte à [...] la promotion de la sécurité intérieure et extérieure de l'Union », et les conclusions du Conseil européen de Cannes de juin 1995, *précitées*, note 176, point I.3, selon lesquelles « [i]l faut [...] satisfaire l'aspiration à la sécurité des citoyens ».

²¹⁹ La question de la drogue est abordée dans la sphère européenne depuis plusieurs années. Ce qui a changé c'est la manière de l'appréhender. Auparavant, la lutte contre le trafic de drogues intégrait une dimension humaine et collective : le problème n'était pas tant un de sécurité que de dommages causés aux individus, à la société et aux États, en tant que gaspillage du potentiel humain. La prévention et la politique sanitaire et sociale à l'égard des toxicomanes faisaient donc partie de la lutte contre ce fléau (voir, par exemple, les conclusions des Conseils européens de Strasbourg en décembre 1989, *précitées*, note 72, point I.1.9, ou de Dublin en avril et juin 1990, *précitées*, note 118, respectivement points I.13 et I.16). Mais à partir du Conseil européen de Bruxelles de décembre 1993 (et au moins jusqu'en 2000), la question sera désormais traitée dans son seul aspect sécuritaire, en axant principalement l'action sur la répression.

²²⁰ Comme le remarque avec justesse Géraud DE LA PRADELLE (« Du bon usage de l'idéologie sécuritaire dans l'Europe du chômage – Onction législative pour idées malsaines », *Le Monde diplomatique*, février 1994, p. 12, qui cite à cet égard Jacqueline COSTA-LASCOUX, « Vers une Europe des citoyens », dans J. COSTA-LASCOUX et P. WEIL (dir.), *Logiques d'États et immigration*, Paris, Éd. Kimé, 1992, p. 290), l'amalgame est souvent fait entre immigration et insécurité. On le retrouve dans le traité de Maastricht, puisque sur les onze domaines considérés par l'article K.1 comme des questions d'intérêt commun relevant de la coopération en matière policière et pénale, cinq portent sur la police de l'immigration et quatre sur la délinquance.

²²¹ O. QUINTIN – haut fonctionnaire à la Commission, rappelons-le – et B. FAVAREL-DAPAS, *op. cit.*, note 113, pp. 121 et 137 constatent d'ailleurs la portée politique et symbolique des actions de la Communauté dans le cadre de ces différents thèmes de nature plus « sociétale », car celles-ci « répondent incontestablement aux attentes des citoyens européens et témoignent de la dimension humaine et sociale de l'Europe ».

l'économie européenne, et la monnaie unique²²². La dimension sociale et même la cohésion économique et sociale, pourtant fondement même de l'intégration européenne, disparaissent dans les faits de l'action communautaire²²³, bien qu'elles fassent, elles aussi, partie des préoccupations des ressortissants européens (mais que les institutions communautaires préfèrent ignorer). On assiste donc à partir de 1993 à une multiplication de l'invocation du citoyen européen dans la rhétorique des institutions européennes et à une attention particulière accordée à certaines de ses préoccupations quotidiennes – présentées comme des attentes, ou des besoins, à l'égard de l'Europe – l'objectif étant de « mieux mettre en évidence aux yeux de l'opinion publique les avantages de l'appartenance à l'Union et, ainsi, de renforcer l'acceptation de l'Union par les citoyens »²²⁴. La priorité « absolue » accordée, plus tard, à la lutte contre l'immigration clandestine²²⁵, suite à la montée de l'extrême droite en Europe, démontre d'ailleurs de manière éloquente le besoin pour les institutions européennes de faire voir qu'elles se soucient de répondre aux inquiétudes des citoyens de l'Union. L'attitude plus volontariste de l'Union européenne sur la scène internationale dans la défense de l'environnement²²⁶ participe du même objectif.

Pour conclure sur cette période, il est intéressant de souligner que l'on retrouve dans le discours du Conseil européen et de la Commission les éléments caractéristiques de la période néolibérale mis en lumière au Canada, à savoir la rareté des ressources, une société civile menacée, et une société où dominent les intérêts du secteur privé²²⁷. En effet, le premier de ces éléments se traduit par la réduction des dépenses publiques, particulièrement dans le domaine social, et une capacité contributive limitée des États membres²²⁸ ; le deuxième est présent dans le discours sécuritaire du Conseil européen, et le troisième est conforté par une panoplie de mesures communautaires bénéficiant aux entreprises, allant de

²²² Le Conseil européen de Madrid de décembre 1995 (*précité*, note 214) a confirmé l'échéance du 1^{er} janvier 1999 et les modalités pour le passage à la monnaie unique (*cf.* l'annexe 1 : scénario de référence pour le passage à la monnaie unique, point I. 49).

²²³ *Cf. supra*, pages 44-47.

²²⁴ Conclusions du Conseil européen d'Essen en décembre 1994, *précitées*, note 198, point I.2.

²²⁵ Lors notamment du Conseil européen de Séville de juin 2002.

²²⁶ L'Union européenne a, par exemple, joué un rôle décisif au niveau international dans le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (Convention de Bâle), dans la diversité biologique, et dans les substances qui appauvrissent la couche d'ozone (Protocole de Montréal) (voir les conclusions du Conseil européen de Madrid de décembre 1995, *précitées*, note 214, point I.11). S'y ajoutent la réduction devancée des effets de serre dans les États membres et la ratification du traité de Kyoto par l'Union européenne.

²²⁷ Voir A. LAJOIE, R. ROBIN, S. GRAMMOND, H. QUILLINAN, L. ROLLAND, S. PERRAULT et A. CHITRIT, *loc. cit.*, note 29, 343-345.

²²⁸ L'exigence de finances publiques saines, conformément au traité de Maastricht, se retrouve également au niveau de la Communauté. Le Conseil européen d'Édimbourg en décembre 1992 a ainsi

la déréglementation à l'aide à l'investissement en passant par les incitations à l'embauche. Ces dernières mesures vont surtout être appliquées à partir de 1994, année dans laquelle le néolibéralisme sera incorporé dans les politiques européennes.

SECTION IV – 1994 - MI-1995 : L'APPLICATION DU NÉOLIBÉRALISME À L'ÉCHELLE EUROPÉENNE

Comme ébauché en introduction, je constate deux mouvements dans le processus de diffusion de l'idéologie néolibérale à l'échelle européenne. Le premier est ascendant ; le second descendant. S'agissant du premier, la réception des thèses néolibérales dans la sphère communautaire trouve sa source à l'échelle nationale. La vague néolibérale ayant progressivement gagné la grande majorité des gouvernements nationaux – qu'ils soient de centre-gauche²²⁹ ou de centre-droit – elle a pu ensuite atteindre, avec dix ans de décalage²³⁰, l'échelon européen par l'influence directe (pour le Conseil ou le Conseil européen) ou indirecte (pour la Commission) de ces gouvernements sur les institutions européennes. Cette poussée libérale s'est donc faite du niveau national vers le niveau européen dans l'espace d'une décennie. C'est en quelque sorte l'inverse qui s'est produit dans un second temps. Une fois le paradigme dominant bien implanté au niveau européen, les autorités communautaires ont cherché à imposer aux États membres – ou à légitimer selon le cas – les recettes néolibérales de manière uniforme. Ce mouvement fait son apparition en 1994 ; il s'amplifiera à partir de 1996. Il s'est effectué sans trop de heurts, voire même avec l'accord tacite de bien des dirigeants politiques. De fait, les réformes requises étant politiquement sensibles, il était ainsi plus facile pour les gouvernements des États membres de se dédouaner auprès de leur opinion publique en se retranchant derrière l'excuse : « c'est la faute à Bruxelles ! ». J'apprécierai pour l'instant l'apparition de ce mouvement descendant, du niveau « fédéral » au niveau gouvernemental. J'en étudierai l'ampleur plus en profondeur dans le deuxième chapitre de cette partie.

convenu qu'une discipline budgétaire devait être appliquée à tous les domaines de dépenses de la Communauté.

²²⁹ L'idéologie dominante n'a d'ailleurs pas seulement imprégnée les gouvernements sociaux-démocrates, elle a aussi transformé radicalement les partis traditionnels de gauche : voir sur ce point Christian DE BRIE, « Quand la loi des marchés s'étend à la politique – En avant vers le radieux parti unique ! », *Le Monde diplomatique*, juin 1995, pp. 18 et 19.

²³⁰ Soit le temps que le tournant néolibéral, amorcé au début des années quatre-vingts, progresse (à des rythmes variables) dans les différents États membres de l'Union européenne.

Paragraphe 1. Du niveau européen vers le niveau national

A. Une mise en oeuvre facilitée par l'unanimité entre les institutions « motrices » de l'Union européenne

La désignation à la tête de la Commission de Jacques Santer²³¹, décrit comme « un adepte des vertus des forces du marché », notamment des marchés financiers²³², a entériné l'unanimité régnante entre le Conseil²³³, la Commission²³⁴ et le Conseil européen quant au modèle de référence à suivre pour les politiques européennes²³⁵. Dès lors, les propositions de mesures faites en 1993 ont été rapidement mises en oeuvre par les autorités communautaires, particulièrement celles en faveur des PME²³⁶.

Et, forts de cette unanimité nouvelle, le Conseil, la Commission et le Conseil européen ne se sont pas contentés d'ancrer le renouveau libéral dans l'action communautaire, ils ont aussi cherché à l'étendre au niveau national. Les années 1994 et 1995 ont ainsi à la fois consolidé la logique néolibérale au niveau européen et amorcé l'étape suivante : la

²³¹ Cette désignation a été officialisée par le Conseil européen à sa réunion extraordinaire de Bruxelles du 15 juillet 1994 – Bulletin UE 7-1994, point I.1. La nouvelle Commission n'est toutefois entrée en fonction qu'en janvier 1995.

²³² Lionel BARBER, « Santer : Firm Believer in Market Forces », *Financial Times*, 16 décembre 1994, cité par Bernard CASSEN, « L'Union à quinze ne fait pas la force – Quand l'Europe entre dans l'ère du pilotage à vue », *Le Monde diplomatique*, janvier 1995, pp. 10-11, lequel constate que deux des principaux protagonistes de la Commission sortante, l'Allemand Martin Bangemann et le Britannique Leon Brittan – tous deux ultralibéraux – se succèdent à eux-mêmes dans le nouveau collège bruxellois.

²³³ L'ensemble ou presque des gouvernements nationaux – qu'ils soient conservateurs, socialistes ou sociaux-démocrates – y compris ceux des nouveaux pays membres, procèdent à cette époque à des privatisations : le Royaume-Uni (depuis déjà dix ans), l'Allemagne, l'Italie, la France, la Belgique, les Pays-Bas, le Danemark, l'Espagne, le Portugal, la Grèce, ainsi que l'Autriche, la Suède et la Finlande (qui ont signé leurs actes d'adhésion à l'Union européenne en juin 1994). Ce mouvement est en fait généralisé à l'échelle de la planète : voir Christian DE BRIE, « Brader le bien public en Europe – Ainsi s'élargit le gouffre entre pouvoir capitaliste et réalités sociales », *Le Monde diplomatique*, février 1994, pp. 8-9.

²³⁴ La dérive néolibérale de la Commission va être particulièrement évidente dans le domaine de la concurrence : sous l'impulsion de Sir Leon Brittan, puis de son successeur, Karel Van Miert, aidé de Martin Bangemann, vice-président de la Commission européenne, un grand nombre de secteurs (transports, télécommunications, postes, énergie, marchés publics) vont être ouverts à la concurrence.

²³⁵ En ce qui concerne le Parlement européen, on relèvera que les grandes formations de gauche ont obtenu de mauvais scores lors de l'élection du Parlement européen en juin 1994 (voir Jean-Marie VINCENT, « Ralliement au projet néolibéral – Les socialistes allemands à court d'idées », *Le Monde diplomatique*, juillet 1994, p. 24) ; ce qui a conduit à un léger glissement vers la droite du Parlement européen (voir le Bulletin UE 6-1994, point 1.7.3, au point 1.7.6, sur les résultats des élections du Parlement européen de 1994).

²³⁶ À titre d'exemple on citera l'octroi par la Communauté de bonifications d'intérêt sur les prêts accordés aux PME par la Banque européenne d'investissement, le programme d'action communautaire d'un milliard d'euros pour aider les PME à soutenir la concurrence, et le programme intégré en faveur

recherche de politiques unifiées d'inspiration néolibérale aux niveaux communautaire et national. Comme je l'analyserai ultérieurement, cette dernière étape prendra toute son ampleur durant les années subséquentes.

B. Les prémices de la coordination des politiques nationales

À partir de 1994, on observe les premières tentatives des autorités européennes d'appliquer largement les recettes néolibérales non seulement dans les domaines relevant déjà de la compétence communautaire mais également dans ceux à l'égard desquels l'Union européenne ne disposait pas de compétences directes, tel le domaine de l'emploi. Pour ce faire, les autorités ont procédé d'au moins deux façons. Elles ont agi, d'une part, de manière incidente et connexe à l'action communautaire. Elles ont assuré, d'autre part, un suivi communautaire des recommandations énoncées au niveau européen et devant être traduites par les États membres dans leurs politiques nationales (dans leur domaine de compétence).

S'agissant de la première manière, par exemple sur la base des conclusions du Conseil européen de Corfou en juin 1994²³⁷ et sous couvert de la compétitivité de l'économie européenne, la Commission a entrepris un processus d'examen des incidences de la législation communautaire et nationale sur l'emploi et la compétitivité. Pour l'assister dans cette tâche, elle a institué un groupe d'experts indépendants pour la simplification législative et administrative (groupe dit de déréglementation²³⁸) chargé d'examiner les dispositions tant communautaires que nationales « pour déceler les excès de réglementation »²³⁹. L'Union européenne s'est ainsi arrogé le droit, de manière détournée, d'apprécier le bien-fondé des législations nationales à l'aune de la compétitivité de l'économie européenne²⁴⁰.

des PME visant, entre autres, à la simplification de la législation et à la réduction des charges administratives pesant sur les entreprises.

²³⁷ *Précitées*, note 171, point I.6.

²³⁸ Il est à noter que l'on n'hésite désormais plus à employer le terme de « déréglementation » pour désigner la simplification législative et administrative.

²³⁹ Conclusions du Conseil européen d'Essen, *précitées*, note 198, point I.8. Le groupe a rendu son rapport en juin 1995. Ses conclusions, très libérales, ont été fortement critiquées par le Parlement européen qui a particulièrement dénoncé les mesures de déréglementation proposées en matière sociale et environnementale (voir la résolution, du 4 juillet 1996, du Parlement européen relative au rapport du groupe d'experts indépendants de simplification des textes législatifs, réglementaires et administratifs de la Communauté (« Déréglementation ») (COM(95) 288) (texte intégral à l'adresse Internet suivante :

<http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/pv2?LISTING=AfficheTout&PRG=CALDOC&FILE=960704&LANGUE=FR&TPV=DEF#Title7>, consultée le 4 mai 2004).

²⁴⁰ Étant donné que l'on vise la simplification et l'allègement des textes législatifs également nationaux – et non seulement communautaires – on remarquera que c'est la compétitivité européenne qui est invoquée, et non le principe de subsidiarité comme c'était le cas en 1992 pour la législation

En ce qui concerne la seconde, le Conseil européen d'Essen des 9 et 10 décembre 1994 a posé les premiers jalons de ce qui sera appelé « la surveillance multilatérale de l'emploi » (dite encore la stratégie d'Essen en faveur de l'emploi²⁴¹, puis la stratégie européenne pour l'emploi) : les États membres doivent traduire les recommandations du Conseil européen en matière d'emploi dans des programmes pluriannuels nationaux qui feront l'objet d'un suivi par le Conseil et la Commission. Ces deux institutions soumettront ensuite un rapport au Conseil européen sur l'application de ces programmes nationaux. On est ainsi passé à Essen de la méthode incitative, qui a été celle du *Livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi* comme du plan d'action du Conseil européen de Bruxelles de décembre 1994 et ce, jusqu'au Conseil européen de Corfou de juin 1994²⁴², à la mise en place d'une méthode qui, sans être coercitive, est nettement plus contraignante pour les États membres. Cette méthode préfigure la coordination des politiques nationales de l'emploi qui sera instaurée à partir de 1997.

Or le Conseil européen d'Essen a aussi donné le ton que devaient prendre ces politiques, avec une vision fortement individualiste et ultralibérale du chômage. Il définit cinq orientations (que devront suivre les programmes pluriannuels des États membres) : l'amélioration de la formation professionnelle ; l'« augmentation de l'intensité de l'emploi de la croissance », notamment par la mise en place d'une organisation plus souple du travail²⁴³ et une politique salariale imposant la modération salariale ; l'abaissement des coûts salariaux indirects ; l'accroissement de l'efficacité des politiques nationales de l'emploi (en remplaçant les politiques dites « passives » de traitement social du chômage par des politiques actives du marché du travail, afin notamment qu'elles n'aient pas pour effet de décourager la recherche d'un emploi)²⁴⁴ ; et le renforcement des mesures en faveur de groupes particulièrement touchés par le chômage (par des mesures ciblées s'adressant aux jeunes « décrocheurs », aux

communautaire. On ne peut, en effet, faire ici appel au principe de subsidiarité, celui-ci n'intervenant que pour les compétences partagées entre la Communauté et les États membres.

²⁴¹ Selon la Commission, cette stratégie implique la mobilisation de toutes les politiques pouvant avoir un impact sur l'emploi, en particulier les politiques macro-économiques, les politiques structurelles et les politiques du marché du travail (communication de la Commission, du 11 octobre 1995, sur les tendances et l'évolution des systèmes d'emploi dans l'Union européenne (COM(95) 465) – Bulletin UE 10-1995, point I.3.211).

²⁴² Le Conseil européen de Corfou de juin 1994 se limite en effet à encourager les États membres à réformer leurs systèmes d'emploi pour améliorer leur efficacité : voir les conclusions du Conseil européen de Corfou de juin 1994, *précitées*, note 171, point I.2.

²⁴³ On se garde encore d'employer le terme de « flexibilité ».

²⁴⁴ La motivation individuelle à chercher du travail doit ainsi être prise en compte dans l'aide aux revenus. La nécessité et l'efficacité des instruments des politiques nationales du marché du travail, y compris des régimes fiscaux et des régimes d'aide, seront dès lors désormais régulièrement vérifiées par les autorités communautaires dans le cadre de la stratégie d'Essen.

chômeurs de longue durée, aux femmes au chômage et aux travailleurs âgés)²⁴⁵. Ces mesures étaient, pour la plupart, déjà préconisées par le Conseil européen de Bruxelles de décembre 1993, mais la pression sur les États membres est désormais plus forte.

Paragraphe 2. Une légitimation néolibérale

En ce qui concerne la légitimation des mesures prises par les institutions européennes, ces dernières ont été confrontées à une difficulté : celle de poursuivre l'ajustement structurel aux niveaux communautaire comme national – et même d'accélérer les réformes jugées indispensables – alors que la situation économique s'améliorait mais que le chômage restait élevé. L'application de politiques fondées sur la rigueur budgétaire, la compétitivité, la déréglementation, la logique du marché et du libre-échange, ou le maintien de la modération salariale, devait donc nécessiter un effort accru de justification de la part des autorités communautaires. Or, je constate que les arguments avancés pour soutenir l'orientation néolibérale de l'Union européenne relèvent désormais, eux aussi, de la même doctrine. Nous avons donc en quelque sorte une justification « en boucle » – qui se justifie par elle-même – la doctrine néolibérale justifiant les recettes néolibérales et celles-ci en retour justifiant la première. C'est le cas particulièrement de l'exploitation du chômage comme moyen de parvenir à l'assouplissement des marchés du travail et de la « mystique de l'entreprise, supposée incarner les vertus de l'initiative »²⁴⁶. Parallèlement, se mettent en place d'autres formes de régulation sociale, avec l'objectif inavoué des institutions communautaires de détourner l'attention des citoyens européens du problème du chômage qu'elles ne parviennent pas à résoudre.

A. L'exploitation du chômage

Le Conseil européen d'Essen de décembre 1994 a pris soin, au préalable, de mettre en avant la réussite du modèle néolibéral, en attribuant la reprise économique à la convergence des politiques économiques et monétaires des États membres, en particulier en matière de stabilité des prix et des taux de change et de réduction des déficits budgétaires²⁴⁷. Cette réussite commandait donc l'application de solutions néolibérales au problème du chômage. C'est ainsi que « la bataille de l'emploi » ne pouvait être remportée que par

²⁴⁵ Point I.3 des conclusions du Conseil européen d'Essen, *précitées*, note 198.

²⁴⁶ Cette expression est d'Alain LIPIETZ, « Autres contraintes, autres périls – Un socialisme français aux couleurs du libéralisme », *Le Monde diplomatique*, mars 1984, pp. 1 et 16-17.

²⁴⁷ Voir les conclusions du Conseil européen d'Essen de décembre 1994, *précitées*, note 198, point I.4.

l'intensification des réformes structurelles macro-économiques ²⁴⁸ et celle du marché de l'emploi ²⁴⁹, autrement dit par une remise en cause du modèle social européen. Le Conseil européen a consolidé en outre cet argument en s'appuyant sur les attentes qu'il confère aux citoyens européens ²⁵⁰.

On notera que l'opinion selon laquelle « les “acquis sociaux” sont autant d'obstacles à l'emploi, et que la solution réside dans une flexibilisation générale » ²⁵¹ était dans l'air du temps. Comme l'indique Serge Halimi ²⁵², on la retrouve énoncée par plusieurs organisations économiques internationales : l'OCDE, dans un rapport de juin 1994 ²⁵³, la Banque des règlements internationaux (BRI) ²⁵⁴, le Fonds monétaire international (FMI) ²⁵⁵, notamment. Cet auteur relève ainsi la simultanéité des analyses « qui enchaînent un même diagnostic et les mêmes ordonnances. Le chômage de masse s'expliquerait par des marchés du travail trop “rigides”, par des coûts salariaux trop élevés, par une demande de justice sociale trop archaïque ».

²⁴⁸ Le Conseil européen de Cannes en juin 1995, *précité*, note 176, point I.4, selon lequel « [f]aire reculer le chômage suppose que soient mises en oeuvre des politiques monétaires et budgétaires visant à la stabilité, conformément aux grandes orientations des politiques économiques », va même jusqu'à affirmer que l'emploi est « menacé par le poids des déficits publics ».

²⁴⁹ La bataille de l'emploi justifie ainsi la promotion de formules « économiquement saines » pour l'organisation du travail, tels que le temps partiel ou les contrats à durée déterminée.

²⁵⁰ « [L']Union doit mieux répondre aux attentes légitimes du citoyen, c'est-à-dire, par priorité, mobiliser tous ses moyens, y compris ceux des États membres, pour lutter efficacement contre le fléau du chômage. Ceci suppose la mise en oeuvre d'une large gamme de mesures aussi bien au niveau national qu'au niveau communautaire, se fondant sur le respect plein et entier des critères de convergence, qui est également une condition pour l'introduction d'une monnaie unique. » (conclusions du Conseil européen de Cannes, *précitées*, note 176, point I.3).

²⁵¹ Bernard CASSEN, « La cohésion sociale aux oubliettes », *Le Monde diplomatique*, février 1994, p. 10.

²⁵² Serge HALIMI, « Un capitalisme hors de contrôle – Les chantiers de la démolition sociale », *Le Monde diplomatique*, juillet 1994, pp. 1 et 22-23. Les citations qui suivent, ainsi que les références qui les accompagnent, sont toutes tirées de cet article.

²⁵³ Dans ce rapport, *L'étude de l'OCDE sur l'emploi*, Paris, juin 1994, l'OCDE n'a ainsi pas peur de soutenir que « [p]our obtenir un ajustement donné des salaires [autrement dit, réduire le « coût excessif » du travail], il faudra un niveau plus élevé de chômage conjoncturel », et renchérit : « [o]n peut penser qu'un creusement de l'écart des salaires stimulerait la croissance de l'emploi. » Pour de plus amples détails sur ce rapport, voir S. HALIMI, *loc. cit.*, note 252.

²⁵⁴ La BRI assure également que « [l]es arrangements conçus pour protéger les salariés se sont retournés contre les chômeurs. [...] Une proportion importante des salariés restera sans emploi, à moins de rendre les marchés du travail plus flexibles, particulièrement en Europe. » (*Financial Times*, 14 juin 1994).

²⁵⁵ De l'avis du FMI, « [i]l ne faut pas que les gouvernements européens laissent les craintes suscitées par les retombées de leur action sur la répartition des revenus les empêcher de se lancer avec audace dans une réforme de fond des marchés du travail. L'assouplissement de ceux-ci passe par la refonte de l'assurance-chômage, du salaire minimum légal et des dispositions qui protègent l'emploi. » (*Bulletin du FMI*, 23 mai 1994).

B. Le culte de l'entreprise

La rhétorique néolibérale fait aussi la part belle aux entreprises. En effet, les Conseils européens de Corfou et de Cannes encensent les entrepreneurs et, de manière plus générale, les PME pour leur rôle dans la croissance économique et dans la création d'emplois, voire même comme « facteur de stabilité sociale »²⁵⁶, ce rôle justifiant dès lors l'attention – et les fonds – qui leur sont accordés par l'Union européenne. Partant, on ne s'étonnera guère que les autorités communautaires aient cherché à accroître l'importance du secteur privé, au moyen, par exemple, de partenariats avec le secteur public ou par la promotion du financement privé pour certains projets européens²⁵⁷, ni que, parallèlement, l'efficacité du secteur public ait été remise en cause.

C. La réglementation sociale

Enfin, l'adhésion de l'opinion publique européenne a été, à mon avis, recherchée à travers diverses propositions de mesures communautaires très ciblées portant sur des sujets qui préoccupent le citoyen européen, tels que l'égalité des droits et des chances entre hommes et femmes²⁵⁸, l'exclusion sociale²⁵⁹, la santé et la sécurité au travail²⁶⁰, la lutte contre le

²⁵⁶ Voir les conclusions du Conseil européen de Cannes de juin 1995, *précitées*, note 176, point I.6 et les conclusions du Conseil européen de Corfou de juin 1994, *précitées*, note 171, point I.6.

²⁵⁷ C'est le cas notamment pour les projets de réseaux transeuropéens dans le domaine des transports, de l'énergie et de l'environnement. Voir, par exemple, les conclusions du Conseil européen de Corfou de juin 1994, *précitées*, note 171, point I.7.

²⁵⁸ La question de l'égalité entre les hommes et les femmes a ainsi refait surface au Conseil européen d'Essen de décembre 1994, où elle est considérée, avec la lutte contre le chômage, comme la tâche prioritaire de l'Union européenne et de ses États membres (voir les conclusions du Conseil européen d'Essen de décembre 1994, *précitées*, note 198, point I.3). La discrimination entre les hommes et les femmes en matière d'emploi a été très tôt prise en compte au niveau communautaire : inscrite dans le traité de Rome à son article 119 (devenu l'article 141 du traité CE) relatif à l'égalité de rémunération et de traitement entre les hommes et les femmes, elle a fait l'objet de plusieurs législations et programmes communautaires particulièrement au milieu des années soixante-dix et dans les années quatre-vingts (voir O. QUINTIN et B. FAVAREL-DAPAS, *op. cit.*, note 113, pp. 67-70). L'égalité concernait alors le salaire, l'accès à l'emploi et la sécurité sociale. À partir du Conseil européen d'Essen, c'est surtout l'intégration professionnelle des femmes, particulièrement touchées par le chômage, et la conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle qui ont été visées à travers l'égalité des chances entre hommes et femmes.

²⁵⁹ Alors qu'elle avait fait l'objet de mesures communautaires jusqu'à la fin des années quatre-vingts (programmes européens de lutte contre la pauvreté en 1974 puis en 1985-1989, résolution du Conseil en septembre 1989 concernant la lutte contre l'exclusion sociale (*précitée*, note 169), création en 1989 d'un Observatoire des politiques nationales de lutte contre l'exclusion sociale), l'exclusion sociale n'a été abordée que très tardivement – et très succinctement – par le Conseil européen, à partir de 1993-1994, et de manière connexe à la lutte contre le chômage. Comme pour la lutte contre la discrimination – finalement orientée plus sur l'intégration économique que sur l'égalité – ce sera en fait davantage l'exclusion économique que sociale qui sera traitée sous ce vocable au niveau européen. En outre, l'action communautaire en ce domaine a été critiquée par certains États membres. Certains n'y ont vu

racisme et la xénophobie ²⁶¹, la protection de l'environnement ²⁶² ; réapparaît également la dimension culturelle ²⁶³. Dans le domaine de la politique sociale européenne, les actions communautaires consistent également en des mesures ciblées s'adressant à des groupes spécifiques ayant des besoins particuliers, tels que les personnes handicapées ²⁶⁴. Il ne faut toutefois pas se méprendre sur le caractère apparemment plus social de ces mesures. Outre le

que du saupoudrage compte tenu de la faiblesse des ressources financières mobilisées, d'autres une atteinte au principe de subsidiarité : O. QUINTIN et B. FAVAREL-DAPAS, *op. cit.*, note 113, p. 138, qui donnent en exemple l'arrêt, en 1994, des programmes communautaires de lutte contre la pauvreté suite à leur contestation judiciaire par le Royaume-Uni. La lutte contre l'exclusion sociale réapparaîtra dans le discours européen au Conseil européen de Lisbonne de mars 2000, où elle fera l'objet d'une prise en compte plus soutenue de la part des autorités communautaires, comme je le présenterai dans le chapitre suivant.

²⁶⁰ À ce titre, on mentionnera la directive du Conseil du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (*précitée*, note 167), qui fixe notamment à quarante-huit heures la durée maximale hebdomadaire de travail et des périodes minimales de repos et de congés payés dans l'Union européenne, ainsi que la directive du Conseil du 22 juin 1994 sur la protection des jeunes au travail (*précitée*, note 167) et la création en 1995, à Bilbao, d'une Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail (voir le règlement du Conseil du 18 juillet 1994, *précité*, note 167).

²⁶¹ Le problème du racisme a déjà été abordé au niveau européen. Il a notamment fait l'objet d'une déclaration conjointe du Parlement européen, du Conseil et de la Commission en 1986 et de deux déclarations du Conseil européen au début des années quatre-vingt-dix (lors du Conseil européen de Dublin de juin 1990 : voir le point I.37 des conclusions du Conseil européen, *précitées*, note 118, et lors du Conseil européen de Maastricht des 9 et 10 décembre 1991 – Bulletin CE 12-1991, points I.1 à I.19). Suite aux conclusions du Conseil européen de Corfou de juin 1994, une commission consultative sur ce sujet a été mise en place. Ses travaux donneront lieu à la création, à Vienne, en 1997, de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes (par le règlement (CE) n° 1035/97 du Conseil, du 2 juin 1997 – JO L 151 du 10.06.1997). S'y ajoutent une communication de la Commission, du 13 décembre 1995, sur le racisme, la xénophobie et l'antisémitisme (COM(95) 653) ainsi qu'une action commune 96/443/JAI, du 15 juillet 1996, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité UE, concernant l'action contre le racisme et la xénophobie (JO L 185, 24.07.1996).

²⁶² On relèvera que le Conseil européen de Corfou de juin 1994 indique dans ses conclusions, *précitées*, note 171, point I.6, que la réalisation du marché unique européen doit prendre en compte les problèmes environnementaux. « La sauvegarde des mesures nationales importantes de protection de l'environnement doit être assurée dans ce contexte. » Or, cela implique, concrètement, que la protection de l'environnement l'emporte, le cas échéant, sur le libre-échange. C'est la première fois, et peut-être la seule, que le Conseil européen rappelle – même si cela reste implicite – cette exception, développée par la Cour, au principe de la libre circulation des marchandises prévu par le traité.

²⁶³ Le programme Raphaël, concernant le patrimoine culturel d'importance européenne, le renouvellement du programme MEDIA et la proposition de modification de la directive « Télévision sans frontières » (voir les conclusions du Conseil européen de Madrid de décembre 1995, *précitées*, note 214, point I. 15), témoignent du regain d'intérêt des instances communautaires pour la chose culturelle. À la différence de la conjoncture précédente toutefois, c'est moins la sauvegarde de la diversité culturelle qui est recherchée que l'affirmation d'une dimension communautaire des cultures des États membres et ce, tant pour créer un sentiment d'appartenance à l'Union européenne chez le citoyen européen que pour renforcer la compétitivité de l'industrie européenne dans le secteur culturel, et notamment audiovisuel, face au géant américain.

²⁶⁴ Voir, par exemple, la communication de la Commission, du 30 juillet 1996, sur l'égalité des chances pour les personnes handicapées, une nouvelle stratégie pour la Communauté européenne (COM(96) 406), ainsi que la résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 20 décembre 1996, concernant l'égalité des chances pour les personnes handicapées (JO C 12 du 13.01.1997), ou la recommandation 98/376/CE du Conseil, du 4 juin 1998, sur une carte de stationnement pour personnes handicapées (JO L 167 du 12.06.1998).

fait que la Commission, le Conseil et le Conseil européen recherchent par ce biais à obtenir l'appui des citoyens européens²⁶⁵, ces différentes mesures sont en fait à comprendre au regard de la direction qu'a imprimée le néolibéralisme à la politique sociale européenne. Celle-ci de générale est devenue spécifique : elle a ainsi, d'une part, délaissé le droit du travail et la protection des travailleurs pour se concentrer sur l'emploi (en appliquant des recettes néolibérales) et, d'autre part, sont apparues d'autres formes de régulation sociale – ce que G. Majone appelle « la réglementation sociale »²⁶⁶ – portant sur ces sujets précis ou des groupes particuliers. Mettre, par exemple, l'accent sur l'égalité des sexes, c'est ainsi occulter le problème plus général de l'accroissement des inégalités économiques et du chômage et surtout le fait que cet accroissement est une conséquence indirecte des réformes structurelles fortement encouragées par l'Europe.

En récapitulatif de ce chapitre, je dirai qu'en 1994-1995 la conversion de l'Union européenne au néolibéralisme est achevée. La logique néolibérale a ainsi été progressivement instillée dans les mesures communautaires pour ensuite guider l'ensemble des domaines d'activités de l'Union européenne et en définitive soutenir la nouvelle orientation idéologique de l'Europe dans une sorte de justification en boucle. Cette dernière étape a été rendue possible par un travail de légitimation idéologique auprès de l'opinion publique – qui s'est fait parallèlement, notamment par la voie des médias – pour lui faire accepter comme une évidence indiscutée et indiscutable les préceptes néolibéraux²⁶⁷ et leur conférer ainsi la légitimité attachée à la normalité. Une fois les mentalités conquises et l'idéologie néolibérale ancrée au niveau européen, son extension à l'ensemble des États membres et de façon uniforme allait ensuite de soi. C'est ce que je vais à présent aborder dans un second chapitre.

CHAPITRE II – LA CONSÉCRATION DU NÉOLIBÉRALISME DANS L'UNION EUROPÉENNE (1995-2006)

Si le néolibéralisme a imprégné avec une facilité déconcertante le discours européen et a cherché à investir tous les champs d'action, son application au niveau national a connu quelques résistances de la part des ressortissants communautaires. Face à la contestation

²⁶⁵ Voir *supra*, pages 54-57.

²⁶⁶ G. MAJONE, *loc. cit.*, note 127, 260.

²⁶⁷ On relèvera que c'est d'ailleurs à cette même époque qu'est dénoncée pour la première fois « la pensée unique », sous la plume d'Ignacio Ramonet (*cf.* Ignacio RAMONET, « La pensée unique », *Le Monde diplomatique*, janvier 1995, p. 1).

sociale, autour des années 1995 à 1997, l'Union européenne a alors opéré un remarquable travail de légitimation tout en solidifiant les « acquis » néolibéraux. Cela lui a permis, par la suite, de « réimposer » au niveau national les orientations néolibérales prônées au niveau européen, en s'ajustant aux idées sociales-libérales ayant cours dans plusieurs capitales européennes.

SECTION I – FIN 1995 - MI-1997 : L'UNION EUROPÉENNE FACE À LA CONTESTATION SOCIALE

Durant l'année 1995, et surtout l'année 1996, les États membres ont intensifié leurs mesures d'ajustement structurel²⁶⁸, conformément aux recommandations européennes telles qu'énoncées dans la stratégie pour l'emploi²⁶⁹ définie par le Conseil européen d'Essen et dans les grandes orientations de politique économique de 1995 et 1996. Les autorités communautaires s'en sont d'ailleurs félicitées, tout en encourageant les États membres à poursuivre activement leurs programmes d'ajustement²⁷⁰. Mais la « forte mobilisation » des États membres – au dire même de la Commission²⁷¹ – pour la mise en oeuvre des recommandations d'Essen ne s'est pas faite sans heurt : les années 1995 et 1996 se sont illustrées par des grèves nationales et des manifestations sociales qui ont secoué l'Europe toute entière et qui sont venues s'ajouter à une année 1994 déjà chargée en conflits sectoriels dans les pays membres de l'Union européenne²⁷².

²⁶⁸ Pour des exemples concrets de plans d'austérité et de mesures néolibérales (déréglementation et privatisation, flexibilité accrue du travail, baisse des impôts au profit des entreprises privées et des détenteurs de capitaux, réduction des dépenses de sécurité sociale, réévaluation des retraites, etc.) adoptés dans les différents États membres, voir l'article de Christian DE BRIE, « Les Européens dans la nasse de l'austérité », dans le dossier : « Sous le choc de l'ajustement structurel », *Le Monde diplomatique*, juillet 1996, pp. 1 et 9.

²⁶⁹ Rappelons que cette stratégie est « [...] fondée sur l'adoption par les États membres de politiques macro-économiques aptes à promouvoir une croissance non inflationniste, élevée et durable, ainsi que des politiques de réforme structurelle visant à améliorer le fonctionnement du marché du travail et celui du marché des biens et des services. » (deuxième rapport conjoint du Conseil et de la Commission sur l'emploi en Europe en 1996 – Bulletin UE 12-1996, point 1.3.210).

²⁷⁰ Voir, par exemple, les conclusions du Conseil européen de Madrid de décembre 1995, *précitées*, note 214, points I.8.2 et I.8.4.

²⁷¹ Voir, par exemple, la communication de la Commission sur les tendances et l'évolution des systèmes d'emploi dans l'Union européenne, *précitée*, note 241, point 1.3.211.

²⁷² Les journées nationales de grève et les conflits dans des secteurs spécifiques se sont ainsi succédé – et se sont multipliés – durant ces trois années. Ont été particulièrement touchés la France (avec une fin d'année socialement chaude en 1995), le Portugal (une semaine de luttes en janvier 1994 et deux journées d'action interprofessionnelle en novembre 1994 et février 1995), la Belgique (deux grèves nationales en novembre 1994 et décembre 1995 et une grève de grande envergure en février 1996), l'Italie (deux grèves nationales à l'automne 1994), la Grèce (grève de vingt-quatre heures en décembre 1995), l'Espagne (une journée de grève nationale en janvier 1994). Même l'Allemagne n'a pas

Le danger d'une remise en cause, par la base (c'est-à-dire ses citoyens), d'une Union européenne construite sur le mode néolibéral s'est fait dès lors sentir dans le discours et les actions des institutions communautaires jusqu'à la signature du traité d'Amsterdam, en octobre 1997. La réponse de l'Europe à la protestation sociale a été, d'après moi, double : dans un premier temps – pour apaiser les esprits – c'est principalement au niveau de la légitimation que les institutions européennes ont agi. Dans un second temps, c'est dans la révision des traités que l'on a cherché à protéger « les acquis » néolibéraux de l'Union européenne.

Paragraphe 1. Un travail de légitimation poussé

En 1995 et au début de 1996, les arguments déployés par les institutions communautaires ne reflètent pas, de prime abord, l'inquiétude des autorités communautaires face à la contestation sociale. Par exemple, le risque de « négligence de l'ajustement », sur lequel insiste particulièrement le Conseil dans sa recommandation pour les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté de 1995²⁷³, est seulement lié à la reprise économique et non aux mouvements sociaux. Cette dernière fait craindre au Conseil un ralentissement dans l'application des mesures exigées (assainissement des finances publiques et réforme du marché du travail). De même, l'objectif de l'initiative de la Commission sur un pacte de confiance pour l'emploi²⁷⁴ est de rétablir la confiance des opérateurs économiques, et non des citoyens – dont on préfère invoquer les attentes vis-à-vis

échappé à la révolte sociale, avec une manifestation sociale – la plus importante de l'après-guerre – quelques jours avant la tenue du Conseil européen de Florence en juin 1996. Pour une présentation plus complète du climat social en Europe à cette période, voir Christian DE BRIE, *loc. cit.*, note 268, pp. 1 et 9 et le dossier du *Monde diplomatique* de janvier 1996, « La grande révolte française contre l'Europe libérale », p. 1 et pp. 8 à 15 (et spécialement l'article de Dominique VIDAL, « De Rome à Londres, deux années de luttes – Le vent s'est levé », p. 9).

²⁷³ Recommandation 95/326/CE du Conseil, du 10 juillet 1995, concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté (JO L 191 du 12.8.1995) – Bulletin UE 7/8-1995, points 1.3.6 et 2.2.1.

²⁷⁴ Communication de la Commission, du 5 juin 1996, intitulée *action pour l'emploi en Europe : un pacte de confiance*, précitée, note 178. Cette initiative du président de la Commission, Jacques Santer, aussi appelée *pacte de confiance européen pour l'emploi, la croissance et la compétitivité*, a été présentée par la Commission au Conseil européen de Turin de mars 1996. Ce Pacte a été adopté par le Conseil européen de Florence des 21 et 22 juin 1996 – Bulletin UE 6-1996, points I.1 à I.131. Il suggère quatre axes d'action : un cadre macro-économique sain, la poursuite de la libéralisation dans le cadre du marché intérieur, des réformes des marchés de l'emploi, et des politiques structurelles européennes au service de l'emploi. Pour un résumé de ces quatre axes, voir Stefano MARTINELLI, « La stratégie européenne en faveur de l'emploi – d'Essen à Luxembourg en passant par Amsterdam », (1998) 1 *Revue du Marché Unique Européen* 55, 67-71.

des changements à opérer pour les cautionner²⁷⁵. Ce n'est qu'à partir de la moitié de l'année 1996 que l'on cerne plus nettement l'impact du mécontentement populaire dans le discours européen²⁷⁶.

Toutefois, dès 1995, on sent dans le discours européen un besoin de rassembler toutes les forces possibles – à tous les échelons décisionnels – pour poursuivre coûte que coûte les politiques d'assainissement tout en se déchargeant d'une partie de la responsabilité qui y est attachée. Parallèlement, l'hostilité d'une grande partie de l'opinion publique aux réformes structurelles a conduit les institutions de l'Union à développer un discours ambigu, qui fait une place à la protection sociale mais impose le néolibéralisme comme valeur suprême.

A. La dilution de la responsabilité de l'Union européenne par l'érection d'une responsabilisation collective

Dans un contexte de protestation sociale, les institutions communautaires ont préféré adopter un profil bas – tout du moins en apparence²⁷⁷ – et laisser à d'autres le soin d'assumer les réformes « courageuses » voire « douloureuses »²⁷⁸. Les partenaires sociaux ont donc été appelés en renfort, et l'ensemble des « acteurs concernés »²⁷⁹ par la lutte contre le chômage a été mobilisé.

²⁷⁵ C'est ainsi que la Commission, dans son pacte de confiance, *précité*, note 178, pp. 13-14, point 04, affirme que « [...] les citoyens attendent des gouvernements qu'ils anticipent les changements qui dessinent la société de demain [...] », parmi lesquels l'évolution démographique et la mondialisation de l'économie.

²⁷⁶ Par exemple, on retrouve dans les grandes orientations des politiques économiques de 1996 la remarque suivant laquelle « [l]a baisse de confiance que l'on constate actuellement dans la Communauté résulte principalement de cette incapacité à réduire l'écart entre l'aspiration au bien-être économique et social et sa concrétisation. » (recommandation 96/431/CE du Conseil, concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté, adoptée le 8 juillet 1996 (JO L 179 du 18.7.1996) – Bulletin UE 7/8-1996, points 1.3.6 et 2.4.1, au point 2.4.1).

²⁷⁷ Car les institutions européennes continuent à définir le cadre macro-économique et le cadre général de lutte pour l'emploi devant être suivis par les États membres. Elles s'assurent également que le marché intérieur soit complété, notamment par l'ouverture à la concurrence de certains secteurs non encore libéralisés (tels que l'électricité et les télécommunications).

²⁷⁸ La reconnaissance du caractère douloureux des réformes à entreprendre commence à transparaître dans le discours européen, mais ces dernières sont toujours justifiées, par les institutions européennes, par leur nécessité. Voir, par exemple, le pacte de confiance de la Commission, *précité*, note 178, points 3.3 et 3.4.

²⁷⁹ Cette expression, fréquemment utilisée par les institutions communautaires en 1995 et 1996, indique par elle-même la participation et la responsabilisation attendues d'eux.

1/ Le recours aux partenaires sociaux

Les partenaires sociaux ont été particulièrement sollicités au niveau européen en 1995 et 1996 pour apporter leur soutien aux politiques européennes tant dans le domaine de l'emploi que sur le plan macro-économique. L'objectif recherché par les autorités communautaires était d'obtenir des engagements concrets de leur part, sinon à tout le moins une « attitude réaliste »²⁸⁰, qui iraient dans le sens souhaité de la « modernisation » du marché du travail. Pour ce faire, la Commission n'a pas ménagé ses efforts pour organiser un grand nombre de rencontres²⁸¹, étroitement encadrées pour éviter tout écart idéologique. Et, pour des besoins de justification évidents – alors que la grogne sociale se faisait entendre – les autorités communautaires n'ont pas hésité à forcer l'appui des partenaires sociaux ou à l'amplifier²⁸². Le discours européen a ainsi toujours été formulé de façon à présenter les partenaires sociaux comme collaborant à la stratégie d'Essen.

Par exemple, le Conseil européen de Madrid de décembre 1995 a fait état, au regard du premier rapport conjoint du Conseil et de la Commission pour l'emploi, d'une convergence, obtenue pour la première fois, dans l'analyse de la voie à suivre pour l'emploi

²⁸⁰ Communication de la Commission sur le pacte de confiance pour l'emploi en Europe, *précitée*, note 178, point 1.7.

²⁸¹ Par exemple, la conférence sociale européenne qui s'est déroulée à Paris le 30 mars 1995, le sommet sur le dialogue social à Florence le 21 octobre 1995, la table ronde sur l'emploi les 28 et 29 avril 1996 à Bruxelles, la conférence tripartite sur la croissance et l'emploi qui s'est tenue à Rome les 14 et 15 juin 1996, ou encore une réunion à haut niveau du comité du dialogue social, qui a eu lieu à Dublin le 29 novembre 1996. S'ajoute à ces rencontres une communication de la Commission, du 18 septembre 1996, concernant le développement du dialogue social au niveau communautaire (COM(96) 448), visant à renforcer le dialogue social européen.

²⁸² Le premier rapport conjoint du Conseil et de la Commission pour l'emploi, présenté au Conseil européen de Madrid de décembre 1995 (*précité*, note 178) en est un bel exemple. Relativement à la mise en oeuvre au niveau national de la stratégie d'Essen, avec l'adoption par les États membres de programmes pluriannuels, le rapport affirme (au point I.52) que « [l]es partenaires sociaux ont renouvelé leur soutien tant en faveur des grandes orientations de politique économique que des priorités fixées dans le domaine de la politique structurelle du marché de l'emploi. Ils ont joué un rôle déterminant dans la mise en oeuvre des mesures adoptées récemment dans ces domaines, notamment grâce à des accords en matière de formation, d'organisation du travail et de temps de travail, de modération salariale et de réinsertion professionnelle de certaines catégories en difficulté, et ils se sont engagés à renforcer leurs efforts dans ce sens. » (les caractères italiques sont les miens). Or, la participation au niveau national des partenaires sociaux à l'élaboration des programmes nationaux pluriannuels a été très variable d'un État membre à l'autre et les gouvernements ont toujours gardé la mainmise sur ces programmes (Janine GOETSCHY et Philippe POCHE, « Regards croisés sur la stratégie européenne de l'emploi », [en ligne]. <http://www.ose.be/files/regardJG-PP.pdf>, p. 8. Cet article se trouve aussi dans P. MAGNETTE et E. REMACLE (dir.), *Le nouveau modèle européen*, Bruxelles, Presses de l'Université Libre de Bruxelles, 2000). En outre, le soutien des partenaires sociaux aux mesures structurelles nationales dans le domaine de l'emploi, comme le plaît à le présenter le rapport conjoint, semble contredit par le climat social d'alors, tout au moins à l'égard des représentants des travailleurs.

(soit les orientations d'Essen), grâce à la coopération de toutes les parties impliquées, dont les partenaires sociaux²⁸³ et le Parlement européen²⁸⁴. La Commission a relevé, quant à elle, la forte mobilisation des partenaires sociaux pour l'application des orientations d'Essen²⁸⁵.

La conférence tripartite (entre les gouvernements, les partenaires sociaux et la Commission) sur la croissance et l'emploi en juin 1996²⁸⁶ a été un autre moyen d'associer habilement les partenaires sociaux aux principaux thèmes défendus par la Commission dans sa communication sur le pacte de confiance²⁸⁷. Selon les conclusions que la présidence a tirées de cette conférence²⁸⁸, les participants²⁸⁹ ont adhéré « à une stratégie d'ensemble reposant sur une approche articulant politique macro-économique [²⁹⁰], optimisation de la contribution des politiques communautaires à la croissance et à l'emploi et adaptation du marché du travail »²⁹¹, afin de favoriser tant l'emploi que le « retour à la confiance des acteurs économiques »²⁹². Et, toujours selon les conclusions de la présidence, la nécessité d'encourager la modernisation du marché du travail a fait l'objet d'un large consensus. La modernisation – terme qui recouvre en fait la flexibilité – du marché de l'emploi a d'ailleurs été mentionnée à pas moins de quatre reprises dans le texte des conclusions de la présidence

²⁸³ Le Conseil européen de Madrid de décembre 1995 a ainsi constaté une « large concordance » entre la déclaration commune des partenaires sociaux sur l'emploi, adoptée lors du sommet sur le dialogue social à Florence le 21 octobre 1995, et les critères du rapport conjoint du Conseil et de la Commission pour l'emploi (voir les conclusions du Conseil européen, *précitées*, note 214, point 1.8.2). Cette déclaration commune constituait la contribution des partenaires sociaux à la mise en oeuvre de la stratégie d'Essen en faveur de l'emploi.

²⁸⁴ Une « large concordance » a également été relevée par le Conseil européen de Madrid de décembre 1995 entre la résolution du Parlement européen, du 29 novembre 1995, sur le rapport annuel de la Commission sur l'emploi (JO C 339 du 18.12.1995 et Bulletin UE 11-1995, point 1.3.183) et le premier rapport conjoint du Conseil et de la Commission pour l'emploi (*précité*, note 178).

²⁸⁵ Voir la communication de la Commission sur les tendances et l'évolution des systèmes d'emploi dans l'Union européenne, *précitée*, note 241, point 1.3.211.

²⁸⁶ Conférence tripartite (entre les gouvernements, les partenaires sociaux et la Commission) sur la croissance et l'emploi, qui s'est tenue à Rome les 14 et 15 juin 1996, en vue du Conseil européen de Florence – Bulletin UE 6-1996, point 1.3.3.

²⁸⁷ Les discussions ont en effet porté sur la communication de la Commission sur le pacte de confiance pour l'emploi ainsi que sur le rapport intérimaire conjoint sur l'emploi approuvé par le Conseil.

²⁸⁸ Conclusions du président de la conférence tripartite sur la croissance et l'emploi, annexes aux conclusions du Conseil européen de Florence de juin 1996 – Bulletin UE 6-1996, points I.29 à I.32.

²⁸⁹ Le terme de « participants » permet d'intégrer les partenaires sociaux dans les formulations émises, qui vont dans la direction – néolibérale – voulue par les institutions européennes.

²⁹⁰ Une politique macro-économique qui, bien entendu, favorise, au nom de la création d'emplois, une croissance « soutenable », c'est-à-dire non inflationniste, s'appuyant sur une politique financière « saine », avec une réduction des déficits publics, ainsi qu'une politique salariale raisonnable, et une réduction des coûts indirects du travail. Il est même précisé que « [...] le rééquilibrage des finances publiques est considéré comme un objectif en soi, même indépendamment des obligations liées à la réalisation de l'Union économique et monétaire [...] » (conclusions du président de la conférence tripartite sur la croissance et l'emploi, *précitées*, note 288, point I.31).

²⁹¹ *Id.*

²⁹² *Id.*, point I.29.

sur la conférence (et ce, alors même que les autorités communautaires se faisaient parallèlement moins insistantes dans leurs propres discours). Il fallait, en effet, arracher aux partenaires sociaux un engagement, qui tardait à venir²⁹³, à entamer des négociations sur un des thèmes clés de la modernisation du marché du travail, soit la flexibilité du temps et de l'organisation du travail²⁹⁴.

À cet égard, on relèvera l'ambiguïté du discours européen relativement à la flexibilité du temps et de l'organisation du travail ; ambiguïté que l'on retrouve aussi vis-à-vis de la protection sociale sur laquelle je me pencherai un peu plus loin. Afin d'obtenir, à terme, un accord des partenaires sociaux sur cette question, la Commission avait donc entamé des consultations avec ces derniers sur ce sujet. Toutefois, elle avait toujours associé la flexibilité du temps de travail avec la sécurité des travailleurs²⁹⁵, sans doute autant dans le but d'amadouer la Confédération européenne des syndicats que de faire montre d'une approche équilibrée aux yeux des citoyens européens. Or, cette recherche d'équilibre est absente du discours du Conseil²⁹⁶ et du Conseil européen²⁹⁷. En effet, seule la flexibilité du temps de travail a été prise en compte par ces organes intergouvernementaux de l'Union européenne, essentiellement au nom de la compétitivité de l'Europe²⁹⁸.

²⁹³ Afin de conduire les partenaires sociaux à conclure un ou des accords sur le travail atypique (à savoir le travail à temps partiel, le travail à durée déterminée et le travail temporaire), la Commission avait, entre autres, engagé en septembre 1995 la procédure de consultation prévue à l'article 3, paragraphe 2, de l'accord sur la politique sociale de Maastricht (voir *Consultation des partenaires sociaux sur la flexibilité du temps de travail et la sécurité des travailleurs* – Bulletin UE 9-1995, point 1.3.121), puis, en avril 1996, celle de l'article 3, paragraphe 2 du même accord (voir *Consultation des partenaires sociaux sur la flexibilité du temps de travail et la sécurité des travailleurs* – Bulletin UE 4-1996, point 1.3.147). Cette consultation portait sur la flexibilité du temps de travail et la sécurité des travailleurs.

²⁹⁴ Après bien des pressions de la part des autorités communautaires et particulièrement de la Commission, les partenaires sociaux ont finalement annoncé, quelques jours après la tenue de la conférence tripartite sur la croissance et l'emploi et quelques jours avant la réunion du Conseil européen à Florence, leur intention d'engager des négociations (voir *Consultation des partenaires sociaux sur la flexibilité du temps de travail et la sécurité des travailleurs* – Bulletin UE 6-1996, point 1.3.215).

²⁹⁵ Tout en voulant favoriser le développement des formes de travail atypiques (à savoir le travail à temps partiel, le travail à durée déterminée et le travail temporaire), répondant davantage aux besoins des entreprises, la Commission souhaitait, en contrepartie, assurer une sécurité accrue et une non-discrimination aux travailleurs employés dans ces formes d'emploi flexible, notamment en établissant le principe de l'égalité de traitement (voir *Consultation des partenaires sociaux sur la flexibilité du temps de travail et la sécurité des travailleurs*, précitée, note 293, point 1.3.121).

²⁹⁶ La flexibilité du temps de travail a été une exigence récurrente que l'on retrouve dans toutes les recommandations du Conseil pour les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté.

²⁹⁷ Voir les conclusions du Conseil européen de Florence de juin 1996, précitées, note 274, point 1.3.

²⁹⁸ Voir, par exemple, la recommandation du Conseil pour les grandes orientations des politiques économiques de 1995 (précitée, note 273, point 2.2.1) selon laquelle les nouvelles formes d'organisation du travail à mettre en place (par les partenaires sociaux) ne devraient pas menacer la

Outre les partenaires sociaux, les autorités européennes, et particulièrement la Commission, ont mis à contribution les administrations nationales et locales dans la mise en oeuvre des politiques européennes.

2/ La multiplication des « acteurs concernés »

Il est intéressant de constater dans le discours européen²⁹⁹, à partir de 1995, une démarche visant à impliquer les partenaires sociaux et les autorités publiques à tous les niveaux dans la stratégie établie au niveau communautaire ; stratégie, rappelons-le, « fondée sur une politique macro-économique saine et des actions structurelles pour la compétitivité et l'emploi »³⁰⁰. L'Union européenne a ainsi multiplié les acteurs responsables, encore appelés « partenaires »³⁰¹, tout en définissant à l'avance leur cadre d'intervention et leurs engagements. Les autorités nationales, régionales et locales ont été, en effet, appelées à s'engager concrètement, chacune à son niveau de responsabilité.

Au niveau national, il a été demandé aux États membres de coordonner davantage leurs programmes de convergence macro-économique et aux pouvoirs publics d'adopter des politiques actives en matière d'emploi et de moderniser les marchés du travail, en complément des efforts faits par les partenaires sociaux. Plus précisément, l'Union européenne attendait des administrations nationales qu'elles réforment les systèmes

compétitivité. Voir aussi le troisième rapport du groupe consultatif sur la compétitivité – Bulletin UE 6-1996, point 1.3.5. On constate néanmoins un changement avec le Conseil européen d'Amsterdam de juin 1997, dont la résolution sur la croissance et l'emploi (annexe I aux conclusions de la présidence (JO C 236 du 2.8.1997) – Bulletin UE 6-1997, point 1.28) mentionne la sécurité des travailleurs tout en précisant que cette dernière doit être combinée « avec la nécessité d'améliorer le fonctionnement des marchés du travail. » Les Conseils européens ultérieurs soit éviteront d'employer le terme de flexibilité (en lui préférant ceux de souplesse ou de modernisation de l'organisation du travail et des formes de travail, qui ont une connotation néolibérale moins prononcée), soit lui adjoindront la sécurité des travailleurs. Cette dernière attitude du Conseil européen s'explique sans doute par sa composition politique différente suite aux changements de gouvernement intervenus dans plusieurs États membres en 1997 et 1998.

²⁹⁹ Cette démarche est apparue pour la première fois dans le premier rapport conjoint du Conseil et de la Commission pour l'emploi (voir, *précité*, note 178, point 1.54.3). Le pacte de confiance pour l'emploi de la Commission en a fait son objectif premier. Elle a été reprise succinctement par la conférence tripartite sur la croissance et l'emploi (voir les conclusions de la présidence, *précitées*, note 288, point 1.29). Elle a été approuvée par le Conseil européen de Florence en juin 1996 (voir les conclusions du Conseil, *précitées*, note 274, point 1.3). On retrouve ensuite cette volonté de mobiliser tous les acteurs autour de la stratégie européenne pour l'emploi dans les grandes orientations des politiques économiques pour 1996 (*précitées*, note 276, point 2.4.1) et dans la déclaration de Dublin sur l'emploi : *Le défi du chômage* (annexe II aux conclusions du Conseil européen de Dublin de décembre 1996 – Bulletin UE 12/1996, point 1.36).

³⁰⁰ Communication de la Commission sur le pacte de confiance pour l'emploi en Europe, *précitée*, note 178, point 5.2.

d'éducation, de sécurité sociale, d'imposition et de négociation contractuelle, ainsi qu'elles élaborent des réglementations « beaucoup plus souples » dans le domaine du droit du travail et des contrats de travail³⁰². La contrainte néolibérale imposée par l'Europe, via les « bonnes pratiques »³⁰³ à adopter en matière d'emploi, s'est ainsi faite de plus en plus précise dans les mesures à prendre et de plus en plus large dans son étendue. Elle sera encore plus pesante dans les années ultérieures ; j'aurai l'occasion de revenir sur ce point.

Au niveau régional et local, c'est au moyen des initiatives locales de développement et d'emploi et des pactes territoriaux pour l'emploi que l'Union européenne a voulu associer les acteurs locaux (notamment les administrations régionales et municipales) aux politiques actives d'emploi³⁰⁴.

En érigeant de la sorte une responsabilisation généralisée, diluant d'autant sa propre responsabilité, l'Union européenne se déchargeait ainsi sur les nouveaux « acteurs concernés ». L'idée sous-jacente était aussi, d'après moi, de créer un front uni pour contrer le scepticisme des citoyens européens à l'égard de l'Europe néolibérale. Pour renforcer le sentiment d'unité – comme d'adhésion – les autorités européennes ont d'ailleurs insisté sur l'aspect commun ou collectif³⁰⁵ des mesures à prendre, en parlant d'« effort commun »³⁰⁶, de « démarche collective »³⁰⁷ ou de stratégie « adoptée d'un commun accord »³⁰⁸.

³⁰¹ Le terme de « partenariat actif » est également utilisé. Cette terminologie sous-entend une association ou, tout au moins, une coopération de leur part.

³⁰² Voir, par exemple, la recommandation du Conseil concernant les grandes orientations des politiques économiques de 1994 (*précitée*, note 180, points 1.2.2 et 2.2.1) et de 1995 (*précitée*, note 273, point 2.2.1).

³⁰³ La référence à de « bonnes pratiques » pour les politiques nationales de l'emploi et du marché du travail apparaît dans le premier rapport conjoint de la Commission et du Conseil pour l'emploi en 1995. Elle sera, par la suite, toujours présente dans le discours européen (dont les conclusions du Conseil européen). Évidemment, sont jugées « bonnes » les pratiques mises en avant par l'Union européenne, donc néolibérales.

³⁰⁴ Lancés par la Commission, ces deux projets ont reçu l'aval du Conseil européen de Florence en juin 1996. Ce faisant, l'Union cherchait aussi à obtenir, au niveau local, ce qu'elle ne parvenait pas toujours à obtenir au niveau national, en raison de l'hostilité d'une grande majorité de l'opinion publique ou, plus rarement, des orientations moins néolibérales de certains gouvernements nationaux.

³⁰⁵ À ne pas confondre avec l'intérêt collectif, lequel était présent dans la phase conjoncturelle précédente.

³⁰⁶ Voir, par exemple, les conclusions du Conseil européen de Madrid de décembre 1995, *précitées*, note 214, point 1.8.2, ou les conclusions du Conseil européen de Florence de juin 1996, *précitées*, note 274, point 1.3.

³⁰⁷ Expression souvent employée par la Commission dans son pacte de confiance, *précité*, note 178.

³⁰⁸ *Id.*, point 5.5.

C'est dans cet esprit que la Commission a également entrepris d'engager le dialogue civil ³⁰⁹, en cherchant à mobiliser « les acteurs de la société civile et du monde associatif » dans le cadre de son pacte de confiance pour l'emploi, particulièrement pour la réforme du marché de l'emploi ³¹⁰. Le dialogue civil sera davantage exploité par la suite par les institutions communautaires, ainsi que j'en ferai la démonstration dans la section suivante.

L'Union européenne ne s'est pas contentée de vouloir faire bloc contre l'hostilité d'une grande majorité de l'opinion publique vis-à-vis des mesures d'ajustement structurel exigées, elle a aussi cherché à séduire les Européens ainsi que leurs gouvernements avec un discours ambigu.

B. Un discours ambigu

Pour contrer les critiques de plus en plus virulentes adressées à l'Europe, accusée d'abandonner le social sur l'autel de l'orthodoxie libérale, les institutions communautaires ont adopté une rhétorique non dépourvue de contradictions. D'une part, la prise en compte de la protection sociale dans le discours européen a caché des desseins moins nobles. D'autre part, ont été employés des arguments quelque peu déconcertants louant les vertus « sociales » du néolibéralisme.

1/ La prise en compte de la protection sociale... pour mieux la réformer

Alors que la protection sociale n'était plus à l'ordre du jour de l'agenda européen depuis les deux recommandations du Conseil de juin et juillet 1992 (portant respectivement sur les ressources et les prestations suffisantes dans les systèmes de protection sociale, et sur la convergence des objectifs et des politiques de protection sociale), la protection sociale a fait l'objet d'une nouvelle attention de la part des institutions européennes, comme en témoigne sa présence tant dans les conclusions des Conseils européens de 1996 et 1997 que

³⁰⁹ Le dialogue civil consiste pour l'Union européenne à organiser des rencontres sur des questions de politique sociale entre représentants des institutions européennes et représentants d'associations et d'organisations non gouvernementales, en plus des partenaires sociaux, afin de dépasser le strict cadre du dialogue social. La *Déclaration relative à la coopération avec les associations de solidarité*, annexée à l'Acte final du traité de Maastricht, en constitue les prémices. Les livres vert et blanc sur la politique sociale de 1993 et 1994 ont lancé l'idée d'un forum de discussion avec d'autres organisations que les partenaires sociaux. Ce forum a vu le jour le 1^{er} mars 1996 avec la première réunion du Forum européen sur la politique sociale (la seconde a eu lieu les 24 et 26 juin 1998). Le développement du dialogue civil a ensuite été poursuivi par l'Union européenne (voir, par exemple, la communication de la Commission, du 6 juin 1997, sur la promotion du rôle des associations et fondations en Europe (COM(97) 241)).

³¹⁰ Voir la communication de la Commission sur le pacte de confiance, *précitée*, note 178, point 3.4.

dans différents documents des institutions européennes, et notamment de la Commission. Mieux, elle a été décrite comme une caractéristique du modèle social européen³¹¹ et son maintien à un niveau élevé³¹² a même parfois été évoqué.

Et pour confirmer le regain d'intérêt de l'Union européenne pour la chose sociale, la politique sociale européenne a fait à nouveau l'objet de propositions de mesures. En effet, après le vide laissé suite au programme d'action sociale lancé en 1989 – vide peu comblé par l'avis de la Commission sur une rémunération équitable et ses livres vert et blanc de 1993 et 1994 sur la politique sociale – la Commission a lancé en avril 1995 un nouveau programme d'action sociale à moyen terme pour les années 1995-1997. S'agissant de la protection sociale, la Commission a rendu un rapport sur la protection sociale en Europe en 1995³¹³. Elle a également adopté en octobre 1995 une communication concernant l'avenir de la protection sociale³¹⁴, laquelle a donné lieu à une résolution du Conseil, du 2 décembre 1996, sur le rôle des systèmes de protection sociale dans la lutte contre le chômage³¹⁵. La Commission a aussi présenté en janvier 1997 un rapport sur les rémunérations équitables³¹⁶. Et enfin, elle a complété sa communication de 1995 sur la protection sociale par une seconde communication en mars 1997 portant sur la modernisation de la protection sociale³¹⁷.

Or, cet intérêt pour la politique sociale, et en particulier la protection sociale, n'est selon moi que d'apparence. À tout le moins, l'intérêt qui lui est porté n'est pas celui que l'on

³¹¹ Voir *id.*, point 3.5, ainsi que la communication de la Commission, du 31 octobre 1995, concernant l'avenir de la protection sociale : cadre pour un débat européen (COM(95) 466), et la communication de la Commission, du 12 mars 1997, relative à la modernisation et à l'amélioration de la protection sociale en Europe (COM(97) 102). On mentionnera également le mémorandum français pour un modèle social européen, présenté par le président Jacques Chirac au Conseil européen de Turin en mars 1996.

³¹² Voir le premier rapport conjoint sur l'emploi, *précité*, note 178, point I.54.5, ainsi que la communication de la Commission sur un pacte de confiance, *précitée*, note 178, point 3.5.

³¹³ Rapport de la Commission sur la protection sociale en Europe (1995) (COM(95) 457). Le dernier remontait à 1993 : rapport de la Commission sur la protection sociale en Europe (1993) (COM(93) 531).

³¹⁴ Communication de la Commission d'octobre 1995 sur l'avenir de la protection sociale, *précitée*, note 311. Pour un résumé de cette communication, voir COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « L'avenir de la protection sociale, cadre pour un débat européen », [en ligne]. <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/cha/c10614.htm>.

³¹⁵ Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 2 décembre 1996, sur le rôle des systèmes de protection sociale dans la lutte contre le chômage (JO C 386 du 20.12.1996).

³¹⁶ Rapport de la Commission, du 8 janvier 1997 sur les rémunérations équitables (COM(96) 698).

³¹⁷ Communication de la Commission de mars 1997 sur la modernisation et l'amélioration de la protection sociale, *précitée*, note 311. Voir le texte intégral à l'adresse Internet suivante : http://ec.europa.eu/employment_social/social_protection/docs/com102_fr.pdf, et pour un résumé de cette communication, COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Modernisation et amélioration de la protection sociale », [en ligne]. <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/cha/c10615.htm>.

voudrait laisser paraître à l'opinion publique. Cette protection sociale, que l'on dit vouloir conserver à un niveau élevé, rime en réalité avec « réforme », « adaptation » et mise en oeuvre de politiques actives de l'emploi. Elle n'a en fait été abordée que pour mieux être réformée. Plus précisément, en appréhendant la protection sociale au niveau européen, les institutions européennes visaient en réalité les régimes nationaux de sécurité sociale – qu'elles voulaient voir adaptés aux exigences du marché et notamment de la productivité. L'Union européenne, par la voix de la Commission, a ainsi tracé la direction que devaient prendre, au nom de l'emploi, les systèmes nationaux de protection sociale, afin qu'ils soient plus favorables à l'emploi et plus efficaces³¹⁸. Comme je le détaillerai dans la deuxième section de ce chapitre, par ces différents documents la Commission a de la sorte, si l'on peut dire, « mis la table » : plusieurs de ses propositions ont été ensuite reprises par le Conseil européen et ont été finalement adoptées par les États membres.

Il est intéressant de relever l'approche qui a été suivie par la Commission pour convaincre les États membres – et leur opinion publique – de la nécessité de réviser leur protection sociale. Après avoir affirmé l'importance de la protection sociale, la Commission a, dans un premier temps, noirci les perspectives des systèmes nationaux de protection sociale, en mettant en relief les difficultés auxquelles ils sont ou seront confrontés (par exemple, le problème de leur financement lié au vieillissement de la population, à l'augmentation des coûts des soins de santé, etc.), afin d'introduire le doute quant à leur viabilité. Ce qui l'a conduite, dans un second temps, à suggérer des recettes néolibérales telles que l'assurance individuelle³¹⁹ ou les régimes de retraite complémentaires financés par la capitalisation³²⁰. Elle l'a d'abord fait de manière prudente, en 1995, puis de manière beaucoup plus insistante, en 1997, mais toujours en s'appuyant sur la volonté présumée des

³¹⁸ Cet objectif de rendre la protection sociale plus favorable à l'emploi et plus efficace, exprimé en premier lieu par la Commission (voir notamment sa communication de 1995 sur l'avenir de la protection sociale, *précitée*, note 311), a ensuite été largement repris par le Conseil européen en 1996 et 1997 : voir la déclaration de Dublin sur l'emploi, *précitée*, note 299, point I.36 ; la résolution sur la croissance et l'emploi du Conseil européen d'Amsterdam, *précitée*, note 298, point I.28 ; et la résolution du Conseil européen de Luxembourg de décembre 1997 sur la coordination des politiques économiques au cours de la troisième phase de l'Union économique et monétaire et sur les articles 109 et 109 B du traité, annexe 1 aux conclusions de la présidence (JO C 35 du 2.2.1998) – Bulletin UE 12-1997, point I.19.

³¹⁹ Pour la prise en charge à long terme des personnes âgées, par exemple (voir sa communication de 1997 sur la modernisation et l'amélioration de la protection sociale dans l'Union européenne, *précitée*, note 311).

³²⁰ La Commission a produit, le 10 juin 1997, un *Livre vert sur les retraites complémentaires dans le marché unique* (COM(97) 283). L'objet de ce livre vert était de mettre en place au niveau européen un cadre réglementaire pour garantir un fonctionnement efficace de ce type de régime de retraite.

États membres ³²¹, tout en les responsabilisant afin qu'ils agissent ³²². L'objectif n'est donc plus de renforcer la protection sociale dans l'Union européenne, mais d'en préserver les valeurs essentielles et d'améliorer son efficacité. On préfère s'inquiéter de l'avenir de la protection sociale et on la présente comme un malade qui aurait besoin d'une saignée pour survivre. Par la suite, à partir de 1997, les institutions communautaires préféreront faire référence à la « modernisation » et à « l'amélioration » de la protection sociale, termes plus positifs quand les réformes à effectuer risquent d'être mal accueillies par la population européenne.

Parallèlement, à l'adresse des citoyens – et des États membres hésitants – le discours européen s'est fait rassurant. Le rôle fondamental de la protection sociale pour la cohésion sociale – qui fait, nous dit-on, la spécificité du modèle social européen – a été souligné. On a fait valoir que « la protection sociale ne devait pas être perçue comme une charge financière mais plutôt comme un facteur productif » ³²³, et on a introduit l'idée que politique sociale et politique économique pouvaient aller de pair ³²⁴. Or, ce discours – toujours d'actualité ³²⁵ – a, pour moi, un double sens : tentative de persuasion à l'égard des ressortissants européens, il cache aussi une contrainte pour les États membres. Pour être préservée (puisque l'on vient de démontrer qu'elle en vaut la peine), la protection sociale doit être adaptée et donc réformée. Pour être un facteur productif, et non une charge financière, et pour que « politique économique et politique sociale se complètent plutôt que ne s'opposent » ³²⁶, la protection sociale doit avoir un rôle actif, en aidant les économies européennes à être plus flexibles et

³²¹ La Commission a bien souvent recouru à ce que j'appellerais la « rhétorique de l'unanimité » : par exemple, dans son discours, lorsqu'elle soulève un problème, celui-ci « préoccupe tous les États membres », ou « de plus en plus nombreux sont ceux qui appellent de leurs vœux » une solution qu'elle propose. Elle emploie aussi très souvent le terme consensus. Il existe ainsi « un consensus des États membres et des institutions de l'Union européenne selon lequel les systèmes de protection sociale doivent être modernisés ». La Commission constatait d'ailleurs, en 1995, que « beaucoup d'États membres » avaient amorcé une révision de leur régime de sécurité sociale ; en 1997, c'est « tous les États membres » qui procédaient à une réforme de leur système de protection sociale.

³²² Selon la recommandation du Conseil de juillet 1992 sur la convergence des objectifs et des politiques de protection sociale (*précitée*, note 151), les États membres conservent la maîtrise de l'organisation et du financement de la protection sociale. Les communications de la Commission de 1995 et 1997 n'emploient plus le terme de maîtrise mais celui de responsabilité.

³²³ COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Modernisation de la protection sociale : introduction », [en ligne]. <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/cha/c10616.htm> (consulté le 30 avril 2004), qui présente les communications de la Commission (de 1995, de 1997 et de 1999) sur ce sujet.

³²⁴ Voir COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Modernisation et amélioration de la protection sociale », *précité*, note 317.

³²⁵ Cf. les points I.10.69 et I.10.71 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 23 et 24 mars 2006 – Bulletin UE 3-2006, points I.1 à I.25.

³²⁶ COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « L'avenir de la protection sociale, cadre pour un débat européen », *précité*, note 314.

plus performantes³²⁷. L'économie conditionne dès lors le social³²⁸. Derrière ces belles paroles se profilent donc à la fois l'arrimage de la politique sociale à la politique économique, le besoin de convaincre l'opinion publique européenne, et une pression sur les États membres. Cette pression s'est d'ailleurs fait particulièrement sentir lorsque les réformes tardaient à être réalisées ou étaient jugées insuffisantes par les institutions communautaires³²⁹. Ces dernières ont alors invoqué la « nécessité urgente » de réformer la protection sociale. Quant à l'opinion publique (que ce discours rassurant cherchait à rejoindre), la Commission s'était donné pour objectif de « [s]ensibiliser l'opinion au rôle de la politique sociale en tant que facteur productif. »³³⁰ Par « facteur productif », il faut comprendre une politique sociale exploitée au mieux de son potentiel³³¹, par des politiques actives qui favorisent l'emploi – comme le requéraient entre autres les grandes orientations de politique économique de 1996 – et réduisent le taux de dépendance³³². Cet effort de persuasion de la part de la Commission s'explique essentiellement par les résistances de la population européenne à toute réforme des systèmes nationaux de protection sociale. Les principales préoccupations apparues dans le débat public concernent l'introduction de mécanismes de marché dans les systèmes de sécurité sociale, particulièrement pour la santé et les retraites, le risque que l'adaptation des régimes de protection sociale ne conduise à

³²⁷ COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Modernisation de la protection sociale : introduction », *précitée*, note 323. Ce n'est qu'alors que la protection sociale est un « facteur productif ». La communication de la Commission de 1997 sur la modernisation et l'amélioration de la protection sociale (*précitée*, note 311) ainsi que celle du 14 juillet 1999 relative à une stratégie concertée pour moderniser la protection sociale (COM(1999) 347) (pp. 6 et 7 du texte intégral à l'adresse Internet suivante : http://ec.europa.eu/comm/employment_social/social_protection/docs/com99-347_fr.pdf, et Bulletin UE 7/8-1999, point I.3.6) sont très claires à cet égard.

³²⁸ Sur ce point, voir aussi Hubert BOUCHET, « L'Arlésienne du social », dans la série : « Une Europe des citoyens », *Le Monde diplomatique*, juillet 1996, pp. 6-7, à la page 7.

³²⁹ Le Conseil, confronté à la crise de confiance des citoyens européens, estimait, dans sa recommandation sur les grandes orientations des politiques économiques pour 1996 (*précitée*, note 276, point 2.4.1), que « [s]i cette stratégie ne [semblait] pas encore donner de résultats satisfaisants dans l'ensemble de la Communauté, c'est parce qu'elle n'[avait] pas été mise en oeuvre avec suffisamment de vigueur et de crédibilité », et il exhortait les États membres « à faire ce qui [avait] été promis », en brandissant même la notion d'obligation. Le Conseil européen d'Amsterdam de juin 1997, dans sa résolution sur la croissance et l'emploi (*précitée*, note 298, point I.28), rappelait encore que « [l]es réformes structurelles [devaient] être complètes dans leur portée, par opposition à des mesures limitées ou occasionnelles [...] ».

³³⁰ Communication de la Commission de 1997 sur la modernisation et l'amélioration de la protection sociale, *précitée*, note 317, p. 6.

³³¹ Voir la communication de la Commission de 1999 relative à une stratégie concertée pour moderniser la protection sociale, *précitée*, note 327, pp. 6-7.

³³² Voir la communication de la Commission de 1997 sur la modernisation et l'amélioration de la protection sociale, *précitée*, note 317, p. 6.

accroître la précarité et, de manière plus générale, une remise en cause généralisée du caractère universel et obligatoire des régimes de protection sociale ³³³.

Lorsque l'opposition sociale s'est davantage manifestée à travers le discours européen, celui-ci est apparu également un peu plus équilibré. Les autorités européennes ont ainsi fait pour la première fois allusion à des efforts (à consentir par les États membres) « équitablement répartis sur le plan social » ³³⁴. Pourtant, dans les faits, l'accent – et le contrôle communautaire – n'étaient mis que sur le sérieux des mesures prises par les gouvernements européens pour corriger leurs déséquilibres budgétaires.

Le mécontentement populaire a surtout incité les institutions européennes à multiplier les actions pour montrer aux citoyens européens que l'Union européenne agissait dans le domaine de la politique sociale – tout en n'adoptant aucune véritable mesure sociale ³³⁵. Outre la question de la protection sociale, la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs a été à nouveau abordée, mais en vue de sa révision ³³⁶. La volonté affichée par l'Union européenne, à partir de 1995, de faire appliquer plus efficacement par les États membres les directives européennes dans le domaine social s'explique par le fait qu'il était devenu « indispensable » pour les institutions communautaires « que la législation sociale communautaire devienne une réalité tangible

³³³ Le Réseau européen des associations de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale (*European Anti Poverty Network* (EAPN)) s'est fait le relais de ces différentes inquiétudes : voir EAPN, « Commentaires sur la communication de la Commission "Protection sociale dans l'Union européenne : modernisation et amélioration" (COM(97)102) » (texte accessible à l'adresse Internet suivante : http://www.eapn.org/code/fr/publ_detail.asp?pk_id_content=561), spécialement pp. 2, 4 et 5.

³³⁴ Voir les conclusions du Conseil européen de Florence en juin 1996 (*précitées*, note 274, point I.3), qui reprennent en cela les grandes orientations des politiques économiques de 1996 (*précitées*, note 276, point 2.4.1).

³³⁵ Comme le relève H. BOUCHET, *loc. cit.*, note 328, pp. 6-7 : « Des sommets du G 7 de Lille et de Lyon au conseil européen de Florence, jamais les gouvernements n'ont autant fait étalage devant l'opinion de leur prétendu souci du chômage et de la question sociale. L'Europe sociale, toujours invoquée mais jamais – ou presque – traduite en actes, est l'éternelle Arlésienne d'une construction communautaire visant au tout-marché. »

³³⁶ Le livre blanc sur la politique sociale de 1994 prévoyait déjà une évaluation par la Commission, en collaboration avec le Parlement européen, des perspectives (mais aussi des réalisations) de la Charte cinq ans après son adoption. Une audition commune avait ainsi été organisée en avril 1995 par la Commission avec le Parlement européen avec pour thème l'avenir de la Charte communautaire des droits sociaux. Un comité des sages sur la politique sociale avait été par la suite constitué en octobre 1995 pour élaborer un rapport en vue du Forum européen sur la politique sociale en mars 1996, réunissant des ONG, les partenaires sociaux et la Commission, qui devait débattre de la révision éventuelle de la Charte. On relèvera la même démarche que celle qui a été empruntée pour la protection sociale : on commence à aborder son avenir pour en venir à sa révision.

pour les citoyens »³³⁷. Cela permettait du même coup d'occulter l'absence de développement du droit européen du travail. De même, le dialogue social et le dialogue civil au niveau européen ont servi de vitrine à la « préoccupation sociale » de l'Union européenne, que l'on a parallèlement activement entretenue par une habile stratégie de communication³³⁸.

L'attitude des autorités communautaires à l'égard de la protection sociale apparaît ainsi particulièrement contradictoire : on s'est efforcé de montrer aux citoyens que l'Union européenne « faisait du social », alors que l'on visait à réformer les systèmes nationaux de sécurité sociale. Comme le souligne Ezra Suleiman, l'Europe sociale a servi à légitimer l'Europe libérale³³⁹.

Ce discours, s'il a été essentiellement celui de la Commission durant les années 1995 et 1996, a ensuite été repris par le Conseil européen en 1997. Le Conseil européen a, en effet, fait sienne la démarche de la Commission, comme l'atteste cet extrait de la résolution du Conseil européen sur la croissance et l'emploi, adoptée par le Conseil européen d'Amsterdam, qui est en fait un condensé des principaux arguments de la Commission :

« *Les politiques économiques et sociales se renforcent mutuellement. Il conviendrait de moderniser les régimes de protection sociale, de manière à améliorer leur fonctionnement et à contribuer à la compétitivité, à l'emploi et à la croissance, établissant ainsi une base durable pour la cohésion sociale.*

Cette approche, combinée à des politiques axées sur la stabilité, constitue la base d'une économie fondée sur les principes d'insertion, de solidarité, de justice et d'environnement durable, et susceptible de bénéficier à tous les citoyens. L'efficacité économique et l'insertion sociale sont des aspects complémentaires de la société européenne plus unie à laquelle nous aspirons tous.

³³⁷ Voir la résolution du Conseil, du 27 mars 1995, relative à la transposition et à l'application de la législation sociale communautaire (JO C 168 du 04.07.1995).

³³⁸ La Commission a, en effet, annoncé dans son programme d'action sociale à moyen terme (1995-1997) (communication du 12 avril 1995 (COM(95) 134)) son intention de lancer « [...] une vaste campagne d'information en vue d'accroître la sensibilisation à la législation et à l'action sociales européennes ».

³³⁹ Pour M. Ezra Suleiman, directeur du Centre européen de l'Université de Princeton, « [...] l'Europe libérale a été légitimée par un discours qui visait à en atténuer le poids en offrant aux citoyens un objectif de substitution à la fois indiscutable et irréalisable : l'Europe sociale. On a donc construit une Europe libérale en invoquant l'Europe sociale. Autant dire qu'on a mis en place une Europe que la majorité des citoyens ne souhaitaient pas, en leur expliquant qu'on allait construire en même temps ou dans la foulée quelque chose d'acceptable par le plus grand nombre. » Ezra SULEIMAN, « Europe et capitalisme », *Le Monde*, 18 avril 1996, p. 12 ; voir aussi H. BOUCHET, *loc. cit.*, note 328, pp. 6-7, qui le cite.

Compte tenu de cette déclaration de principe, le Conseil européen invite tous les opérateurs économiques et sociaux, notamment les autorités nationales, régionales et locales et les partenaires sociaux, à *assumer pleinement leurs responsabilités* dans leurs sphères d'activités respectives. »³⁴⁰ (les caractères italiques ont été ajoutés)

On retrouve également, en filigrane, dans ce discours l'argumentaire néolibéral qui loue les vertus du néolibéralisme, y compris dans le domaine social, et qui sera à maintes reprises avancé par les institutions de l'Union en ces temps troubles de contestation sociale.

2/ Les bienfaits vantés du néolibéralisme

Le discours européen s'est également mis à contenir de plus en plus d'affirmations pour le moins surprenantes vantant les bienfaits du néolibéralisme, non seulement pour l'économie mais également pour la société ; un néolibéralisme donc au secours du « social ». Par exemple, selon le deuxième rapport du groupe consultatif sur la compétitivité, l'amélioration de la compétitivité est « un moyen d'améliorer le niveau de vie, de créer des emplois et d'éradiquer la pauvreté »³⁴¹. La Commission, quant à elle, déclarait – sans s'impliquer – qu'« [...] il y a du vrai dans l'affirmation qu'une inflation basse est la meilleure politique sociale possible. »³⁴². Le Conseil n'était pas non plus en reste : il estimait que les politiques de l'emploi préconisées – soit néolibérales – étaient non seulement indispensables sur le plan de la compétitivité mais qu'elles contribuaient aussi positivement à la cohésion et au consensus social, et il soutenait que des politiques de rigueur budgétaire permettraient, à travers la stabilité des taux de change, d'améliorer la répartition des ressources – dont il se gardait de préciser la nature³⁴³ – dans l'Union européenne³⁴⁴. Le Conseil européen, pour sa part, n'avait pas peur de la contradiction lorsqu'il affirmait que « [l]es actions des institutions communautaires et des États membres ont été mises en oeuvre afin de mieux répondre aux attentes légitimes du citoyen. Le fonctionnement du marché intérieur, la gestion de la réforme de la politique agricole commune, l'intensification des réalisations dans les secteurs des transports, de l'énergie, des télécommunications [autrement dit leur libéralisation] et de la recherche et du développement technologique, la consolidation des progrès dans les nouveaux domaines couverts par la Communauté européenne et la coopération

³⁴⁰ Résolution du Conseil européen sur la croissance et l'emploi, *précitée*, note 298, point I.28.

³⁴¹ Deuxième rapport du groupe consultatif sur la compétitivité – Bulletin UE 12-1995, point I.3.2.

³⁴² Communication de la Commission sur un pacte de confiance pour l'emploi, *précitée*, note 178, point I.3.

³⁴³ Or, cela renvoie, dans l'inconscient du lecteur, à l'idée de cohésion économique et sociale.

intergouvernementale montrent la volonté de rapprocher les politiques du citoyen et d'avancer dans la lutte contre l'exclusion sociale. »³⁴⁵

Mais comme il ne suffit pas toujours d'affirmer les avantages du néolibéralisme pour convaincre les citoyens européens, les autorités européennes, et particulièrement la Commission, ont, d'une part, décidé d'accentuer les efforts de communication et d'explication. Et elles l'ont fait non seulement à l'égard de la politique sociale européenne, mais aussi pour des thèmes centraux de l'Europe libérale : le marché intérieur³⁴⁶ et l'Union économique et monétaire³⁴⁷.

Les institutions communautaires ont eu, d'autre part, un discours également « défensif », pour légitimer les politiques économiques mises en oeuvre au niveau européen. La Commission, par exemple, a ressenti le besoin de justifier, dans son pacte de confiance, les ajustements imposés pour l'Union économique et monétaire³⁴⁸ ; tout comme le Conseil

³⁴⁴ Voir la recommandation du Conseil sur les grandes orientations des politiques économiques de 1995, *précitée*, note 273, point 2.2.1.

³⁴⁵ Rapport du Conseil européen au Parlement européen sur les progrès de l'Union européenne en 1995 (en application de l'article D du traité sur l'Union européenne) – Bulletin UE 7/8-1996, point 2.2.1 (ce rapport se trouve en annexe des conclusions du Conseil européen de Florence de juin 1996, *précitées*, note 274). On s'étonnera ainsi d'apprendre que la poursuite de la politique de libéralisation menée par les instances communautaires répond aux attentes des citoyens – lesquels ont plutôt exprimé leur opposition aux mesures d'ajustement structurel qui leur étaient imposées – ou qu'elle traduit la volonté de l'Union de s'occuper d'exclusion sociale. Restent dans la même veine les déclarations du Conseil européen selon lesquelles « [l]a mise en place du marché intérieur des services postaux revêt une importance considérable sur les plans économique et social » ou d'après lesquelles la compétitivité de l'industrie européenne « est à la base même de la croissance, de la création d'emplois et du relèvement des niveaux de vie [...] » (respectivement conclusions du Conseil européen de Dublin des 13 et 14 décembre 1996 – Bulletin UE 12-1996, points I.1 à I.38, au point I.5 et du Conseil européen d'Amsterdam des 16 et 17 juin 1997 – Bulletin UE 6-1997, points I.1 à I.31, au point I.7).

³⁴⁶ La Commission a mis en place, en 1996, une nouvelle initiative, intitulée « citoyens d'abord », destinée à « sensibiliser le public aux avantages du marché intérieur » (*cf.* le rapport du Conseil européen au Parlement européen sur les progrès de l'Union européenne en 1995, *précité*, note 345, point 2.2.1).

³⁴⁷ La Commission, dans son pacte de confiance pour l'emploi (*précité*, note 178, point 1.7), a demandé aux institutions européennes et aux États membres de faire un effort accru de communication pour « [m]ieux expliquer l'apport positif de l'UEM à une stratégie macro-économique propice à l'emploi ».

³⁴⁸ La Commission avance en effet, au paragraphe 1.2 de son document, un certain nombre d'arguments pour démontrer les bienfaits – et la nécessité – des ajustements structurels, arguments qui visent moins à convaincre les gouvernements qu'à répondre aux critiques. L'affirmation qui y est faite, selon laquelle « [le] cadre macro-économique sain impliqué par l'UEM ne tue pas l'emploi [...] », se veut sans doute une réponse à l'opinion inverse, partagée par de plus en plus de ressortissants européens. Comme le mentionne avec justesse René LENOIR (« Stabilité monétaire ou épanouissement des sociétés – L'Europe quand même », *Le Monde diplomatique*, octobre 1993, p. 18), « [t]ous les économistes savent que, dans un pays qui renonce à ces trois leviers que sont l'inflation, le déficit public et les taux d'intérêt, l'ajustement se fait par les salaires et par l'emploi, c'est-à-dire par le chômage. » Voir dans un sens analogue Alain EUZÉBY, « La Communauté européenne face au défi de l'emploi », (2001) 446 *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 185, 188-189 et

européen a tenu à préciser, alors que le chômage sévissait, qu'«[i]l n'y [avait] pas de contradiction entre des politiques macro-économiques et budgétaires saines, d'une part, et une croissance forte et durable de la production et de l'emploi, d'autre part. »³⁴⁹ De la même manière, on retrouve ce besoin de justification dans les grandes orientations des politiques économiques de 1995, qui justifient l'assainissement financier non plus seulement au nom de l'union économique et monétaire, mais également au nom de la croissance et de l'emploi.

Et, parallèlement à la carotte – soit les avantages du néolibéralisme mis en avant à grand renfort de persuasion et de justification – les autorités européennes ont aussi brandi le « bâton », en noircissant les conséquences de l'inaction. Les institutions communautaires ont ainsi fait pression pour l'emploi³⁵⁰, à l'égard tant des États membres que des partenaires sociaux³⁵¹, et pour l'assainissement budgétaire, quand les résultats se faisaient attendre³⁵².

La critique sociale a ainsi conduit les institutions communautaires à déployer une panoplie de stratégies rhétoriques pour tenter d'étouffer la contestation, mais l'ampleur du mécontentement populaire a pu faire craindre aux autorités de l'Union un relâchement dans l'application des critères de convergence prévus dans le traité de Maastricht pour l'entrée dans l'Union économique et monétaire³⁵³ et une désaffection de l'opinion publique pour la construction européenne. Je soutiens qu'elles ont par conséquent opté pour un « verrouillage » des critères de Maastricht et une révision des traités européens.

Paragraphe 2. La révision des textes afin de consolider les « acquis » néolibéraux de l'Union européenne

Je suis d'avis que l'Union européenne a voulu, d'une part, « sécuriser » l'Union économique et monétaire, en cherchant à supprimer à l'avance toute velléité des États

Philippe POCHET, « L'emploi après le sommet de Dublin », (1997) 405 *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 87, 90-91.

³⁴⁹ Déclaration de Dublin sur l'emploi, *précitée*, note 299, point I.36.

³⁵⁰ Il s'agit d'une pression « idéologiquement orientée » qui fait reposer l'amélioration de la situation de l'emploi sur le renforcement par les États membres des réformes structurelles (voir, par exemple, le premier rapport conjoint sur l'emploi, *précité*, note 178, point I.54.5).

³⁵¹ L'Union européenne fait ainsi dépendre la création d'emploi de leurs efforts à consentir (*id.*, point I.54.5).

³⁵² Les institutions européennes ont insisté sur la crédibilité vis-à-vis des marchés financiers des politiques d'ajustement budgétaire, laquelle crédibilité risquait d'être affectée par l'absence de progrès ou par des mesures qui s'écarteraient « des bonnes voies » (voir les grandes orientations des politiques économiques de 1995 et de 1996, *précitées*, respectivement notes 273 et 276, points 2.2.1 et 2.4.1).

³⁵³ Ces critères de convergence, dits aussi critères de Maastricht, concernent, rappelons-le, le déficit budgétaire, la dette publique, le taux d'inflation, les taux d'intérêt à long terme, et la stabilité du taux

membres de s'écarter un tant soit peu des critères de convergence de Maastricht pour satisfaire leur opinion publique. D'autre part, pour ne pas paraître totalement insensible au problème du chômage, alors qu'elle venait d'ériger des remparts aux critères de Maastricht qui risquaient de l'aggraver encore davantage, l'Union européenne a choisi la voie de la révision des traités européens pour détourner habilement l'attention des citoyens européens sur de grands principes – qui se révéleront difficile à concrétiser – afin de poursuivre avec équanimité sa lancée néolibérale.

A. Le pacte de stabilité et de croissance : une révision indirecte, à la défense des critères de Maastricht

Le retard pris dans l'assainissement budgétaire – en 1995, douze États membres étaient en situation de déficit public excessif³⁵⁴ – et le peu d'empressement de certains États membres à remédier à la situation en raison du ralentissement économique, combiné au scepticisme grandissant de l'opinion publique européenne à l'égard de la monnaie unique, ont fait craindre aux autorités communautaires des lendemains difficiles pour l'Union économique et monétaire. Certains États membres – l'Allemagne pour n'en citer qu'un seul – ne voulaient pas faire les frais des déficits budgétaires de certains de leurs partenaires, plus laxistes dans la gestion de leurs finances publiques, à travers les taux d'intérêt et l'absence de confiance des marchés financiers dans l'euro³⁵⁵.

Aussi l'Allemagne³⁵⁶, avec l'appui d'autres pays membres et des institutions communautaires, a-t-elle proposé un pacte de stabilité pour assurer la stabilité budgétaire et,

de change. Ces critères visent à obtenir une convergence en matière économique entre les États membres.

³⁵⁴ La Belgique, le Danemark, la Grèce, l'Espagne, la France, l'Italie, les Pays-Bas, l'Autriche, le Portugal, la Finlande, la Suède et le Royaume-Uni. Le Conseil, sur recommandation de la Commission, leur avait alors adressé, le 24 juillet 1995, des recommandations afin qu'ils corrigent leur déficit excessif (voir le rapport du Conseil européen au Parlement européen sur les progrès de l'Union européenne en 1995, *précité*, note 345, point 2.2.1).

³⁵⁵ Voir COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Pacte de stabilité et de croissance : mise en oeuvre et chiffres clés », [En ligne]. <http://europa.eu.int/scadplus/fr/lvb/125057.htm> (mis à jour le 17 novembre 2003). Or, pour Michel DEVOLUY, « Pacte de stabilité et coordination économique : limites et perspectives (chron. n° 13) », (novembre 2002) *Europe* 3, 6 et 7, cet argument, qu'il nomme « les effets de débordements négatifs sur l'activité des partenaires », n'est pas prouvé.

³⁵⁶ Plus précisément, ce sont le ministre des finances de la République fédérale d'Allemagne, Theo Waigel, et le président de la Bundesbank, Hans Tietmayer, qui sont les ardents promoteurs de cette proposition de pacte de stabilité budgétaire, lequel était destiné à « discipliner les pays latins », selon les termes d'Ignacio RAMONET, « L'Europe de la Bundesbank », *Le Monde diplomatique*, juillet 1997, p. 1. L'objectif poursuivi par l'Allemagne était également d'obtenir, par la voie de la stabilité budgétaire, la stabilité des prix : voir Pierre MAILLET, « Le pacte de stabilité et de croissance : portée et limites du compromis de Dublin ? », (1997) 404 *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 5. Cet auteur relève d'ailleurs, avec une certaine ironie, que « [...] c'est un des pays qui est

surtout, pour prévenir l'apparition de déficit public excessif après l'entrée dans la troisième phase de l'Union économique et monétaire. Un accord politique sur ce « pacte de stabilité et de croissance »³⁵⁷ a été obtenu au Conseil européen de Dublin de décembre 1996 et le Conseil européen d'Amsterdam de juin 1997 a adopté une résolution sur le pacte de stabilité et de croissance³⁵⁸. Outre ladite résolution qui le complète, le pacte de stabilité et de croissance est constitué de deux règlements du Conseil, l'un relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques³⁵⁹, et l'autre visant à accélérer et à clarifier la mise en oeuvre de la procédure concernant les déficits excessifs³⁶⁰.

Or, ce pacte de stabilité budgétaire ne se limite pas à simplement prolonger les dispositions du traité CE relatives à la discipline budgétaire. Il les renforce nettement³⁶¹. En effet, la prévention des déficits excessifs est recherchée à l'aide de deux instruments. Le premier consiste dans la surveillance multilatérale des positions budgétaires des États membres. Les États membres de la zone euro et ceux hors de la zone euro doivent établir respectivement des programmes de stabilité et des programmes de convergence qui détaillent de manière extrêmement précise leurs évaluations budgétaires pour l'année en cours et les années à venir et les mesures budgétaires ou de politique économique qu'ils prendront pour atteindre l'objectif d'équilibre budgétaire³⁶². Ces programmes, que les États membres

le plus favorable à la déréglementation et à la flexibilité pour le fonctionnement des marchés qui a exigé le plus fortement l'adoption d'un corset rigide pour l'action budgétaire de l'État. » (*id.*, 12).

³⁵⁷ Le terme de « croissance » s'explique davantage par « souci politique d'habillage », ainsi que le note Pierre Maillet. Quant à la « stabilité », les protagonistes de ce pacte n'avaient nullement à l'esprit la stabilité sociale, seule la stabilité budgétaire et des prix était recherchée (voir P. MAILLET, *loc. cit.*, note 356, 11 et 6).

³⁵⁸ Résolution du Conseil européen sur le pacte de stabilité et de croissance, annexe I aux conclusions de la présidence (du Conseil européen d'Amsterdam) (JO C 236 du 2.8.1997) – Bulletin UE 6-1997, point I.27.

³⁵⁹ Règlement (CE) n° 1466/97 du Conseil, du 7 juillet 1997, relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des grandes orientations des politiques économiques (article 103, paragraphe 5, du traité CE) (JO L 209 du 2.8.1997) – Bulletin UE 7/8-1997, point 1.3.17.

³⁶⁰ Règlement (CE) n° 1467/97 du Conseil, du 7 juillet 1997, visant à accélérer et à clarifier la mise en oeuvre de la procédure concernant les déficits excessifs (article 104 C, paragraphe 14, du traité CE) (JO L 209 du 2.8.1997) – Bulletin UE 7/8-1997, point 1.3.17.

³⁶¹ Lionel Jospin, lors de sa campagne électorale, s'était d'ailleurs ouvertement opposé à ce pacte budgétaire, accepté à Dublin par Jacques Chirac, en ces termes : « [i]l ajoute des conditions qui ne sont pas dans le traité de Maastricht. C'est du super-Maastricht et c'est une concession que le gouvernement a faite absurdement aux Allemands » : voir Catherine GOYBET, « L'Europe en panne d'âme », (1997) 409 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 376, qui le cite.

³⁶² Ces programmes doivent notamment indiquer l'évolution prévisible des comptes publics à moyen terme, et particulièrement de la dette publique, la « trajectoire d'ajustement » pour parvenir à l'équilibre budgétaire, les principales hypothèses pour les perspectives économiques, ainsi que leur impact sur la situation budgétaire et de la dette si ces hypothèses venaient à changer (voir

doivent rendre publics, sont étroitement contrôlés par la Commission, le Comité économique et financier et le Conseil ³⁶³. Ce dernier peut adresser des recommandations individuelles, pouvant être rendues publiques, en cas de dérapage des finances publiques.

Le deuxième instrument vient renforcer ce dispositif préventif par la dissuasion : la procédure concernant les déficits excessifs prévue à l'article 104 (ex-article 104 C) du traité CE a été accélérée et consolidée avec des règles beaucoup plus rigoureuses ³⁶⁴. Il lui a été ajouté des délais très courts à chaque étape de la procédure ³⁶⁵, une certaine automatisation des sanctions ³⁶⁶, ainsi que divers « garde-fous » pour s'assurer d'une application effective de ladite procédure ³⁶⁷, notamment à l'égard des institutions communautaires compétentes afin qu'elles sanctionnent les États membres rechignant à corriger leurs déficits excessifs ³⁶⁸.

COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Renforcement de la surveillance des positions budgétaires », [En ligne]. <http://europa.eu.int/scadplus/fr/lvb/125019.htm> (mis à jour le 8 novembre 2003)).

³⁶³ Le Conseil vérifie notamment le réalisme des hypothèses économiques sur lesquelles se fonde le programme de stabilité ou de convergence, le caractère suffisant des mesures prises ou envisagées pour atteindre l'équilibre budgétaire et s'il existe une « marge de sécurité » suffisante pour prévenir un déficit excessif, ainsi que la compatibilité des politiques économiques des États membres avec les grandes orientations des politiques économiques (GOPE) (voir *id.*).

³⁶⁴ On notera que le pacte de stabilité ne retient, pour le déclenchement de cette procédure, que le dépassement d'une seule valeur de référence, celle du rapport au PIB du déficit (et non plus également de la dette publique). Le seuil de ce critère a été maintenu à 3 % ; la proposition allemande suggérait initialement d'adopter des critères plus sévères que ceux de Maastricht, en ramenant ce seuil à 1 % : voir P. MAILLET, *loc. cit.*, note 356, 10.

³⁶⁵ Par exemple, les déficits excessifs doivent désormais être corrigés au plus tard dans l'année suivant leur constatation. Ces délais, généralement inférieurs à quatre mois, conduisent également à un enchaînement automatique des étapes de la procédure.

³⁶⁶ Lorsque un État membre ne se conforme pas aux décisions du Conseil après avoir été mis en demeure d'agir pour réduire son déficit, le Conseil est invité à exiger systématiquement un dépôt sans intérêt et à convertir systématiquement ce dépôt en amende deux ans plus tard si le déficit excessif n'a toujours pas été corrigé (voir notamment la résolution du Conseil européen d'Amsterdam sur le pacte de stabilité et de croissance, *précitée*, note 358, point I.27). Le montant de ce dépôt a aussi été défini ; il est particulièrement dissuasif puisqu'il est l'équivalent de 0,2 % à 0,5 % du PIB du pays concerné. Le paragraphe 11 de l'article 104 TCE prévoyait également d'autres sanctions, moins lourdes ; en outre, il ne liait nullement le dépôt et l'amende.

³⁶⁷ Les ajustements budgétaires correcteurs pris par l'État membre doivent ainsi se traduire en chiffres réels et être adéquats selon l'avis du Conseil. Par ailleurs, les circonstances exceptionnelles permettant aux États membres de déroger aux exigences de l'article 104 TCE ont été définies de manière extrêmement sévère. Par exemple, si le déficit excessif est consécutif à une récession économique, celle-ci doit être telle que le PIB annuel a été réduit de 2 %.

³⁶⁸ La Commission et le Conseil devraient ainsi justifier par écrit leur décision de ne pas appliquer la procédure des déficits excessifs (ainsi que la procédure de surveillance des positions budgétaires pour le Conseil) si leur décision s'écarte respectivement de l'avis du Comité économique et financier ou de la Commission. Dans un tel cas, le Conseil devrait même rendre public le vote de chacun des États membres (voir la résolution du Conseil européen d'Amsterdam sur le pacte de stabilité et de croissance, *précitée*, note 358, point I.27).

Il s'agit donc, bien que l'on s'ingénie à ne pas le reconnaître³⁶⁹, d'une révision pure et simple des dispositions du traité concernant la surveillance multilatérale (article 99 (ex-article 103) du traité CE) et les déficits publics excessifs (article 104 du traité CE). La surveillance multilatérale ne couvre plus seulement l'évolution économique dans chacun des États membres et la conformité de leurs politiques économiques aux grandes orientations de politique économique, mais aussi très précisément l'assainissement budgétaire des États membres. Sous prétexte de prévenir l'apparition de déficit excessif, l'Union européenne impose ainsi aux États membres d'avoir pour objectif budgétaire une situation proche de l'équilibre ou excédentaire à moyen terme³⁷⁰ et un écart de cet objectif peut faire l'objet d'un rappel à l'ordre.

La contrainte européenne sur les finances publiques nationales se fait également davantage sentir dans le cadre de la procédure des déficits excessifs. Le contrôle ne porte plus seulement sur « les erreurs manifestes » dans l'évolution de la situation budgétaire et de l'endettement public des États membres (article 104, paragraphe 2 du traité CE) et les États membres ne doivent plus seulement « éviter » les déficits excessifs (article 104, paragraphe 1 du traité CE). Le seul fait qu'un État membre soit « susceptible de ne pas tenir ses obligations en ce qui concerne sa politique économique »³⁷¹ – autrement dit son engagement à ramener son déficit budgétaire à un niveau proche de l'équilibre – peut conduire à une recommandation du Conseil suite à l'engagement par la Commission de la procédure « d'alerte précoce ». Cette procédure a été ajoutée par le pacte de stabilité budgétaire³⁷². Les « dents » ajoutées à la procédure de l'article 104 du traité CE pour la rendre plus dissuasive renforcent ce carcan communautaire imposé aux budgets publics nationaux. On relèvera, par

³⁶⁹ La présentation que font les autorités communautaires du règlement n° 1467/97 du Conseil de juillet 1997 (visant à accélérer et à clarifier la procédure concernant les déficits excessifs) est symptomatique à cet égard : il s'agit d'un simple règlement de mise en oeuvre qui simplifie et accélère ladite procédure et qui complète le règlement de 1993. Cette manière de présenter les modifications apportées par le pacte de stabilité et de croissance occulte le fait que l'on a ainsi considérablement renforcé la discipline budgétaire prévue à l'article 104 TCE. De même, la formulation « programme » de stabilité ou de convergence masque l'obligation sous-jacente de parvenir à un budget équilibré ou excédentaire.

³⁷⁰ Contrairement aux deux règlements relatifs au pacte de stabilité et de croissance, la résolution du Conseil européen d'Amsterdam sur le pacte de stabilité et de croissance, *précitée*, note 358, point 1.27, a au moins le mérite d'être explicite sur ce point : les États membres « s'engagent à respecter l'objectif budgétaire à moyen terme d'une position proche de l'équilibre ou excédentaire [...] ».

³⁷¹ COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Pacte de stabilité et de croissance : mise en oeuvre et chiffres clés », *précité*, note 355.

³⁷² L'article 104, paragraphe 3 TCE prévoit seulement l'élaboration d'un rapport de la Commission en cas de risque de déficit public excessif dans un État membre. Et la recommandation du Conseil n'intervient, au regard des paragraphes 6 et 7 de l'article 104 TCE, que s'il y a déficit excessif effectif, et non simplement éventuel.

ailleurs, le rôle accru de la Commission – une Commission Santer connue pour son idéologie ultralibérale – dans la surveillance de la mise en oeuvre du pacte de stabilité et de croissance, ainsi que celui du Comité économique et financier ³⁷³.

Avec le pacte de stabilité et de croissance, les États membres perdent donc encore un peu plus la maîtrise de leurs politiques budgétaires, déjà bien amoindrie avec les dispositions du traité de Maastricht sur la coordination économique et monétaire. Or, comme le remarque avec justesse Pierre Maillet, « le budget *est le reflet* – et un instrument privilégié de mise en oeuvre – *d'un choix de société*. » Les orientations politiques relativement à la répartition des revenus, à la cohésion sociale, à la politique de recherche-développement, à la politique environnementale ou à la lutte contre le chômage ont, en effet, toutes une traduction budgétaire ³⁷⁴. Au nom de la stabilité des prix et sous prétexte de préparer les finances publiques aux conséquences du vieillissement de la population européenne, le pacte de stabilité et de croissance impose une seule voie aux États membres, celle de l'équilibre budgétaire, autrement dit celle de l'orthodoxie néolibérale. Pourtant, ainsi que le démontre Michel Devoluy, d'une part, les règles du traité CE (notamment les articles 101 et 103 et le rôle donné à la Banque centrale européenne) auraient suffi à garantir la stabilité des prix face aux risques de pratiques budgétaires laxistes, d'autre part, un déficit public peut, par des investissements appropriés, tout aussi bien préparer les finances publiques au défi démographique ³⁷⁵. Cet auteur en conclut que le pacte de stabilité et de croissance « repose trop sur une approche qui valorise les décisions d'investissements privés par rapport aux décisions publiques » ³⁷⁶.

L'empreinte du courant néolibéral dominant apparaît également sur une autre révision des textes européens, celle dont résulte le traité d'Amsterdam.

B. Le traité d'Amsterdam, une révision superficielle destinée à faire taire les critiques

Il est raisonnable de penser que par le traité d'Amsterdam, les institutions communautaires et les États membres ont voulu faire la promotion d'une Europe à l'écoute

³⁷³ La Commission doit désormais tenir compte de son avis sur l'existence d'un déficit excessif.

³⁷⁴ P. MAILLET, *loc. cit.*, note 356, 9.

³⁷⁵ M. DEVOLUY, *loc. cit.*, note 355, 5. Un déficit est d'ailleurs, selon lui, légitime, et prépare également l'avenir du pays, lorsqu'il résulte de dépenses publiques dans les infrastructures, la recherche ou l'éducation : « [...] on ne reproche pas à un "bon père de famille" de s'endetter pour l'éducation de ses enfants ou l'achat d'un appartement dont profiteront ses héritiers [...] ».

³⁷⁶ *Id.*

de ses citoyens et de leurs préoccupations quotidiennes. Certes, comme nous l'avons vu, les conclusions du Conseil européen reflétaient déjà, depuis 1993, ce désir de donner une image de l'Union européenne plus proche des ressortissants européens, mais les conclusions du Conseil européen ne rejoignent que très peu le grand public n'étant que faiblement médiatisées³⁷⁷. Le traité d'Amsterdam était une occasion unique pour présenter une Europe à visage plus humain. Il a donc fait l'objet d'une attention – et d'un appui financier – particulièrement soutenus de la part de la Commission et des gouvernements nationaux pour que le texte final soit largement porté à la connaissance du public, et plus particulièrement les thèmes de nature plus « sociétale » inscrits dans le traité³⁷⁸.

La raison alors invoquée pour ces larges et coûteux efforts de diffusion était d'éviter les erreurs du passé, à savoir la difficile ratification du traité de Maastricht. Toutefois, je serais tentée de dire que la préoccupation principale des autorités européennes et des gouvernements des pays membres résidait ailleurs : faire face à la vague de contestation sans précédent qui secouait l'Europe en raison des ajustements structurels réclamés par l'Union européenne pour la réalisation de l'Union économique et monétaire. Aussi, si la révision des traités européens³⁷⁹ avait initialement surtout pour objectif de rendre l'Union européenne plus efficace en vue des futurs élargissements, le souhait de rapprocher l'Europe de ses citoyens est venu par la suite se greffer à l'agenda révisé, au fur à mesure que le mécontentement populaire grandissait. Cela ressort clairement des orientations qui ont été données à la Conférence intergouvernementale, lors de son lancement au Conseil européen de Turin en mars 1996, celle-ci devant « fonder ses travaux sur le constat que les citoyens sont au coeur de la construction européenne : l'Union doit impérativement répondre de manière concrète à leurs besoins et à leurs préoccupations. »³⁸⁰

³⁷⁷ Ceci n'est plus vrai à l'heure actuelle. On assiste, en effet, ces dernières années, à une médiatisation croissante des réunions du Conseil européen. Les services de l'information de la Commission européenne sont également particulièrement efficaces. Cette dernière met en effet un soin scrupuleux à ce que les propositions d'actions communautaires ou les décisions européennes soient amplement relayées par la presse sous un jour qui soit favorable à l'Union européenne. Sur le rôle de la Commission dans la production – et le contrôle – d'articles dans la presse ou d'informations télévisuelles ou radiophoniques favorables à ses vues et « éduquant » l'opinion publique aux avantages de l'Union européenne, voir l'intéressant article de Gérard DE SÉLYS, « La machine de propagande de la Commission », *Le Monde diplomatique*, juin 1996, pp. 8 et 9.

³⁷⁸ Le « spécial traité d'Amsterdam » du magazine *7 jours Europe, Lettre hebdomadaire de la Représentation en France de la Commission européenne*, qui loue les avantages du nouveau traité, est un exemple parmi d'autres de la propagande qui a été menée par la Commission en faveur du nouveau traité.

³⁷⁹ Le traité d'Amsterdam est le produit de deux longues années de négociations, de juin 1995 à juin 1996.

³⁸⁰ Conclusions du Conseil européen de Turin en mars 1996, *précitées*, note 191, point I. 4.

C'est pourquoi le traité d'Amsterdam comporte plusieurs nouvelles dispositions destinées à obtenir l'adhésion des citoyens européens³⁸¹. Toutefois, la volonté réelle des Hautes Parties Contractantes (c'est-à-dire les États membres) de répondre concrètement aux attentes des ressortissants européens se mesure à l'aune des outils d'intervention donnés à l'Union européenne dans les domaines intéressant le citoyen européen. Or ceux-ci s'avèrent bien minces, soit en raison de la procédure de décision choisie – l'unanimité bien souvent – soit faute de moyens financiers suffisants. D'aucuns, et notamment le représentant spécial du Ministère des Affaires étrangères de la Belgique pour la Conférence intergouvernementale, Franklin Dehousse³⁸², ont ainsi critiqué le « caractère incantatoire » du traité d'Amsterdam. Je me pencherai donc plus en détail sur ces nouvelles dispositions afin de démontrer que si l'on a cherché par là à témoigner notamment « de la volonté de dépasser la logique pure du marché », en encadrant davantage la priorité accordée depuis longtemps par le traité CEE, puis CE, à la libre circulation et à la concurrence³⁸³, cette volonté n'est qu'apparente. L'objectif était avant tout de focaliser l'attention des citoyens européens sur ces sujets, pour poursuivre discrètement les réformes néolibérales.

1/ Un traité à l'attention des citoyens

Parmi les mesures s'adressant aux citoyens européens l'emploi figure en première place. Le traité d'Amsterdam fait de l'emploi une nouvelle politique de la Communauté, un nouveau titre (titre VIII) s'ajoutant ainsi au traité CE³⁸⁴. Le champ d'intervention communautaire est toutefois limité au renforcement de la coordination des politiques nationales de l'emploi et du marché de l'emploi, par la mise en place d'une « stratégie coordonnée pour l'emploi ». Cette coordination est mise en oeuvre par une procédure qui présente bien des similitudes avec la procédure de convergence des politiques économiques ; je l'analyserai plus loin. La Communauté peut également adopter des « mesures incitatives » (dites encore mesures d'encouragement), complémentaires aux actions des États membres en la matière, mais leur objet est limité (échanges d'informations et de bonnes pratiques) et le

³⁸¹ Outre les ajouts aux traités eux-mêmes, plusieurs déclarations adoptées par la Conférence intergouvernementale portent sur des sujets qui intéressent le citoyen dans sa vie de tous les jours : le sport, le bénévolat, les personnes handicapées, l'environnement, l'abolition de la peine de mort, le statut des églises et des organisations non confessionnelles, par exemple. S'y ajoute un protocole sur la protection et le bien-être des animaux.

³⁸² Voir F. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 103, p. 10.

³⁸³ *Id.* pp. 9 et 15.

³⁸⁴ Le titre VIII sur l'emploi couvre les articles 125 à 130 CE.

financement accordé à ces futurs programmes communautaires a été plafonné³⁸⁵. Il n'y a donc pas véritablement de transfert de compétences de la part des États membres dans le domaine de l'emploi³⁸⁶, l'objectif étant essentiellement de « marquer clairement dans le traité qu'il existe une volonté politique d'aborder à tous les niveaux – y compris au niveau communautaire – le problème du chômage. »³⁸⁷

Pour la politique sociale, la référence aux droits sociaux fondamentaux à l'article 136 du traité CE³⁸⁸ est essentiellement symbolique. Elle participe de l'effort fait pour présenter une Europe plus sociale, mais elle cache difficilement la priorité accordée à l'emploi, la protection sociale étant dans les faits secondaire. Ainsi, l'intégration dans le traité CE de l'accord sur la politique sociale « à 14 »³⁸⁹ trouve sa raison d'être dans le souhait que le traité d'Amsterdam marque un certain progrès sur l'emploi³⁹⁰ ; ce qui indique avec éloquence la finalité que l'on souhaite donner à la politique sociale. De même, alors que le paragraphe 2 de l'article 127 du traité CE prévoit que l'objectif (énoncé à l'article 2 du traité CE) d'atteindre un niveau d'emploi élevé est pris en compte dans la définition et la mise en oeuvre des politiques et des actions de la Communauté dans ce domaine, il en va tout autrement pour la protection sociale. L'objectif d'un niveau de protection sociale élevé prévu à l'article 2 du traité CE se transforme, dans les dispositions sociales du traité CE, en une

³⁸⁵ Sous la pression de l'Allemagne, soutenue par certains États membres contributeurs nets au budget communautaire, il a été précisé, dans une déclaration en annexe au traité, que les dépenses liées à ces mesures incitatives devront être imputées à la rubrique 3 des perspectives financières, laquelle correspond en fait à 6 % des ressources de la Communauté européenne : F. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 103, pp. 11 et 12.

³⁸⁶ Philippe MARTIN, « Le traité d'Amsterdam inaugure-t-il une politique communautaire de l'emploi ? », (2000) 36 n° 1 *Revue trimestrielle de droit européen* 47, spéc. 57-64, s'attache d'ailleurs à démontrer que le traité d'Amsterdam n'établit pas, d'un point de vue juridique, une politique communautaire de l'emploi : l'emploi reste de compétence nationale et ne fait pas l'objet d'une véritable politique commune.

³⁸⁷ Voir le *rapport de la présidence sur l'état des travaux de la conférence intergouvernementale* (doc. CONF 3860/1/96 rév. 1) – annexes aux conclusions de la présidence – Bulletin UE 6-1996, point I.64, au point I.83, présenté au Conseil européen de Florence en juin 1996, *précité*, note 274.

³⁸⁸ L'article 136 du traité CE énonce à son premier alinéa : « [I]a Communauté et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions. »

³⁸⁹ L'accord et le protocole sur la politique sociale, signés initialement à onze à Maastricht, ont ensuite été adoptés par les nouveaux États membres, l'Autriche, la Finlande et la Suède. L'intégration de l'accord social dans le corps du traité CE n'a pu être enfin réalisée que grâce à l'arrivée au pouvoir, en 1997, du parti travailliste au Royaume-Uni.

³⁹⁰ Voir le *rapport de la présidence sur l'état des travaux de la conférence intergouvernementale*, *précité*, note 387, point I.82.

simple « protection sociale adéquate »³⁹¹. S'agissant de l'exclusion sociale, qui figure pourtant parmi les préoccupations « en vogue » des instances européennes, l'action de la Communauté se limitera à des « mesures incitatives »³⁹² et elle sera d'autant plus restreinte qu'elle ne disposera, comme dans le domaine de l'emploi – mais aussi comme pour l'ensemble des domaines de la politique sociale – que de peu de ressources³⁹³.

On aurait pu penser, avec Ignacio Ramonet³⁹⁴, que la présence de gouvernements sociaux-démocrates dans neuf des quinze États de l'Union européenne, suite aux changements politiques intervenus en 1997 en France et au Royaume-Uni, allait permettre de faire avancer l'Europe sociale. Or aucune amélioration n'a été apportée par le traité d'Amsterdam à ce qui devrait être le cœur de toute politique sociale digne de ce nom. On s'est simplement contenté de reprendre l'accord sur la politique sociale de Maastricht sans le bonifier. L'unanimité a ainsi été maintenue – alors même qu'elle avait bloqué toute avancée communautaire dans le domaine social depuis le traité de Maastricht – dans les domaines notamment de la sécurité sociale des travailleurs, de la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail, et de la représentation et de la défense collective des intérêts

³⁹¹ Premier alinéa de l'article 136 du traité CE. La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs mentionnait déjà, à son paragraphe 10, une « protection sociale adéquate », mais elle la définissait comme un droit fondamental de la personne à des ressources et prestations de sécurité sociale suffisantes. Dans le traité d'Amsterdam, il n'est nulle part question d'un droit à une protection sociale suffisante. Au regard de l'article 136 du traité CE, on semble plutôt rechercher une protection adéquate pour permettre un niveau d'emploi élevé (l'emploi est mentionné à deux reprises dans les objectifs de la politique sociale), pour « maintenir la compétitivité de l'économie de la Communauté » (deuxième alinéa de l'article 136 du traité CE) et pour assurer une protection minimale face notamment à l'exclusion sociale. On retrouve ainsi dans ces dispositions communautaires tout le contexte idéologique déjà présent dans la communication de la Commission pour son pacte de confiance ; idéologie qu'elle avait réussi à insuffler lors la Conférence tripartite pour la croissance et l'emploi en juin 1996.

³⁹² Selon l'article 137, paragraphe 2, alinéa 3 du traité CE, il s'agit de « mesures destinées à encourager la coopération entre États membres par le biais d'initiatives visant à améliorer les connaissances, à développer les échanges d'informations et de meilleures pratiques, à promouvoir des approches novatrices et à évaluer les expériences afin de lutter contre l'exclusion sociale ».

³⁹³ En effet, la déclaration relative à l'article 137 (ex-article 118) du traité instituant la Communauté européenne ajouté au traité d'Amsterdam indique que les fonds qui seront alloués aux actions prises en vertu de l'article 137 du traité CE devront également intervenir dans le cadre de la rubrique 3 des perspectives financières (voir aussi F. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 103, pp. 14-15). Cela concerne les mesures communautaires d'encouragement relatives à l'exclusion sociale, mais aussi l'action de la Communauté dans le domaine de politique sociale, soit, pour les mesures prises à la majorité qualifiée, la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, les conditions de travail, l'information et la consultation des travailleurs, l'égalité entre hommes et femmes en matière d'emploi et l'intégration des personnes exclues du marché du travail.

³⁹⁴ Voir I. RAMONET, *loc. cit.*, note 356, p. 1.

des travailleurs et des employeurs³⁹⁵. Restent également toujours exclus de la politique sociale communautaire les rémunérations, le droit d'association, de grève ou de lock-out.

S'agissant des droits des citoyens, autant l'on a insisté sur le fait que le traité d'Amsterdam renforçait ces droits, autant les dispositions du nouveau traité se révèlent décevantes à cet égard. Le traité d'Amsterdam prévoit une procédure permettant de sanctionner la violation grave et persistante par un État membre des droits fondamentaux³⁹⁶, mais sa mise en oeuvre est entravée par l'unanimité³⁹⁷. L'objectif de cette nouvelle disposition est, là encore, essentiellement symbolique³⁹⁸. Il en va de même de la nouvelle clause générale de non-discrimination, ajoutée au traité CE à l'article 13, qui prévoit l'unanimité pour l'adoption de mesures communautaires visant à lutter contre les discriminations fondées sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Au titre de l'égalité des sexes, ce principe sort du cadre strict du domaine social pour être pris en compte dans les autres domaines d'activités de la Communauté³⁹⁹ – signe de l'importance que l'Europe lui accorde. L'Union a aussi voulu apparaître progressiste en acceptant, au paragraphe 4 de l'article 141 (ex-article 119) du traité CE, la possibilité de discriminations positives en faveur du « sexe sous-représenté » dans le domaine de l'emploi⁴⁰⁰. Quant à la citoyenneté européenne, des

³⁹⁵ De même, l'harmonisation communautaire des dispositions relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés reste toujours soumise à un vote à l'unanimité (article 100 A, paragraphe 2 du traité CE).

³⁹⁶ Le Conseil peut notamment suspendre le droit de vote de l'État membre en cause (nouvel article 7 du traité UE).

³⁹⁷ Selon le paragraphe premier de l'article 7 du traité UE, la violation grave et persistante par un État membre d'un droit fondamental doit en effet être constatée à l'unanimité par le Conseil.

³⁹⁸ Les sanctions politiques contre l'Autriche, en février 2000, sont éloquentes à cet égard. Face à l'entrée dans le gouvernement autrichien du parti d'extrême droite de Jörg Haider, ouvertement xénophobe, les partenaires de l'Autriche au sein de l'Union européenne, avaient décidé, à l'initiative de la France et de la Belgique, d'imposer des sanctions, dont le gel des contacts diplomatiques bilatéraux avec Vienne. Ce geste, selon le président du gouvernement espagnol, José Maria Aznar, se voulait « une démonstration que l'Union n'est pas seulement un marché, pas seulement une monnaie, mais une communauté de valeurs. » (REUTERS, « Extrême droite en Autriche », *Le Devoir*, jeudi 10 février 2000, p. A5). Ces sanctions – prises hors du cadre de l'article 7 du traité UE en l'absence de toute violation d'un droit fondamental – ont été levées en septembre 2000, alors même que la situation en Autriche n'avait pas fondamentalement changé.

³⁹⁹ Paragraphe 2 de l'article 3 du traité CE.

⁴⁰⁰ En effet, selon cette disposition, « le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle. » Cette disposition reprend en fait l'article 6, paragraphe 3, de l'accord annexé au protocole social, mais en remplaçant le terme « femmes » utilisé par l'accord social par celui plus neutre, au regard de la jurisprudence, de « sexe sous-représenté ». Une déclaration annexée à l'Acte final d'Amsterdam précise d'ailleurs que pour ces mesures les États membres « devraient viser avant tout à améliorer la situation des femmes dans la vie professionnelle. » Par cette disposition, les États membres souhaitaient en fait renverser la solution jurisprudentielle adoptée par la

suggestions faites lors de la Conférence intergouvernementale qui auraient été les plus à même de remédier à la crise de confiance qui affecte l'Union européenne⁴⁰¹, aucune n'a été retenue et le traité d'Amsterdam est d'une pusillanimité déconcertante⁴⁰².

Par le traité d'Amsterdam l'Union européenne se devait aussi de répondre aux critiques et inquiétudes des citoyens européens relativement à la protection de l'environnement, de la santé, des consommateurs ou des services publics face à la priorité accordée au libre échange et à la concurrence au sein de l'Union européenne. Ainsi, compte tenu qu'« [u]n environnement sain et durable est [...] une grande préoccupation pour les citoyens européens »⁴⁰³, le concept de « développement durable » a été ajouté aux objectifs de l'Union, à l'article 2 du traité UE. Les exigences de la protection de l'environnement devront également être intégrées dans la mise en oeuvre des politiques communes (nouvel article 6 du traité CE). Mais ces apports restent mineurs⁴⁰⁴.

Cour dans l'arrêt *Kalanke* (du 17 octobre 1995, aff. C-450/93, *Rec.* 1995, p. I-3051), selon laquelle la directive sur l'égalité de traitement empêchait l'action positive : Anthony ARNULL, « Les incidences du traité d'Amsterdam sur la Cour de justice des Communautés européennes », (2000) *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs* 223, 223.

⁴⁰¹ Parmi ces suggestions on mentionnera notamment certains droits « civiques/politiques/administratifs », comme le droit de libre expression, le droit d'association et le droit de créer des partis politiques européens, ou certains droits socio-économiques tel le droit au travail et à la liberté syndicale, ou encore le droit à la diversité culturelle (voir le *rapport de la présidence sur l'état des travaux de la conférence intergouvernementale*, précité, note 387, point I.71).

⁴⁰² Le traité CE se borne à son article 8 (actuel article 17) à préciser que la citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale sans s'y substituer.

⁴⁰³ Conclusions du Conseil européen de Turin du mars 1996, *précitées*, note 191, point I. 4, qui précisent que l'amélioration de l'environnement est un défi fondamental pour l'Union. Un sondage réalisé au printemps 1995 avait en effet indiqué que 82 % d'Européens estimaient que l'environnement représentait un « problème immédiat et urgent » : Jean-François NEURAY, « L'«Europe des citoyens» et la politique communautaire de l'environnement : rhétorique politique et réalité du droit positif », (1999) 3 et 4 *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs*, 389, 392.

⁴⁰⁴ Par exemple, le nouvel article 6 du traité CE est, à mon avis, bien en deçà d'une proposition qui avait été faite lors de la Conférence intergouvernementale (*cf.* le *rapport de la présidence sur l'état des travaux de la conférence intergouvernementale*, précité, note 387, point I.84). Il avait alors été suggéré d'introduire dans le traité CE une disposition rappelant la nécessaire compatibilité des politiques communautaires dans les domaines de l'agriculture, des transports et des réseaux transeuropéens avec la poursuite des objectifs de la politique de l'environnement. Ces objectifs, rappelons-les, sont notamment : la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement, la protection de la santé des personnes, et l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles. Plusieurs autres propositions n'ont pas été non plus suivies, comme celle visant à compléter ces objectifs, ou celle proposant d'ajouter la protection de l'environnement à la liste des exceptions au principe de la libre circulation des marchandises (article 36 du traité CE, actuel article 30), ou encore celle en faveur de l'extension du vote à la majorité qualifiée à certains aspects de la politique de l'environnement soumis à l'unanimité (telles les mesures relatives à l'aménagement du territoire, l'utilisation des sols, la gestion des ressources hydrauliques ou affectant l'approvisionnement énergétique des États membres) (*cf. id.*, points I.84-I.86).

Est encore plus décevante la modification de l'article 100 A (actuel article 95) du traité CE, pourtant présentée comme une avancée. Cet article, à son paragraphe 4, autorisait un État membre à appliquer, après l'adoption à la majorité qualifiée par le Conseil d'une mesure d'harmonisation communautaire, des mesures nationales plus strictes que la norme communautaire justifiées par la protection du milieu de travail ⁴⁰⁵, de l'environnement, ou des intérêts mentionnés à l'article 36 (actuel article 30) du traité CE (notamment la moralité publique, l'ordre public, la sécurité publique, la protection de la santé ou de la vie des personnes ou des animaux, ou la protection de la propriété intellectuelle) et ce, sous contrôle de la Commission ⁴⁰⁶. Le nouvel article 95 clarifie cette dérogation en permettant expressément aux États membres non seulement de maintenir leurs mesures nationales incompatibles avec la norme d'harmonisation communautaire, mais aussi d'introduire de nouvelles mesures nationales dérogatoires ⁴⁰⁷. Toutefois, le contrôle communautaire a été si renforcé ⁴⁰⁸ qu'il rend le jeu de cette dérogation extrêmement difficile et dès lors cette limitation au principe de la libre circulation peu tangible.

⁴⁰⁵ La « protection du milieu de travail » mentionnée à cet article ne concerne, selon la doctrine dominante, que la sécurité, la santé et l'hygiène des travailleurs : Denys SIMON, « Article 100 A », dans V. CONSTANTINESCO, J-P. JACQUÉ, R. KOVAR et D. SIMON (dir.), *op. cit.*, note 132, p. 561, à la page 569. Le domaine très restreint de cette protection s'explique notamment par l'exclusion du champ de l'article 100 A – à la demande du gouvernement de Mme Thatcher lors de l'élaboration de cet article dans le cadre de l'Acte unique européen (AUE) – des dispositions relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés. Cette exclusion a eu pour effet de verrouiller l'harmonisation de ces dispositions par le vote à l'unanimité au Conseil, au lieu de la majorité qualifiée.

⁴⁰⁶ Cette faculté de dérogation se voulait la contrepartie du passage de l'unanimité à la majorité qualifiée, lors de l'Acte unique européen (AUE), pour l'adoption de mesures communautaires d'harmonisation ayant pour objet l'achèvement du marché intérieur. Certains pays, et particulièrement le Danemark et l'Allemagne, craignaient en effet qu'une réglementation communautaire ne les oblige à abandonner leurs mesures nationales plus protectrices. Le Danemark était même opposé à tout contrôle communautaire de cette dérogation (voir sur ce point, D. SIMON, *loc. cit.*, note 405, 570).

⁴⁰⁷ L'article 100 A, paragraphe 4 du traité CE, en permettant aux États membres « d'appliquer » ces mesures nationales dérogatoires, ne distinguait pas entre le maintien de mesures antérieures à l'harmonisation et l'adoption de nouvelles mesures postérieurement à l'harmonisation communautaire. Ces dernières n'étaient donc pas interdites *per se* par cet article, mais on les estimait incompatibles avec l'obligation générale de l'article 5, paragraphe 2 du traité CE : D. SIMON, *loc. cit.*, note 405, 569. Le nouvel article 95 lève ainsi cette ambiguïté, mais l'encadrement drastique dont fait l'objet cette dérogation découle de l'opposition d'une majorité d'États membres à modifier cette disposition (*cf.* le rapport de la présidence sur l'état des travaux de la conférence intergouvernementale, précité, note 387, point I.86). Cette disposition avait déjà été très critiquée à l'époque de l'Acte unique européen (AUE) comme un facteur de « déstabilisation » de la Communauté, susceptible d'introduire un effet « désintégrateur » et de favoriser un « retour offensif du protectionnisme » : D. SIMON, *loc. cit.*, note 405, 568 qui cite Pierre PESCATORE, « Some critical remarks on the European Single Act », (1987) 24 *C.M.L.R.* 9, 46.

⁴⁰⁸ Que ce soit pour le maintien ou pour l'adoption de nouvelles mesures nationales, l'État membre doit désormais, avec leur notification à la Commission, justifier leur application. En outre, les nouvelles mesures doivent s'appuyer « sur des preuves scientifiques nouvelles » relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail et être liées à « un problème spécifique de cet État membre, qui surgit après l'adoption de la mesure d'harmonisation » (paragraphe 5 de l'article 95).

S'agissant de la santé, la crise de la vache folle et, plus ancien, le scandale du sang contaminé ont laissé leurs empreintes dans le traité d'Amsterdam, la Communauté pouvant désormais prendre des « mesures fixant des normes élevées de qualité et de sécurité des organes et substances d'origine humaine, du sang et des dérivés du sang »⁴⁰⁹, ainsi que « des mesures dans les domaines vétérinaire et phytosanitaire ayant directement pour objectif la protection de la santé publique »⁴¹⁰. La prévention a également été ajoutée aux objectifs poursuivis par cette politique communautaire.

En ce qui concerne la protection des consommateurs, outre le fait que cette protection est désormais prise en considération dans les autres politiques de la Communauté, la principale avancée obtenue par le traité d'Amsterdam réside dans le simple développement du volet préventif de cette politique communautaire⁴¹¹. On suit là la tendance générale qui privilégie une action préventive des pouvoirs publics par rapport à une action correctrice.

Le plus bel exemple d'une prise en compte des préoccupations du citoyen européen par le traité d'Amsterdam est sans doute le nouvel article 7 D (actuel article 16) du traité CE relatif aux services d'intérêt économique général. La « croisade libérale »⁴¹² des autorités

Quant au contrôle de la Commission, applicable aux deux situations, celle-ci ne vérifie plus seulement si les mesures nationales dérogatoires sont « un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre États membres », mais aussi si elles constituent « une entrave au fonctionnement du marché intérieur » (paragraphe 6 de l'article 95) – notion aussi imprécise que large, laissée entre les mains d'une Commission néolibérale. En outre, la Commission apprécie immédiatement s'il y a lieu d'adapter les mesures nationales qu'elle vient d'autoriser (paragraphe 7 de l'article 95).

⁴⁰⁹ Les dispositions de l'article 152 du traité CE autorisent les États membres à maintenir ou à établir des mesures de protection plus strictes et prévoient que les mesures communautaires ne portent pas atteinte à celles nationales relatives aux dons d'organes et de sang ou à leur utilisation à des fins médicales. Ces précisions ajoutées par le traité d'Amsterdam me semblent directement liées à la directive 89/381/CEE du 14 juin 1989 qui avait fait du sang et de ses dérivés des marchandises en tant que médicaments, devant dès lors circuler librement. Cette directive avait pour effet « de mettre en concurrence les dérivés du sang “donné” aux centres de transfusion sanguine travaillant sans profit, avec les dérivés du sang “acheté” par les multinationales du sang. Or, le sang donné revient plus cher (campagnes, collectes...) que le sang acheté. Il est donc moins compétitif » : Marie-Angèle HERMITTE, « Sous l'oeil du juge européen – Fabriquer, jusqu'au bout, l'homme de marché ? », *Le Monde diplomatique*, janvier 1991, p. 32.

⁴¹⁰ Paragraphe 4 de l'article 129, nouvel article 152 du traité CE. Pour rassurer les citoyens européens, le traité d'Amsterdam précise également que l'action de la Communauté respecte les responsabilités des États membres concernant l'organisation et la fourniture de services de santé et de soins médicaux, autrement dit leurs choix de les confier au public ou au privé.

⁴¹¹ Selon le paragraphe premier de l'article 153 (ex-article 129 A) du traité CE, la Communauté contribue en effet à la promotion des droits des consommateurs à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts. Elle devrait donc appuyer davantage les organisations de défense des consommateurs : F. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 103, p. 16.

⁴¹² Cette expression est d'Aline PAILLER et Claude MICHEL, « Les mutations techniques au service d'un projet idéologique – Croisade contre le secteur public des télécommunications », *Le Monde diplomatique*, mars 1998, pp. 6 et 7.

communautaires, et en particulier de la Commission, a touché un grand nombre de secteurs (télécommunications, postes, transports (aériens et ferroviaires), énergie (électricité et gaz), marchés publics)⁴¹³. Cette offensive de la Commission contre les services publics, pour leur ouverture forcée à la libre concurrence⁴¹⁴, a suscité bien des inquiétudes auprès de l'opinion publique européenne⁴¹⁵. Cela explique que les propositions de la France et de la Belgique, abordées lors de la Conférence intergouvernementale soit sous l'angle de la concurrence, soit sous celui des droits des citoyens européens, aient trouvé un certain écho. Sans en faire un droit (d'accès aux services d'intérêt général) pour les citoyens européens et tout en rappelant le respect de l'article 77 (transport), et des articles 90 et 92 (actuel articles 86 et 87) (règles du droit de la concurrence) du traité CE⁴¹⁶, le nouvel article 7 D reconnaît « la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union » et le « rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union », et c'est en considération de cette place et de ce rôle que « la Communauté et ses États membres [...] veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions ». La déclaration finale relative à cet article précise que ces principes sont notamment ceux d'égalité de traitement, et de qualité et de continuité de ces services, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice⁴¹⁷. On notera que l'article 7 D reprend la notion de « services d'intérêt économique général » utilisée par l'article 90 (actuel article 86), paragraphe 2 du traité CE. Cette précision est importante, car on a voulu lui substituer d'autres concepts plus restrictifs tels que celui de

⁴¹³ À ce sujet, on lira utilement Éric DELACOUR, « Services publics et concurrence communautaire », (1996) n° 400 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 501.

⁴¹⁴ Le coup d'envoi de cette offensive a essentiellement été le fait de Sir Leon Brittan, commissaire à la concurrence de 1989 à 1992. Elle s'accroîtra par la suite, notamment après le Rapport Bangemann en mai 1994 (sur ce rapport ultralibéral – que le Parlement européen a refusé d'approuver – voir A. PAILLER et C. MICHEL, *loc. cit.*, note 412, pp. 8 et 9 ou André POSTEL-VINAY, « De la fibre optique au pouvoir politique... », *Le Monde diplomatique*, novembre 1994, pp. 26-27), avec la Commission Santer (avec pour vice-président M. Martin Bangemann) et une Europe acquise aux principes néolibéraux.

⁴¹⁵ Voir F. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 103, pp. 17-18.

⁴¹⁶ Cette précision, mentionnée à l'article 7 D « comme un préalable protecteur », a fait dire au commissaire européen chargé de la concurrence, Karel Van Miert, que « le nouvel article [7 D] ne peut en aucun cas être interprété comme une modification de ces dispositions » et qu'elle « confirme essentiellement l'équilibre actuel du traité [entre principe de concurrence et exception de service public] » : Stéphane RODRIGUES, « Les services publics et le traité d'Amsterdam – Genèse et portée juridique du projet de nouvel article 16 du traité CE », (1998) 414 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 37, 43. Voir aussi Loïc GRARD, « Les services d'intérêt économique général et le traité d'Amsterdam », (1999) 2 *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs*, 197, 205.

⁴¹⁷ On s'est ainsi gardé d'inclure ces principes dans le traité lui-même pour ne pas nuire à toute évolution postérieure de la notion de « services d'intérêt économique général », notamment vers davantage de déréglementation.

« l'accès universel aux services essentiels »⁴¹⁸ ou celui, avancé par la Commission, de « service universel européen »⁴¹⁹. Ce dernier concept a été particulièrement critiqué comme conduisant à un service public « à rabais », au « profil bas »⁴²⁰, résultat d'« un certain glissement dans la conception de la solidarité : d'une conception large et collective, on passe à une vision plus individualiste et plus proche de l'idée d'aide sociale »⁴²¹. Il reste que l'article 7 D a une portée juridique très limitée⁴²².

Dans la liste des nouvelles dispositions destinées à redorer l'image de l'Union européenne, on mentionnera également celles qui visent à la rendre plus accessible pour les citoyens européens en leur donnant un droit d'accès⁴²³ aux documents du Parlement européen, du Conseil⁴²⁴ et de la Commission. Poussé par les nations du Nord (Danemark, Pays-Bas, Suède et Finlande), le concept de transparence a donné lieu à de vifs débats – le Royaume-Uni, l'Allemagne, la France, la Belgique et le Luxembourg s'y opposant – que reflète son encadrement.

⁴¹⁸ Cf. le mandat donné au Conseil européen de Turin à la Conférence intergouvernementale d'« aborder la question de la compatibilité entre la concurrence et les principes de l'accès universel aux services essentiels, dans l'intérêt du citoyen. » (conclusions du Conseil européen de Turin du mars 1996, *précitées*, note 191, point I. 4).

⁴¹⁹ Voir par exemple le *Livre vert sur la libéralisation des infrastructures des télécommunications et des réseaux de télévision par câble – Première partie : principe et calendrier*, octobre 1994 (COM(94) 440) – Bulletin UE 10-1994, point 1.2.71 et le *Livre vert sur la libéralisation des infrastructures de télécommunications et des réseaux de télévision par câble – Deuxième partie : Une approche commune de la fourniture d'infrastructures de télécommunications au sein de l'Union européenne*, janvier 1995 (COM(94) 682) – Bulletin UE 1/2-1995, point 1.3.101.

⁴²⁰ Voir E. DELACOUR, *loc. cit.*, note 413, 509, qui cite le Conseil d'État français : « Service public, services publics : déclin ou renouveau », dans le Rapport 1994 EDCE n° 46, p. 20, pp. 114 et suiv.

⁴²¹ Lysiane CARTELIER, « Politique européenne de la concurrence et nouvelles régulations publiques », dans Gérard FARJAT (dir.), *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 353, à la page 361, qui renvoie à J. FOURNIER, « La nouvelle réglementation des télécommunications », *Cahiers de l'électricité et du gaz*, 1997. Voir aussi Christian BARRÈRE, « Citoyens, ou... nécessaire ? », dans le dossier « La grande révolte française contre l'Europe libérale », *Le Monde diplomatique*, janvier 1996, p. 13.

⁴²² Voir L. GRARD, *loc. cit.*, note 416, 44-46.

⁴²³ Ce droit d'accès leur est reconnu par l'article 191 A (actuel article 255) du traité CE. Les modalités de ce droit d'accès doivent toutefois être précisées dans le règlement intérieur de chaque institution européenne, ce qui leur confère le droit d'en fixer les limites, notamment pour des raisons d'intérêt public ou privé. En outre, les États membres peuvent restreindre encore davantage ce droit en demandant à la Commission ou au Conseil de ne pas communiquer à des tiers un document émanant d'eux sans leur accord préalable (déclaration annexée à l'Acte final d'Amsterdam relative à l'article 255 (ex-article 191 A), paragraphe 1, du traité CE).

⁴²⁴ L'article 151 (actuel article 207) du traité CE distingue, pour les fins du droit d'accès aux documents du Conseil, selon que ce dernier agit ou non en sa qualité de législateur, et il prévoit la publicité des travaux législatifs du Conseil. Cette distinction entre documents législatifs et documents non législatifs (autrement dit politiques) est à comprendre au regard de deux affaires de demandes d'accès à des documents du Conseil par des journalistes que le Conseil avait éconduites (voir, pour plus de précisions sur ces deux affaires, Ingrid CARLBERG, « L'opaque transparence de l'Union européenne », *Le Monde diplomatique*, juin 1997, p. 32 et Gérard DE SÉLYS, *loc. cit.*, note 377, p. 9).

Par ailleurs, le traité d'Amsterdam confirme la dérive sécuritaire observée dans les conclusions du Conseil européen depuis 1993 ; tout au moins en apparence, l'action de l'Union européenne dans les domaines de la justice et des affaires intérieures restant dans la grande majorité des cas handicapée par le maintien du vote à l'unanimité. En effet, prenant acte du fait que « [c]es questions préoccupent fortement les citoyens de tous les États membres »⁴²⁵, les signataires du traité d'Amsterdam ont voulu donner plus de visibilité à la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Ont ainsi été ajoutés à la liste non exhaustive des domaines visés par la prévention et la lutte contre la criminalité – qui comprenait auparavant le terrorisme, le trafic de drogue, la fraude et les « autres formes graves de criminalité internationale » – la traite d'êtres humains, les crimes contre les enfants, le trafic d'armes et la corruption⁴²⁶, soit autant de sujets qui inquiètent les ressortissants européens. Le traité d'Amsterdam insiste aussi sur la création d'« un espace de liberté, de sécurité et de justice » : cette expression qui sonne comme un slogan aux accents populistes est reprise pas moins de quatre fois dans le traité⁴²⁷. S'y ajoutent la communautarisation limitée des domaines liés à la circulation des personnes, comme la politique d'immigration et d'asile et la coopération judiciaire civile, ainsi que l'intégration de l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne⁴²⁸.

Sur le plan institutionnel, on notera notamment, au titre des changements apportés pour satisfaire les ressortissants européens, l'augmentation des pouvoirs du Parlement européen et de la Cour de justice. Pour répondre aux besoins d'une Union européenne plus démocratique, le champ d'application de la procédure de codécision a par exemple été étendu à de nouveaux domaines, dont la grande majorité présente un intérêt pour les ressortissants européens (emploi, égalité des chances, exclusion sociale, transparence, pour n'en citer que quelques-uns). Pour renforcer la notion de justice européenne, les compétences de la Cour ont été élargies, notamment à l'égard de la protection des droits fondamentaux, de la coopération policière et judiciaire en matière pénale et des matières relevant de la sécurité intérieure qui ont été communautarisées (politique d'immigration et d'asile et coopération judiciaire

⁴²⁵ Conclusions du Conseil européen de Dublin de décembre 1996, *précitées*, note 345, point I.7.

⁴²⁶ Nouvel article 29 du traité UE (ancien art. K1 du traité de Maastricht). En outre, la coopération entre les États membres dans ces domaines a été étendue dans son champ comme dans ses moyens.

⁴²⁷ On la retrouve à l'article 2 du traité UE (objectifs de l'Union), à l'article 29 du traité UE (coopération policière et judiciaire en matière pénale), lequel énonce que « l'objectif de l'Union est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice », ainsi qu'à l'article 40 du traité UE (coopération renforcée). Dans le traité CE l'article 61 relatif à la politique d'immigration et d'asile et à la coopération judiciaire civile la mentionne également.

⁴²⁸ Pour plus d'informations sur les apports du traité d'Amsterdam en ce qui concerne la sécurité intérieure, voir F. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 103, pp. 23-36.

civile)⁴²⁹. Par ailleurs, pour rassurer les citoyens européens sur le respect des compétences étatiques, un protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, annexé au traité instituant la Communauté européenne, s'inspire de la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 27 octobre 1992, sur la définition et l'application du principe de subsidiarité, de la déclaration d'Édimbourg de décembre 1992 et de l'accord interinstitutionnel d'octobre 1993 sur la subsidiarité⁴³⁰.

L'image que le traité d'Amsterdam cherche à renvoyer, celle d'une Europe soucieuse des intérêts de ses citoyens, ne résiste donc pas à une analyse plus approfondie des textes et, surtout, des moyens mis à la disposition de l'Union européenne pour agir dans ses nouveaux domaines de compétences. De la même manière que le traité de Maastricht avait servi à présenter une Europe moins exclusivement économique⁴³¹, alors qu'une fébrilité législative animait les institutions européennes pour la mise en oeuvre du marché unique et que le traité préparait de manière contraignante l'Union économique et monétaire, les thèmes de nature plus « sociétale » du traité d'Amsterdam font figure de paravent à une orientation résolument néolibérale de l'Union européenne. On cherche en fait à détourner l'attention des ressortissants européens, en mettant notamment l'accent sur les droits des citoyens, pour pouvoir agir sans entrave, que ce soit, comme en 1992 pour la réalisation du marché européen et l'élaboration de l'Union économique et monétaire, ou, en 1997, pour la mise en place de la monnaie unique et la poursuite, en dépit de l'hostilité d'une grande majorité de l'opinion publique, des programmes néolibéraux. Franklin Dehousse n'a d'ailleurs pas hésité à affirmer que la monnaie unique restait le seul projet politique européen qui demeurerait lors de la négociation du traité d'Amsterdam. « Tout le capital politique a été investi [...] sur ses effets d'entraînement. »⁴³² Cela explique le peu de soutien donné au début des négociations aux sujets intéressant le citoyen européen⁴³³ – et les piètres résultats obtenus⁴³⁴. Je vais à présent

⁴²⁹ Les compétences de la Cour en matière de sécurité intérieure sont toutefois moindres que celles qu'elle détient normalement en vertu du traité CE. Voir, pour plus de détails, F. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 103, pp. 27-28 et pp. 31-32.

⁴³⁰ Pour Florence CHALTIER, « Le principe de subsidiarité dix ans après le traité de Maastricht », (2003) 469 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 365, 371, ce protocole s'expliquerait notamment par les revendications (non satisfaites par ailleurs) des régions et des collectivités locales, via en particulier le Comité des régions, en faveur d'une révision du principe de subsidiarité. Pour plus de précisions sur ce point, ainsi que sur l'historique et le contenu du protocole voir P.-A. FERLAL, *loc. cit.*, note 104, 102-109.

⁴³¹ Voir *supra*, pages 24-25.

⁴³² F. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 103, p. 61.

⁴³³ Voir *id.*, p. 10.

⁴³⁴ L'échec de la Conférence intergouvernementale (CIG) ne se limite d'ailleurs pas aux thèmes intéressant plus particulièrement les citoyens européens : la réforme des institutions communautaires –

apprécier en quoi le traité d'Amsterdam conforte la logique néolibérale déjà observée dans le discours et l'action des autorités européennes.

2/ Un traité sous tutelle néolibérale

L'orientation néolibérale du traité d'Amsterdam apparaît surtout à la lumière des dispositions dans le domaine de l'emploi. Et plusieurs éléments laissent entrevoir que les mesures communautaires qui seront prises en vertu du nouveau titre sur l'emploi resteront clairement dans le giron néolibéral, ce que confirmera la mise en oeuvre concrète de ce titre. En premier lieu, le titre VIII sur l'emploi insiste sur le respect des grandes orientations des politiques économiques établies dans le cadre de l'Union économique et monétaire⁴³⁵. Cela indique déjà le cadre dans lequel devront prendre place les mesures en faveur de l'emploi. L'emploi est ainsi subordonné *de facto* à l'Union économique et monétaire⁴³⁶. Par ailleurs, le Conseil européen d'Amsterdam en juin 1997 est venu compléter ce que l'on n'avait pas réussi à – ou pas voulu – intégrer dans le traité d'Amsterdam, à savoir que les grandes orientations dans le domaine de la politique économique concernent également l'emploi⁴³⁷. Ce faisant la politique de l'emploi devient progressivement partie intégrante de la politique économique, et la coordination des politiques macro-économiques et des politiques de l'emploi sera encore renforcée par le Conseil européen de Cologne en juin 1999. Autrement dit, la contrainte européenne néolibérale se fera de plus en plus sentir sur les politiques nationales de l'emploi, réduisant d'autant la marge de manoeuvre des États membres dans un domaine qui relève pourtant de leurs compétences.

indispensable en vue de l'élargissement de l'Union – a été repoussée à plus tard à défaut d'entente entre les États membres : voir notamment C. GOYBET, *loc. cit.*, note 361, 376-378.

⁴³⁵ Les mesures nationales comme communautaires sur l'emploi doivent être compatibles avec les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté (article 126, paragraphe 1 et article 128, paragraphe 2 du traité CE dans sa version consolidée).

⁴³⁶ Lors de la préparation du traité d'Amsterdam, il existait déjà « un large consensus pour considérer : [...] qu'aucune des mesures qui pourraient éventuellement être envisagées au niveau communautaire [dans le domaine de l'emploi] ne saurait influencer ni remettre en cause le calendrier et les critères de l'Union économique et monétaire, ni avoir de conséquences incompatibles avec la discipline budgétaire [...] » (cf. le rapport de la présidence sur l'état des travaux de la conférence intergouvernementale, *précité*, note 387, point I.81). Cette précision écarte ainsi toute proposition d'ajouter l'emploi comme critère de convergence (proposition soutenue notamment par Jacques Delors) ou de prendre en compte l'emploi pour relativiser l'importance d'un déficit public (cette proposition sera reprise par la France et l'Allemagne en novembre 2002 lorsque ces deux États membres feront face à des déficits excessifs).

⁴³⁷ En effet, dans la résolution du Conseil européen d'Amsterdam sur la croissance et l'emploi, *précitée*, note 298, point I.28, le Conseil européen d'Amsterdam a invité le Conseil à tenir compte des programmes pluriannuels en matière d'emploi lors de l'élaboration des grandes orientations des politiques économiques, afin de renforcer leurs aspects axés sur l'emploi. Cette résolution, aux accents très néolibéraux, était supposée constituer un contrepoids social au pacte de stabilité budgétaire : voir C. GOYBET, *loc. cit.*, note 361, 376-377.

En deuxième lieu, la stratégie coordonnée pour l'emploi a pour objet l'adaptabilité du travail⁴³⁸. En effet, en vertu de l'article 125 du traité CE, « [l]es États membres et la Communauté s'attachent, conformément au présent titre, à élaborer une stratégie coordonnée pour l'emploi et en particulier à promouvoir une main-d'oeuvre qualifiée, formée et susceptible de s'adapter ainsi que des marchés du travail aptes à réagir rapidement à l'évolution de l'économie, en vue d'atteindre les objectifs énoncés à l'article 2 du traité sur l'Union européenne et à l'article 2 du présent traité. » Parmi ces objectifs figurent « un niveau d'emploi élevé », mais aussi « un haut degré de compétitivité et de convergence des performances économiques »⁴³⁹. Adaptabilité et compétitivité définissent ainsi – et orientent pour l'avenir – la stratégie coordonnée pour l'emploi. Comme le constate Corinne Gobin, le traité d'Amsterdam est muet quant à « la qualité des emplois à “promouvoir”, [...] la stabilité, la protection sociale ou la garantie des droits sociaux liés au travail »⁴⁴⁰. L'accent mis sur l'adaptabilité non seulement des travailleurs mais aussi des marchés du travail marque une nouvelle étape dans la façon d'aborder le chômage (que j'aurai l'occasion d'approfondir un peu plus loin) : « [l]e traité d'Amsterdam consacre le concept de “flexibilité” »⁴⁴¹.

En troisième lieu, la méthode choisie pour traiter de l'emploi au niveau communautaire est également révélatrice : excepté les initiatives communautaires se limitant à l'échange d'informations et d'expériences, le traité d'Amsterdam ne prévoit pas de mesures d'ordre opérationnel, seulement des dispositions procédurales et institutionnelles, comme c'est le cas dans le domaine économique pour les grandes orientations des politiques économiques⁴⁴². L'article 128 du traité CE organise ainsi la procédure que recouvre la stratégie coordonnée pour l'emploi : le Conseil européen rend d'abord ses conclusions sur la situation de l'emploi dans la Communauté, sur la base d'un rapport annuel conjoint du

⁴³⁸ Voir F. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 103, p. 11.

⁴³⁹ L'ajout par le traité d'Amsterdam à l'article 2 du traité CE de l'objectif d'« un haut degré de compétitivité » peut être interprété comme un moyen de circonscrire celui d'« un niveau d'emploi élevé » ajouté à l'article 2 du traité UE, au regard des craintes exprimées lors de la Conférence intergouvernementale d'une atteinte indirecte à l'Union économique et monétaire suite à une modification de l'article 2 du traité CE (voir le *rapport de la présidence sur l'état des travaux de la conférence intergouvernementale*, précité, note 387, point I.82).

⁴⁴⁰ Corinne GOBIN, « Comment apprivoiser et fragiliser le syndicalisme – Une Europe sociale en trompe-l'oeil », *Le Monde diplomatique*, novembre 1997, pp. 20-21.

⁴⁴¹ V. DE POULPIQUET, *loc. cit.*, note 179, 720. Cette auteure s'attache à démontrer l'introduction du concept de flexibilité dans les politiques communautaires en faveur de l'emploi.

⁴⁴² L'article 130 du traité CE prévoit la création d'un Comité de l'emploi aux pouvoirs consultatifs, qui est en quelque sorte le pendant institutionnel du comité monétaire institué à l'article 114 du traité CE dans le cadre de l'Union économique et monétaire pour la coordination des politiques économiques et monétaires.

Conseil et de la Commission. Puis, sur la base de ses conclusions, le Conseil élabore les lignes directrices pour l'emploi, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, du Conseil économique et social, du Conseil des régions et du Comité de l'emploi. Les États membres tiennent compte de ces lignes directrices dans leurs politiques de l'emploi et transmettent, au Conseil et à la Commission, un rapport annuel sur les principales mesures qu'ils ont prises pour mettre en oeuvre leur politique de l'emploi « à la lumière des lignes directrices pour l'emploi ». Ces rapports nationaux font ensuite l'objet d'un examen par le Conseil, qui peut adresser des recommandations aux États membres concernant la mise en oeuvre de leurs politiques de l'emploi. Enfin, au regard de cet examen du Conseil, ce dernier et la Commission adressent à nouveau au Conseil européen un rapport annuel conjoint sur la situation de l'emploi dans la Communauté et sur la mise en oeuvre des lignes directrices pour l'emploi.

Le traité d'Amsterdam est donc muet sur les mesures macro-économiques et les réformes structurelles mises en avant par la stratégie en matière d'emploi développée par le Conseil européen d'Essen de décembre 1994 et appliquée depuis. Toute référence à une réforme structurelle des marchés de l'emploi a d'ailleurs été soigneusement évitée – en lui substituant la notion d'adaptabilité, plus positive, qui recouvre en fait la même réalité. On a plutôt choisi de renforcer les mécanismes de suivi de la stratégie d'Essen, mais sans reprendre pour autant l'exigence des programmes pluriannuels nationaux⁴⁴³ devant traduire les recommandations du Conseil européen. Contrairement à ce qui prévaut dans le domaine de la politique économique et monétaire, aucun critère de convergence n'a été prévu dans les dispositions sur l'emploi – pas plus d'ailleurs de système d'indicateurs communs ou d'évaluation par étalonnage (*benchmarking*)⁴⁴⁴ – le terme « surveillance multilatérale » ne

⁴⁴³ Le paragraphe 3 de l'article 128 du traité CE ne prévoit, en effet, que des rapports annuels devant être transmis par les États membres au Conseil et à la Commission sur la mise en oeuvre des lignes directrices dans les politiques nationales pour l'emploi. Cette exigence des programmes pluriannuels nationaux demeure pourtant dans les faits, sous la forme de « plans d'action nationaux pour l'emploi » (PAN), comme l'indique le Conseil européen extraordinaire de Luxembourg sur l'emploi, les 20 et 21 novembre 1997 – Bulletin UE 11-1997, points I.1 à I.10, au point I. 4.15.

⁴⁴⁴ La Commission et les États membres ont été invités par le Conseil européen de Dublin de décembre 1996 (au point 1.5 des conclusions, *précitées*, note 345) à élaborer des instruments pour suivre et évaluer les politiques de l'emploi et du marché du travail des États membres, et identifier les bonnes pratiques, notamment par la mise en place d'indicateurs communs en matière d'emploi et par la méthode d'évaluation comparative des performances (dite encore évaluation par étalonnage (*benchmarking*)). Cette méthode avait déjà été préconisée par la Commission pour évaluer la compétitivité de l'industrie européenne (voir la communication de la Commission, du 16 avril 1997, sur l'étalonnage des performances compétitives [*benchmarking*] - la mise en oeuvre d'un instrument à la disposition des opérateurs et des pouvoirs publics (COM(97) 153) – Bulletin UE 4-1997, point 1.3.97). On cherche maintenant à la transposer au domaine de l'emploi.

figure pas à l'article 128 du traité CE et la procédure de convergence dans le domaine de l'emploi se caractérise par l'absence de condition de conformité⁴⁴⁵ et de sanction⁴⁴⁶.

Le caractère moins contraignant de la procédure de convergence dans le domaine de l'emploi (par comparaison à celle dans le domaine économique) s'explique essentiellement par les réticences de certains États membres – l'Allemagne d'Helmut Kohl, au nom de la subsidiarité, et l'Espagne du conservateur José María Aznar particulièrement – vis-à-vis de toute contrainte européenne en matière d'emploi. La nature sensible du sujet permet d'ailleurs de comprendre l'attention accordée, dans les textes communautaires, au respect – apparent – des compétences étatiques⁴⁴⁷.

Au regard de l'application des dispositions du traité sur l'emploi, l'inquiétude des États membres d'obédience conservatrice ou de droite apparaît, *a posteriori*, bien exagérée puisque la convergence des politiques nationales de l'emploi a pris une direction très néolibérale. En outre, plusieurs éléments m'amènent à croire que des jalons avaient été posés pour favoriser une telle direction. Le premier, et le plus important, est le poids renforcé de la Commission dans la stratégie coordonnée pour l'emploi. En effet, alors que dans les dispositions du traité de Maastricht relatives à l'Union économique et monétaire l'intergouvernemental dominait presque sans partage l'élaboration des grandes orientations économiques⁴⁴⁸, la définition des lignes directrices pour l'emploi dans le traité d'Amsterdam est marquée par une plus grande présence de la Commission⁴⁴⁹. Bien que cela puisse paraître

⁴⁴⁵ Alors que c'est la conformité des politiques économiques des États membres aux grandes orientations des politiques économiques fixées par le Conseil qui est soumise au contrôle communautaire (paragraphe 3 et 4 de l'article 99 du traité CE), le paragraphe 2 de l'article 128 du traité CE se limite à exiger des États membres qu'ils tiennent simplement compte des lignes directrices pour l'emploi dans leurs politiques nationales de l'emploi.

⁴⁴⁶ Le paragraphe 4 de l'article 128 du traité CE ne prévoit que des recommandations adressées par le Conseil aux États membres « s'il le juge approprié », et aucune publicité de ces recommandations n'est prévue.

⁴⁴⁷ L'article 127 du traité CE précise, en effet, que la Communauté soutient l'action des États membres et, au besoin, la complète et qu'elle respecte ainsi pleinement les compétences des États membres en la matière. Par ailleurs, c'est la coordination des politiques nationales de l'emploi, et non ces politiques elles-mêmes comme c'est le cas dans le domaine de la politique économique, qui est reconnue comme une question d'intérêt commun (paragraphe 2 de l'article 126 du traité CE).

⁴⁴⁸ Voir, *supra*, page 27.

⁴⁴⁹ Alors que la Commission a un rôle très secondaire dans la définition des grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté, c'est à elle que revient la proposition des lignes directrices de l'emploi, élaborées ensuite par le Conseil. Et la résolution du Conseil sur les lignes directrices pour l'emploi en 1998 (JO C 30 du 28.1.1998) – Bulletin UE 12-1997, point 1.2.258, adoptée le 15 décembre 1997, est venue encore accroître les pouvoirs de la Commission en lui confiant l'élaboration du rapport annuel sur la mise en oeuvre par les États membres des lignes directrices pour l'emploi ainsi que la possibilité d'adresser aux États membres des recommandations – tâches qui relèvent normalement du Conseil.

anodin, ce n'est pas, selon moi, le fruit du pur hasard. Il était en effet avantageux d'écarter la Commission en 1992 alors que cette dernière était encore dirigée par le président Jacques Delors, tandis qu'une Commission néolibérale est désormais la bienvenue, particulièrement face à un Conseil au sein duquel le nombre de gouvernements sociaux-démocrates a récemment augmenté ⁴⁵⁰. Le deuxième élément est le désir d'être le plus discret possible, et donc de ne pas étaler au grand jour les choix néolibéraux « imposés » ⁴⁵¹ aux États membres pour la réforme de leurs marchés du travail. On préfère laisser les institutions communautaires décider ultérieurement, davantage à l'abri des regards, du contenu des lignes directrices pour l'emploi, comme c'est déjà le cas pour les grandes orientations des politiques économiques. Le troisième élément relève davantage de la légitimation : la consultation large qui a été prévue – du Parlement européen, du Conseil économique et social, du Conseil des régions et du Comité de l'emploi – absente dans le cadre économique, renforce l'impression qu'il y a consensus sur les positions adoptées, ce qui facilite leur acceptation par les citoyens européens.

J'ajouterai, en outre, que si la volonté première des négociateurs du traité d'Amsterdam était de montrer au citoyen européen que l'Europe souhaitait s'attaquer au problème du chômage, les nouvelles dispositions du traité ne devraient malheureusement pas renverser fondamentalement la tendance observée jusqu'à présent, à savoir la faiblesse des actions communautaires entreprises jusqu'alors et des résultats obtenus. Les causes sont en effet plus profondes. Philippe Pochet avance plusieurs explications à l'absence d'efficacité des mesures européennes en faveur de l'emploi. La première est d'ordre méthodologique, la deuxième est d'ordre pratique, et la troisième serait d'ordre idéologique. S'agissant de la première explication, cet auteur observe que le glissement de la dimension sociale vers l'emploi (opéré à la faveur du livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi de la Commission et du plan d'action du Conseil européen de Bruxelles de décembre 1993) s'est accompagné « d'un changement profond de méthode. À l'harmonisation et aux directives qui sont les moyens et les instruments pertinents dans le premier cas s'est substituée la définition de politiques y compris budgétaires (plus ou moins efficaces de lutte contre le chômage) et de procédures de suivi des politiques nationales. [...] [Or] [l']absence de moyens budgétaires et

⁴⁵⁰ En 1997, plusieurs gouvernements européens ont basculé dans la sociale-démocratie : le gouvernement britannique, le gouvernement français (cohabitation gauche-droite avec Lionel Jospin comme premier ministre), le gouvernement autrichien, et le gouvernement italien l'avait fait un peu plus tôt (en avril 1996).

⁴⁵¹ On rappellera toutefois que si les États membres ont tendance à imputer les décisions impopulaires à l'Union européenne, ils participent pourtant, au sein du Conseil de l'Union, à la définition des

l'échec de donner une capacité d'emprunt à l'Union limite *de facto* le levier dont dispose la CE. »⁴⁵² La deuxième explication réside dans le choix des mesures prises : la flexibilité du marché du travail et l'abaissement des coûts salariaux indirects auraient des effets non confirmés sur la création d'emploi⁴⁵³. La troisième explication est idéologique : la faiblesse de la politique d'emploi européenne résulterait d'un désir de réduire l'interventionnisme de l'État⁴⁵⁴. Les nouvelles orientations politiques adoptées à l'échelon national en 1997 et 1998 ont toutefois eu raison de cette dernière explication, comme je l'apprécierai à présent dans la deuxième section.

Fortes de deux nouveaux instruments communautaires de coordination et de suivi des politiques, le pacte de stabilité budgétaire dans le domaine économique et monétaire et la stratégie coordonnée pour l'emploi, ainsi que d'une légitimation renouvelée par un nouveau traité, les autorités communautaires ont pu envisager d'appliquer les recettes néolibérales aussi bien au plan européen qu'au plan national. Cela se fit tout naturellement par le biais de la politique européenne de l'emploi et, malgré pourrait-on dire, les changements politiques intervenus au sein de plusieurs gouvernements européens au profit de la sociale-démocratie. Ces changements colorèrent simplement les orientations prises au niveau européen.

SECTION II – FIN 1997-2001 : LE RENOUVELLEMENT DE LA POLITIQUE EUROPÉENNE DE L'EMPLOI À L'AUNE D'UN NÉOLIBÉRALISME MÂTINÉ DE « TROISIÈME VOIE »

Le paysage politique européen va être radicalement modifié avec l'arrivée au pouvoir de partis socialistes ou sociaux-démocrates dans onze des quinze États membres que compte l'Union européenne, dont les quatre États membres les plus importants : Royaume-Uni (Tony Blair en 1997), France (Lionel Jospin en juillet 1997, en cohabitation avec la droite), Allemagne (Gerhard Schröder à l'automne 1998) et Italie (Massimo D'Alema succédant en octobre 1998 à Romano Prodi, de centre gauche). Ce raz de marée des forces progressistes en Europe, dès lors dénommée « l'Europe rose », permettait d'envisager, avec un tel changement de majorité au sein du Conseil européen et au sein du Conseil de l'Union, un

actions et des politiques communautaires. Il reste que l'adoption des lignes directrices pour l'emploi se fait à la majorité qualifiée alors que l'unanimité est exigée pour la révision des textes constitutifs.

⁴⁵² P. POCHET, *loc. cit.*, note 348, 86-87.

⁴⁵³ Voir *id.*, 87 et 88. La flexibilité, par exemple, n'occasionnerait, avec l'augmentation du temps partiel, qu'une redistribution des heures travaillées, sans en créer davantage.

⁴⁵⁴ *Id.*, 91.

tournant dans les politiques européennes, et particulièrement une relance de l'Europe sociale. Cette perspective ne s'est toutefois pas matérialisée. L'ultralibéralisme des années 1994-1995, visible tant dans les actions que dans la légitimation employée au niveau européen, et encore présent dans les années subséquentes (essentiellement dans la rhétorique européenne et les communications de la Commission) a certes cédé du terrain, mais la tendance lourde est demeurée. C'est donc un « social-libéralisme » qui a vu le jour au niveau européen, mais dans sa forme la plus libérale, sous l'influence – particulièrement efficace – des travaillistes britanniques. Les thèmes abordés au niveau européen, telle l'inclusion sociale, en sont un reflet, avec un traitement, comme je m'efforcerai de le démontrer dans cette présente section, qui reste résolument néolibéral. C'est le cas de la politique de l'emploi, qui devait être l'héraut de « l'Europe rose » et qui s'est transformée en cheval de Troie des politiques sociales des États membres.

Paragraphe 1. La politique européenne de l'emploi, cheval de Troie des politiques sociales des États membres

Sur le plan européen, les années 1997 à 2001 ont été dominées par le thème de l'emploi. Elles ont été marquées par une réelle volonté des États membres de coordonner leurs politiques de l'emploi. Les idées développées par le gouvernement britannique de Tony Blair, sous le vocable de « troisième voie », ont imprimé une certaine direction à cette coordination au niveau européen et elles ont insufflé une nouvelle conception de la politique sociale reprise par l'Union européenne.

A. La politique européenne de l'emploi : d'une volonté de coordination à la consécration des thèses défendues par les travaillistes britanniques

1/ La stratégie européenne de l'emploi

En contrepartie de son acceptation du pacte de stabilité budgétaire à Amsterdam, Lionel Jospin avait obtenu de ses vis-à-vis européens l'assurance qu'un Conseil européen serait consacré à l'emploi, afin de montrer aux opinions publiques que l'Europe ne se souciait pas seulement de monnaie unique et de déficits publics. C'est la raison d'être du Conseil européen extraordinaire de Luxembourg sur l'emploi des 20 et 21 novembre 1997⁴⁵⁵. Ce Conseil européen extraordinaire lance la stratégie européenne pour l'emploi (SEE) (dite encore stratégie coordonnée en faveur de l'emploi) sur la base des nouvelles dispositions du

traité d'Amsterdam relatives à la coordination des politiques de l'emploi des États membres (mises ainsi en œuvre de manière anticipée)⁴⁵⁶. Il définit dix-neuf lignes directrices pour l'emploi pour 1998 que les États membres devront traduire dans des plans d'action nationaux pour l'emploi.

Le « processus de Luxembourg » (la stratégie européenne pour l'emploi) a été complété par deux autres processus : le « processus de Cardiff », en juin 1998, sur la réforme en profondeur des politiques structurelles, et le « processus de Cologne », en juin 1999, sur la coordination des politiques macro-économiques et des politiques de l'emploi. Sans rentrer dans le détail de ces trois processus, je souhaite néanmoins souligner comment ils s'inscrivent dans une orientation très nettement néolibérale.

S'agissant de la convergence des politiques de l'emploi des États membres (dans le cadre du « processus de Luxembourg »), les lignes directrices pour l'emploi de 1998, approuvées par le Conseil européen extraordinaire de Luxembourg sur l'emploi, sont révélatrices des choix opérés et des priorités des institutions motrices de l'Union européenne. Ces lignes directrices s'organisent autour de quatre axes : 1) l'amélioration de la capacité d'insertion professionnelle (soit l'axe « employabilité ») ; 2) le développement de l'esprit d'entreprise ; 3) l'encouragement de la capacité d'adaptation des entreprises et des travailleurs (l'axe « adaptabilité ») ; 4) le renforcement des politiques d'égalité des chances (l'axe « égalité des chances »). Les mesures inscrites dans le cadre des trois premiers axes sont pour la plupart des recettes classiques d'essence néolibérale, sous l'influence notamment de la Commission qui les propose⁴⁵⁷. On citera, en vrac, à titre d'exemples, des systèmes d'indemnisation du chômage et du financement de la formation devant inciter « réellement les chômeurs à chercher et à accepter un emploi »⁴⁵⁸, des qualifications adaptées aux besoins

⁴⁵⁵ *Précité*, note 443, points I.1 à I.10.

⁴⁵⁶ Il prend également acte de la mise en place du Programme d'action spéciale d'Amsterdam (PASA) de la Banque européenne d'investissement (BEI). Ce programme, destiné notamment à soutenir les PME, a pour objectif de traduire les orientations de la résolution du Conseil européen d'Amsterdam sur la croissance et l'emploi : S. MARTINELLI, *loc. cit.*, note 274, 65-66 ou Jean-Luc SAURON, « Le Conseil européen extraordinaire de Luxembourg des 20 et 21 novembre 1997 pour l'emploi – Synergie des politiques communautaires et intégration des politiques nationales, ou la résurgence de la planification à la française », (1997) 413 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 649, 654.

⁴⁵⁷ Plusieurs des suggestions faites par la Commission dans sa communication de 1997 sur la modernisation de la protection sociale ont été reprises dans les lignes directrices pour l'emploi.

⁴⁵⁸ Ligne directrice n° 3 des *Lignes directrices pour l'emploi en 1998* – annexe aux conclusions du Conseil européen extraordinaire de Luxembourg sur l'emploi des 20 et 21 novembre 1997 – Bulletin UE 11-1997, points I.6.49 à I.10.79. Les lignes directrices pour l'emploi de 1999 ont renforcé ce point, en visant également les régimes de préretraite, et la Commission, dans sa communication de juillet

du marché du travail, des charges réduites pour les PME et une pression fiscale allégée sur le travail ⁴⁵⁹, une activité indépendante encouragée, des contrats de travail plus souples ⁴⁶⁰. Deux mesures retiennent néanmoins notre attention : le délai de cinq ans imparti aux États membres pour offrir un « nouveau départ » sous forme de formation, de reconversion ou d'emploi à tout chômeur avant qu'il n'ait atteint douze mois de chômage ou six mois pour un jeune, et l'objectif d'atteindre au moins 20 % des chômeurs en formation. Ces objectifs chiffrés ne sont toutefois pas contraignants.

On rappellera en effet, d'une part, que la stratégie coordonnée pour l'emploi n'est pas contraignante ⁴⁶¹ comme l'est la procédure de convergence des politiques économiques dans le cadre de l'Union économique et monétaire ⁴⁶² et, d'autre part, que les lignes directrices sur l'emploi, proposées par la Commission et approuvées par le Conseil, doivent être conformes aux grandes orientations des politiques économiques (GOPE), conformément au traité d'Amsterdam ⁴⁶³. Cette subordination de l'emploi à l'économique a d'ailleurs été fortement critiquée par la Confédération européenne des syndicats ⁴⁶⁴, ainsi que par le Parlement européen. Or les grandes orientations des politiques économiques sont, depuis leur existence (soit 1994), marquées du sceau de l'ultralibéralisme. En effet, elles exigent des États membres, année après année, des efforts soutenus d'assainissement des finances publiques (au nom de la rigueur budgétaire), des réformes structurelles ⁴⁶⁵, particulièrement de leurs

1999 sur une stratégie concertée pour moderniser la politique sociale (*précitée*, note 327), propose de lier les droits à prestation des chômeurs avec leur disponibilité à l'égard de la formation et de l'emploi.

⁴⁵⁹ La réduction de la charge fiscale doit se faire sans mettre en cause l'assainissement des finances publiques – afin de respecter les exigences du pacte de stabilité budgétaire – ni l'équilibre financier des systèmes de sécurité sociale.

⁴⁶⁰ Chaque État membre devra examiner « l'opportunité d'introduire dans sa législation des types de contrats plus adaptables » : ligne directrice n° 17 des *Lignes directrices pour l'emploi en 1998*, *précitées*, note 447, point I.9.71.

⁴⁶¹ Il reste que, comme l'indiquent O. QUINTIN et B. FAVAREL-DAPAS, *op. cit.*, note 113, p. 129, « même s'il n'y a pas d'obligation juridique, il y a une forte pression pour agir tous ensemble vers une même direction » – on pourrait ajouter : une même direction néolibérale. Et ce, même si les mesures prises par les États membres pour appliquer ces lignes directrices au niveau national, dans leur plan national pour l'emploi, sont très disparates : elles concernent aussi bien les emplois-jeunes en France que la flexibilité du travail, avec l'encouragement au travail indépendant et la modernisation de l'organisation du travail, au Royaume-Uni, la formation au Portugal, ou encore l'allègement des coûts non salariaux en Allemagne, car la convergence recherchée dans le domaine de l'emploi est soumise au contrôle de la Commission. Cette dernière a d'ailleurs critiqué les mesures prises par la France et l'Italie en faveur des 35 heures.

⁴⁶² *Cf. supra*, pages 26-27.

⁴⁶³ *Cf. supra*, page 102.

⁴⁶⁴ Voir J. GOETSCHY et P. POCHET, *loc. cit.*, note 282, 2.

⁴⁶⁵ Maître mot des GOPE, les réformes structurelles sont vues comme le seul moyen de promouvoir l'emploi et la cohésion sociale, en partant du principe que c'est « [e]n améliorant les conditions générales pour la croissance et l'emploi [que] les politiques économiques contribuent le mieux à

marchés du travail (vers une plus grande flexibilité), de leurs systèmes de protection sociale, de leurs régimes publics de pension et de leurs systèmes d'éducation⁴⁶⁶, ainsi qu'un allègement de la « pression fiscale »⁴⁶⁷ et des cotisations de sécurité sociale, l'approfondissement du marché unique avec notamment une libéralisation de certains secteurs (énergie, transport, télécommunications, postes), une évolution des salaires inférieure à la hausse des prix et de la productivité⁴⁶⁸ afin d'accroître la rentabilité des investissements⁴⁶⁹ et ce, avec un fort parti pris en faveur des privatisations. Le changement de majorité au sein du Conseil de l'Union n'a eu, pour ainsi dire, aucun impact sur l'orientation générale donnée aux politiques économiques des États membres⁴⁷⁰. Cela tient peut-être au fait que la coordination des politiques économiques des États membres relève du Conseil « Économie et finances », qui regroupe les ministres de l'économie et des finances des Quinze et qui est la seule instance habilitée à définir et adopter les grandes orientations des politiques économiques. Or c'est généralement parmi les ministres de l'économie et des

l'inclusion sociale » (COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Grandes orientations des politiques économiques (2000) », [En ligne].

<http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/l25051.htm> (mis à jour le 15 octobre 2002)).

⁴⁶⁶ Les GOPE de 1997 précisent que la priorité doit être donnée à l'adaptation de l'ensemble du système éducatif aux besoins des marchés. Cette idée sera reprise dans les lignes directrices pour l'emploi de 1998 et sera constamment réitérée par la suite (voir la recommandation 97/479/CE du Conseil, du 7 juillet 1997, concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté pour 1997 (JO L 209 du 2.8.1997) – Bulletin UE 7/8-1997, points 1.3.14 et 2.2.1).

⁴⁶⁷ Les coûts non salariaux de la main-d'oeuvre mais aussi l'impôt sur le revenu sont vus comme des freins à l'emploi (cf. les GOPE de 1997).

⁴⁶⁸ Cela ne s'appliquant évidemment pas aux salaires des dirigeants d'entreprise.

⁴⁶⁹ Les grandes orientations des politiques économiques favorisent également une différenciation plus nette des salaires en fonction des secteurs, des zones géographiques et des qualifications. Le Conseil européen a exprimé des attentes semblables, au nom de la création d'emploi (c'est le cas des Conseils européens d'Amsterdam de juin 1997, de Cardiff de juin 1998 et de Cologne de juin 1999) et de la compétitivité de l'Union européenne (plus tard, au Conseil européen de Barcelone de mars 2002), mais c'est le contrôle de l'inflation qui est en fait visé derrière ces considérations (voir *infra*, note 634).

⁴⁷⁰ La mention, dans les GOPE de 1997, d'éviter toute concurrence fiscale préjudiciable entre les États membres – et l'invitation faite aux États membres d'élaborer pour ce faire un code de conduite posant des principes politiquement contraignants – est, toutefois, directement liée à la présence de gouvernements socialistes ou sociaux-démocrates au sein du Conseil de l'Union. La question de la concurrence fiscale déloyale avait déjà été brièvement abordée au Conseil européen d'Amsterdam de juin 1997, dans sa résolution sur la croissance et l'emploi, puis elle l'a été par le Conseil européen de Luxembourg de décembre 1997 et par les GOPE de 1998. Elle revient en force au Conseil européen de Vienne de décembre 1998, puis elle disparaît après le Conseil européen d'Helsinki de décembre 1999, emportée par l'opposition constante du Royaume-Uni et de l'Irlande. Cette concurrence fiscale fait pourtant peser de sérieux risques sur le modèle social européen : voir l'étude d'Alain EUZÉBY et de Rosa Maria MARQUES, « Mondialisation de l'économie et concurrence fiscale : des menaces pour le modèle social européen », (2003) 468 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 311.

finances que l'on trouve les plus grands adeptes de l'orthodoxie ultralibérale et ce, indépendamment de la couleur du gouvernement dont ils font partie ⁴⁷¹.

Le « processus de Cardiff », initié par le Conseil européen de Cardiff de juin 1998, s'inscrit dans la même logique puisqu'il invite les États membres à réformer en profondeur leurs politiques structurelles sur le marché des biens et des services. Le Conseil européen de Cologne de juin 1999 va élargir la stratégie européenne de l'emploi en ajoutant un troisième élément : la coordination des politiques macro-économiques et des politiques de l'emploi. Il va intégrer dans un « pacte européen pour l'emploi » ⁴⁷² les trois processus : celui de Luxembourg sur la coordination des politiques de l'emploi, destinée à réformer les marchés du travail, celui de Cardiff sur la réforme des structures pour améliorer l'efficacité des marchés des biens, des services et des capitaux, et celui de Cologne qui met en place un « dialogue macro-économique » ⁴⁷³. Ce dialogue macro-économique réunit des représentants du Conseil, de la Commission, de la Banque centrale européenne (BCE) et des partenaires sociaux en vue d'améliorer « l'interaction entre l'évolution des salaires et les politiques monétaire, budgétaire et financière » ⁴⁷⁴, dans le respect du pacte de stabilité budgétaire et de la stabilité des prix.

⁴⁷¹ L'ancien ministre des finances allemand Oskar Lafontaine était l'exception qui confirme la règle, mais son « règne » fut de courte durée.

⁴⁷² Le pacte européen pour l'emploi a pour origine une proposition franco-allemande, initiée par Lionel Jospin et Oskar Lafontaine et soutenue par l'Italie, qui reposait sur l'idée de donner un pendant, dans le domaine de l'emploi, au pacte de stabilité budgétaire, en fixant également pour l'emploi des objectifs contraignants et vérifiables. Cette proposition franco-allemande d'un pacte européen contraignant pour l'emploi reprend en fait un souhait du Parlement européen (voir la résolution du Parlement européen, des 20-21 novembre 1997, portant contribution du Parlement européen à la réunion extraordinaire du Conseil européen consacrée à l'emploi (JO C 339 du 10.11.1997) – Bulletin UE 10-1997, point 1.2.225 et la résolution du Parlement européen, du 19 novembre 1997, sur le rapport de la Commission *L'emploi en Europe – 1997* (JO C 371 du 8.12.1997) – Bulletin UE 11-1997, point 1.3.197). Or de la proposition ambitieuse franco-allemande on n'a gardé à Cologne que le nom, et un nom en outre vite délaissé au profit de la « stratégie européenne pour l'emploi ». Cette stratégie vise à obtenir un dosage des politiques macro-économiques favorable à la croissance et à l'emploi dans la continuité de la logique économique dominante. On est donc très loin des politiques interventionnistes communes (grands travaux, réduction du temps de travail, etc.) proposées par le premier ministre français et le ministre des finances allemand. C'est la philosophie sociale-libérale des travaillistes britanniques qui l'a emportée : Henri DE BRESSON et Arnaud LEPARMENTIER, « Le pacte pour l'emploi de Cologne confirme l'influence des idées social-libérales en Europe », *Le Monde*, 7 juin 1999, p. 7.

⁴⁷³ Rapport de la présidence du 31 mai 1999 intitulé *Pacte européen pour l'emploi : coopération plus étroite en vue de favoriser l'emploi et les réformes économiques en Europe* (dit encore rapport au Conseil européen sur le pacte européen pour l'emploi), annexe 1 aux conclusions du Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999 – Bulletin UE 6-1999, point I.44, au point I.45.

⁴⁷⁴ Conclusions du Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999 – Bulletin UE 6-1999, points I.1 à I.65, au point I.5.7. L'opposition entre deux approches, une néolibérale et l'autre plus politique et davantage sociale et volontariste, semble s'être poursuivie relativement aux modalités de mise en œuvre du dialogue macro-économique : voir Jean-Luc SAURON et George ASSERAF, « Le Conseil

Et pour renforcer encore, au niveau européen, cette coordination des politiques de l'emploi ainsi que des politiques macro-économiques des États membres, l'Union européenne a cherché à mobiliser l'ensemble des politiques communautaires au service de l'emploi⁴⁷⁵. Les Fonds structurels, par exemple, ont été utilisés pour stimuler l'emploi au niveau local.

Finalement, l'Europe sociale-démocrate, telle que défendue lors du Conseil européen informel de Pörschach (en Autriche) les 24 et 25 octobre 1998 par les gouvernements nationaux d'obédience sociale-démocrate ou de gauche⁴⁷⁶, ne s'est fait brièvement sentir que dans les conclusions du Conseil européen de Vienne de décembre 1998⁴⁷⁷. L'Union européenne a rapidement adopté un « social-libéralisme »⁴⁷⁸, lequel était moins en contradiction avec le néolibéralisme toujours présent dans le cadre des grandes orientations des politiques économiques. Cette nouvelle approche « sociale-libérale » a imprégné les politiques communautaires en faveur de l'emploi ainsi que les politiques sociales préconisées par Bruxelles.

2/ Le « modèle libéral de l'Europe du plein-emploi »⁴⁷⁹

Le courant de pensée sociale-libérale qui a traversé l'Union européenne a insufflé une nouvelle façon d'appréhender la question de l'emploi⁴⁸⁰. Alors qu'auparavant il

européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999 », (1999) 430 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 441, 446-447.

⁴⁷⁵ Voir les communications de la Commission, du 12 novembre 1997, sur les politiques communautaires au service de l'emploi (COM(97) 611) – Bulletin UE 11-1997, point I.3.191 et, du 21 avril 1999, sur les politiques communautaires en faveur de l'emploi (COM(99) 167).

⁴⁷⁶ Les dirigeants socialistes européens avaient alors affirmé leur volonté de faire de l'Union européenne une Union plus humaine et plus sociale et ils s'étaient portés à la défense de l'État-providence : voir Henri DE BRESSON, « L'Europe rose confrontée à un nouveau rapport de forces », *Le Monde*, 15 juin 1999, p. 2.

⁴⁷⁷ Renforcement de la coordination économique et fiscale, réforme du système financier international, prise en compte renforcée des groupes sociaux défavorisés dans les lignes directrices pour l'emploi et proposition d'un pacte européen pour l'emploi figuraient en effet à l'ordre du jour du Conseil européen de Vienne des 11 et 12 décembre 1998 – Bulletin UE 12-1998, points I.1 à I.32. Autre nouveauté : au Conseil européen de Cologne de juin 1999 était aussi exprimé le souhait de développer « un noyau de normes sociales minimales » (point 47 du rapport sur le pacte européen pour l'emploi, *précité*, note 473).

⁴⁷⁸ La première pierre fut posée par le manifeste commun de Tony Blair et Gerhard Schröder, *Le Manifeste Europe: la troisième voie, le nouveau centre*, lancé le 8 juin 1999 à la veille des élections du Parlement européen. Ce manifeste défend « une politique réformatrice de centre gauche, plus sociale-libérale que socialiste au sens classique » (H. BRESSON, *loc. cit.*, note 476, p. 2), en prônant une Europe de la flexibilité (voir également Laurence CAMEL, « L'Europe sociale s'enlise dans les divergences d'une gauche européenne trop plurielle », *Le Monde*, 13 juillet 1999, p. 2). Comme nous le verrons, la « troisième voie » a convaincu d'autres États membres et a gagné l'échelon européen.

⁴⁷⁹ Cette expression est de Laurent ZECCHINI, « L'Arlésienne de l'Agenda social », *Le Monde*, 24 octobre 2000, p. 4.

s'agissait d'agir sur le chômage, en privilégiant notamment des actions ciblées au profit des groupes les plus touchés (jeunes « décrocheurs », femmes au chômage, travailleurs âgés) ⁴⁸¹, l'Union européenne s'est désormais intéressée au taux d'emploi (dit encore taux d'insertion professionnelle de la population active ou taux d'activité) ⁴⁸². L'objectif recherché par la stratégie européenne pour l'emploi a, en effet, été de « parvenir à une augmentation significative du taux d'emploi en Europe sur une base durable » ⁴⁸³. L'idée était de réintégrer dans le marché de travail les ressources humaines inexploitées, de « mobiliser tout le potentiel d'emplois disponible » ⁴⁸⁴.

Dès lors, le thème du plein-emploi a fait son apparition dans le discours européen ⁴⁸⁵, avec l'objectif d'un taux d'emploi de 70 % pour 2010 ⁴⁸⁶. Pour accroître la participation au travail, les mesures préconisées par l'Union européenne se sont adressées aux chômeurs, aux femmes, aux travailleurs âgés, aux jeunes, aux personnes handicapées, et aux minorités ethniques. La nature de ces mesures est très variée – elles vont de l'égalité des chances à la réduction des prestations sociales, en passant par l'éducation et la formation - mais toutes relèvent d'une même conception « blairiste » qui fait de la remise au travail des inactifs « la

⁴⁸⁰ La prise en compte de la « troisième voie » dans la stratégie européenne pour l'emploi a été notamment analysée par KENNER (1999), qui a démontré comment elle s'était réalisée par « une fertilisation croisée des thématiques et du vocabulaire » : P. Pochet et J. Goetschy, *loc. cit.*, note 163, 9 (dont la référence bibliographique à l'auteur Kenner est malheureusement incomplète).

⁴⁸¹ Cf. les mesures préconisées par le Conseil européen d'Essen de décembre 1994, *supra*, page 62.

⁴⁸² Les termes « taux d'emploi » ou encore « niveau de l'emploi » ont dès lors remplacé avantageusement celui de « taux de chômage », à connotation négative.

⁴⁸³ Point I.4.22 des conclusions du Conseil européen extraordinaire de Luxembourg sur l'emploi de novembre 1997, *précitées*, note 443. Voir aussi O. Quintin et B. Favarel-Dapas, *op. cit.*, note 113, pp. 128 et 129.

⁴⁸⁴ Voir, par exemple, l'Agenda social européen, annexe I des conclusions du Conseil européen de Nice de décembre 2000, Bulletin UE 12-2000 (conclusions du Conseil européen de Nice des 7, 8 et 9 décembre 2000, Bulletin UE 12-2000, points I.1 à I.37).

⁴⁸⁵ L'objectif du plein-emploi avait déjà été exprimé lors du Conseil européen d'Amsterdam de juin 1997, mais ce n'est qu'à partir du Conseil européen extraordinaire de Luxembourg sur l'emploi de novembre 1997, puis particulièrement au Conseil européen de Lisbonne de mars 2000, qu'il a reçu une attention particulière de la part des institutions européennes.

⁴⁸⁶ Cet objectif a été fixé officiellement par le Conseil européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000 – Bulletin UE 3-2000, points I.1 à I.22, au point I.14.30. La Commission l'avait toutefois déjà proposé, dès 1997, dans sa communication, du 1^{er} octobre 1997, concernant des propositions de lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres en 1998 (COM(97) 497 – Bulletin UE 10-1997, point I.2.222), mais les États membres ne l'avaient alors pas suivi. Selon la Commission, ce taux permettrait de rejoindre celui affiché par les partenaires commerciaux de l'Union européenne (et notamment les États-Unis). Le Conseil européen de Stockholm des 23 et 24 mars 2001 – Bulletin UE 3-2001, points I.1 à I.41, au point I.7.9, a fixé par la suite un objectif intermédiaire pour le taux d'emploi général de 67 % pour 2005.

priorité et la condition sine qua non de la croissance »⁴⁸⁷ et qui pousse à une révision complète des politiques sociales.

B. La redéfinition des politiques sociales sous l'influence des idées sociales-libérales britanniques

1/ La stratégie de Lisbonne

Le Conseil européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000 a été la première réunion des chefs d'État et de gouvernement spécialement consacrée aux questions économiques et sociales – ce qu'on a appelé par la suite les Conseils européens du printemps. Ce Conseil européen occupe une place à part dans l'historique des Conseils européens. Il reste en effet encore cité en référence aujourd'hui comme la « stratégie de Lisbonne ». Le Conseil européen de Lisbonne de mars 2000 a défini un nouvel objectif stratégique pour l'Europe : faire en dix ans de l'Union « l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde »⁴⁸⁸ avec un plein-emploi et une plus grande cohésion sociale. Pour y parvenir, le Conseil européen a proposé « une transformation radicale de l'économie européenne »⁴⁸⁹ qui passe par un renforcement de l'innovation et des réformes économiques⁴⁹⁰ ainsi qu'une modernisation des systèmes nationaux de sécurité sociale et d'éducation. Cette nouvelle stratégie adoptée au Conseil européen de Lisbonne, appelée encore « stratégie de Lisbonne » ou « programme de Lisbonne », a fait l'objet d'un large consensus entre toutes les institutions et organes communautaires⁴⁹¹. Comme l'énonce le

⁴⁸⁷ Catherine ROLLOT, « Le “workfare” : la pire ou la meilleure des politiques », *Le Monde*, 7 octobre 2003, p. 2.

⁴⁸⁸ Point I.5.6 des conclusions du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000, *précitées*, note 486. Par cet objectif, aux allures de slogan, les institutions communautaires cherchent à vendre une idée – la promotion de la connaissance – supposée profiter directement aux citoyens européens, pour leur faire accepter les réformes difficiles à réaliser au niveau national, et notamment la réforme de leurs régimes de sécurité sociale et de l'éducation.

⁴⁸⁹ *Id.*, point I.3.1.

⁴⁹⁰ En ce qui concerne les réformes économiques, le Conseil européen de Lisbonne, loin d'innover, s'est borné à appliquer les mêmes recettes (assainissement des finances publiques par exemple). S'agissant de l'innovation, il a notamment encouragé une plus large diffusion des nouvelles technologies, une participation plus importante de l'investissement privé dans la recherche, ou des mesures de financement pour le démarrage des entreprises.

⁴⁹¹ Même le Comité économique et social, connu pour ses positions davantage sociales que libérales, s'est dit favorable à un « nouveau paradigme » en faveur de l'innovation et de la croissance et à « une stratégie “anticipative” qui combine les politiques macro-économiques, la réforme économique, les politiques structurelles, les politiques actives pour l'emploi et la modernisation de la protection sociale », approuvant dès lors une adaptation du modèle social afin de faire disparaître les obstacles à l'emploi ou une promotion de l'esprit d'entreprise (*cf.* l'avis d'initiative du Comité économique et social, du 2 mars 2000, sur le thème « Emploi, réforme économique et cohésion sociale - Vers une Europe de l'innovation et de la connaissance » – Bulletin UE 3-2000, point I.3.17). Ces propos

Conseil européen de Bruxelles des 25 et 26 mars 2004, « [l]e programme de Lisbonne se fonde sur une approche privilégiant la cohérence entre les actions de l'Union et celles des États membres et aussi entre les différents domaines d'action – économique, social et environnemental [ce dernier domaine ayant été ajouté par le Conseil européen de Göteborg en juin 2001]. Les différentes mesures doivent opérer en synergie et les réformes doivent se poursuivre dans tous les domaines. »⁴⁹²

Pour soutenir cet ambitieux objectif, le Conseil européen de Lisbonne a suggéré une nouvelle « méthode ouverte de coordination » (MOC) au niveau communautaire (c'est le « processus de Lisbonne »). Cette méthode, dite encore processus de coordination ouverte, vise à diffuser les meilleures pratiques et à assurer une plus grande convergence entre les États membres s'agissant des principaux objectifs de l'Union européenne. Le Conseil européen de Lisbonne l'a définie ainsi :

« [...] cette méthode consiste à :

- définir des lignes directrices pour l'Union [...] ;
- établir, le cas échéant, des indicateurs quantitatifs et qualitatifs et des critères d'évaluation par rapport aux meilleures performances mondiales [...], de manière à pouvoir comparer les meilleures pratiques ;
- traduire ces lignes directrices européennes en politiques nationales et régionales [soit en plans d'action nationaux] en fixant des objectifs spécifiques et en adoptant des mesures qui tiennent compte des diversités nationales et régionales ;
- procéder périodiquement à un suivi, à une évaluation et à un examen par les pairs, ce qui permettra à chacun d'en tirer des enseignements. »⁴⁹³

tranchent avec ceux tenus un an plus tôt, par lesquels il relevait notamment la nécessité « d'accorder autant d'importance aux objectifs sociaux qu'à la viabilité économique des systèmes de protection sociale » (cf. l'avis du Comité économique et social, du 2 mars 1999, sur la communication de la Commission relative à une stratégie concertée pour moderniser la protection sociale – Bulletin UE 3-1999, point 1.3.20). Quant au Parlement européen, s'il a bien accueilli cette nouvelle stratégie, il a également réaffirmé son attachement à l'élaboration d'un agenda social européen (voir la résolution du Parlement européen, du 6 juillet 2000, sur les conclusions du Conseil européen de Santa Maria da Feira – Bulletin UE 7/8-2000, point 1.9.2).

⁴⁹² Point I.6.9 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 25 et 26 mars 2004 – Bulletin UE 3-2004, points I.1 à I.50.

⁴⁹³ Point I.18.37 des conclusions du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000, *précitées*, note 486.

La Commission est venue par la suite compléter cette définition et préciser le rôle de la méthode ouverte de coordination :

« [La méthode ouverte de coordination] est conçue comme une méthode de gouvernance souple, venant compléter la méthode communautaire existante et d'autres processus fondés sur le traité, tels que les GOPE et la SEE [stratégie européenne de l'emploi], qui continuent à être les instruments de base de la Communauté. La MOC est employée au cas par cas, parallèlement à l'approche programmatique et législative dans certains domaines tels que l'emploi et la politique sociale. »⁴⁹⁴

Cette méthode a vocation à s'appliquer dans les domaines suivants : la société de l'information, la recherche et l'innovation, la politique de l'entreprise, les réformes économiques, l'éducation, l'emploi et l'intégration sociale⁴⁹⁵. Ce champ d'application de la méthode ouverte de coordination appelle trois remarques. Concernant l'emploi et les réformes économiques, cette méthode s'ajoute donc aux procédures de coordination prévues dans le traité CE (respectivement aux articles 99 et 128) dans le domaine économique et dans celui de l'emploi, donnant lieu, respectivement, aux grandes orientations des politiques économiques (GOPE) et aux lignes directrices pour l'emploi, et elle vient compléter le « processus de Cardiff » (processus de réforme économique). Pour l'insertion sociale, la méthode ouverte de coordination va bien au-delà des simples échanges d'informations et de meilleures pratiques que prévoyait l'article 137 du traité CE⁴⁹⁶. Quant à l'éducation, ce domaine n'avait pas été mentionné dans les conclusions du Conseil européen de Lisbonne et l'application de la méthode ouverte de coordination à cette matière est plus surprenante au regard de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres. L'éducation reste en effet une compétence exclusive des États membres. Vouloir soumettre

⁴⁹⁴ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au comité des régions, du 27 mars 2003, intitulée *Renforcement de la dimension sociale de la stratégie de Lisbonne : Rationalisation de la coordination ouverte dans le domaine de la protection sociale* (COM(2003) 261 – JO L 314 du 13.10.2004), aux pages 9 et 10 du texte intégral (à l'adresse Internet suivante : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2003/com2003_0261fr01.pdf) et COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Rationalisation de la coordination ouverte dans le domaine de la protection sociale », [en ligne]. <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/cha/c10120.htm> (mis à jour le 25 janvier 2005).

⁴⁹⁵ Le champ d'application de la méthode ouverte de coordination a été précisé par le Conseil européen de Santa Maria de Feira des 19 et 20 juin 2000 (dit aussi Conseil européen de Feira) – Bulletin UE 6-2000, points I.1 à I.58, au point I.31.38. Il se déduisait des points I.6.8, I.7.13, I.8.15, I.16.32 (respectivement pour la société de l'information, la recherche et l'innovation, la politique de l'entreprise, et la lutte contre l'exclusion sociale) et du point I.17.36 (pour l'emploi et les réformes économiques) des conclusions du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000. À Lisbonne, c'est en fait principalement l'intégration sociale qui était concernée par la méthode ouverte de coordination.

les États membres à une certaine convergence dans le domaine éducatif n'est pas sans signification, comme je le montrerai un peu plus loin.

2/ La modernisation du modèle social européen pour un « État social actif »

Sous le titre « Moderniser le modèle social européen en investissant dans les ressources humaines et en créant un État social actif », le Conseil européen de Lisbonne de mars 2000 propose un programme en trois volets. Le premier concerne l'éducation et la formation. Le deuxième vise à favoriser le plein-emploi par « une politique active de l'emploi ». Le troisième traite de la modernisation de la protection sociale. Or, sur ce point, les conclusions du Conseil européen de Lisbonne sont étonnamment brèves. Il nous y est dit que les régimes nationaux de protection sociale « doivent [...] être adaptés dans le cadre d'un État social actif de manière qu'il soit financièrement intéressant de travailler, de garantir leur viabilité à long terme malgré le vieillissement de la population, de promouvoir l'intégration sociale et l'égalité des sexes, et de fournir des services de santé de qualité. »⁴⁹⁷ Et la voie proposée, au niveau européen, est, d'une part, une coopération entre les États membres par l'échange d'expériences et de meilleures pratiques et, d'autre part, la mise sur pied d'un groupe à haut niveau sur la protection sociale chargé de favoriser cette coopération et d'élaborer « une étude sur l'évolution future de la protection sociale dans une perspective à long terme, en accordant une attention particulière à la viabilité des régimes de retraite »⁴⁹⁸.

Les conclusions du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000 reprennent en fait – en les résumant considérablement – les orientations données par la Commission Santer, avant son départ⁴⁹⁹, dans sa communication de juillet 1999 sur une stratégie concertée pour moderniser la protection sociale⁵⁰⁰, ainsi que le rapport de la commission, pour 1999, sur la

⁴⁹⁶ D'aucuns ont vu dans cette volonté d'agir de l'Union en matière d'exclusion sociale, en se donnant des objectifs communs et un suivi, un tournant vers une plus grande ouverture de l'Union européenne aux considérations sociales.

⁴⁹⁷ Point I.15.31 des conclusions du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000, *précitées*, note 486.

⁴⁹⁸ *Id.*

⁴⁹⁹ La nouvelle Commission, avec à sa tête Romano Prodi, est entrée en fonction en janvier 2000, après la démission, le 15 mars 1999, de la Commission Santer suite à la mise en cause de sa gestion.

⁵⁰⁰ Communication de la Commission du 14 juillet 1999 sur une stratégie concertée pour moderniser la protection sociale (*précitée*, note 327) et Bulletin UE 7/8-1999, point 1.3.6. Cette communication a été très bien accueillie par les États membres, puisque, comme l'indiquent C. DE LA PORTE et P. POCHET, *loc. cit.* note 151, 4, elle a été adoptée, dans ses grandes lignes, très rapidement (en dix mois) par le Conseil Affaires sociales et Emploi le 17 décembre 1999, et un groupe de haut niveau composé de deux représentants par État membre a été mis sur pied et s'est réuni mensuellement à partir de janvier 2000.

protection sociale en Europe⁵⁰¹. Les conclusions du Conseil européen de Lisbonne réfèrent d'ailleurs à ces deux documents. Malgré leur caractère succinct, elles témoignent de l'adhésion des États membres à la notion d'« État social actif », cher au modèle « social-libéral » de Tony Blair qui met l'accent, entre autres, sur l'employabilité, l'adaptabilité, l'incitation à travailler, la responsabilité individuelle, le taux d'activité, et qui, de manière générale, prône une réforme radicale de l'État-providence. Par cette notion, on entend une restructuration des dépenses publiques (sous couvert d'une meilleure gestion des dépenses) pour renforcer l'efficacité de la protection sociale, ainsi qu'une protection sociale plus tournée vers l'emploi que vers la protection⁵⁰². L'idée maîtresse est de passer d'une assurance chômage à une « assurance employabilité »⁵⁰³. En effet, aux yeux de la Commission, le rôle principal que doit jouer la protection sociale est d'aider les travailleurs à s'adapter à la réforme du marché du travail, en renforçant leur capacité d'adaptation professionnelle⁵⁰⁴. Et la protection sociale ne doit surtout pas nuire à l'économie⁵⁰⁵.

Si la stratégie européenne pour l'emploi est notamment invoquée par les institutions communautaires pour « moderniser » la protection sociale, elle est aussi utilisée par ces dernières, selon moi, pour « forcer » la réforme des régimes nationaux de sécurité sociale⁵⁰⁶ ;

⁵⁰¹ Rapport de la Commission, du 21 mars 2000, sur la protection sociale en Europe en 1999 (COM(2000)163) – Bulletin UE 3-2000, point 1.3.22. Ce rapport, bien que produit par la nouvelle Commission Prodi, s'inscrit en fait dans le même courant de pensée, particulièrement au regard de l'incitation au travail et de la « culture d'assistés ». Que la nouvelle Commission se situe dans le même prolongement idéologique que la précédente n'étonne guère au regard des premières déclarations de son nouveau président, en faveur de la flexibilité (L. CARAMEL, *loc. cit.*, note 478, p. 2).

⁵⁰² Déjà dans sa communication de 1997 sur la modernisation et l'amélioration de la protection sociale en Europe (*précitée*, note 317, p. 3), la Commission estimait que « [I]es énormes ressources affectées aux prestations doivent être réorientées vers l'emploi ».

⁵⁰³ On retrouve également cette idée dans la communication de la Commission de 1997 sur la modernisation et l'amélioration de la protection sociale (*précitée*, note 317, pp. 6 et suiv.).

⁵⁰⁴ Dans son rapport de mars 2000 sur la protection sociale en Europe en 1999 (*précité*, note 501, p. 24), la Commission a ainsi défini les mesures actives à mettre en place : ces mesures « [...] visent à aider les chômeurs dans la recherche d'un travail, à améliorer leur employabilité et, en cas de nécessité, à leur donner directement accès à un emploi ». Le temps où les systèmes de sécurité sociale jouaient un rôle primordial dans la redistribution des revenus est donc révolu.

⁵⁰⁵ En effet, pour la Commission, « [I]a protection sociale et le bien-être de la collectivité sont subordonnés aux performances de l'économie et à une forte participation au marché du travail. Par conséquent, la protection sociale ne doit jamais entraver la vie économique par des obstacles au travail, à l'enseignement, à la formation, à la mobilité, à la création d'emplois ou à la création d'entreprise. » (communication de 1999 sur une stratégie concertée pour moderniser la protection sociale, *précitée*, note 327, p. 14). La Commission Prodi, qui succède à la Commission Santer, tient le même discours : « [I]l'idée sous-jacente est que des systèmes de protection sociale bien conçus et adaptables doivent contribuer d'une manière fondamentale à appuyer les politiques économiques et à améliorer les performances économiques. » (rapport de la Commission de mars 2000 sur la protection sociale en Europe en 1999, *précité*, note 501, p. 28)

⁵⁰⁶ La réforme de leur système de protection sociale se fait toutefois avec l'accord des États membres, qui la justifient justement au nom de la stratégie européenne pour l'emploi. Comme le précisent C. DE LA PORTE et P. POCHE, *loc. cit.* note 151, 14 : « [I]l'Europe peut être utile dans les stratégies de

la politique européenne de l'emploi devenant ainsi le cheval de Troie des politiques sociales des États membres. Les lignes directrices pour l'emploi reprennent en effet bon nombre des propositions de la Commission en la matière⁵⁰⁷. L'utilisation de la stratégie européenne pour l'emploi pour induire une révision des systèmes nationaux de protection sociale me semble avoir une raison bien simple : la stratégie européenne pour l'emploi est plus « contraignante » – avec des lignes directrices à reprendre dans des plans d'action nationaux – alors que ce sont de simples échanges d'informations qui sont prévus dans le cadre de la protection sociale. C'est l'existence même de cette coordination, reflet d'un consensus actif entre les États membres, qui est nouvelle, car bien des mesures proposées dans le domaine de l'emploi comme de la protection sociale, entre 1997 et 2001, à la faveur de la stratégie européenne pour l'emploi, avaient déjà été abordées – on s'en souviendra – beaucoup plus tôt au Conseil européen d'Essen en décembre 1994. Mais, sans encadrement communautaire, ces mesures avaient été laissées au bon vouloir des États membres, comme il se doit dans le cadre de compétences nationales exclusives. Les multiples communications de la Commission Santer, de 1995, de 1997, et de 1999 relative à la « modernisation » de la protection sociale ont créé une synergie qu'ont su mettre à profit les travaillistes britanniques. Ceux-ci ont en effet œuvré efficacement au sein des institutions motrices européennes pour diffuser leurs conceptions du marché du travail et de la protection sociale en termes de flexibilité et d'efficacité⁵⁰⁸.

«*blame avoidance*» utilisées par les gouvernements pour «recalibrer» la sécurité sociale. Dans ce cadre le niveau européen est utilisé comme prétexte dans le débat public. » C'est ainsi, comme l'indique le rapport de la Commission sur la protection sociale en Europe en 1999 (*précité*, note 501, p. 4), que plusieurs États membres ont durci les conditions ouvrant droit aux prestations et pris des mesures pour pousser les chômeurs à la reprise du travail. Noëlle BURG et Philip S. GOLUB (« Le mythe trompeur du postnational », *Le Monde diplomatique*, avril 2000, pp. 14-15) en concluent que « [t]outes les réformes sociales nationales convergent [...] vers une même finalité : la libéralisation des marchés du travail. »

⁵⁰⁷ Les autorités européennes le reconnaissent d'ailleurs ouvertement : « un certain nombre de lignes directrices de 1999 appellent, explicitement ou implicitement, une modification des systèmes de protection sociale ; les propositions de la Commission relatives aux lignes directrices de 2000 conservent ou renforcent cette approche. » (rapport de la Commission de mars 2000 sur la protection sociale en Europe en 1999, *précité*, note 501, p. 6).

⁵⁰⁸ Pour faire prévaloir leurs vues, les travaillistes britanniques ont su profiter mieux que quiconque de leur présence à la présidence des organes intergouvernementaux de l'Union européenne (Conseil européen, Conseil de l'Union et COREPER), et ils ont fait équipe avec Gerhard Schröder lorsque celui-ci occupait la présidence (à la première moitié de l'année 1999), puis leur alliance avec José Maria Aznar a été particulièrement efficace lors du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000. D'aucuns parlent même de « marketing politique » (François VANDAMME, « Lisbonne », (2000) n° 438 *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 285, 287). Rien n'a en effet été laissé au hasard par Tony Blair qui a multiplié les rencontres avec ses pairs et les textes conjoints (notes Blair-Schröder, Blair-Aznar, Blair-D'Alema, Blair-Verhofstadt : *id.*). Même la conception anglo-saxonne de la gestion administrative a fait son entrée au sein de la Commission : voir Laurent ZECCHINI, « Les

Et pour que le message politique véhiculé par les travaillistes britanniques ne soit « juste point trop cynique sur le plan social »⁵⁰⁹, la « modernisation » de la protection sociale est accompagnée d'un discours sur l'insertion sociale. Tout en estimant que l'emploi reste la meilleure protection contre l'exclusion sociale, le Conseil européen de Lisbonne reconnaît également l'importance d'autres facteurs d'intégration, tels l'éducation et la formation, ou la santé et le logement⁵¹⁰. Et il prévoit des actions prioritaires en faveur de groupes déterminés : les minorités, les enfants, les personnes âgées, et les personnes handicapées. En outre, les États membres coordonneront leurs politiques de lutte contre l'exclusion sociale au moyen de la méthode ouverte de coordination (MOC). Ces développements suscitent deux observations. D'une part, on s'est certes éloigné du discours ultralibéral de 1994⁵¹¹, mais l'objet principal de la protection sociale – qui était traditionnellement de garantir à toute personne un niveau de ressources suffisant – s'est réduit comme une peau de chagrin. Cette dimension de la sécurité sociale, dont relèvent les mesures « passives » comme les nomment les institutions européennes, tend de plus en plus à devenir une politique d'assistance aux plus démunis et un simple filet de sécurité ; autrement dit une protection sociale *a minima*. La conception de la protection sociale a changé : elle est plus que jamais au service de l'emploi. D'autre part, les États membres n'ont pas voulu adopter à Lisbonne les objectifs proposés par la présidence portugaise pour lutter contre le chômage et la pauvreté, à savoir une réduction du chômage européen de 8,8 % à 4,4 %, et un abaissement du taux de pauvreté en Europe de 18 % à 10 % en 2010⁵¹². Ces objectifs quantifiés ont été jugés trop contraignants.

Pas plus que la protection sociale, l'éducation et la formation n'ont échappé aux nouvelles conceptions développées par les travaillistes britanniques.

3/ L'éducation et la formation

Le Conseil européen de Lisbonne de mars 2000 se démarque également par ses propositions, et la philosophie qui les sous-tend, dans les domaines de l'éducation et de la formation. L'éducation et particulièrement la formation, permanente et professionnelle,

Britanniques pratiquent l'«entrisme communautaire» pour mieux influencer l'Union », *Le Monde*, 3 mai 2000, p. 2.

⁵⁰⁹ F. VANDAMME, *loc. cit.*, note 508, 287.

⁵¹⁰ Points I.16.32 et 33 des conclusions du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000, *précitées*, note 486.

⁵¹¹ Selon les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté de 1994 (*précitées*, note 180, point 2.2.1) les politiques en matière de logement notamment peuvent avoir pour effet de réduire la mobilité de la main d'œuvre.

avaient déjà retenu l'attention du Conseil européen, comme moyens de favoriser l'emploi, lorsque l'emploi est devenu la priorité de l'Union européenne. L'amélioration de la formation, professionnelle comme continue, avec des qualifications adaptées « aux nécessités de la compétitivité et à la lutte contre le chômage »⁵¹³ avait ainsi été mise en avant par le Conseil européen de Bruxelles de décembre 1993 et celui d'Essen de décembre 2004.

Avec les premières lignes directrices pour l'emploi de 1998, adoptées au Conseil européen extraordinaire pour l'emploi de Luxembourg en novembre 1997, on va plus loin puisque l'éducation et la formation sont abordées dans le cadre – plus astreignant – de la stratégie européenne pour l'emploi. Les recommandations du Conseil européen se font donc plus contraignantes ; elles sont aussi plus précises. Elles visent notamment à faire acquérir aux jeunes « les aptitudes nécessaires pour accéder au marché du travail »⁵¹⁴.

À Lisbonne, l'Union européenne franchit un pas supplémentaire en s'immisçant directement dans les programmes éducatifs nationaux. Il est en effet demandé aux systèmes nationaux d'éducation et de formation de développer les « nouvelles compétences de base »⁵¹⁵ suivantes : les compétences en technologie de l'information, les langues étrangères, la culture technologique, mais aussi les aptitudes sociales et même l'esprit d'entreprise⁵¹⁶. On touche ainsi au contenu même de l'éducation générale⁵¹⁷ et non seulement à la formation professionnelle, à la formation continue ou à la mobilité des étudiants et ce, alors même que les articles 149 et 150 (ex-articles 126 et 127) du traité CE énoncent que la Communauté respecte pleinement la responsabilité des États membres pour le contenu de l'enseignement et

⁵¹² Voir, par exemple, Marie Béatrice BAUDET, « L'Europe rechigne à se doter d'un "amortisseur" social », *Le Monde*, 18 avril 2000, p. 8.

⁵¹³ Point I.3 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de décembre 1993, *précitées*, note 164.

⁵¹⁴ Voir les lignes directrices n° 7 et 8 des lignes directrices pour l'emploi en 1998, *précitées*, note 458.

⁵¹⁵ Point I.13.26 des conclusions du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000, *précitées*, note 486.

⁵¹⁶ Dans la Charte européenne des petites entreprises, adoptée lors du Conseil européen de Feira en juin 2000 (*précitée*, note 136), les chefs d'État et de gouvernement des Quinze se sont engagés à agir en s'inspirant des lignes d'action prévues dans ladite charte, à savoir notamment que « [l']Europe cultivera l'esprit d'entreprise et les nouvelles aptitudes dès le plus jeune âge. Des connaissances générales relatives à l'entreprise et à l'esprit d'entreprise doivent être dispensées à tous les niveaux scolaires. Des modules spécifiques, consacrés à l'entreprise, devraient devenir une composante essentielle des programmes pédagogiques au niveau secondaire ainsi que dans les écoles supérieures et les universités. » Ils encourageront et favoriseront en outre les initiatives entrepreneuriales chez les jeunes élèves et mettront au point des programmes appropriés de formation pour les chefs de petites entreprises. Voir aussi la résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 28 juin 2001, visant à favoriser chez les jeunes le sens de l'initiative, l'esprit d'entreprise et la créativité : de l'exclusion à l'émancipation (JO C 196 du 12.07.2001).

⁵¹⁷ Dans sa contribution au Conseil européen de Lisbonne, intitulée *Le Conseil européen de Lisbonne : un agenda de renouveau économique et social pour l'Europe*, (Doc/ 00/7), la Commission envisageait même l'adaptation de l'enseignement préscolaire, primaire et secondaire.

de la formation, ainsi que l'organisation du système éducatif et de la formation professionnelle. Les États membres sont en outre appelés à mettre en place des partenariats entre les écoles, les centres de formation, les établissements de recherche, et les entreprises⁵¹⁸.

De fait, derrière l'objectif d'une société et d'une économie de la connaissance se profile une vision utilitariste de l'enseignement⁵¹⁹. Les termes employés dans les conclusions du Conseil européen de Lisbonne sont révélateurs de cet état d'esprit : l'éducation et la formation sont désormais appréhendées à titre d'« investissement dans les ressources humaines »⁵²⁰, et la formation n'est plus voulue seulement « à la vie », mais aussi « à l'emploi ». L'importance accordée à l'éducation et la formation dans la politique européenne pour l'emploi trouve sa raison d'être dans les concepts d'employabilité et d'adaptabilité⁵²¹. L'éducation et la formation se trouvent au cœur même de ces deux concepts : c'est par une « formation adéquate » – c'est-à-dire des qualifications ou des compétences correspondant aux besoins du marché de l'emploi – que chaque individu augmente ses chances de trouver un emploi, et c'est par la formation « tout au long de la vie », que chaque travailleur acquiert « une plus grande capacité d'adaptation aux mutations technologiques et économiques » – pour reprendre le vocabulaire employé dans les premières lignes directrices pour l'emploi.

L'intérêt que suscitent désormais l'éducation et la formation au niveau européen est également lié à l'émergence d'un nouveau paradigme qui fait de la connaissance et de l'innovation les fondements de la richesse et de la compétitivité dans la nouvelle économie⁵²². C'est d'ailleurs pour éviter que l'Europe ne « manque le bateau » des

⁵¹⁸ Dans son pacte européen de confiance pour l'emploi (*précité*, note 178, p. 28, point 3.22), la Commission Santer préconisait déjà, en juillet 1996, de développer les liens entre l'école et l'entreprise et de faire acquérir aux jeunes non seulement une bonne formation de base mais aussi « une culture de travail en entreprise » et ce, afin d'offrir des formations adaptées aux besoins des entreprises.

⁵¹⁹ Cette vision est partagée par la Banque mondiale et l'OCDE. Pour cette dernière, « l'une des conditions de la compétitivité et de l'emploi est la "souplesse du marché", ce qui suppose une transformation des mentalités à laquelle l'école doit contribuer » : Christian LAVAL et Louis WEBER, « Comme si l'école était une entreprise... », *Le Monde diplomatique*, juin 2003, p. 6.

⁵²⁰ Dès 1995, les grandes orientations des politiques économiques (GOPE) pour 1995 soulignent la nécessité de renforcer « l'investissement en capital humain », suivies en cela par les Conseils européens de Dublin de décembre 1996 et de Vienne de décembre 1998, mais c'est au Conseil européen de Lisbonne de mars 2000 que l'investissement dans les ressources humaines prendra toutes ses lettres de noblesse.

⁵²¹ Mon point de vue est partagé par Riccardo PETRELLA, « Cinq pièges tendus à l'éducation », *Le Monde diplomatique*, Octobre 2000, pp. 6-7.

⁵²² Maria Joao RODRIGUES (conseillère spéciale du premier ministre du Portugal, chargée de la coordination du sommet européen de Lisbonne), « La voie européenne vers la nouvelle économie », *Le Monde*, 15 avril 2000, p. 18 ; voir aussi Christian LAVAL et Louis WEBER, *loc. cit.*, note 519, p. 6 et Riccardo PETRELLA, *loc. cit.*, note 521, p. 7.

technologies de l'information, nerfs de la guerre de la nouvelle économie, que le Conseil européen de Santa Maria da Feira de juin 2000⁵²³ a approuvé un plan global d'action « eEurope 2002 »⁵²⁴ destiné à former les Européens, dès leur plus jeune âge, aux technologies de l'information⁵²⁵. Sa mise en œuvre par les États membres fait l'objet d'un suivi de la part de la Commission.

Il s'ensuit qu'au nom des besoins de la société de la connaissance, c'est à une « instrumentation de l'éducation au service de la formation de la "ressource humaine" »⁵²⁶ que l'on assiste ; autrement dit, l'éducation et la formation deviennent des instruments pour les politiques de l'emploi⁵²⁷. Comme pour les systèmes nationaux de sécurité sociale, les systèmes scolaires se doivent désormais d'être au service de l'emploi et de la performance économique⁵²⁸.

La réforme du modèle social européen ne serait pas complète si la question des retraites n'était pas abordée.

4/ Les retraites

Comme mentionné plus haut, le Conseil européen de Lisbonne de mars 2000 institue un groupe à haut niveau sur la protection sociale chargé d'élaborer une étude s'attachant en particulier à la viabilité des régimes de retraite. Il ne faut pas sous-estimer cette mesure, car le thème des retraites est abordé pour la première fois par les chefs d'État et de gouvernement

⁵²³ Voir les conclusions du Conseil européen de Santa Maria da Feira de juin 2000, *précitées*, note 495, point I.18.22.

⁵²⁴ Ce plan d'action est basé sur une communication de la Commission, du 8 décembre 1999, pour le Conseil européen de Lisbonne, intitulée *eEurope - Une société de l'information pour tous* (COM(1999) 687). À la demande du Conseil européen, cette communication de la Commission a été suivie de trois autres (communication, pour le Conseil européen de Stockholm de mars 2001, du 13 mars 2001 : *eEurope 2002 : Impacts et priorités* (COM(2001) 140) ; communication du 28 mai 2002 intitulée *Plan d'action eEurope 2005 : une société de l'information pour tous* (COM(2002) 263) ; communication du 1 juin 2005, intitulée *i2010 - Une société de l'information pour la croissance et l'emploi* (COM(2005) 229)), signe de l'importance accordée à ce domaine.

⁵²⁵ Voir aussi R. PETRELLA, *loc. cit.*, note 521, p. 7.

⁵²⁶ Cette formule est de Riccardo PETRELLA, *loc. cit.*, note 521, p. 6, pour lequel le rôle principal de l'éducation revient par conséquent à former les ressources humaines au service de l'entreprise.

⁵²⁷ Voir aussi C. LAVAL et L. WEBER, *loc. cit.*, note 519, p. 6.

⁵²⁸ On notera que le désengagement de l'État du domaine social, prôné par les travaillistes britanniques et les gouvernements centristes, est moins présent lorsque l'employabilité est en cause. Au contraire, lorsqu'il s'agit de renforcer l'employabilité des travailleurs, l'intervention de l'État est non seulement bien vue, elle est aussi encouragée et réclamée. Les conclusions du Conseil européen d'Amsterdam de juin 1997 (*précitées*, note 345, point I.6) sont éloquentes à cet égard : l'adaptabilité de la main d'œuvre « nécessite une intervention active des États membres sur le marché du travail en vue d'aider les travailleurs à développer leur employabilité ».

des Quinze⁵²⁹. Il s'agit donc d'un premier ancrage de l'Union européenne pour obtenir des États membres qu'ils s'attellent à la difficile tâche de réformer leurs systèmes de retraite⁵³⁰. Comme pour la protection sociale, le « terrain » avait été préparé de longue date au niveau communautaire : la Commission s'était depuis un certain temps penchée sur la question du financement des pensions publiques⁵³¹ et les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté s'étaient faites de plus en plus directes à ce chapitre⁵³².

Afin de pouvoir discuter, à l'échelle européenne, de la question des retraites, sujet éminemment sensible, la Commission, ainsi que les ministres de l'économie et des finances des Quinze, ont mis au centre de leur stratégie l'urgence d'agir. Je serais tentée de dire que les autorités européennes ont noirci les perspectives démographiques et la capacité des régimes actuels de retraite à y faire face dans un proche avenir⁵³³. Le vieillissement démographique a été présenté comme une réalité imminente⁵³⁴ et aussi inéluctable que fatale

⁵²⁹ La méthode du groupe à haut niveau chargé du dossier des retraites est d'ailleurs le résultat d'un compromis entre les États membres : certains désiraient que la question des retraites soit traitée au niveau européen (à savoir l'Allemagne, l'Italie et l'Espagne), d'autres ne le voulaient pas (soit la France et la Belgique). Ces derniers ont finalement cédé aux pressions du Comité de politique économique, du Conseil « Ecofin », de la Banque centrale européenne (BCE), et du lobby de la « Table ronde des industriels » (ERT) : C. DE LA PORTE et P. POCHET, *loc. cit.*, note 151, 5-6.

⁵³⁰ Cette tâche a toutefois déjà été entamée par plusieurs pays européens : la Belgique, la Finlande, la France, l'Allemagne, l'Italie, la Suède, ainsi que l'Autriche, le Luxembourg, l'Espagne, les Pays-Bas et l'Irlande (voir la communication de la Commission de 1997 sur la modernisation et l'amélioration de la protection sociale en Europe, *précitée*, note 311, p. 13). Les réformes ont essentiellement porté sur les conditions de départ en retraite et le mode de calcul des pensions, et elles ont été poursuivies. Pour des exemples concrets de mesures prises par ces États membres, voir le rapport de la Commission sur la protection sociale en Europe en 1999, *précité*, note 501, p. 23.

⁵³¹ Depuis 1995, la Commission tire la sonnette d'alarme à propos des conséquences du vieillissement de la population européenne pour les systèmes de protection sociale et sur le besoin de revoir leur financement. Elle insiste particulièrement sur ces points, ainsi que sur les coûts que cela engendre également en soins de santé, dans sa communication de 1997 sur la modernisation et l'amélioration de la protection sociale dans l'Union européenne. Dans une communication plus récente, du 11 octobre 2000, au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social, intitulée *L'évolution à venir de la protection sociale dans une perspective à long terme : des pensions sûres et viables* (COM(2000) 622), la Commission lance un plan de modernisation des systèmes (nationaux) de pensions.

⁵³² Après avoir demandé aux États membres de prendre des mesures structurelles – terme on ne peut plus vague – pour mieux maîtriser les dépenses relatives aux pensions des régimes publics, les recommandations en matière économique ont porté, à partir de 1997, sur le réexamen des systèmes publics de retraite.

⁵³³ Voir, par exemple, la communication de la Commission de 1997 sur la modernisation et l'amélioration de la protection sociale dans l'Union européenne, *précitée*, note 311, pp. 11 et 12, qui souligne notamment que « le rapport entre les effectifs des personnes âgées et ceux de la population active [...] va atteindre des niveaux historiques sans précédent ». La Commission, à partir de 2000, insiste également sur la faiblesse du taux de natalité en Europe qui vient aggraver le déficit démographique.

⁵³⁴ Selon la recommandation 1999/570/CE du Conseil, du 12 juillet 1999, concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté pour 1999 (JO L 217

pour la viabilité des finances publiques, imposant par conséquent des solutions rapides et drastiques⁵³⁵. Appréciée sous l'angle des finances publiques, la question du financement des pensions publiques était ainsi plus facile à évoquer au niveau européen, la bonne santé des finances publiques étant notamment exigée par le pacte de stabilité budgétaire. De plus, le caractère neutre des changements démographiques⁵³⁶ rendait plus acceptables des réformes particulièrement impopulaires.

La Commission a ainsi proposé d'introduire des régimes complémentaires de retraite financés par capitalisation⁵³⁷, d'allonger l'âge obligatoire de la retraite, et de décourager les départs à la retraite anticipés⁵³⁸. Puis, de manière plus générale, la Commission a demandé aux États membres de ne pas limiter les réformes aux seuls régimes de retraite publics de base, mais également de revoir les régimes professionnels et les plans de pension individuels⁵³⁹. L'élan donné par le Conseil européen de Lisbonne de mars 2000 à la question des retraites a été poursuivi par les Conseils européens ultérieurs, en 2001 et 2002, pour tenter de forcer la main des États membres peu enclins à s'aliéner l'opinion publique. Le Conseil européen de Stockholm de mars 2001 a d'abord préconisé l'emploi de la méthode de coopération ouverte dans le domaine des pensions⁵⁴⁰, ce qui a conduit à la présentation par les États membres, en septembre 2002, des rapports de stratégie nationale pour les pensions.

du 17.8.1999 et Bulletin UE 7/8-1999, point 1.3.1), les premiers signes du vieillissement démographique sont même déjà présents dans certains États membres comme la Finlande.

⁵³⁵ En effet, selon le discours européen, le vieillissement de la population en Europe « oblige », « exige », « impose », « rend nécessaires » des « mesures radicales », des « réformes de grande ampleur » et leur accélération. Et le problème du financement des pensions publiques est présenté à titre de « défis budgétaires » à relever « dès à présent ».

⁵³⁶ P. POCHET, *loc. cit.*, note 60, 7.

⁵³⁷ Voir le livre vert de la Commission de juin 1997 sur les retraites complémentaires dans le marché unique, *précité*, note 320, et la communication de la Commission, du 11 mai 1999, intitulée *Vers un marché unique pour les retraites complémentaires* (COM(1999) 134), qui a suivi. Après l'éclatement de la bulle boursière en 2000, la Commission a moins insisté sur le système de capitalisation des pensions. Plusieurs États membres ont toutefois suivi cette voie – sans nécessairement remettre en cause le principe de la répartition – dont le Royaume-Uni, la Suède, le Danemark, la Finlande et les Pays-Bas : voir Francis KESSLER, « La mode de l'épargnant-retraité », *Le Monde*, 30 mars 1999, p. 4.

⁵³⁸ Voir la communication de la Commission de 1997 sur la modernisation et l'amélioration de la protection sociale dans l'Union européenne, *précitée*, note 311, p. 12-13. La Commission proposait également dans cette communication (p. 10) d'offrir une formation et des emplois adaptés aux travailleurs âgés.

⁵³⁹ Voir notamment la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social, du 3 juillet 2001 : *Une approche intégrée au service des stratégies nationales visant à garantir des pensions sûres et viables* (COM(2001) 362).

⁵⁴⁰ Point I.7.9 des conclusions du Conseil européen de Stockholm de mars 2001, *précitées*, note 486. Plus accessoirement, le Conseil européen de Göteborg en juin 2001 a approuvé « trois grands principes à observer pour assurer la viabilité à long terme des régimes de retraite », à savoir « préserver la capacité des régimes de retraite d'atteindre leurs objectifs sociaux, maintenir leur viabilité financière et répondre aux besoins changeants de la société » : point I.25.43 des conclusions du Conseil européen de Göteborg des 15 et 16 juin 2001 – Bulletin UE 6-2001, points I.1 à I.44.

Le Conseil européen de Barcelone de mars 2002 a ensuite demandé à ce que les réformes nationales des systèmes de retraites soient accélérées et à ce que l'âge obligatoire de la retraite soit allongé de cinq ans d'ici à 2010⁵⁴¹. Le Conseil européen de Bruxelles de mars 2005 a enfin accepté le principe d'un assouplissement des règles du pacte de stabilité budgétaire pour les États membres qui réformaient leurs systèmes de retraites par la mise en place d'un système obligatoire de capitalisation⁵⁴².

Mais c'est surtout par le biais de la stratégie européenne pour l'emploi que les institutions communautaires ont cherché à agir sur la question des pensions, particulièrement entre le Conseil européen de Cologne de juin 1999 et celui de Stockholm de mars 2001. Le débat sur les retraites a alors essentiellement porté sur le maintien, dans l'emploi des travailleurs âgés, toujours dans l'optique d'assurer la pérennité des systèmes de retraite, mais en passant par l'augmentation du taux d'emploi, dans la lignée du modèle libéral de l'Europe du plein-emploi. Ont alors été suggérés par les autorités communautaires des mécanismes plus souples de participation des aînés au marché du travail ou de transition vers la retraite – pour rendre le départ à la retraite plus flexible – comme des régimes de retraite à temps partiel⁵⁴³. Le Conseil européen de Stockholm de mars 2001 a en outre, fixé un objectif de taux d'emploi de 50 % pour les 55 à 64 ans, à atteindre en 2010⁵⁴⁴.

En outre, la question du vieillissement de la population européenne et de ses répercussions sur les finances publiques a également été abordée sous l'angle de la santé. Les propositions d'actions communautaires en matière de soins de santé et de soins pour les personnes âgées interviendront toutefois un peu plus tard, compte tenu de la résistance des États membres à traiter de ce domaine au niveau communautaire. Il faudra attendre le Conseil européen de Göteborg de juin 2001 pour voir formulée une première initiative en ce sens, sous la forme d'un rapport, établi conjointement par le comité de la protection sociale et le comité de politique économique et à présenter au Conseil européen de Barcelone de mars 2002, « contenant des orientations en matière de soins de santé et de soins pour les personnes

⁵⁴¹ Voir les points I.23.25 et I.28.32 des conclusions du Conseil européen de Barcelone des 15 et 16 mars 2002 – Bulletin UE 3-2002, points I.1 à I.59.

⁵⁴² Voir les points I.30 et I.35 de l'annexe II des conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 22 et 23 mars 2005 – Bulletin UE 3-2005, points I.18 à I.39.

⁵⁴³ Proposés par la Commission dès sa communication de 1997 sur la modernisation et l'amélioration de la protection sociale dans l'Union européenne (*précitée*, note 311, p. 9-10), ces systèmes plus flexibles ont été mis en place dans plusieurs pays européens (*cf.* le rapport de la Commission sur la protection sociale en Europe en 1999, *précité*, note 501, p. 4). La résolution du Conseil, du 30 juin 1993, sur les régimes de retraite flexibles (JO C 188 du 10/07/1993) invitait, déjà à l'époque, les États membres à considérer cette voie, mais en des termes très vagues.

⁵⁴⁴ Point I.20.32 des conclusions du Conseil européen de Stockholm de mars 2001, *précitées*, note 486.

âgées »⁵⁴⁵. Le Conseil européen de Barcelone de mars 2002 sera plus explicite quant aux orientations à donner aux politiques nationales de la santé : celles-ci devront viser l'accessibilité et la qualité des soins ainsi que la viabilité financière des systèmes nationaux de santé⁵⁴⁶. Ultérieurement, la Commission proposera d'appliquer la méthode ouverte de coordination au secteur de la santé et des soins de longue durée⁵⁴⁷.

La transformation radicale de l'économie et de la société européennes à laquelle sont conviés les gouvernements européens présuppose, d'une part, un certain suivi des mesures nationales à adopter et, d'autre part, une adhésion de la base, autrement dit du citoyen européen. J'apprécierai donc, dans un premier temps, quelle stratégie l'Union européenne a déployée pour que ses recommandations soient suivies d'effet et, dans un second temps, quels arguments ont été employés pour convaincre l'opinion publique.

Paragraphe 2. Une pression accrue du niveau européen sur les politiques nationales

Pour faire évoluer les politiques nationales dans le sens préconisé par l'Union européenne, les autorités communautaires se sont faites insistantes non seulement à l'égard des États membres mais aussi vis-à-vis des partenaires sociaux.

A. Les États membres

La recherche d'une convergence⁵⁴⁸ au niveau européen des politiques nationales a été particulièrement élevée entre 1997 et 2001. Elle a touché plusieurs domaines ne relevant pas des compétences communautaires ou dans lesquels l'action communautaire était

⁵⁴⁵ Point I.25.43 des conclusions du Conseil européen de Göteborg de juin 2001, *précitées*, note 540. Ce rapport en matière de soins de santé et de soins pour les personnes âgées a servi à définir les principaux paramètres des discussions futures de politique générale en la matière (voir Bulletin UE 3-2002, point I.3.20).

⁵⁴⁶ Point I.23.25 des conclusions du Conseil européen de Barcelone de mars 2002, *précitées*, note 541. Le Conseil européen reprend en cela les orientations données par la Commission depuis 1997 et précisées dans sa communication du 5 décembre 2001, intitulée *L'avenir des soins de santé et des soins pour les personnes âgées : garantir l'accessibilité, la qualité et la viabilité financière* (COM(2001) 723).

⁵⁴⁷ Voir *infra*, page 200.

⁵⁴⁸ Il est nécessaire de préciser que cette convergence est politique, et non juridique, car la convergence au moyen de la voie « législative » a été abandonnée après la recommandation du Conseil en juillet 1992, relative à la convergence des objectifs et des politiques de protection sociale, faute de dispositif de suivi contraignant (sur cette recommandation, voir *supra*, note 168).

limitée⁵⁴⁹. Elle s'est traduite par la mise en place de plusieurs dispositifs de coordination et de suivi, qui se sont ajoutés aux trois processus de Luxembourg, Cardiff et Cologne, ainsi qu'aux grandes orientations des politiques économiques et au pacte de stabilité budgétaire préexistants⁵⁵⁰. Dès lors, d'indirecte, depuis les critères de Maastricht, la pression de l'Union européenne sur les systèmes de protection sociale des États membres s'est faite directe⁵⁵¹.

On a ainsi assisté, d'une part, à une multiplication, et dans certains cas à un renforcement, des instruments de coordination et de suivi des politiques nationales et, d'autre part, à un élargissement des domaines concernés par cet « encadrement » communautaire. Mais, plus encore que l'augmentation de la pression communautaire, c'est la voie empruntée qui frappe l'esprit : cette coordination est essentiellement intergouvernementale.

1/ Une coordination frappée du sceau de l'intergouvernementalisme

Cet accroissement de la coordination communautaire – et de la surveillance qui s'y rattache – a une particularité très britannique, si l'on peut se permettre : il est fortement marqué par l'intergouvernementalisme. Il n'est plus question ici de transfert de compétences à l'entité communautaire, lequel a caractérisé la construction communautaire jusqu'au début des années 1990⁵⁵². Cette nouvelle approche communautaire se rapproche plutôt de celle qui a commencé à prévaloir à partir des années 1992-1993 et qui a consisté dans le passage de la réglementation à la consultation et négociation au niveau européen⁵⁵³. Elle se situe dans son

⁵⁴⁹ Pour prendre l'exemple de la méthode ouverte de coopération, C. DE LA PORTE et P. POCHET, *loc. cit.*, note 151, 11 notent en effet qu'elle est appliquée « dans des domaines où la compétence communautaire est faible et son autorité à agir pas fermement établie ».

⁵⁵⁰ En effet, dans bien des domaines – tel celui de la protection sociale dont le financement et l'organisation relèvent de la responsabilité des États membres – la compétence des États membres est déjà encadrée par les grandes orientations des politiques économiques et par le pacte de stabilité budgétaire : ces deux instruments communautaires de coordination et de suivi des politiques « constituent un cadre général pour les politiques en matière de protection sociale et d'emploi », comme le rappelle la Commission dans son rapport sur la protection sociale en Europe en 1999 (*précité*, note 501, p. 3). Par conséquent, le pouvoir de dépenser des États membres dans leurs domaines de compétence (dont la protection sociale) se trouve de facto subordonné aux objectifs de consolidation budgétaire.

⁵⁵¹ Bruno PALIER, « Européanisation et réformes des politiques sociales des pays membres de l'Union européenne », Conférence du 17 janvier 2002, à l'Université de Montréal.

⁵⁵² Particulièrement à l'époque de l'Acte unique européen (signé le 17 février 1986 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987). Lors du traité de Maastricht (signé le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993), on se souviendra que le principe de subsidiarité avait justement vu le jour pour juguler l'empiètement communautaire.

⁵⁵³ Cf. *supra*, pages 39-40.

prolongement « idéologique », en marquant en outre une étape supplémentaire dans la réduction des pouvoirs de la Commission, institution communautaire par excellence ⁵⁵⁴.

La méthode ouverte de coordination est une parfaite illustration de cet intergouvernementalisme. Comme le relève avec justesse Anne de Soucy, « [l]es États les plus rétifs au développement de l'Europe sociale se sont faits les chantres de la nouvelle méthode, dite "méthode ouverte de coordination" [...] » et « [à] l'inverse, les États plus interventionnistes au plan européen ainsi que les représentants des syndicats et des ONG, soutenaient le recours à l'instrument législatif [...]. » ⁵⁵⁵ Le recours à la méthode ouverte de coordination au détriment de l'instrument législatif communautaire a conduit dès lors, comme le souligne fort bien cette auteure, « à donner la priorité aux échanges de bonnes pratiques entre États plutôt que de reconnaître des droits nouveaux au profit des citoyens, que ce soit par la législation ou par le biais d'accords conclus entre les partenaires sociaux. » ⁵⁵⁶

Sur le plan institutionnel, cet intergouvernementalisme s'est traduit par une nette augmentation des pouvoirs du Conseil européen. Celui-ci s'est octroyé, au Conseil européen de Lisbonne de mars 2000, un rôle renforcé d'orientation et de coordination, avec une réunion annuelle au printemps consacrée aux questions économiques et sociales et destinée à faire le suivi de la mise en oeuvre de la méthode ouverte de coordination ⁵⁵⁷. C'est également lui qui a lancé la méthode ouverte de coordination à Lisbonne. Or cette méthode constitue en fait une application pragmatique, sans base juridique donc, de la stratégie coordonnée pour l'emploi du traité d'Amsterdam (laquelle s'inspirait déjà de la procédure de convergence des politiques économiques de l'Union économique et monétaire) aux domaines de la société de l'information, de la recherche et de l'innovation, de la politique de l'entreprise, des réformes économiques, de l'éducation, et de la lutte contre l'exclusion sociale ⁵⁵⁸. En outre, c'est sous

⁵⁵⁴ Initiatrice dans le processus normatif communautaire, la Commission a davantage le rôle d'une agence technique dans le cadre de la méthode ouverte de coordination selon C. DE LA PORTE et P. POCHET, *loc. cit.* note 151, 12. Certes, par ses recommandations la Commission garde, dans la pratique, une influence certaine, mais son rôle normatif est amoindri.

⁵⁵⁵ Anne DE SOUCY, « L'Agenda social européen : feuille de route pour l'Europe sociale », (2001) 446 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 158, 158, qui faisait cette remarque au regard des discussions autour de l'Agenda social européen, mais dont le propos peut être entendu plus largement.

⁵⁵⁶ Anne DE SOUCY, « Le volet social du Conseil européen de Stockholm », (2001) 448 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 311, 312.

⁵⁵⁷ Voir les conclusions du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000, *précitées*, note 486, point 1.5.7.

⁵⁵⁸ Or il avait déjà été reproché à la stratégie européenne pour l'emploi de constituer « a revisionist approach to law and policy making in the Community that has seen the political initiative shift from the Community institutions to the member states acting within the parameters set by the European Council » : voir P. POCHET et J. GOETSCHY, *loc. cit.* note 163, 12 qui citent Kenner (1999). P.

sa direction politique que la synergie entre les grandes orientations des politiques économiques, les lignes directrices pour l'emploi ainsi que le suivi des réformes structurelles doit être développée ⁵⁵⁹.

2/ La multiplication des instruments de coordination et de suivi des politiques nationales

Sur le plan technique, les nouveaux mécanismes de coordination et de suivi communautaires reposent avant tout sur la coopération – et non plus sur la communautarisation. Ils font appel à des notions d'évaluation par les pairs ou d'échange d'expériences et de bonnes pratiques, avec des degrés variables d'« encadrement ». Ils sont essentiellement axés sur la méthode d'analyse comparative et de surveillance dite méthode d'évaluation par étalonnage ou évaluation des performances (*benchmarking*). Issue du milieu des entreprises et de la compétitivité économique ⁵⁶⁰, cette méthode prévoit l'élaboration d'indicateurs communs de performance afin d'identifier – et de diffuser – les « bonnes pratiques ». Elle utilise la comparaison des performances comme un outil de contrôle des progrès accomplis.

Parmi les nouvelles méthodes de coopération mises en place au niveau européen, la plus aboutie est sans conteste la méthode ouverte de coordination ⁵⁶¹. Conformément à cette méthode, des indicateurs de performance ont donc été établis par la Commission et les États

MARTIN, *loc. cit.*, note 92, 59, observe, pour sa part, que la procédure « en boucle » de coordination des politiques de l'emploi des États membres prévue à l'article 128 TCE fait du Conseil européen « l'alpha et l'oméga » de cette coordination.

⁵⁵⁹ Voir point I.10.32 des conclusions du Conseil européen d'Helsinki des 11 et 12 décembre 1999 – Bulletin UE 12-1999, points I.1 à I.27.

⁵⁶⁰ Voir Francis KESSLER, « “Benchmarking” ou convergence ? », *Le Monde*, 25 septembre 2001, p. 10 qui détaille cette méthode. D'ailleurs, cette méthode a d'abord été utilisée au niveau communautaire pour apprécier la compétitivité de l'Union européenne, puis elle a été proposée par le Conseil européen de Dublin de décembre 1996 pour évaluer les politiques nationales de l'emploi et du marché du travail. Elle a été ensuite progressivement étendue à d'autres domaines dont celui de la politique sociale.

⁵⁶¹ Pour un bref rappel de la méthode ouverte de coordination, cette méthode consiste techniquement, selon le Conseil européen de Lisbonne, à établir, au niveau européen, des lignes directrices et des indicateurs communs facilitant la comparaison entre les pays européens, et, au niveau national, à mettre en œuvre des plans d'action traduisant les objectifs communs. Les politiques nationales sont ensuite évaluées « par les pairs » au sein du Conseil. Toutefois, dans la pratique, seul le domaine de l'emploi a donné lieu à des lignes directrices (lesquelles étaient déjà prévues par le nouveau titre sur l'emploi du traité d'Amsterdam, à l'article 128 CE) (à partir de 2005, les lignes directrices intégrées concerneront aussi la croissance). Et des plans d'action nationaux (PAN) n'ont vu le jour que pour l'emploi (à partir de 1998) et l'inclusion sociale (à partir de 2001) (après 2006, les rapports nationaux ont remplacé les PAN sur l'inclusion sociale et les rapports de stratégie nationale pour les pensions). Dans les domaines couverts par la méthode ouverte de coopération, hormis l'emploi, on réfère en fait le plus souvent à des objectifs communs ou à des échanges d'informations et de meilleures pratiques sur la base d'indicateurs communs.

membres dans le domaine de l'emploi tout d'abord⁵⁶². Puis, à la demande des Conseils européens de Lisbonne et de Santa Maria da Feira, la Commission a adopté une approche générale et elle a proposé vingt-sept indicateurs structurels⁵⁶³ concernant l'emploi, l'innovation et la recherche, la réforme économique ainsi que la cohésion sociale⁵⁶⁴. Le choix des indicateurs retenus reflète un parti pris néolibéral. Dans le domaine de l'emploi, on priorise ainsi le taux d'emploi ; on retient également le taux de chômage, le taux de prélèvement sur les bas salaires et la formation permanente. Mais aucun indicateur ne porte sur la qualité des emplois sous ses différents aspects (notamment les conditions de travail, la santé et la sécurité au travail, etc.) ou sur les droits collectifs et individuels des travailleurs, comme on aurait pu s'y attendre au regard des orientations données par l'Agenda social européen adopté au Conseil européen de Nice de décembre 2000⁵⁶⁵. S'agissant de l'innovation et la recherche, les indicateurs concernent par exemple les dépenses publiques d'éducation et le capital-risque. Pour la réforme économique, figurent parmi les indicateurs l'intégration du commerce et les aides d'État. En ce qui a trait à la cohésion sociale, sont notamment mentionnés la répartition des revenus et le taux de pauvreté avant et après transferts sociaux, mais ont été oubliés le revenu minimum, les autres facteurs relatifs à l'exclusion sociale tels le logement, la santé, l'éducation, la politique urbaine et la politique d'intégration des immigrants – pourtant mentionnés par l'Agenda social européen – ou encore l'économie sociale⁵⁶⁶. Le Conseil « Écofin » a ensuite approuvé, le 7 novembre 2000, trente-cinq indicateurs – fruit d'un accord entre le Conseil et la Commission – comprenant, entre autres, la productivité du travail, le taux d'inflation, le coût unitaire de la main d'œuvre

⁵⁶² La Commission et les États membres se sont ainsi entendus, en 1998, sur neuf indicateurs de performance : voir le rapport de la Commission au Conseil européen de Vienne, du 2 décembre 1998, intitulé *Les moyens d'améliorer la comparabilité de statistiques permettant de suivre et d'évaluer les progrès réalisés dans la stratégie européenne pour l'emploi* (COM(98) 698) – Bulletin UE 12-1998, point 1.2.20. Le taux d'emploi dans les différents États membres fait également l'objet d'un suivi, sous la forme d'un rapport de la Commission tous les trois ans. Ce rapport, en compilant des informations statistiques de base, sert à évaluer les performances des États membres en ce domaine. Voir le premier rapport de la Commission, du 14 octobre 1998, sur les taux d'emploi (1998), intitulé *Performances des États membres dans le domaine de l'emploi* (COM(98) 572) – Bulletin UE 10-1998, point 1.2.10.

⁵⁶³ Communication de la Commission, du 27 septembre 2000, sur les indicateurs structurels (COM(2000) 594) – Bulletin UE 9-2000, point 1.3.1.

⁵⁶⁴ Dans le domaine de l'intégration sociale, le groupe à haut niveau sur la protection sociale est associé à l'élaboration des indicateurs.

⁵⁶⁵ Voir *infra*, pages 174-175.

⁵⁶⁶ Ces « oublis » perdurent en grande partie dans le rapport du comité de la protection sociale (CPS), rendu en octobre 2001, adopté par le Conseil « emploi et affaires sociales » le 3 décembre 2001 puis soumis au Conseil européen de Laeken de décembre 2001, qui a pourtant recommandé dix-huit indicateurs dans le domaine de la pauvreté et de l'exclusion sociale (voir le texte intégral du rapport à l'adresse Internet suivante :

http://ec.europa.eu/employment_social/news/2002/jan/report_ind_fr.pdf).

et l'endettement des administrations publiques⁵⁶⁷. Des indicateurs pour la qualité des emplois ont été ajoutés ultérieurement, mais ces indicateurs sont étroitement liés aux objectifs poursuivis par la stratégie européenne pour l'emploi et ils semblent faire fi de l'approche plus « sociale » du Conseil européen de Nice de décembre 2000, voire de Stockholm de mars 2001, de la qualité de l'emploi⁵⁶⁸. Suite au Conseil européen de Göteborg de juin 2001, des indicateurs structurels concernant le développement durable ont également été ajoutés. Dans le domaine de l'éducation, c'est au Conseil européen de Barcelone de mars 2002 qu'ont été présentés un suivi et des indicateurs de qualité. Le suivi de l'application par les États membres de la méthode ouverte de coordination est effectué par le Conseil européen ainsi que par la Commission au moyen d'un rapport annuel sur les progrès réalisés sur la base des indicateurs structurels⁵⁶⁹.

Dans le domaine de la protection sociale, c'est une coopération renforcée qui a été prévue⁵⁷⁰. Elle prend la forme d'échanges d'expériences et de bonnes pratiques. Le suivi est assuré par le comité européen de la protection sociale (CEPS), organe consultatif créé en juin 2000 pour remplacer le groupe intérimaire à haut niveau sur la protection sociale⁵⁷¹. Il est chargé de procéder à l'examen des politiques de protection sociale dans les États membres et dans la Communauté et de stimuler les échanges d'informations, d'expériences et de bonnes pratiques entre les États membres et avec la Commission européenne. Il doit présenter au Conseil un rapport annuel sur la protection sociale portant sur les mesures prises par les États membres pour atteindre les objectifs fixés à l'échelon européen.

⁵⁶⁷ Rapport du Conseil « Écofin » au Conseil européen de Nice, du 28 novembre 2000, intitulé *Les indicateurs structurels : un outil pour de meilleures politiques structurelles*, [en ligne]. http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/misc/13217.f0.html (consulté le 20 mai 2006).

⁵⁶⁸ Voir le rapport du comité de l'emploi sur les indicateurs relatifs à la qualité de l'emploi, approuvé par le Conseil « emploi et affaires sociales » le 3 décembre 2001 puis présenté au Conseil européen de Laeken de décembre 2001 (texte intégral à l'adresse Internet suivante : <http://meta.fgov.be/pdf/pd/frdf19.pdf>). Les indicateurs retenus ne portent, en effet, que sur les qualifications, l'éducation et la formation tout au long de la vie ; l'égalité hommes-femmes ; la santé et la sécurité au travail ; la flexibilité et la sécurité (en fait l'importance du temps partiel et des contrats à durée déterminée) ; l'insertion et l'accès au marché du travail ; la conciliation entre vie professionnelle et vie privée (en fait le taux d'emploi des femmes avec enfants) ; la participation des travailleurs ; la discrimination (en fait le taux d'emploi des aînés et des minorités ethniques) ; et la productivité du travail.

⁵⁶⁹ Voir les conclusions du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000, *précitées*, note 486, point I.17.36.

⁵⁷⁰ On assiste ainsi à une remise à l'ordre du jour de la convergence dans le domaine social, mais, à la différence de la recommandation du Conseil de juillet 1992, ce n'est pas tant pour faire émerger un haut degré de protection sociale dans l'Union européenne que pour faire converger les systèmes nationaux de sécurité sociale vers l'emploi via un modèle néolibéral.

⁵⁷¹ Décision 2000/436/CE du Conseil, du 29 juin 2000, instituant un comité de protection sociale (JO L 172 du 12.7.2000) – Bulletin UE 6-2000, point I.3.18.

Autre nouveauté dans les mécanismes de coopération et de suivi : le « tableau de bord », dit encore tableau d'affichage. D'abord utilisé pour suivre les progrès réalisés dans le domaine du marché unique (approuvé par le Conseil européen extraordinaire de Luxembourg en novembre 1997)⁵⁷², il a été étendu au domaine de la justice et des affaires intérieures (par le Conseil européen de Tampere en octobre 1999), à l'innovation (par le Conseil européen de Lisbonne en mars 2000), puis au domaine social pour la mise en œuvre de l'Agenda social européen (Conseil européen de Nice de décembre 2000).

À ces différents outils de coordination s'ajoute un renforcement des grandes orientations des politiques économiques (GOPE), soit l'instrument classique de coordination et de suivi des politiques économiques nationales. Les recommandations du Conseil en matière économique – mais aussi dans le domaine social depuis que celles-ci concernent également l'emploi – se font de plus en plus précises quant aux correctifs à apporter par chaque État membre⁵⁷³.

La pression sur les partenaires sociaux au niveau européen s'est également faite plus présente.

⁵⁷² Le « tableau d'affichage du marché unique » a été proposé par la Commission dans sa communication, du 4 juin 1997, au Conseil européen d'Amsterdam intitulée *plan d'action en faveur du marché unique* (CSE(97) 1) – Bulletin UE 6-1997, point 1.3.41. La Commission souhaitait ainsi mettre en place un contrôle renforcé du fonctionnement du marché unique, dans la continuité de sa communication au Parlement européen et au Conseil, du 30 octobre 1996, sur l'impact et l'efficacité du marché unique (COM(1996) 520) – Bulletin UE 10-1996, point 1.3.17. Le Conseil européen d'Amsterdam de juin 1997 (au point I.7 des conclusions, *précitées*, note 345) avait en outre demandé à la Commission d'examiner les moyens de garantir de manière efficace la libre circulation des marchandises et notamment la possibilité d'imposer des sanctions aux États membres ; ce qui a donné lieu au règlement (CE) n° 2679/98 du Conseil du 7 décembre 1998, relatif au fonctionnement du marché intérieur pour ce qui est de la libre circulation des marchandises entre les États membres (JO L 337, du 12.12.1998) (je reviendrai sur ce règlement dans la deuxième partie de la thèse). Le Conseil européen de Stockholm de mars 2001 a, par la suite, prévu un tableau de bord des aides d'État, accessible au public, tout en exigeant parallèlement la réduction des aides publiques.

⁵⁷³ À titre d'exemple, les GOPE de 2000 (recommandation 2000/517/CE du Conseil, du 19 juin 2000, concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté – JO L 210 du 21.08.2000 et Bulletin UE 7/8-2000, point 1.3.2.) demandent à un grand nombre d'États membres de poursuivre la réforme des régimes de retraite (soit la France, l'Autriche, le Portugal, le Danemark, l'Espagne et l'Italie, notamment), de renforcer la flexibilité du marché du travail (en Allemagne, Espagne, Italie et au Portugal), d'assouplir la protection de l'emploi et d'ajuster les régimes d'aides et d'allocations (en Suède, Allemagne, France, Italie et Finlande par exemple), d'appliquer leur programme de privatisations (pour la Grèce et l'Italie), de revoir leur modes de négociation des salaires pour les lier à la productivité et augmenter la flexibilité (en Grèce), de s'assurer que « la semaine des 35 heures n'ait pas d'effets négatifs sur les coûts salariaux, l'offre de main d'œuvre et l'organisation du travail » (en France), de supprimer les obstacles à l'activité des femmes et des personnes âgées et de « réduire le nombre de personnes à l'écart du marché du travail vivant d'aides passives au revenu » (pour les Pays-Bas), ou encore de réduire le chômage de longue durée (au Royaume-Uni).

B. Les partenaires sociaux

Dans la logique des idées sociales-libérales, les instances européennes ont souhaité renforcer et élargir – tout en le balisant – le rôle des partenaires sociaux afin de faciliter tant la mise en œuvre de la stratégie européenne pour l'emploi que la légitimation des orientations européennes.

Dès lors, dans le cadre de la stratégie européenne pour l'emploi, le dialogue social a servi d'instrument privilégié pour faire appliquer, par les partenaires sociaux, la réforme du marché du travail⁵⁷⁴. Pour ce faire, les autorités communautaires ont agi dans trois directions : pour rendre le dialogue social plus efficace et accroître la pression sur les partenaires sociaux afin qu'ils négocient dans les domaines de « leur compétence », pour élargir le champ du dialogue social, et pour « éduquer » les syndicats afin qu'ils intègrent les exigences de flexibilité, d'employabilité et d'adaptabilité.

1/ Le renforcement du dialogue social

Pour s'assurer d'une bonne compréhension, et d'un bon suivi, des priorités européennes en matière d'emploi et de marché de travail, les institutions européennes ont voulu améliorer les échanges qu'elles entretiennent avec les partenaires sociaux par la voie de la consultation ou de la concertation tripartite (que l'on appelle aussi le « dialogue social tripartite »). La consultation des partenaires sociaux par la Commission a lieu essentiellement dans le cadre de comités sectoriels. La concertation tripartite, entre la Commission, le Conseil et les partenaires sociaux, se développe surtout au sein du Comité permanent pour l'emploi. Dans sa communication, du 20 mai 1998, intitulée *Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire*⁵⁷⁵, la Commission a proposé d'adapter ces lieux du dialogue

⁵⁷⁴ Les autorités communautaires ne s'en cachent d'ailleurs pas : sous le titre « Rôle des partenaires sociaux dans la gestion des changements », les conclusions du Conseil européen de Stockholm (*précitées*, note 486, point I.18.30) indiquent que « [I]a participation *résolue* et *active* des partenaires sociaux est *indispensable* non seulement pour évaluer les progrès accomplis vers la réalisation de l'objectif stratégique de l'Union, mais aussi pour la mise en œuvre de la réforme en cours, dont le succès *exige* l'engagement des employeurs et des travailleurs sur le terrain. » (les caractères italiques ont été ajoutés pour souligner le ton employé).

⁵⁷⁵ Communication de la Commission, du 20 mai 1998, intitulée *Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire* (COM (98) 322). Cette communication fait suite à la communication de la Commission, du 18 septembre 1996, concernant le développement du dialogue social au niveau communautaire (COM(96) 448), dans laquelle la Commission proposait déjà d'adapter et de renforcer le dialogue social européen afin d'associer plus étroitement les partenaires sociaux au développement et à la mise en œuvre des politiques européennes en faveur de l'emploi et la croissance économique.

social et de « moderniser » les outils du dialogue social⁵⁷⁶ pour accroître leur efficacité et renforcer la contribution des partenaires sociaux à la stratégie concertée pour l'emploi⁵⁷⁷. Elle a ainsi suggéré de rationaliser le fonctionnement et la structure du Comité permanent pour l'emploi⁵⁷⁸ et de remplacer les anciens comités paritaires et groupes de travail informels par de nouveaux comités de dialogue social sectoriel⁵⁷⁹.

La recherche d'une plus grande efficacité du dialogue social, et surtout d'une implication accrue des partenaires sociaux, a été poursuivie par la suite, particulièrement en 2002, sous le thème d'une « meilleure gouvernance européenne », avec la communication de la Commission, du 26 juin 2002, intitulée *Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement*⁵⁸⁰. Dans cette communication, la Commission suggère de renforcer les différents niveaux et les différentes formes du dialogue social⁵⁸¹, en particulier le dialogue sectoriel (vu comme la voie désormais la plus prometteuse pour concrétiser les

⁵⁷⁶ Voir COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Le dialogue social : introduction », [en ligne].

<http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/cha/c00010.htm> (mis à jour le 14 juillet 2005).

⁵⁷⁷ Pour de plus amples informations sur la consultation des partenaires sociaux au niveau européen, la consultation tripartite ainsi que la réforme de ces différents comités, voir O. QUINTIN et B. FAVAREL-DAPAS, *op. cit.*, note 113, pp. 41-42 et 105-106. On précisera en outre que les partenaires sociaux sont également consultés par le Comité de l'emploi prévu dans le nouveau titre sur l'emploi du traité d'Amsterdam pour faciliter la coordination des politiques en matière d'emploi et de marché de travail des États membres (article 130 CE). Par ailleurs, ils sont représentés au sein du Comité économique et social.

⁵⁷⁸ La Commission proposait notamment de réduire de dix-huit à huit le nombre de représentants de chaque organisation des travailleurs et des employeurs au sein du Comité permanent pour l'emploi. Or, cette modification avait pour résultat de faire disparaître les représentants de la CGT (ainsi que ceux de la CFTC et de la CGC) (voir l'examen, le 25 septembre 1998, par la délégation du Sénat français de la communication de la Commission, dans le site Internet du Sénat français, [en ligne]. <http://senat.fr/ue/pac/E1133.html>), soit la première organisation syndicale française, moins perméable aux idées néolibérales de surcroît. Le Conseil a fixé ce nombre à dix (*cf.* la décision 1999/207/CE du Conseil, du 9 mars 1999, réformant le comité permanent de l'emploi et abrogeant la décision 70/532/CEE (JO L 072 du 18.03.1999)).

⁵⁷⁹ Ces comités de dialogue social sectoriel servent également d'enceinte pour l'élaboration d'initiatives conjointes des partenaires sociaux et pour la négociation. Cette communication de la Commission de 1998 constitue un jalon important dans le développement du dialogue social sectoriel : elle établit les critères de représentativité et les règles de fonctionnement des comités de dialogue social sectoriel.

⁵⁸⁰ Communication de la Commission, du 26 juin 2002, *Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement* ((COM(2002) 341). Cette communication définit la « meilleure gouvernance européenne » comme « une meilleure participation de tous les acteurs au processus de décision et à sa mise en œuvre » (voir COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement », [en ligne]. <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/cha/c10716.htm> (mis à jour le 13 janvier 2005)). Thème très en vogue à cette date, la gouvernance de l'Union a fait l'objet d'un livre blanc de la Commission (*Livre blanc sur la gouvernance européenne*, du 25 juillet 2001 (COM(2001) 428 et JO C 287 du 12.10.2001 – Bulletin UE 7/8 2001, point 1.1.2) qui vise à améliorer les interactions entre les institutions européennes, les gouvernements nationaux, les autorités régionales et locales et les organisations de la société civile dont font partie les partenaires sociaux.

orientations européennes⁵⁸²) et ce, afin de faire du dialogue social européen « un outil de modernisation économique et social »⁵⁸³.

Le dialogue social, et en particulier la concertation tripartite, ont aussi été enrichis de manière informelle, par les sommets du dialogue social, les mini-sommets⁵⁸⁴, les forums⁵⁸⁵, les rencontres semestrielles entre les partenaires sociaux et la « troïka » (soit la présidence en exercice, la précédente et la suivante du Conseil) instituées par le Conseil européen extraordinaire de Luxembourg pour l'emploi en novembre 1997, le « dialogue macro-économique » établi au Conseil européen de Cologne, les sommets sociaux à partir de 2001, puis les sommets sociaux tripartites pour la croissance et l'emploi⁵⁸⁶.

On peut raisonnablement soutenir que par cette inflation des échanges entre les institutions européennes et les partenaires sociaux via le dialogue social tripartite, l'Union européenne poursuivait un triple objectif, soit maintenir la pression sur les partenaires sociaux pour qu'ils s'investissent dans les politiques européennes et concluent des accords, « éduquer » les partenaires sociaux – et particulièrement les syndicats – et assurer une plus

⁵⁸¹ Voir COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement », *précité*, note 580.

⁵⁸² En effet, pour la Commission, le dialogue sectoriel est un « niveau pertinent de discussion sur de très nombreuses questions liées notamment à l'emploi, aux conditions de travail, à la formation professionnelle, aux mutations industrielles, à la société de la connaissance, à l'évolution démographique, à l'élargissement et à la globalisation ». Aussi la Commission souhaite-t-elle désormais « soutenir en priorité les comités dont les travaux aboutissent à des résultats concrets en relation avec la stratégie de Lisbonne » : COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Le dialogue social : introduction », *précité*, note 576.

⁵⁸³ COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement », *précité*, note 580.

⁵⁸⁴ Par exemple, les mini-sommets de Bruxelles, du 2 juin 1998, et de Vienne, du 4 décembre 1998, qui ont porté sur la modernisation de l'organisation du travail et du cadre contractuel.

⁵⁸⁵ Par exemple, le forum, qui a eu lieu le 15 juin 2000 à Bruxelles, a réuni les partenaires sociaux et les institutions et organes de l'Union (dont la Banque centrale européenne et la Banque européenne d'investissement) « pour faire le point des processus de Luxembourg, de Cardiff et de Cologne et évaluer la manière dont les différents acteurs contribuent à étoffer le contenu du pacte européen pour l'emploi » (conclusions du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000, *précitées*, note 486, point I.18.40).

⁵⁸⁶ Ces sommets sociaux tripartites pour la croissance et l'emploi ont été proposés par la Commission dans sa communication de 2002 sur le dialogue social (*précitée*, note 580) pour donner une nouvelle impulsion au dialogue social. Mis en place en mars 2003 par la décision 2003/174/CE du Conseil, du 6 mars 2003, créant un sommet social tripartite pour la croissance et l'emploi (JO L 70 du 14.03.2003), ces sommets rassemblent annuellement, à la veille du Conseil européen de printemps consacré aux questions économiques et sociales, la présidence en exercice du Conseil, les deux présidences suivantes, le président de la Commission et les partenaires sociaux, au plus haut niveau politique de l'Union européenne. Ils institutionnalisent les sommets sociaux qui se tenaient de manière informelle et ils ont pour objectif d'associer plus efficacement les partenaires sociaux à la mise en œuvre des politiques économiques et sociales de l'Union. Par cette décision du 6 mars 2003, le Conseil supprime parallèlement le Comité permanent pour l'emploi.

grande visibilité au dialogue social (particulièrement à partir de 2002)⁵⁸⁷, afin de légitimer les politiques européennes en matière d'emploi, de marché du travail et de protection sociale.

La pression sur les partenaires sociaux s'est donc intensifiée, à partir de 1998, pour les impliquer directement dans l'activation des lignes directrices pour l'emploi. Les lignes directrices pour l'emploi invitent ainsi « instamment » les partenaires sociaux, dans le cadre du pilier « employabilité », « à conclure rapidement des accords en vue d'accroître les possibilités de formation, d'expérience professionnelle, de stage ou d'autres mesures propres à faciliter la capacité d'insertion professionnelle ». Et dans le pilier « adaptation », concernant la modernisation du travail et les formes de travail, « les partenaires sociaux sont invités à négocier, aux niveaux appropriés, notamment au niveau sectoriel et au niveau des entreprises, des accords visant à moderniser l'organisation du travail, y compris les formules souples de travail, afin de rendre les entreprises productives et compétitives et d'atteindre l'équilibre nécessaire entre souplesse et sécurité. Ces accords peuvent porter par exemple sur l'annualisation du temps de travail, la réduction du temps de travail, la réduction des heures supplémentaires, le développement du travail à temps partiel, la formation “tout au long de la vie” et les interruptions de carrière »⁵⁸⁸.

Par ailleurs, les autorités européennes ont voulu faire de la négociation collective un substitut à la réglementation européenne ou nationale⁵⁸⁹, en prétextant que le dialogue social était le mieux à même d'obtenir la modernisation du monde du travail. Cette nouvelle finalité donnée au dialogue social transparait d'ailleurs clairement dans les remarques d'Odile Quintin (alors directrice générale adjointe de la Direction générale Emploi et Affaires sociales de la Commission européenne) et de Brigitte Favarel-Dapas : « [l]es évolutions récentes montrent que sans abandonner l'idée d'un dispositif commun de normes sociales minimales, l'heure est plutôt à la prudence en matière de législation. La priorité est l'adaptation au changement. La flexibilité est reconnue comme indispensable dans un

⁵⁸⁷ Cet effort de la Commission pour faire en sorte que la contribution des partenaires sociaux européens soit davantage connue, déjà présent dans sa communication de 2002 sur le dialogue social, a été poursuivi dans sa communication, du 12 août 2004, intitulée *Partenariat pour le changement dans une Europe élargie, renforcer la contribution du dialogue social européen* (COM(2004) 557). Cette dernière communication a pour objet notamment de « promouvoir la prise de conscience et la compréhension des résultats du dialogue social européen [et] d'améliorer leur impact [...] ». COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Renforcer la contribution du dialogue social européen dans une Europe élargie », [en ligne]. <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/cha/c10129.htm> (mis à jour le 10 mai 2005).

⁵⁸⁸ Lignes directrices n° 5 et 16 des lignes directrices pour l'emploi en 1998, *précitées*, note 458. Ces lignes directrices ont été maintenues dans les lignes directrices pour l'emploi ultérieures.

⁵⁸⁹ Or la réglementation est plus protectrice des salariés, particulièrement si le dialogue social prend place au sein de l'entreprise.

contexte de transformations rapides [...]. Pour atteindre cet objectif et concilier compétitivité et progrès social, un rôle central est reconnu au dialogue entre partenaires sociaux. » Dès lors, « [l]a négociation collective qui traditionnellement s'intéressait surtout aux rémunérations et à l'amélioration des conditions de travail apparaît dorénavant comme l'instrument le plus adéquat pour définir de nouveaux rapports de travail et en particulier l'adaptation des conditions de travail aux nécessités de compétitivité et de flexibilité des entreprises »⁵⁹⁰. Le dialogue social européen n'est donc pas un outil « social », pour améliorer les conditions sociales de l'emploi⁵⁹¹, mais un outil d'adaptation, qui se doit d'être « un moteur des réformes économiques et sociales »⁵⁹². Selon les préceptes « blairistes », le dialogue social doit en effet supporter, et non entraver, le changement économique nécessaire.

L'accord-cadre sur le travail à temps partiel, adopté en juin 1997 par les partenaires sociaux interprofessionnels, est symptomatique de ce changement d'orientation. Cet accord pose le principe de non-discrimination à l'encontre des travailleurs à temps partiel, tout en visant à développer ce type de travail. On constate en effet une double évolution dans la manière d'aborder la question des emplois atypiques dans le cadre européen : au niveau de l'appréciation elle-même des emplois atypique et au niveau de leur encadrement. En effet, l'emploi atypique est passé de statut de « problème »⁵⁹³, qu'il fallait réglementer à l'échelon communautaire pour pouvoir améliorer les conditions de travail des salariés occupant ce type d'emplois⁵⁹⁴ – rôle donc des institutions européennes – à celui de solution pour l'emploi,

⁵⁹⁰ O. QUINTIN et B. FAVAREL-DAPAS, *op. cit.*, note 113, pp. 73-74. Dans sa communication de 2002 sur le dialogue social (*précitée*, note 580), la Commission rappelle encore que les partenaires sociaux « sont les mieux placés pour assurer une gestion positive du changement ».

⁵⁹¹ Dès ses origines, le dialogue social européen avait été vu comme un moyen de faciliter l'acceptation par les travailleurs des changements économiques et technologiques. Néanmoins, les premiers avis communs (de 1986 à 1991) étaient relativement équilibrés et ils assuraient une certaine protection aux travailleurs. Ils ne portaient pas seulement sur la situation économique ou la formation et la mobilité des travailleurs, mais aussi sur la motivation du personnel et l'information et la consultation des travailleurs.

⁵⁹² Communication de la Commission, *Le dialogue social, force de modernisation et de changement*, *précitée*, note 580, p. 1 (voir le texte intégral à l'adresse Internet suivante : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0341:FR:HTML>).

⁵⁹³ Voir la recommandation du Conseil de juillet 1992 sur la convergence des objectifs et des politiques de protection sociale (*précitée*, note 151), pour laquelle le développement des emplois atypiques est un problème au même titre que l'exclusion sociale.

⁵⁹⁴ La Commission a ainsi proposé, au début des années quatre-vingts, trois directives portant sur les relations de travail atypiques (travail à temps partiel, à durée déterminée, et temporaire), puis, dans le cadre de la mise en oeuvre de la charte des droits sociaux de 1989, elle a proposé une nouvelle directive sur l'amélioration des conditions de travail pour les relations de travail autres que les contrats à temps plein et à durée indéterminée. Sur l'issue de ces propositions de directives, voir *supra*, page 53.

encouragée par les institutions communautaires⁵⁹⁵ tout en se déchargeant sur les partenaires sociaux pour les ancrer dans les moeurs et dans le cadre contractuel et législatif national⁵⁹⁶. Cet accord des partenaires sociaux sur le travail à temps partiel, qui sera suivi d'un accord sur le travail à durée déterminée en 1999, est l'aboutissement de plusieurs années de pression de la part des autorités européennes, et notamment de la Commission⁵⁹⁷.

La Commission et le Conseil européen n'ont ainsi cessé de rappeler aux partenaires sociaux la nécessité d'une participation active et d'une responsabilisation accrue de leur part⁵⁹⁸. Ont même été invoquées, pour les besoins de la cause, les « compétences » (purement rhétoriques⁵⁹⁹) des partenaires sociaux, pour les impliquer encore davantage dans l'action⁶⁰⁰. Par ailleurs, l'entreprise comme lieu de collaboration entre les partenaires sociaux a été de plus en plus fréquemment mentionnée par les institutions motrices de l'Union, qui ont progressivement privilégié une approche sectorielle et basée sur l'entreprise, particulièrement à partir de 2002. Or cette dernière, contrairement à une approche nationale, confère dans les faits plus de pouvoirs aux employeurs – et répond à leurs demandes – à un moment où l'on assiste à un début d'acceptation par les syndicats européens des mesures

⁵⁹⁵ Voir, par exemple, le rapport de la Commission sur les taux d'emploi (1998) - *Performances des États membres dans le domaine de l'emploi* (COM(1998) 572) – Bulletin UE 10-1998, point 1.2.10, dans lequel la Commission préconise clairement le travail à temps partiel.

⁵⁹⁶ Voir, par exemple, la communication de la Commission sur un pacte de confiance (*précitée*, note 178, point 3.14), dans laquelle la Commission estime qu'à l'égard du travail atypique « les partenaires sociaux ont une responsabilité à prendre » et qu'« il leur appartient d'engager des négociations ».

⁵⁹⁷ Voir *supra*, note 293.

⁵⁹⁸ Voir, par exemple, la communication de la Commission, du 25 novembre 1998, relative à la modernisation de l'organisation du travail : une approche positive du changement (COM(98) 592), qui a pour objet de stimuler le dialogue social pour accélérer la flexibilité de l'organisation du travail, par le développement notamment de nouvelles formes de travail (dont le travail à temps partiel) et de nouvelles formes de relations contractuelles. Cette communication fait suite au livre vert de la Commission, du 16 avril 1997, *Partenariat pour une nouvelle organisation du travail* (COM(97) 128).

⁵⁹⁹ Les matières concernées (essentiellement la formation et l'organisation du travail) restent de la compétence des États membres, même si, au niveau national, il peut être reconnu aux partenaires sociaux un certain rôle.

⁶⁰⁰ Voir, par exemple, les conclusions du Conseil européen de Feira de juin 2000 (*précitées*, note 495, point 1.27.34) qui invitent les partenaires sociaux « [...] à jouer un rôle plus important en définissant, en mettant en oeuvre et en évaluant les lignes directrices pour l'emploi qui relèvent de leur compétence, l'accent étant mis en particulier sur la modernisation de l'organisation du travail, sur l'éducation et la formation tout au long de la vie et sur l'augmentation du taux d'emploi, pour les femmes en particulier. » (les caractères italiques ont été ajoutés). Pour la Commission également, le pilier relatif à la capacité d'adaptation relève principalement de la compétence et de la responsabilité des partenaires sociaux (voir sa communication du 21 avril 1999 sur les politiques communautaires en faveur de l'emploi, *précitée*, note 475). Les institutions européennes font aussi largement appel à la notion de responsabilité (par exemple : « leurs responsabilités propres », « leurs niveaux de responsabilités et d'action », « les domaines qui relèvent de leur responsabilité ») pour désigner les matières qui relèvent en fait de la sphère d'activités des partenaires sociaux.

néolibérales proposées par l'Union européenne mais à un refus de dialoguer du patronat européen ⁶⁰¹.

Le dialogue social européen n'a pas seulement été renforcé, il a aussi été élargi.

2/ L'élargissement des thèmes abordés dans le cadre du dialogue social

Alors que le dialogue social était à l'origine essentiellement centré sur la formation professionnelle et les changements technologiques et organisationnels, les développements européens dans le domaine de l'emploi l'ont considérablement élargi. Tombent désormais dans le champs d'action des partenaires sociaux non seulement la « modernisation » de l'organisation du travail (nouvelles formules de temps de travail, nouvelles formes d'emploi, et adaptation en conséquence du cadre contractuel) et la formation tout au long de la vie, mais aussi le renforcement des qualifications, l'insertion des jeunes, l'augmentation du taux d'emploi, pour les femmes en particulier, ainsi que la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle et la promotion de l'égalité des chances dans le but de soutenir l'intégration (ou la réintégration) des femmes sur le marché de l'emploi. En outre, afin d'atténuer l'image d'un dialogue social qui ne se préoccuperait que de flexibilité du travail, d'employabilité et de taux d'emploi, ont été greffés au dialogue social des thèmes « à la mode », plus « vendeurs » auprès de l'opinion publique, tels que l'anticipation des changements structurels et l'accompagnement des restructurations, le développement durable, l'insertion des personnes handicapées dans la vie active, le harcèlement au travail, ou la responsabilité sociale des entreprises. S'y ajoutent également des sujets aussi variés que le vieillissement de la main-d'œuvre (avec le concept de vieillissement actif) ⁶⁰², l'élargissement de l'Union européenne, ou le travail non déclaré, pour lesquels les autorités communautaires recherchaient un soutien élargi, ou encore des sujets qu'elles ont préféré laissé entre les mains

⁶⁰¹ Pour les employeurs, les sujets soumis au dialogue social (comme la formation ou l'organisation du travail) doivent être discutés au sein de chaque entreprise, en vertu du principe de subsidiarité. Ils réclament donc que la négociation d'entreprise se substitue à la négociation collective et, plus généralement, à la législation. Voir, pour plus de détails sur ce point, Francis KESSLER, « "Refondation" ou déréglementation ? », *Le Monde*, 23 janvier 2001, p. 10 et, sur les positions du patronat français, les deux articles d'Isabelle MANDRAUD et de Caroline MONNOT : « Le Medef propose aux partenaires sociaux une "nouvelle constitution sociale" », *Le Monde*, 3 novembre 1999, p. 36, et « Comment le Medef organise son coup d'État permanent », *Le Monde*, 3 avril 2001, p. 1.

⁶⁰² La Commission, dans sa communication de 1997 sur la modernisation de la protection sociale (*précitée*, note 311, p. 20) souhaitait notamment impliquer les partenaires sociaux dans la mise en place d'un cadre réglementaire pour les régimes complémentaires de retraite financés par capitalisation ou qu'ils débattent des conséquences des nouveaux modes de travail sur les droits de sécurité sociale.

des partenaires sociaux plutôt que de légiférer : notamment la santé et la sécurité au travail ou les conditions de travail ⁶⁰³.

L'extension de son domaine ne doit toutefois pas faire oublier que le dialogue social est encadré, tant dans les sujets soumis au débat des partenaires sociaux – les droits individuels et collectifs des travailleurs n'y figurent pas par exemple – qu'à la manière dont ils doivent être débattus ⁶⁰⁴. L'Union européenne recherche ainsi l'appui des partenaires sociaux sur des sujets soigneusement définis, et non sur la protection sociale en général, par exemple. Les partenaires sociaux n'ont ainsi pas obtenu la forte implication dans les travaux du nouveau Comité de la protection sociale qu'ils réclamaient dans leur déclaration conjointe au forum du 15 juin 2000 ⁶⁰⁵.

3/ Le ralliement des partenaires sociaux au courant idéologique dominant

Le dialogue social a donné lieu à un nombre important de textes élaborés par les partenaires sociaux au niveau européen ⁶⁰⁶. Il ne faut toutefois pas se méprendre sur l'importance du dialogue social comme facteur de compromis social, ainsi que la Commission le laisse à penser. En effet, dans les faits, il s'agit, pour la quasi-totalité, de

⁶⁰³ Sur ce point, le dialogue social a donné lieu à des codes de conduite sectoriels. On est donc loin des normes d'emploi générales et contraignantes qui peuvent être édictées par l'Union européenne. Or, depuis les premières mesures en 1975, puis les directives en 1989 et 1990 et quelques mesures éparées entre 1991 et 1994, il y a eu un grand vide législatif européen en matière de santé et sécurité au travail jusqu'en 2002. Et la communication de la Commission, du 11 mars 2002, relative à la stratégie communautaire de santé et de sécurité au travail (2002-2006) (COM(2002) 118) est révélatrice de la tendance observée : elle vise principalement à améliorer l'application de la législation existante en la matière et son adaptation (et non à créer de nouvelles obligations), et les mesures complémentaires qu'elle suggère relèvent pour l'essentiel de la prévention et ce, en faisant appel au dialogue social, à la méthode d'évaluation par étalonnage (*benchmarking*), ou à la responsabilité sociale des entreprises (et non à l'instrument législatif). Par la suite, la directive 88/2003 du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (JO L 299/9 du 18.11.2003), est même venue assouplir la directive du Conseil du 23 novembre 1993 (*précitée*, note 167) en prévoyant une clause dérogatoire à la durée maximale hebdomadaire de travail de quarante-huit heures.

⁶⁰⁴ Par exemple, la Commission précise dans sa recommandation, du 30 mars 1999, concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté (1999) (COM(1999) 143 – Bulletin UE 3-1999, point 1.3.2) que « la mise en place de dispositifs flexibles et annualisés d'aménagement du temps de travail ne doit pas nuire à la compétitivité des entreprises ».

⁶⁰⁵ Les partenaires sociaux demandaient à être associés à l'élaboration du rapport annuel, par la mise en place d'une audition plénière de tout le comité avec les partenaires sociaux au stade initial du processus et sur le projet du rapport final, et par leur information et leur consultation systématique après chaque réunion du comité. La décision du 29 juin 2000 du Conseil ne prévoit que de simples contacts « appropriés » du comité avec les partenaires sociaux.

⁶⁰⁶ À lui seul, le dialogue social sectoriel est à l'origine de plus de 350 textes adoptés par les partenaires sociaux : voir COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Le dialogue social sectoriel : vue d'ensemble », [en ligne]. <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/cha/c10133.htm> (mis à jour le 25 mai 2005).

textes de nature politique, donc dépourvus de valeur juridique, issus principalement du dialogue sectoriel : avis et positions communes, déclarations conjointes, conclusions communes, ou simples prises de position, contributions ou observations. Quant au dialogue social interprofessionnel, il n'a produit que quelques avis communs non contraignants et seulement trois accords par la voie conventionnelle, conclus au titre de l'article 139 du traité CE et mis en œuvre par une directive du Conseil ⁶⁰⁷.

En outre, la mise en œuvre par voie de directive communautaire d'un accord adopté en vertu de l'article 139 du traité CE semble avoir été abandonnée depuis 2002 au profit d'une mise en œuvre autonome, par les partenaires sociaux eux-mêmes, de ces accords ⁶⁰⁸. Ces derniers ne bénéficient donc plus de la valeur juridique attachée aux directives communautaires. Cette évolution traduit une attitude nouvelle des partenaires sociaux vers une plus grande autonomie ⁶⁰⁹, laquelle se caractérise notamment par une nouvelle génération de textes – qui prennent la forme de chartes, codes de conduite, lignes directrices, accords, etc. – qui confient aux partenaires sociaux leur mise en œuvre et leur suivi ⁶¹⁰.

Le dialogue social a donc échoué à pallier les carences de la voie législative ⁶¹¹ et ce, notamment en raison du déséquilibre existant entre les acteurs sociaux. En effet, si l'appui de la Commission aux partenaires sociaux doit, selon les textes, être équilibré ⁶¹², les rapports entre le patronat et les syndicats, eux, ne peuvent l'être, particulièrement dans un contexte de crise économique. Comme le mentionne à juste titre Philippe Pochet, « [l]a subsidiarité

⁶⁰⁷ Ces trois accords ont été conclus par les partenaires sociaux interprofessionnels, soit l'UNICE, le CEEP et la CES. Il s'agit de l'accord-cadre sur le congé parental, conclu le 14 décembre 1995 et mis en œuvre par la directive 96/34/CE du Conseil du 3 juin 1996 (JO L 145 du 19.06.1996) ; l'accord-cadre sur le travail à temps partiel, conclu le 6 juin 1997 et mis en œuvre par la directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 (JO L 14 du 20.01.1998) ; et l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, conclu le 18 mars 1999 et mis en œuvre par la directive 99/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999 (JO L 175 du 10.07.1999).

⁶⁰⁸ Les partenaires sociaux ont ainsi conclu deux accords-cadres autonomes : l'accord-cadre sur le télétravail du 16 juillet 2002 et l'accord-cadre sur le stress lié au travail du 8 octobre 2004.

⁶⁰⁹ Dans leur contribution commune, du 11 décembre 2001, au Conseil européen de Laeken, les partenaires sociaux ont fait part de leur souhait d'une plus grande autonomie et indépendance (ce dernier terme sera remplacé par celui de « responsabilité » par les institutions européennes).

⁶¹⁰ C'est le cas notamment des deux cadres d'actions pour le développement des compétences et des qualifications tout au long de la vie (mars 2002) et sur l'égalité hommes-femmes (mars 2005). Les partenaires sociaux ont également adopté, le 28 novembre 2002, leur premier programme de travail pluriannuel commun (2003-2005) (voir, par exemple, sur le site de la Direction emploi et affaires sociales de la Commission sur le dialogue social : COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Les grandes dates de l'évolution du dialogue social européen », [en ligne]. http://europa.eu.int/comm/employment_social/social_dialogue/dates_fr.htm) (consulté le 10 avril 2006).

⁶¹¹ Voir P. POCHET, *loc. cit.*, note 60, 10 et *supra*, pages 30 et 53.

⁶¹² Dans la pratique il ne l'est pas vraiment puisque le dialogue social européen est chapeauté par une Commission européenne qui y insuffle ses positions néolibérales.

horizontale a donné plus de pouvoir aux partenaires sociaux mais n'a pas rééquilibré leurs relations asymétriques. En effet sauf dans le cas où il [sic] a été réellement menacé par une législation, l'UNICE n'est guère intéressée dans des négociations avec les syndicats. Ces derniers soutiennent par contre la dimension conventionnelle mais n'ont aucune capacité d'obliger le patronat à négocier. Cette situation laisse au patronat un droit de veto ^[613] sur toute avancée en matière de convention collective européenne. » ⁶¹⁴ Dès lors, non seulement les accords collectifs n'ont eu, jusqu'à présent, qu'une faible portée ⁶¹⁵, mais encore ils ont favorisé davantage la flexibilité du marché du travail que la sécurité des travailleurs ⁶¹⁶.

Par contre, sur le plan politique, le dialogue social a joué – et joue encore – un grand rôle dans la légitimation des objectifs définis au niveau européen ⁶¹⁷. Les efforts entrepris par les institutions européennes, et particulièrement la Commission, pour impulser et diffuser la logique néolibérale au sein du dialogue social – aidés en cela par l'influence de la philosophie sociale-libérale des travaillistes britanniques – ont porté fruits ⁶¹⁸. Odile Quintin et Brigitte Favarel-Dapas le reconnaissent :

⁶¹³ L'UNICE a par exemple refusé d'entamer des négociations sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises de dimension nationale. Pour plus de précisions sur le refus du dialogue social par l'organisation patronale européenne, voir notamment Philippe LEMAITRE, « Malgré les souhaits de la Commission, le dialogue social européen reste à la traîne », *Le Monde*, 18 novembre 1998, p. 3. De même, les négociations sur l'accord-cadre sur le travail temporaire entre les partenaires sociaux interprofessionnels ont échoué, en mai 2001, en raison des réticences du patronat européen à négocier.

⁶¹⁴ P. POCHET, *loc. cit.*, note 105, 4 (les références aux notes de bas de page sont omises). Cette situation de fait est liée aux conceptions diamétralement opposées du dialogue social qu'ont les représentants des travailleurs et des employeurs. Pour le patronat, le dialogue social n'est intéressant que s'il permet d'éviter des normes plus contraignantes imposées par la voie législative communautaire, tandis qu'il est vu, par les syndicats, comme un moyen d'adopter des standards minima dans le domaine social nonobstant le veto britannique : Jean-Lou SIWECK, *loc. cit.*, note 109, 240 et 250.

⁶¹⁵ Il s'agit d'accords-cadres qui se limitent à énoncer les principes généraux et les prescriptions minimales, les modalités d'application devant ensuite être définies par les États membres. Sur le fond, en outre, ces accords n'ajoutent pas vraiment aux normes de l'Organisation internationale du travail (OIT) : F. KESSLER, *loc. cit.*, note 601, p. 10.

⁶¹⁶ Le Parlement européen a par exemple critiqué le caractère limité de l'accord-cadre sur le travail à durée limitée et l'absence d'obligations qualitatives ou quantitatives encadrant le recours abusif aux contrats à durée déterminée : voir COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Promouvoir de nouvelles normes d'emploi : travail à durée déterminée », [En ligne].

<http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/cha/c10822.htm> (mis à jour le 1^{er} décembre 2003).

⁶¹⁷ Pour J. GOETSCHY et P. POCHET, *loc. cit.*, note 282, 12, cette légitimation procède notamment du fait que la mise en œuvre de la stratégie européenne pour l'emploi emprunte à la fois à la logique intergouvernementale et à la logique communautaire et implique parallèlement les partenaires sociaux, pour produire de la « soft legislation » et une « procéduralisation » de la société.

⁶¹⁸ Corinne GOBIN, *loc. cit.*, note 440, pp. 20-21, attribue à essentiellement trois facteurs le ralliement du « syndicalisme européen » à ce qu'elle appelle « l'idéologie de l'eurocratie » : le fait qu'il s'agisse d'un « syndicalisme de sommet », coupé de sa base ; la très forte pénétration des idées néolibérales au

« [L]es avis de ces dernières années ont montré le chemin considérable fait par les partenaires sociaux au niveau européen en termes d'engagement, de soutien et de participation à la politique européenne. À travers leurs avis ils ont en particulier :

- soutenu la stratégie macro-économique de stabilité fondée sur l'assainissement des finances publiques, la modération salariale et les réformes structurelles ;
- permis de dépasser les conflits qui ont surgi à propos de la réglementation/déréglementation pour s'accorder sur la nouvelle démarche visant à permettre plus de flexibilité tout en assurant aux travailleurs une sécurité accrue. »⁶¹⁹

On comprendra que le chemin parcouru l'a surtout été par les syndicats et que sous le vocable de « partenaires sociaux » sont en fait visés les travailleurs par l'intermédiaire de leurs syndicats⁶²⁰. En effet, comme l'exprime sans ambages Corinne Gobin : « les méthodes de consultation des syndicats, [...] visent essentiellement à leur enseigner à “*penser juste*”. Ainsi, le “*dialogue social européen*”, si cher à M. Jacques Delors, a surtout servi, en une décennie, à faire progressivement accepter les contraintes du marché par les dirigeants syndicaux, donc à leur faire intérioriser les politiques d'austérité, de compétitivité, de privatisation et de flexibilité. » Autrement dit, à leur faire faire du « *syndicalisme de l'adaptation* »⁶²¹. Ce dialogue était, par conséquent, à sens unique⁶²², les institutions européennes n'ayant, par ailleurs, jamais considéré le mouvement syndical européen comme un interlocuteur privilégié (comme l'est le monde des affaires) lorsqu'il s'agissait de prendre en considération dans les politiques européennes les *desiderata* syndicaux⁶²³.

sein des partis sociaux-démocrates et démocrates-chrétiens ; et une dépendance financière croissante du syndicalisme européen vis-à-vis de l'Union européenne.

⁶¹⁹ O. QUINTIN et B. FAVAREL-DAPAS, *op. cit.*, note 113, p. 111.

⁶²⁰ Tous les syndicats ne sont toutefois pas représentés par la Confédération européenne des syndicats (CES). Cette dernière a, par exemple, longtemps refusé l'adhésion de la Confédération générale du travail (CGT), principal syndicat français, jugée trop communiste (voir, par exemple, C. GOBIN, *loc. cit.*, note 440, p. 20). Tous les travailleurs européens – syndiqués – ne sont donc pas également représentés.

⁶²¹ C. GOBIN, *loc. cit.*, note 440, p. 21.

⁶²² Valérie DE POULPIQUET, *loc. cit.*, note 179, 714 parle de « monologue des institutions européennes » visant à persuader le syndicalisme européen « d'entrer dans la logique du libéralisme européen ».

⁶²³ Voir *id.*, 713-714 et C. GOBIN, *loc. cit.*, note 440, p. 20-21, qui mettent l'accent sur la faiblesse du mouvement syndical européen.

Le contenu des textes issus du dialogue social traduit donc clairement cette conversion, que ce soit à travers les avis ⁶²⁴ et les accords communs ⁶²⁵, les nombreuses déclarations conjointes ou communes ⁶²⁶, les sommets du dialogue social ⁶²⁷, ou encore au niveau du dialogue sectoriel ⁶²⁸, encouragé en cela par les institutions communautaires ⁶²⁹.

À cet égard, le dialogue macro-économique a été un instrument particulièrement efficace « d'éducation » des syndicats européens. Officiellement, le dialogue macro-économique établi par le Conseil européen de Cologne de juin 1999 avait pour objet de permettre, entre les partenaires sociaux et ceux qui prennent les décisions de politique

⁶²⁴ Par exemple, dans leur quatorzième avis commun, du 16 mai 1995, sur les orientations pour transformer la reprise en un processus de croissance durable et créatrice d'emplois, les partenaires sociaux préconisent des politiques du marché du travail plus actives et plus efficaces, ainsi que l'assainissement budgétaire et la poursuite des réformes destinées à favoriser la compétitivité de l'Union.

⁶²⁵ Les accords-cadres sur le travail à temps partiel de juin 1997, sur le travail à durée déterminée de mars 1999 et sur le télétravail de juillet 2002 encouragent ces différentes formes de travail atypique comme moyen de moderniser l'organisation du travail.

⁶²⁶ Par exemple, les partenaires sociaux ont adopté, en novembre 1996, une contribution commune pour le pacte de confiance. Puis la déclaration commune du 9 décembre 1998 au Conseil européen de Vienne et celle en juin 1999 au Conseil européen de Cologne ont exprimé le soutien des partenaires sociaux au pacte européen pour l'emploi. Par leur déclaration conjointe au forum du 15 juin 2000 (auquel participaient, outre les partenaires sociaux, les institutions européennes, la Banque centrale européenne et la Banque européenne d'investissement), les partenaires sociaux ont apporté leur appui « à l'objectif du sommet européen de Lisbonne de renforcer la coordination et les synergies entre les processus de Luxembourg, de Cardiff et de Cologne afin d'améliorer la croissance et d'aboutir au plein emploi par une bonne coordination des politiques économiques, un meilleur fonctionnement du marché du travail et la mise en œuvre des réformes structurelles nécessaires. » (page 1 du texte de la décision : CES, CEEP et UNICE/UEAPME, « Déclaration conjointe des partenaires sociaux au forum du 15 juin 2000 »). On retrouve ainsi le langage employé par les autorités communautaires.

⁶²⁷ C'est particulièrement à l'occasion de sommets du dialogue social que les partenaires sociaux expriment leur soutien aux politiques européennes. Par exemple, au sommet du dialogue social de Florence, le 21 octobre 1995, les partenaires sociaux ont adopté une déclaration portant contribution des partenaires sociaux à la mise en œuvre de la stratégie d'Essen pour l'emploi. Lors du sommet du dialogue social de Bruxelles, le 13 novembre 1997, les partenaires sociaux ont arrêté une contribution commune au Sommet sur l'emploi de Luxembourg. Au sommet du dialogue social de Genval, le 28 novembre 2002, les partenaires sociaux ont présenté leur programme de travail pluriannuel conjoint dans lequel ils apportent leur contribution à la stratégie européenne pour l'emploi.

⁶²⁸ Les partenaires sociaux au niveau sectoriel ont ainsi approuvé un certain nombre d'actions concernant « des grands thèmes d'intérêt commun, partagés par plusieurs secteurs [tels] la libéralisation des services (postes, électricité, transports, télécommunications), la consolidation du marché intérieur (banques, assurances, construction, télécommunications), les politiques communautaires (agriculture, pêche, transports), le renforcement de la compétitivité dans une économie mondialisée (textile, habillement, chaussure et cuir), la professionnalisation et la qualité du travail et des services (sécurité privée, nettoyage industriel et services aux personnes), l'effet des nouvelles technologies sur l'organisation du travail (télécommunications, commerce). » : COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Le dialogue social sectoriel : vue d'ensemble », *précité*, note 606.

⁶²⁹ Les déclarations conjointes des partenaires sociaux adressées au Conseil européen sont, dans bien des cas, des « commandes » de ce dernier. Par exemple, le Conseil européen de Nice de décembre

budgétaire, monétaire et de l'emploi, des échanges « de façon appropriée [d']informations et [d']opinions concernant la manière dont la politique macroéconomique doit être conçue »⁶³⁰ « afin de libérer une dynamique de croissance durable et non inflationniste »⁶³¹. Il s'agissait d'« instaurer une relation de confiance entre tous les acteurs concernés afin que chacun d'eux comprenne correctement les positions et les problèmes des autres »⁶³². Officieusement, cette concertation était essentiellement destinée à « éduquer » les syndicats européens afin de contenir les salaires à une période où la situation de l'emploi s'améliorait en Europe et où le chômage reculait⁶³³. En effet, comme l'a fort bien expliqué Alain Euzéby, l'Union européenne cherche à tout prix à éviter l'inflation⁶³⁴.

Les autorités européennes ont, en outre, toujours présenté les partenaires sociaux comme apportant leur soutien et leur contribution à la stratégie européenne en faveur de l'emploi⁶³⁵, quitte parfois à amplifier ce soutien⁶³⁶; l'important étant que les réformes à

2000 a invité les partenaires sociaux à présenter une première contribution conjointe sur l'Agenda social européen pour le Conseil européen de Stockholm en mars 2001.

⁶³⁰ Point I.43.5 du projet de résolution du Conseil européen sur le pacte européen pour l'emploi – annexe I aux conclusions du Conseil européen de Cologne, point I.40.

⁶³¹ Conclusions du Conseil européen de Cologne de juin 1999, *précitées*, note 474, point I.5.7.

⁶³² Point I.11.22 des conclusions du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000, *précitées*, note 486.

⁶³³ Dans ses conclusions (*précitées*, note 474, au point I.6.20), le Conseil européen de Cologne invite d'ailleurs clairement les partenaires sociaux « à apporter leur soutien à la politique monétaire dans ce qui est sa mission prioritaire, à savoir assurer la stabilité. À cet égard, il importe tout particulièrement de ne pas relâcher l'effort engagé [...] pour obtenir une évolution appropriée des salaires [...] ».

⁶³⁴ Selon A. EUZÉBY, *loc. cit.*, note 348, 189, la stabilité des prix, « objectif principal » assigné à la Banque centrale européenne par l'article 105 CE, a pour raison d'être d'attirer et de conserver les capitaux dans un contexte de libre circulation des capitaux. Or « [...] non seulement le freinage des salaires est favorable à la stabilité des prix, mais encore, lorsque le chômage baisse en dessous d'un certain taux (qualifié de « taux de chômage naturel » [qui se définit comme le taux de chômage en dessous duquel l'inflation risque de s'accélérer]), il risque de susciter des revendications salariales et de provoquer de l'inflation. » C'est pourquoi, en conclut cet auteur, « [...] les États, et surtout la Banque centrale européenne, ne cherchent pas à faire tomber le chômage aussi bas que possible, mais seulement aussi près que possible de son taux "naturel" ». Aussi, la priorité donnée à l'emploi par l'Union européenne n'en serait pas véritablement une selon cet auteur, contrairement au message que véhiculent les institutions européennes.

⁶³⁵ Pour ne donner qu'un exemple parmi tant d'autres, la Commission affirme dans le site de l'Union européenne que « [l]es partenaires sociaux ont manifesté, à plusieurs reprises, leur soutien à une stratégie intégrée en faveur de l'emploi comportant à la fois un volet économique et un volet marché du travail. » (COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Le dialogue social : introduction », *précité*, note 576).

⁶³⁶ Par exemple, pour Odile Quintin, le choix fait par l'Union européenne d'opter pour l'augmentation du taux d'emploi plutôt que des objectifs chiffrés de baisse du chômage est non seulement la meilleure des solutions, mais encore celle qui a été choisie avec le plein soutien des partenaires sociaux : Marie Béatrice BAUDET, « Entretien d'Odile Quintin, directeur général de la direction générale Emploi et affaires sociales à la Commission européenne : il serait inconcevable de parler de plein-emploi sans s'intéresser à la qualité du travail offert », *Le Monde*, 5 septembre 2000, p. 3.

réaliser au niveau européen comme au niveau national soient comprises et acceptées⁶³⁷. C'est l'objet même du travail de légitimation qu'a entrepris plus largement l'Union européenne.

Paragraphe 3. L'importance de l'opinion publique dans la légitimation des nouvelles orientations européennes

Le défi du « capitalisme social », adopté par les travaillistes britanniques de M. Tony Blair et entériné au Conseil européen de Lisbonne de mars 2000 par les institutions européennes comme par les gouvernements européens, se situe, pour une grande part, au niveau des mentalités. Il requiert en effet une transformation profonde des mentalités pour les rendre favorables au changement radical qu'il implique tant dans la conception de l'intervention de l'État en matière d'organisation du marché du travail et de protection sociale, que dans l'acquisition des connaissances ou dans la façon d'envisager la retraite. Deux outils de légitimation ont par conséquent, d'après moi, été mis en œuvre à cette fin : une adaptation rendue nécessaire et une responsabilité individuelle encouragée. Mais ces efforts de légitimation auraient été vains si, par ailleurs, le citoyen européen avait été délaissé.

A. La nécessaire adaptation et modernisation

1/ Le caractère nécessaire de l'adaptation

Il est bien connu que pour obtenir des changements dans une direction donnée, il faut au préalable démontrer que lesdits changements sont à la fois nécessaires, positifs et « normaux ». Les termes « modernisation », « renouvellement », comme « efficacité » d'ailleurs, prisés dans le discours européen, participent tous du même objectif de créer l'illusion que les changements à opérer induiront par eux-mêmes des effets positifs. Ces termes renvoient, avec une connotation plus positive et dès lors plus persuasive, à des réformes structurelles que ce soit dans le domaine du marché du travail ou de la protection sociale. D'aucuns ont par ailleurs relevé que la modernité, dans la rhétorique néolibérale, a souvent été opposée à l'archaïsme des préoccupations sociales.

⁶³⁷ Dans ses conclusions (Bulletin UE 6-1998, points I.1 à I.35, au point I.6.14), le Conseil européen de Cardiff des 15 et 16 juin 1998 souligne d'ailleurs « la nécessité d'accompagner la réforme économique d'un dialogue social de manière à ce qu'elle soit mieux comprise et acceptée. »

Quant au caractère nécessaire des réformes à entreprendre, il a toujours accompagné le discours des institutions communautaires, et particulièrement les communications de la Commission sur la protection sociale ou sur le marché du travail. Pour que la nécessité des réformes soit d'autant plus facilement acceptée, on a pris soin de parler d'adaptation, qui plus est à l'égard d'évolutions présentées comme inéluctables et « extérieures ». Par exemple, s'agissant de la nécessaire adaptation du marché du travail aux changements, qu'ils soient technologiques (mutation rapide des techniques, emplois et compétences), organisationnels (transformation dans l'organisation du travail, développement de nouvelles formes de travail), ou économiques (globalisation des marchés, exigences des entreprises en matière de compétitivité et d'adaptabilité et de mobilité des travailleurs, dégradation de la situation économique), ces changements sont toujours présentés comme étant imposés de « l'extérieur ». L'effort d'adaptation qu'ils impliquent n'est dès lors pas perçu comme une conséquence des politiques macro-économiques prônées au niveau européen, mais comme une réponse logique et indispensable à un monde en mutation. Et ces changements, incontournables donc, imposent conséquemment une inévitable modernisation de l'organisation du travail ⁶³⁸.

De plus, les changements sont montrés comme normaux, dans un effort de banalisation. La stratégie européenne de l'emploi (SEE) en est une bonne illustration : comme le soulignent Janine Goetschy et Philippe Pochet, « la SEE tend à “banaliser”, “normaliser”, “légitimer” les notions de précarisation des emplois, de flexibilité du marché du travail, de mise au travail des chômeurs pour éviter des comportements passifs, en leur conférant une estampille communautaire comme allant de soi et les vidant ainsi de leurs présupposés idéologiques. En effet, les lignes directrices pour l'emploi ne sont pas des véhicules innocents face au nouvel ordre productif qui est en train d'être mis en place au plan européen et mondial. » ⁶³⁹

Par ailleurs, la nécessité de l'adaptation s'est, dans bien des cas, muée en une exigence d'adaptation, conduisant, pour les États membres et surtout les citoyens européens, à un devoir d'adaptation, comme je le détaillerai un peu plus loin.

⁶³⁸ Le fait de présenter comme inéluctables la mondialisation ou les évolutions en cours a été relevé, et critiqué, souvent sous le terme de « fatalisme économique » ou « néolibéral » : voir, par exemple, CLUB MERLEAU-PONTY (dir.), *La pensée confisquée : quinze idées reçues qui bloquent le débat public*, Paris, La Découverte, 1997.

⁶³⁹ J. GOETSCHY et P. POCHE, *loc. cit.*, note 282, 6.

2/ L'étendue de l'adaptation

Il est possible d'affirmer que l'adaptation elle-même, et son évocation, ont évolué en étendue comme en profondeur au fil des domaines soumis à la logique néolibérale et au besoin de légitimation des autorités européennes.

Ainsi, en ce qui concerne l'étendue, l'évolution de l'argument de l'adaptation se résume, selon moi, en trois grandes étapes : après avoir concerné la structure de l'économie européenne, le besoin d'adaptation s'est appliqué au marché du travail, pour ensuite finir par toucher les systèmes nationaux de sécurité sociale dans leur ensemble. Détaillons un peu. L'Union européenne a commencé à avancer l'argument de l'adaptation au Conseil européen de Luxembourg de décembre 1991. L'importance de l'adaptation concernait alors essentiellement les entreprises européennes. Elle avait trait aux changements structurels et elle était invoquée pour des raisons de compétitivité de l'industrie européenne. Puis, à partir de 1993 (dans le livre blanc de la Commission sur la croissance, la compétitivité et l'emploi, et le plan d'action du Conseil européen de Bruxelles de décembre 1993), la demande d'adaptation aux changements affectant la structure de l'économie communautaire a surtout été dirigée vers les gouvernements nationaux, pour des raisons de compétitivité, mais aussi – et de plus en plus – de lutte contre le chômage. L'argument de la lutte contre le chômage a, par la suite, été employé pour justifier l'adaptation du marché du travail, laquelle visait les États membres ainsi que les partenaires sociaux, et particulièrement les travailleurs et les syndicats les représentant. Enfin, l'adaptation – et sa nécessité – a porté sur les régimes de sécurité sociale (y compris les pensions) et les systèmes éducatifs. Adressée tant aux gouvernements nationaux qu'aux travailleurs et plus généralement aux citoyens européens, elle était motivée, par les instances européennes, par l'emploi, le problème du déclin démographique futur et l'objectif d'une économie européenne dynamique, fondée sur la connaissance (afin de combler le retard technologique de l'Europe).

S'agissant de la profondeur de l'adaptation invoquée, à l'égard des marchés, le Conseil européen de Cardiff de juin 1998 a voulu une réforme et une modernisation en profondeur des politiques structurelles sur le marché des biens et des services. En ce qui concerne l'emploi, d'une part, les autorités communautaires ont d'abord insisté, au début des années 1990, sur l'adaptabilité de la main d'œuvre – par la formation professionnelle continue – aux changements technologiques et organisationnels. Puis, à partir de 1997, c'est

l'adaptabilité de la main d'œuvre au marché de l'emploi ⁶⁴⁰ qui a été requise et ce, par des compétences appropriées, impliquant dès lors une adaptation des systèmes scolaires et de formation. D'autre part, les marchés du travail eux-mêmes ont dû être réformés avec une organisation du travail plus souple, requérant, par un effet d'engrenage, une adaptation du droit du travail et des systèmes de protection sociale aux nouveaux modèles de travail. Au nom de l'adaptation, on a donc glissé, à mon avis, de l'emploi à la protection sociale et à l'éducation.

À l'argument du besoin d'adaptation, déployé à l'égard des citoyens européens, s'est en outre ajoutée une responsabilisation des individus, mise en avant à la faveur du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000.

B. La promotion de la responsabilité individuelle

À la faveur des thèses défendues par les travaillistes britanniques, la responsabilisation généralisée, érigée par les institutions européennes dans les années 1995-1996, s'est doublée d'une responsabilisation des individus. Cette responsabilité individuelle est, d'après moi, la clé de voûte de l'édification du nouvel État social actif, à au moins deux titres : d'une part, dans un objectif de substitution à l'État-providence, l'individu étant supposé avoir un rôle actif, autrement dit se prendre en charge au lieu et place de l'État pris dans sa fonction redistributive ; d'autre part, dans un objectif « d'éducation » des mentalités, pour faire accepter à chacun le désengagement de l'État de la sphère sociale et son corollaire, la « nouvelle culture de la capacité d'insertion professionnelle (“employabilité”) » ⁶⁴¹. Cette responsabilité individuelle se décline en plusieurs modes.

1/ Des chômeurs et des inactifs

C'est vis-à-vis des chômeurs et des inactifs que la responsabilisation individuelle se fait la plus présente avec, en arrière-plan, l'objectif néolibéral de réduire la « dépendance » à l'égard des prestations sociales. L'incitation au travail ⁶⁴² devient donc le leitmotiv des

⁶⁴⁰ Voir l'article 125 CE ajouté par le traité d'Amsterdam, *supra*, page 103.

⁶⁴¹ Cette expression revient à la Commission dans sa communication sur les propositions de lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres en 1998, *précitée*, note 486.

⁶⁴² On retrouve également dans le discours européen, parallèlement à l'incitation à l'emploi, l'incitation à la création d'emplois – supposée s'adresser aux employeurs – mais cette dernière a une connotation très différente puisque, selon les autorités communautaires, elle implique pour les gouvernements européens une révision de leurs régimes d'imposition afin de faciliter l'embauche, pour le bénéfice des employeurs. Tandis que par l'incitation au travail, on entend, par une réorientation des systèmes d'indemnisation, « encourager » (pour ne pas dire « obliger ») les chômeurs ou les inactifs à

politiques actives de l'emploi⁶⁴³ et justifie au besoin une baisse des indemnités⁶⁴⁴. Le concept d'« État social actif » repose également sur l'idée qu'à la garantie d'emploi doit se substituer « l'aptitude à l'emploi »⁶⁴⁵, ce qui se traduit pour les demandeurs d'emploi par un devoir d'adaptation (opposé au droit à la sécurité) et pour les États membres par le passage « d'un système passif de garantie du revenu à un système d'assistance sociale par le travail »⁶⁴⁶. Il est par conséquent demandé aux États membres de revoir leurs systèmes d'indemnisation « afin qu'il soit toujours plus intéressant d'accepter un emploi que de percevoir des indemnités »⁶⁴⁷. Quant aux pays européens qui offrent à la fois un régime d'allocation relativement généreux et une forte protection de l'emploi, il leur est tout bonnement recommandé de le modifier⁶⁴⁸. Cela explique également l'importance accordée, dès les premières lignes directrices pour l'emploi, à la formation des chômeurs⁶⁴⁹, ainsi qu'au renforcement de l'obligation de suivre une formation et de rechercher un emploi⁶⁵⁰.

chercher et à accepter un emploi ou une formation. (Sur l'incitation à la création d'emploi, voir notamment la résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 2 décembre 1996, sur le rôle des systèmes de protection sociale dans la lutte contre le chômage (*précitée*, note 315), la déclaration du Conseil européen de Dublin sur l'emploi en décembre 1996 (*précitée*, note 299, I.36) ou la résolution du Conseil européen d'Amsterdam de juin 1997 sur la croissance et l'emploi (*précitée*, note 298)). Essentiellement le fait des organes intergouvernementaux de l'Union européenne (Conseil de l'Union ou Conseil européen), elle se fera plus rare après le Conseil de Cardiff de juin 1998, lorsque l'incitation au travail deviendra centrale.

⁶⁴³ À partir de 1999, l'incitation à l'emploi va être considérée, par les autorités communautaires, comme une composante-clé des systèmes de protection sociale. On la retrouve aussi bien dans les communications de la Commission que dans les recommandations du Conseil pour les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté, ou dans les conclusions du Conseil européen, ce qui atteste d'une identité de vues aussi bien entre les autorités européennes qu'entre une majorité d'États membres.

⁶⁴⁴ De l'avis du Réseau européen des associations de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale (*European Anti Poverty Network* (EAPN), *précité*, note 333, p. 6), on utilise le soi-disant manque d'incitation au travail des chômeurs comme excuse pour réduire les allocations de chômage. Et de fait pour la Commission le montant des prestations peut avoir un effet dissuasif sur la recherche active d'un emploi (voir son rapport du 21 mars 2000 sur la protection sociale en Europe en 1999, *précité*, note 501, point I.3.22).

⁶⁴⁵ O. QUINTIN et B. FAVAREL-DAPAS, *op. cit.*, note 113, p. 14. La Commission ne dit rien d'autre lorsqu'elle propose d'établir un nouvel équilibre entre, d'une part, obligation et opportunités, et entre, d'autre part, assistance et responsabilisation, ou entre sécurité et flexibilité et droits et responsabilités (*cf.* communication de 1997 sur la modernisation de la protection sociale, *précitée*, note 311, p. 6, et communication de 1999 sur une stratégie concertée pour moderniser la protection sociale, *précitée*, note 327, p. 13).

⁶⁴⁶ Recommandation 98/454/CEE du Conseil, du 6 juillet 1998, concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté (1998) (JO L 200 du 16.7.1998) – Bulletin UE 7/8-1998, point 2.3.1.

⁶⁴⁷ *Id.*

⁶⁴⁸ *Id.* Les grandes orientations économiques des États membres et de la Communauté pour 1999 (*précitées*, note 534, point I.3.1), quant à elles, préconisent plus spécifiquement aux États membres de réévaluer la durée ainsi que les critères d'attribution des prestations sociales.

⁶⁴⁹ L'attention accordée aux jeunes chômeurs ou aux adultes « récemment » chômeurs sous forme de « nouveau départ », et de manière générale l'approche consistant à privilégier « l'employabilité », peut faire craindre que les mesures d'accompagnement des chômeurs ne conduisent à mettre de côté les

2/ Des travailleurs

Selon le « social-libéralisme » à l'anglaise qui a triomphé à Lisbonne, il appartient, en premier lieu, à chaque travailleur – et futur travailleur – de se doter de qualifications adéquates, c'est-à-dire répondant aux besoins des entreprises, afin d'améliorer sa capacité d'insertion professionnelle, autrement dit son employabilité. C'est également à lui qu'il revient, en second lieu, de maintenir son employabilité et sa capacité d'adaptation, en s'assurant, par une formation « à la vie et à l'emploi » – selon l'expression employée par le Conseil européen de Lisbonne dans ses conclusions – que ses compétences restent adaptées aux exigences du marché du travail de demain. Il n'est donc pas étonnant que des formules, tel l'enseignement à distance (que l'individu suit chez lui, à ses frais, et sur son temps libre), aient la préférence de la Commission ⁶⁵¹.

Par ailleurs, les salariés (ainsi que les chômeurs) sont encouragés à devenir des travailleurs autonomes et à démarrer leur propre entreprise (manière indirecte de réduire les charges sociales des entreprises) ⁶⁵². Le développement de l'esprit d'entreprise et la réussite « entrepreneuriale » sont dès lors particulièrement valorisés et appuyés ⁶⁵³.

3/ Des personnes âgées

Une des particularités de ce concept d'« État social actif encourageant résolument la participation sur le marché du travail » ⁶⁵⁴ est de viser les personnes âgées, et particulièrement les travailleurs vieillissants. En effet, les efforts déployés – ou à déployer – pour inciter les aînés à rester plus longtemps dans la vie active s'insèrent dans l'objectif plus global d'accroître le taux d'emploi au sein de l'Union européenne, non plus tant cette fois-ci dans une perspective de croissance (en augmentant la capacité productive de l'économie), mais

bénéficiaires de l'aide sociale et les moins qualifiés, soit les individus les moins à même d'améliorer leur « employabilité ». Cette inquiétude a été exprimée plus tôt par l'EAPN (*précité*, note 333, p. 7).

⁶⁵⁰ Voir, par exemple, les grandes orientations des politiques économiques pour 1998 (*précitées*, note 646, point 2.3.1).

⁶⁵¹ Voir l'ouvrage de Gérard DE SELYS et Nico HIRTT, *Tableau Noir. Résister à la privatisation de l'enseignement*, Bruxelles, EPO, 1998, commenté par Franck POUPEAU dans *Le Monde diplomatique*, de décembre 1998, à la p. 31. Voir aussi Riccardo PETRELLA, *loc. cit.*, note 521, p. 7.

⁶⁵² Les financements de la Banque européenne d'investissement (BEI) et du Fonds européen d'investissement (FEI) ont notamment été réorientés pour soutenir le démarrage des entreprises.

⁶⁵³ Voir, par exemple, les lignes directrices pour l'emploi de 1998 ou la décision 819/2000/CE du Conseil, du 20 décembre 2000, relative à un programme pluriannuel pour les entreprises et l'esprit d'entreprise, en particulier pour les petites et moyennes entreprises (PME) (2001 - 2005) (JO L 333 du 29.12.2000).

⁶⁵⁴ Agenda social européen, *précité*, note 484.

pour maintenir le nombre d'actifs contribuant aux cotisations sociales et retarder du même coup l'ajout de personnes dépendantes.

Or il n'est pas exagéré de dire que si la « remise au travail » des chômeurs et des assistés sociaux est plutôt bien accueillie dans l'opinion publique⁶⁵⁵ – influencée par une politique de dénigrement à l'égard des bénéficiaires de l'aide sociale – le maintien sur le marché du travail des travailleurs plus âgés l'est beaucoup moins, y compris du point de vue des entreprises (ce sont les travailleurs qui coûtent le plus cher). Là encore on va donc faire appel à la responsabilité individuelle⁶⁵⁶, mais de manière plus indirecte, en recourant à une multitude de concepts qui vont de la promotion du « vieillissement actif »⁶⁵⁷, à la « retraite adaptée », en passant par la « solidarité entre les générations »⁶⁵⁸, notion pour le moins culpabilisante à l'égard des retraités et futurs retraités. Ces concepts ont en commun le besoin de l'Union européenne de « sensibiliser » – autrement dit convaincre – les citoyens européens des implications du vieillissement de la population européenne.

Et la responsabilisation des personnes âgées s'étend à leur santé : l'Union européenne, par la voix de sa Commission, demande aux États membres de mettre en place des politiques pour aider ces dernières à se tenir en forme en faisant la promotion du

⁶⁵⁵ Le Réseau européen des associations de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale (*European Anti Poverty Network* (EAPN), *loc. cit.*, note 333, 6, a ainsi critiqué la communication de la Commission de 1997 sur la modernisation de la protection sociale : « [l]a question de "l'incitation au travail" [...] repose sur le concept que les chômeurs seraient contents d'être dans cette situation et chercheraient à la prolonger ». Ce réseau s'insurge en outre, p. 7, contre l'utilisation du terme « politique passive » qui « induit très vite que les sans emploi sont des personnes "passives", qui doivent être "incitées à chercher du travail" [...] ».

⁶⁵⁶ Le rôle de la responsabilité individuelle dans la nouvelle vision de la vieillesse a également été relevé par C. DE LA PORTE et P. POCHET, *loc. cit.* note 151, 7.

⁶⁵⁷ Par le « vieillissement actif », ou encore la « société active pour tous les âges » – qui fait figure de slogan publicitaire – l'on cherche à encourager les personnes âgées à rester actives socialement et économiquement. Ces dernières sont également incitées à « stimuler leur vitalité ». Voir, par exemple, la communication de la Commission, du 21 mai 1999 : *Vers une Europe pour tous les âges – Promouvoir la prospérité et la solidarité entre les générations* (COM(99) 221) et la communication de 1999 sur une stratégie concertée pour moderniser la protection sociale (*précitée*, note 327, p. 14).

⁶⁵⁸ La « solidarité et l'équité entre les générations » (ou « équité inter-générationnelle ») a fait l'objet de la communication de la Commission de 1999 sur la solidarité entre les générations (*id.*), puis d'un livre vert de la Commission, du 16 mars 2005 : *Face aux changements démographiques, une nouvelle solidarité entre générations* (COM(2005) 94). Le rapport au Conseil européen de Cologne de juin 1999 sur le pacte européen pour l'emploi (*précité*, note 473, point I.47) a par ailleurs donné un aperçu du sens que doit prendre ce concept : « [...] vu le vieillissement progressif de la population, il convient de fonder les régimes de retraite sur la notion de « responsabilité » à l'égard des générations futures. » Cette responsabilité implique un accroissement du taux d'emploi des personnes en âge de travailler et une réforme des régimes de retraites pour les rendre moins sensibles aux changements démographiques, afin « de ne pas laisser aux générations futures une charge trop lourde », comme le précise le point I.19.45 des conclusions du Conseil européen de Thessalonique des 19 et 20 juin 2003 – Bulletin UE 6-2003, points I.1 à I.56.

« vieillissement sain », non pas tant pour améliorer leur bien-être que pour « limiter la progression du nombre des personnes âgées dépendantes »⁶⁵⁹.

4/ Des femmes, des personnes handicapées et des minorités

À l'instar du taux d'emploi des travailleurs âgés, le taux d'emploi féminin a fait l'objet d'une attention particulière de la part des autorités communautaires en raison de la faiblesse de ces deux taux à l'échelle communautaire⁶⁶⁰ et de leur impact sur le financement des pensions de retraite, l'augmentation du taux d'emploi ayant pour effet d'augmenter les contributions⁶⁶¹.

Les institutions européennes étant décidées à « exploiter pleinement le potentiel d'emploi offert par l'accroissement de la participation des femmes à la vie active »⁶⁶², elles ont fait de l'augmentation des taux d'activité féminins un important objectif de la stratégie européenne pour l'emploi⁶⁶³. Aussi peut-on soutenir que les mesures favorisant la conciliation travail-famille⁶⁶⁴ et l'égalité des chances entre hommes et femmes⁶⁶⁵, largement encouragées par l'Union européenne, ne trouvent leur raison d'être qu'au regard de cette finalité. Elles ne sont nullement liées à des revendications féministes. Toutefois, comme elles passent bien auprès de l'opinion publique, l'Union européenne a élargi son action par quelques mesures ponctuelles⁶⁶⁶.

⁶⁵⁹ Voir la communication de la Commission de 1999 sur la solidarité entre les générations, *précitée*, note 657.

⁶⁶⁰ Ils constituent ainsi deux indicateurs structurels distincts qui vont servir à apprécier les progrès réalisés par les États membres sur ces deux points (*cf.* la communication de la Commission sur les indicateurs structurels, *précitée*, note 563, point 1.3.1).

⁶⁶¹ Voir, par exemple, le point 22 de l'Agenda social européen, *précité*, note 484.

⁶⁶² Rapport au Conseil européen de Cologne de juin 1999 sur le pacte européen pour l'emploi, *précité*, note 473, point I.45.

⁶⁶³ *Cf.* la communication de la Commission de juillet 1999 sur une stratégie concertée pour moderniser la protection sociale, *précitée*, note 327, p. 10.

⁶⁶⁴ Ces mesures concernent essentiellement les services de garde et l'aide aux personnes dépendantes, laquelle est à la charge des aidants naturels, qui sont généralement des femmes (les filles, les épouses ou les mères).

⁶⁶⁵ Le Conseil européen d'Essen de décembre 1994 avait déjà fait la promotion de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, mais il s'agissait alors de contrer le chômage des femmes. Dans le cadre de la stratégie européenne pour l'emploi, c'est la réintégration des femmes dans la vie active (généralement après un congé parental) qui est en outre recherchée.

⁶⁶⁶ Outre les programmes d'action communautaire pour l'égalité des chances, l'égalité entre les femmes et les hommes a fait l'objet d'une pléthore de mesures communautaires, très disparates, qui concernent tout aussi bien l'encouragement à l'emploi et à l'entrepreneuriat féminins que la lutte contre le harcèlement sexuel ou contre la violence, ou encore l'exploitation sexuelle et la traite des femmes. Même si la question de l'égalité entre les sexes a été récemment étendue aux domaines politique, civil et social (et non plus exclusivement économique) (voir la communication de la Commission du 7 juin 2000, *Vers une stratégie-cadre communautaire en matière d'égalité entre les femmes et les hommes*

De la même manière, c'est la volonté de réduire le nombre d'inactifs qui sous-tend la nouvelle prise en compte, par les instances communautaires dans le cadre de la politique européenne pour l'emploi, des personnes handicapées⁶⁶⁷ et des minorités ethniques⁶⁶⁸ compte tenu de leur difficulté à s'intégrer au marché du travail. Les initiatives communautaires pour promouvoir l'égalité des chances en matière d'emploi pour les personnes handicapées et les minorités me paraissent donc davantage motivées par leur participation au marché du travail que par des préoccupations sociales ou par la lutte contre le racisme⁶⁶⁹.

Bien qu'il soit plus difficile de parler de responsabilité individuelle vis-à-vis des femmes et des personnes handicapées, il reste que la politique européenne pour l'emploi, en augmentant la pression sur les États membres, avec des objectifs chiffrés (60 % pour 2010, au lieu des 51 % en moyenne en 2000) pour la proportion de femmes actives⁶⁷⁰, aura indirectement des répercussions sur les mentalités.

(2001-2005) (COM(2000) 335), le renforcement de la participation des femmes au monde du travail reste néanmoins prioritaire, comme en témoigne encore le récent *pacte européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes* adopté par le Conseil européen de Bruxelles de mars 2006 (annexe II des conclusions, *précitées*, note 325, point I.13).

⁶⁶⁷ L'intégration économique et sociale des personnes handicapées intéresse les autorités communautaires depuis environ la moitié des années quatre-vingts. Elle a donné lieu à des programmes communautaires (par exemple Helios I en 1988-1991 et II en 1993-1996) et à certaines mesures spécifiques (concernant leurs déplacements par exemple). Toutefois, depuis les premières lignes directrices pour l'emploi, en 1997, c'est essentiellement l'insertion professionnelle qui est soutenue (voir la ligne directrice n° 23 des lignes directrices pour l'emploi pour 1998, *précitées*, note 458, ainsi que la résolution du Conseil, du 17 juin 1999, sur l'égalité des chances en matière d'emploi pour les personnes handicapées (JO C 186 du 02/07/1999), la directive du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303 du 02.12.2000), la résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 15 juillet 2003, concernant la promotion de l'emploi et de l'intégration sociale des personnes handicapées (JO C 175 du 24.07.2003), ou encore le plan d'action européen (2004-2010) sur l'égalité des chances pour les personnes handicapées (communication de la Commission du 30 octobre 2003 (COM(2003) 650)).

⁶⁶⁸ La prise en compte des minorités ethniques, par des politiques de prévention et des mesures actives favorisant leur intégration au marché de l'emploi, a été ajoutée à celle des personnes handicapées par les lignes directrices pour l'emploi de 1999 (voir la résolution du Conseil, du 22 février 1999, sur les lignes directrices pour l'emploi en 1999 (JO C 69 du 12.3.1999) – Bulletin UE 1/2-1999, points 1.3.19 et 2.2.1).

⁶⁶⁹ Ces considérations ne sont toutefois pas complètement absentes de la sphère communautaire, comme en témoigne, par exemple, la communication de la Commission et la résolution du Conseil en 1996 sur l'égalité des chances pour les personnes handicapées (*précitées*, note 667), ou le plan d'action européen contre le racisme (communication de la Commission du 25 mars 1998 (COM(98) 183)) ou la directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (JO L 180 du 19.07.2000), mais elles restent secondaires par rapport à l'insertion professionnelle.

⁶⁷⁰ Voir les conclusions du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000, *précitées*, note 486, point I.14.30. Le Conseil européen de Stockholm de mars 2001 a précisé un objectif intermédiaire de 57 %

Chercher à convaincre l'opinion publique, sans accorder la moindre attention aux attentes du citoyen européen aurait été politiquement suicidaire. C'est pourquoi l'Union européenne a pris soin d'impliquer le citoyen européen dans l'Union européenne.

C. Le recours accru au citoyen européen

Le citoyen occupe une place centrale dans le discours européen à partir de 1998, par nécessité, pourrait-on presque dire. En effet, le changement politique au sein du Conseil de l'Union européenne, suite à la « vague rose » qui a déferlé sur l'Europe, a suscité des attentes élevées de la part des citoyens européens, particulièrement à l'égard de l'Europe sociale. Les nouveaux gouvernements sociaux-démocrates avaient d'ailleurs annoncé leur intention de renouer avec une conception plus sociale de l'Europe et de prendre davantage en compte, à l'échelle européenne, les préoccupations des Européens, dont l'emploi et la défense de l'État-providence⁶⁷¹. Pourtant la parenthèse sociale a été à la fois de courte durée et sans réelle marge de manœuvre. Leur élan a été en effet freiné, au niveau européen, par une Commission très clairement néolibérale jusqu'en décembre 1999 (avec, plus accessoirement, un Parlement européen dominé par la droite à partir de juin 1999⁶⁷²) et, au niveau national, par la fracture au sein des sociaux-démocrates qu'a constituée l'émergence de la « troisième voie ». La « machine » européenne néolibérale ainsi que la très forte pénétration de l'idéologie néolibérale – reprise dans les thèses « blairistes » – au sein des partis sociaux-démocrates et démocrates-chrétiens ont ainsi réduit ces velléités sociales à leur plus simple expression, ce que l'on a appelé « l'économie sociale du marché ». L'espoir d'un renouveau européen n'aura duré que de l'automne 1998 à juin 1999⁶⁷³. Les gouvernements sociaux-démocrates

pour le taux d'activité féminine en Europe pour l'horizon 2005 (point I.7.9 des conclusions du Conseil européen de Stockholm, *précitées*, note 486).

⁶⁷¹ Ces intentions ont été exprimées lors du Conseil européen informel de Pörtlach, les 24 et 25 octobre 1998 (voir Philippe LEMAITRE, « Le sommet de Pörtlach débouche sur de nouvelles priorités européennes », *Le Monde*, 27 octobre 1998, p. 2) et au sommet franco-allemand de Postdam le 1^{er} décembre 1998.

⁶⁷² Mais un Parlement décidé à « en découdre » avec les gouvernements socialistes ou sociaux-démocrates largement majoritaires au Conseil. Comme l'indiquait à l'époque Marcel SCOTTO, « La droite victorieuse au Parlement européen pour la première fois de son histoire », *Le Monde*, 15 juin 1999, p. 2, « [...] les démocrates-chrétiens et leurs partenaires [au Parlement européen] ont bien l'intention de jouer un jeu commun avec l'exécutif communautaire pour s'opposer aux gouvernements membres de l'Union qui sont dirigés par des socialistes ou des sociaux-démocrates, c'est-à-dire onze d'entre eux. »

⁶⁷³ Laurence CAMEL (« L'Europe rose rêve d'une "nouvelle voie" », *Le Monde*, 2 mars 1999, p. 1) donne comme explication à l'atonie des gouvernements sociaux-démocrates le fait notamment que les socialistes souhaitaient changer de politique mais sans changer les règles, à savoir sans abandonner le pacte de stabilité budgétaire, sans modifier la fiscalité européenne pour contrer le dumping et sans mettre en œuvre la politique des grands travaux proposée il y a quelques années par Jacques Delors. L'absence d'ambition commune, et d'ambition tout court, des gouvernements de gauche a aussi été

majoritaires au sein du Conseil de l'Union ont dû, dès lors, jongler avec des réformes non voulues par les citoyens européens et des attentes inverses de la part de ces derniers. Aussi l'Union européenne a-t-elle mis en place, selon moi, une double stratégie : d'une part, elle a mis l'accent sur certains thèmes préoccupant les ressortissants européens et, d'autre part, elle a instauré un dialogue civil, sorte de pendant du dialogue social dans la sphère « citoyenne ».

1/ Par les sujets l'intéressant

L'utilisation par l'Union européenne du citoyen et des sujets l'intéressant n'a rien de novateur. Elle ne fait que poursuivre un mouvement amorcé en 1993⁶⁷⁴. Mais elle revêt, à mon avis, à partir de 1998, une acuité particulière en raison du besoin impérieux des gouvernements sociaux-démocrates au sein du Conseil de l'Union tant de montrer à leurs citoyens que l'Europe pose des gestes à leur égard que, parallèlement, de camoufler une soumission à l'idéologie néolibérale, en contradiction flagrante avec certaines revendications nationales.

Cette nécessité politique – pour ne pas dire électorale – a grandement influencé la nature des sujets abordés au niveau européen. En effet, comme c'est le cas depuis 1993, les thèmes qui acquièrent le droit de cité dans l'arène communautaire restent toujours soigneusement choisis pour retenir l'attention de l'opinion publique et occulter ainsi d'autres thèmes plus préoccupants – tels l'accroissement de la précarité du travail ou la dégradation des conditions de travail et de vie, qui font aussi partie des préoccupations quotidiennes des citoyens européens mais dont on ne veut pas parler – et les grandes orientations prises par l'Europe. Par contre, alors qu'il s'agissait auparavant de grands thèmes à forte valeur symbolique (l'environnement, la santé publique, la sécurité intérieure, l'égalité des chances, etc.), qui appelaient généralement des solutions à long terme, les thèmes sur lesquels se sont penchées les institutions européennes à partir de 1998 se caractérisent, selon moi, davantage par leur nature plus émotive, si l'on peut se permettre. Il s'agit soit de sujets qui scandalisent ou inquiètent les citoyens européens, soit de sujets « à la mode », plus « engagés ». Réapparaissent également certaines considérations sociales.

relevée. Seuls les socialistes français semblaient faire preuve de plus d'audace, en plaidant en faveur d'un véritable traité social, avec des « critères de convergence » et un calendrier « contraignant et contrôlé », un salaire minimum européen et une réduction du temps de travail à 35 heures à l'échelle européenne : Michel NOBLECOURT, « Six premiers ministres socialistes réunis à Paris pour démontrer leur capacité à "faire l'Europe" », *Le Monde*, 28 mai 1999, p. 6.

⁶⁷⁴ Cf. *supra*, pages 54 à 57.

a) les sujets qui scandalisent ou inquiètent l'opinion publique

Le Conseil européen de Cardiff de juin 1998 insiste particulièrement sur la nécessité de rapprocher l'Union européenne de ses citoyens en axant « son action sur les questions qui leur tiennent le plus à coeur, y compris le renforcement de la légitimité démocratique et la traduction dans les faits du principe de subsidiarité »⁶⁷⁵, et « en la rendant plus transparente, plus compréhensible et plus proche de la vie quotidienne. »⁶⁷⁶ Ce Conseil européen se déclare même « particulièrement soucieux de voir se réaliser des progrès dans les domaines d'action qui répondent le plus aux préoccupations concrètes des citoyens [...] »⁶⁷⁷

La mise en pratique de ces louables intentions m'apparaît toutefois quelque peu calculée. Les sujets évoqués à ce titre par les Conseils européens sont étroitement liés à l'actualité. Ils retiennent davantage l'attention de l'opinion publique par leur caractère parfois sensationnel. Ces sujets, qui bien souvent étaient auparavant considérés comme relevant de l'anecdotique ou de l'accessoire, restaient généralement confinés au Parlement européen. Leur prise en compte par le Conseil européen permet à l'Union européenne de se montrer sensible aux inquiétudes des citoyens européens et de proposer des solutions concrètes, de compréhension aisée pour le simple citoyen.

La santé publique et la sécurité sanitaire des aliments ont ainsi pris une grande importance dans le discours⁶⁷⁸ et l'action communautaires⁶⁷⁹, suite aux épidémies

⁶⁷⁵ Conclusions du Conseil européen de Cardiff de juin 1998, *précitées*, note 637, point I.20.61. Cette mention du principe de subsidiarité se veut une réponse à la lettre adressée le 8 juin par le président Jacques Chirac et le chancelier Helmut Kohl à leurs collègues. Par cette lettre les deux dirigeants réclamaient un plus grand respect du principe de subsidiarité par les institutions européennes et ils critiquaient implicitement la Commission et la Cour de justice pour leur tendance « à s'éloigner des citoyens et de leurs problèmes quotidiens » : voir Philippe LEMAITRE, « La réforme politique de l'Union fera l'objet d'un débat au sommet européen de Cardiff », *Le Monde*, 15 juin 1998, p. 5.

⁶⁷⁶ Conclusions du Conseil européen de Cardiff de juin 1998, *précitées*, note 637, point I.9.27.

⁶⁷⁷ *Id.*

⁶⁷⁸ Le Conseil européen de Luxembourg de décembre 1997 a ainsi adopté une déclaration sur la sûreté alimentaire (à l'annexe 2 aux conclusions de la présidence – Bulletin UE 12-1997, point I.20). La justification de cette déclaration vaut la peine d'être reproduite ici : « La sûreté des denrées alimentaires constitue, plus que jamais, une préoccupation majeure aux yeux des citoyens et tout doit être fait pour rétablir leur confiance, particulièrement mise à l'épreuve par la crise de l'ESB. Face à cette préoccupation, le Conseil européen a approuvé la déclaration figurant en annexe 2. » (conclusions du Conseil européen de Luxembourg des 13 et 14 décembre 1997 – Bulletin UE 12-1997, points I.1 à I.21, au point I.14.57). Cette déclaration suggérait notamment de compléter la législation communautaire et elle rappelait le principe de précaution ainsi que la nécessité d'un étiquetage adéquat des denrées alimentaires. Après le scandale belge du poulet contaminé à la dioxine, le Conseil européen d'Helsinki de décembre 1999 a précisé (au point I.15.51 des conclusions, *précitées*, note 559) qu'« [i]l convient de veiller tout particulièrement à garantir que tous les citoyens bénéficient d'une alimentation saine et de qualité élevée par l'amélioration des normes de qualité et le

d'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB) (ou crise de « la vache folle ») en 1996-1997 puis en 2000-2001 ⁶⁸⁰ et, plus accessoirement, au scandale du poulet contaminé à la dioxine en Belgique en mai 1999 ⁶⁸¹, ainsi qu'au questionnement grandissant des citoyens européens à l'égard des organismes génétiquement modifiés (OGM). L'Union européenne se devait de rassurer la population européenne qui plaçait la sécurité alimentaire au premier rang de ses priorités ⁶⁸². Par conséquent, une législation alimentaire « répondant aux critères les plus exigeants en matière de santé publique » ⁶⁸³ a été adoptée et une Autorité alimentaire européenne, devant contribuer à la prévention des crises, a été instituée ⁶⁸⁴. Parallèlement, le principe de précaution a fait son apparition dans le discours européen : d'abord la Commission a élaboré, le 17 octobre 1998, des « lignes directrices pour l'application du principe de précaution », puis le Conseil de l'Union a adopté, le 13 avril 1999, une résolution

renforcement des systèmes de contrôle sur toute la chaîne alimentaire, de l'exploitation agricole au consommateur. » Et le Conseil européen de Nice de décembre 2000 a pris encore soin de rappeler les mesures qu'a adoptées l'Union européenne pour lutter contre l'ESB.

⁶⁷⁹ Sur les mesures concrètes prises par l'Union européenne pour faire face à la crise de « la vache folle » et notamment restaurer la confiance du consommateur européen, voir, par exemple, pour les premières mesures, Nathalie DE GROVE-VALDEYRON, « Libre circulation et protection de la santé publique : la crise de « la vache folle », (1996) 403 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 759, et pour les mesures prises en 2000 et 2001, Yves PETIT, « L'Union européenne et l'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB) : vers une nouvelle politique agricole commune (PAC) ? (chron. n° 9) », (octobre 2001) *Europe* 5, 7-8. D'aucuns ont toutefois critiqué le caractère insuffisant et tardif des mesures communautaires prises, l'Union européenne ne parvenant pas à se départir de « l'idéologie du marché unique » et de la libre circulation des marchandises : Laurent BEURDELEY, « La sécurité alimentaire au sein de l'Union européenne : un concept en gestation », (2002) 455 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 89, 93-94. Parallèlement, la Commission a aussi cherché à améliorer l'information du consommateur par diverses mesures : Emma BONINO, « L'Union européenne et la sécurité alimentaire », (1998) 4 *Revue du Marché Unique Européen* 5, spéc. 6-8.

⁶⁸⁰ Deux crises ont secoué l'Europe : la première au printemps 1996 lorsque le lien entre l'ESB et la variante de la maladie de Creutzfeldt-Jacob a été établi ; la seconde à l'automne 2000 conséquemment à l'annonce du gouvernement français d'interdire l'utilisation des farines carnées dans l'alimentation animale, à laquelle se sont ajoutées l'apparition de nouveaux foyers de fièvre aphteuse au Royaume-Uni en février 2001 et l'extension de l'épizootie à plusieurs États membres : Y. PETIT, *loc. cit.*, note 679, 5.

⁶⁸¹ La Commission a pris en conséquence deux décisions (la décision 1999/363/CE du 3 juin 1999 – JO L 141 du 04.06.1999 et la décision 1999/368/CE du 4 juin 1999 – JO L 143 du 05.06.1999) pour protéger la santé des consommateurs. Pour un commentaire de ces décisions, voir (août-septembre 1999) *Europe comm.* 295.

⁶⁸² Les enquêtes Eurobaromètres montraient ainsi que pour les consommateurs européens le problème le plus important était celui de la sûreté des produits alimentaires : E. BONINO, *loc. cit.*, note 679, 5.

⁶⁸³ Conclusions du Conseil européen de Feira de juin 2000, *précitées*, note 495, point I.36.45.

⁶⁸⁴ Voir le règlement n° 178/2002/CE du Parlement et du Conseil, du 28 janvier 2002, établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires (JO L 31 du 01.02.2002). Ce règlement s'inspire du *Livre blanc sur la sécurité alimentaire*, du 12 janvier 2000 (COM(1999) 719). Il réaffirme le respect du principe de précaution. Sur ce règlement, voir Florence AUBRY-CAILLAUD, « La sécurité alimentaire au sein de l'Union européenne : les apports de l'approche globale (chron. n° 5) », (mai 2003) *Europe* 4.

sur le recours au principe de précaution⁶⁸⁵, laquelle a été suivie d'une communication de la Commission, du 2 février 2000, sur le recours au principe de précaution⁶⁸⁶.

L'actualité a également ramené l'environnement sur le devant de la scène. En effet, les catastrophes maritimes et écologiques, résultant des naufrages du pétrolier *Erika* en décembre 1999, du chimiquier *Ievoli Sun* en octobre 2000 et du pétrolier *Prestige* en novembre 2002, ont convaincu l'Union européenne de proposer rapidement des mesures pour améliorer la sécurité des transports maritimes⁶⁸⁷, avec malheureusement des résultats très décevants jusqu'à ce jour⁶⁸⁸. De même, le Conseil européen de Cologne de juin 1999 a demandé au Conseil « transport » de présenter « dans les plus brefs délais » des recommandations pour améliorer la sécurité routière, suite à la tragédie du tunnel du Mont Blanc en mars 1999⁶⁸⁹.

⁶⁸⁵ Pour donner plus de publicité à l'action communautaire, cette résolution a été annexée (annexe III) aux conclusions du Conseil européen de Nice de décembre 2000 (*précitées*, note 484).

⁶⁸⁶ Communication de la Commission, du 2 février 2000, sur le recours au principe de précaution (COM(2000) 1). Sur cette communication, voir par exemple, COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Principe de précaution », [en ligne]. <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/132042.htm> (mis à jour le 2 novembre 2005). Voir sur cette communication et les efforts déployés par la Commission, Guy CORCELLE, « La perspective communautaire du principe de précaution », (2001) 450 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 447.

⁶⁸⁷ Voir cette demande des Conseils européens de Feira de juin 2000 (point I.38 des conclusions, *précitées*, note 495) et de Nice de décembre 2000 (point I.22 des conclusions, *précitées*, note 484), et leur rappel, suite au naufrage du pétrolier *Prestige*, par les Conseils européens de Copenhague des 12 et 13 décembre 2002 (Bulletin UE 10-2002, points I.1 à I.19, au point I.11 des conclusions) et de Bruxelles des 20 et 21 mars 2003 (Bulletin UE 3-2003, points I.1 à I.49, au point I.38). Dans sa communication au Conseil et au Parlement européen, du 21 mars 2000, sur la sécurité maritime du transport pétrolier (COM (2000) 142), la Commission a donc proposé, en invoquant la pression de l'opinion publique pour agir, ce qui a été appelé le « paquet Erika I ». Il s'agissait de propositions d'actions immédiates pour renforcer le contrôle des navires dans les ports (avec bannissement possible à partir d'une « liste noire »), assurer une surveillance accrue des sociétés de classification, et éliminer les pétroliers à simple coque. Ces actions étaient complétées par un deuxième « paquet » de mesures, à plus long terme (communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 6 décembre 2000, sur un deuxième train de mesures communautaires en matière de sécurité maritime suite au naufrage du pétrolier *Erika* (COM (2000) 802)). Étaient prévus un système communautaire de suivi, de contrôle et d'information sur le trafic maritime (mis en place par la directive 2002/59/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2002), la création d'une agence européenne de la sécurité maritime (instituée par le règlement (CE) n° 1406/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 27 juin 2002 – JO L 157 du 07.07.1995) et un Fonds d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution (non adopté par le Conseil).

⁶⁸⁸ Les États membres ont mis plus d'un an à adopter les actions immédiates proposées par la Commission et celles-ci étaient bien en-deça des suggestions de la Commission (voir, par exemple, Jean-Pierre STROOBANTS, « Les pays européens tardent à appliquer les mesures adoptées », *Le Monde*, 21 novembre 2002, p. 2), en raison notamment de l'opposition de la Grèce et du Danemark.

⁶⁸⁹ Conclusions du Conseil européen de Cologne de juin 1999, *précitées*, note 474, point I.14.37.

Le thème de la sécurité intérieure a aussi été renforcé à la faveur notamment des vagues d'immigrants illégaux en 2000 et 2001 qui ont frappé l'opinion publique⁶⁹⁰, puis des attentats terroristes du 11 septembre 2001 contre les tours du World Trade Center⁶⁹¹. L'Union européenne a, en effet, su exploiter le sentiment sécuritaire des citoyens européens⁶⁹², la question de la sécurité étant incontestablement plus mobilisatrice que la réforme des institutions communautaires ou l'élargissement de l'Union européenne⁶⁹³. La sécurité intérieure a ainsi occupé nombre de Conseils européens⁶⁹⁴ et elle a fait l'objet de

⁶⁹⁰ Par exemple, après le décès tragique de cinquante-huit immigrants clandestins se rendant au Royaume-Uni, le Conseil européen de Feira de juin 2000 a exprimé l'intention de l'Union européenne d'intensifier la coopération européenne dans la lutte contre la traite d'êtres humains et l'immigration illégale (voir points I.40.51 et I.41.52 des conclusions, *précitées*, note 495). Ce drame s'ajoute à de nombreux autres amplement relayés par les médias, tels les expulsions collectives d'illégaux en Belgique entre 1998 et 2000, les incidents racistes en Espagne en février 2000, ou l'arrivée massive en Italie d'immigrants clandestins albanais fuyant la guerre au Kosovo : voir Marc MARESCHEAU, « L'Union européenne et l'immigration au début du millénaire », (2000) 1-2 *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs*, 3, 3 et 5 (qui présente le numéro de cette revue, entièrement consacré à la problématique de l'immigration au sein de l'Union européenne).

⁶⁹¹ Le Conseil européen s'est réuni en session extraordinaire, à Bruxelles, le 21 septembre 2001 (Bulletin UE 9-2001, points I.1 à I.21) pour apprécier les mesures à prendre par l'Union européenne suite à ces attentats. Il a ainsi approuvé un plan d'action en cinq points visant à renforcer la coopération policière et judiciaire, à développer les instruments juridiques internationaux, à mettre fin au financement du terrorisme, à renforcer la sécurité aérienne et à coordonner l'action globale de l'Union européenne (point I.8.1 à 7 des conclusions). En application de ce plan, a été notamment adoptée la position commune n° 2001/931/PESC du Conseil, du 27 décembre 2001, concernant le gel des avoirs terroristes. La lutte contre le terrorisme a, depuis, été un thème récurrent des Conseils européens subséquents.

⁶⁹² Au Conseil européen de Cardiff de juin 1998, les chefs d'État et de gouvernement des Quinze ont affirmé qu'il était « [...] primordial, pour la sécurité des citoyens, de travailler de concert pour lutter contre les dangers toujours plus grands de la criminalité transfrontière. » (conclusions du Conseil européen de Cardiff de juin 1998, *précitées*, note 637, point I.12.37). La Déclaration du millénaire du Conseil européen d'Helsinki de décembre 1999 (annexe I aux conclusions de la présidence, point I. 27) insiste également sur l'aspect sécuritaire et le rôle de l'Union pour assurer la sécurité des citoyens européens qui « veulent être protégés contre la criminalité ».

⁶⁹³ Elisabeth Guigou (ministre de la justice du gouvernement français) l'a fort bien compris, elle qui appelle ses partenaires européens à agir dans ce domaine en ces termes : « Il est [...] un objectif qui peut à la fois susciter une impulsion politique forte des dirigeants européens et mobiliser les citoyens d'Europe, parce que les défis sont urgents, souvent menaçants à court terme et que ces défis concernent la vie quotidienne des peuples européens : la sécurité intérieure. » (Élisabeth GUIGOU, « Pour une lutte européenne contre le crime organisé », *Le Monde*, 8 mars 1999, p. 13).

⁶⁹⁴ Par exemple, le Conseil européen de Luxembourg de décembre 1997 a fait état des progrès réalisés dans ce domaine. La coopération policière et judiciaire a ensuite été relancée au Conseil européen de Cardiff de juin 1998, pour conduire à un Conseil européen entièrement consacré à la politique européenne en matière de justice et d'affaires intérieures : le Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 (Bulletin UE 10-1999, points I.1 à I.16) (sur l'importance accordée par ce Conseil européen au citoyen européen et à ses préoccupations quotidiennes, voir Charles ELSEN, « L'esprit et les ambitions de Tampere – Une ère nouvelle pour la coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures ? », (1999) 433 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 659, spéc. 660-661). La mise en place d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice » a été poursuivie aux Conseils européens de Feira de juin 2000 et de Nice de décembre 2000. Puis le Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001 – Bulletin UE 12-2001, points I.1 à I.26, aux points I.15 à I.19 des conclusions, a évalué les progrès accomplis depuis le Conseil européen de Tampere. Le Conseil

plusieurs propositions d'actions communes et de mesures concrètes pour répondre aux inquiétudes de la population européenne. Un grand nombre de ces mesures concerne la création d'un espace judiciaire européen ou la lutte contre le trafic de drogues et le crime organisé (dont le blanchissement d'argent, la traite des êtres humains⁶⁹⁵, ou le trafic de véhicules); la question de la pédophilie n'a pas non plus été oubliée⁶⁹⁶. Les politiques européennes en matière d'immigration et d'asile ont dès lors été orientées vers la sécurité, pour contrôler l'immigration clandestine et les demandes d'asile abusives⁶⁹⁷. La politique étrangère et de sécurité commune (PESC) a également repris du galon à la faveur de la guerre du Kosovo⁶⁹⁸.

Conséquemment à plusieurs scandales sportifs qui ont défrayé l'actualité, liés à des agissements répréhensibles de certains clubs sportifs ou au dopage, l'Union européenne s'est préoccupée de sport⁶⁹⁹, sujet on ne peut plus populaire. Les institutions européennes ont

européen de Laeken a, en outre, notamment souhaité la mise en place d'une véritable politique commune d'asile et d'immigration – en précisant qu'elle devra tenir compte de la capacité d'accueil de l'Union et de ses États membres – et un renforcement du contrôle des frontières extérieures.

⁶⁹⁵ La lutte contre la traite des êtres humains a fait l'objet de nombreuses communications de la Commission, résolutions du Parlement européen et recommandations du Conseil. Sur l'action de l'Union européenne dans ce domaine, voir Anne WEYEMBERGH, « L'Union européenne et la lutte contre la traite des êtres humains », (2000) *Cahiers de droit européen* 215.

⁶⁹⁶ Le Conseil européen de Vienne de décembre 1998 a ainsi appuyé les initiatives européennes pour la protection de l'enfant, et notamment contre la pornographie infantile sur Internet (voir point I.12.93 des conclusions, *précitées*, note 477).

⁶⁹⁷ Pour l'immigration, voir notamment la communication de la Commission, du 22 novembre 2000, sur la politique communautaire sur l'immigration (COM(2000) 757); la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 15 novembre 2001, concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine (COM(2001) 672). Sur l'asile, voir, par exemple, la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 22 novembre 2000, intitulée *Vers une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile* (COM(2000) 755).

⁶⁹⁸ Voir, au Conseil européen de Cologne de juin 1999, la déclaration du Conseil européen de Cologne concernant le renforcement de la politique européenne commune en matière de sécurité et de défense et le rapport de la présidence sur le renforcement de la politique européenne commune en matière de sécurité et de défense (annexe 3 aux conclusions de la présidence, *précitées*, note 474, points I.58 et I.59-I.63), ainsi que la déclaration du Conseil européen sur le Kosovo (annexe 5 aux conclusions de la présidence, point I.65). La PESC a ensuite été renforcée par le Conseil européen d'Helsinki de décembre 1999 (point I.9 des conclusions et rapports de la présidence sur le développement des moyens de l'Union pour la gestion militaire et non militaire des crises dans le cadre d'une politique européenne commune renforcée en matière de sécurité et de défense - annexe IV aux conclusions de la présidence). L'objectif à Helsinki était de doter l'Union européenne d'une véritable capacité autonome de défense : Pierre MOSCOVICI (ministre délégué aux Affaires européennes), « Perspectives de l'Union européenne après le Conseil européen d'Helsinki », (2000) 434 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 5, 5-6.

⁶⁹⁹ L'initiative est en fait venue des États membres, inquiets de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) le 15 décembre 1995, *Bosman* (aff. C-415/93, *Rec.* 1995, p. I-4921), appliquant les règles communautaires de la concurrence et de la libre circulation à l'activité sportive (au football en l'occurrence) : voir Irina BOULIN-GHICA, « La Déclaration de Nice sur la spécificité du sport – Une nouvelle étape dans la mise en place d'une politique européenne du

voulu réagir à certaines « dérives » observées dans le monde du sport européen, tels « l'excès de commercialisation »⁷⁰⁰ (la multipropriété des clubs professionnels par un même actionnaire, menaçant l'équité des compétitions, par exemple), les transferts abusifs de joueurs, le dopage. Trois points ont principalement retenu leur attention : la sauvegarde des structures sportives, le maintien de la fonction sociale du sport, et la lutte contre le dopage⁷⁰¹. L'utilisation du sport comme moyen de faire face à l'exclusion sociale des jeunes a cette particularité qu'elle répond à la fois à un problème social et à un problème de sécurité : l'insécurité dans les banlieues. On relèvera d'ailleurs qu'elle constitue une des rares propositions d'action communautaire concernant l'exclusion sociale des jeunes⁷⁰². La question des banlieues a, par ailleurs, été abordée par l'Union européenne dans le cadre de la politique urbaine et du Fonds européen de développement régional (FEDER)⁷⁰³.

sport ? », (2001) 447 *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 237. L'application du droit européen au domaine sportif fait l'objet d'une abondante littérature.

⁷⁰⁰ I. BOULIN-GHICA, *loc. cit.*, note 699, 237.

⁷⁰¹ La déclaration relative au sport du traité d'Amsterdam mentionnait déjà l'importance sociale du sport. Le Conseil européen de Cardiff de juin 1998 a demandé au Conseil et aux États membres d'agir contre l'exclusion sociale des jeunes, notamment par le sport (voir le I.10.31 des conclusions, *précitées*, note 637). Le Conseil européen de Vienne de décembre 1998 a soulevé la nécessité d'une action européenne face au dopage. Et, à la demande de ce dernier, la Commission a soumis au Conseil européen d'Helsinki de décembre 1999 un rapport sur la sauvegarde des structures sportives actuelles et le maintien de la fonction sociale du sport dans le cadre communautaire. Par la suite, le Conseil a adopté, à la demande du Conseil européen de Feira de juin 2000, une déclaration relative aux caractéristiques spécifiques du sport et à ses fonctions sociales en Europe devant être prises en compte dans la mise en oeuvre des politiques communes, annexée aux conclusions du Conseil européen de Nice de décembre 2000 (annexe IV des conclusions, *précitées*, note 484). Cette déclaration énonce, entre autres, un certain nombre de principes sportifs (l'équité des compétitions, le respect des différences, l'égalité, l'autonomie des organisations sportives, la protection des jeunes sportifs, par exemple) et encourage le bénévolat sportif. Peu de temps après, la Commission et la Fédération internationale de football (FIFA) ont conclu en mars 2001 un accord sur les transferts internationaux de footballeurs, prenant davantage en compte les besoins spécifiques de ce sport au regard des règles de la concurrence.

⁷⁰² Plus de deux ans après le Conseil européen de Cardiff de juin 1998, le Conseil et les représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil ont adopté, le 14 décembre 2000, une résolution relative à l'intégration sociale des jeunes (JO C 374 du 28.12.2000), laquelle ne mentionne pas le sport. Par contre, une résolution du 17 décembre 1999, du Conseil et des ministres de la jeunesse réunis au sein du Conseil, sur le sport comme élément de l'éducation informelle dans le cadre des programmes de la Communauté européenne en faveur de la jeunesse (JO C 8 du 12.01.2000), suggère notamment d'utiliser le sport comme moyen de promouvoir la démocratie, la tolérance ou la compréhension mutuelle.

⁷⁰³ Le Conseil européen de Feira de juin 2000 a souhaité « relancer le débat sur l'environnement urbain » (point I.37.47 des conclusions, *précitées*, note 495) et l'Agenda social européen (*précité*, note 484) en a précisé l'enjeu : « afin de lutter contre les phénomènes de ségrégation sociale et spatiale ». L'Initiative communautaire URBAN (1994-1999) a donc été poursuivie par URBAN II, pour la période 2000-2006, en s'intéressant en particulier aux banlieues en crise (avec des forts taux de chômage, de pauvreté, d'échecs scolaires, de criminalité et de délinquance, et un nombre élevé d'immigrés et de minorités ethniques). Voir la communication de la Commission aux États membres, du 28 avril 2000, définissant des orientations pour une Initiative communautaire concernant la

Enfin, pour tenter de rassurer les citoyens européens face aux velléités de libéralisation des services publics de la part de la Commission ⁷⁰⁴, les conclusions du Conseil européen de Nice de décembre 2000 comprennent, en annexe, une déclaration du Conseil sur les services d'intérêt général, dans laquelle est affirmé le « rôle irremplaçable » des services publics. Cette affirmation est toutefois à relativiser au regard des objectifs énoncés au niveau européen ⁷⁰⁵.

L'Union européenne a non seulement été réceptive à la sensibilité de la population européenne, elle a aussi adopté, dans le discours tout du moins, certaines des valeurs ou idées en vogue.

b) les sujets « à la mode », qui intéressent les citoyens

L'Union européenne a su également mettre à profit certains sujets à la mode, particulièrement bien vus dans les milieux contestataires de gauche et partagés par un nombre grandissant de citoyens européens. Le Conseil européen de Cologne de juin 1999 a ainsi fait sienne l'idée de réduire la dette des pays les plus pauvres (sans aller toutefois jusqu'à

régénération des villes et des banlieues en crise en vue de promouvoir un développement urbain durable – URBAN II (C(2000) 1100 – JO C 141 du 19.05.2000).

⁷⁰⁴ La Commission souhaitait par exemple obtenir la libéralisation complète du marché de l'énergie pour 2005. La France, avec l'appui de l'Allemagne, s'y est opposée lors du Conseil de Stockholm de mars 2001. S'il ne prévoit donc aucune échéance pour la libéralisation dans les secteurs du gaz et de l'électricité, ce Conseil européen approuve néanmoins l'ouverture à la concurrence de ces domaines, ainsi que ceux des services portuaires et des services postaux.

⁷⁰⁵ La déclaration elle-même (annexe II des conclusions) remplace le « rôle irremplaçable » des services d'intérêt économique général dans le contexte d'économies (nationales) ouvertes à la concurrence et avec l'objectif d'assurer la compétitivité de l'économie européenne et d'accompagner les mutations en cours (par le maintien de la cohésion sociale et territoriale). Et elle laisse sous forme interrogative le problème de la compatibilité des aides d'État, nécessaires à la survie des services d'intérêt économique général, avec les règles communautaires de la concurrence. Cette déclaration reprend en outre l'essentiel de la nouvelle communication révisée de la Commission sur les services d'intérêt général, du 20 septembre 2000 (COM(2000) 580) : Florence CHALTIER, « La Déclaration de Nice sur les services d'intérêt économique général », (2001) 445 *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 89. Par cette communication, la Commission révisé, à la demande du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000, sa communication de 1996 sur les services d'intérêt général en Europe (JO 281 du 26.09.1996). Or, dans cette communication, la Commission exprimait son intention d'accélérer la libéralisation des secteurs des télécommunications, du transport, de l'énergie et des services postaux. Sur l'attitude dogmatique de la Commission dans ce dernier domaine, voir Alexandre MET-DOMESTICI, « Les services postaux entre une libéralisation contrôlée et la préservation du service universel – État des travaux après les débats de décembre 2000 », (2001) 448 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 327. Cet auteur relève, page 329, que la Commission, avec l'approbation du juge communautaire, a même accepté des atteintes à la concurrence lorsque celles-ci favorisaient le processus de libéralisation. Il s'agissait de l'allègement des charges fiscales et de l'assouplissement du droit du travail, rompant ainsi l'égalité de traitement entre concurrents, pour privatiser la poste italienne (affaire *Viscido*, arrêt du 7 mai 1998, aff. jointes C-52/97 et C-54/97, *Rec.* 1998, p. I-2629).

l'annulation)⁷⁰⁶ et il a poursuivi celle d'améliorer le système financier international (en se gardant néanmoins de proposer une réforme radicale du FMI et de la Banque mondiale)⁷⁰⁷. Il a également proposé d'élaborer une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne afin de « leur donner une plus grande visibilité » pour les citoyens européens⁷⁰⁸ et de créer une agence de l'Union européenne pour les droits de l'homme et la démocratie⁷⁰⁹. L'objectif était essentiellement, comme l'observe avec une pointe d'humour le juge à la Cour de justice des Communautés européennes Melchior Wathelet, de « donner un message à l'opinion publique européenne : “votre Europe, ce n'est pas seulement une machine bureaucratique qui harmonise la dimension des lames des tondeuses à gazon, ce n'est pas seulement une machine économique, monétaire et commerciale, c'est aussi un ensemble de valeurs communes auxquelles nous tenons tous”. »⁷¹⁰ Cette charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été entérinée au Conseil européen de Biarritz, les 13 et 14 octobre 2000, et elle a été proclamée officiellement au Conseil européen de Nice de décembre

⁷⁰⁶ Voir le point I.10.28 des conclusions du Conseil européen de Cologne de juin 1999, *précitées*, note 474).

⁷⁰⁷ Suite aux crises financières asiatiques et russes qui ont perturbé, à l'été 1998, la croissance mondiale, l'Union européenne, à l'instigation de la France, a exprimé son désir de réformer le système financier international pour limiter les flux de capitaux déstabilisateurs. Le Conseil européen de Vienne de décembre 1998 a insisté sur la « nécessité de renforcer le volet “Réglementation” des systèmes de gestion des risques et des normes prudentielles dans les institutions du secteur financier » (particulièrement à l'égard des fonds spéculatifs), de raffermir le contrôle des centres offshore, ainsi que d'augmenter les dispositifs de protection sociale dans les pays émergents (point I.5.16 des conclusions, *précitées*, note 477). À la demande de ce Conseil européen, le Conseil a présenté au Conseil européen de Cologne de juin 1999 un rapport sur les améliorations à apporter au fonctionnement du système financier international. Ce dernier Conseil européen a, quant à lui, souhaité une implication plus grande du secteur privé dans la prévention, le règlement et la prise en charge du coût des crises financières.

⁷⁰⁸ Point I.18.44 des conclusions du Conseil européen de Cologne, *précitées*, note 474 et la décision du Conseil européen concernant l'élaboration d'une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - annexe 4 aux conclusions de la présidence, point I.64.

⁷⁰⁹ Point I.19.46 des conclusions du Conseil européen de Cologne, *précitées*, note 474. Cette proposition succède à une déclaration de l'Union européenne sur les droits de l'homme du 10 décembre 1998 (Bulletin UE 12-1998, point 1.3.22.), dont la mise en œuvre par des mesures concrètes avait été encouragée par le Conseil européen de Vienne de décembre 1998. Bien que cette proposition n'ait pas été retenue par la Commission (voir sa communication du 8 mai 2001 sur le rôle de l'Union européenne dans la promotion des droits de l'homme et de la démocratisation dans les pays tiers (COM(2001) 252)), elle a été relancée en décembre 2003 par les représentants des États membres réunis au sein du Conseil européen. Le Conseil européen de Bruxelles des 15 et 16 juin 2006 – Bulletin UE 3-2006, points I.1 à I.18, au point I.3.11, a souhaité que cette agence soit opérationnelle dès le 1^{er} janvier 2007.

⁷¹⁰ Melchior WATHELET, « La Charte des droits fondamentaux : un bon pas dans une course qui reste longue », (2000) *Cahiers de droit européen* 585, 586. Ce n'était toutefois pas le seul objectif, d'autres considérations (non médiatisées) étaient également présentes, telles celles d'envoyer un signe aux pays candidats à l'adhésion à l'Union européenne ou de faire un premier pas vers l'élaboration d'une constitution européenne (objectif surtout poursuivi par l'Allemagne) : voir *id.*, 586 ou Laurence BURGORGUE-LARSEN, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne racontée au citoyen européen », (2000) 4 *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs*, 398, 404-405.

2000⁷¹¹. Elle n'a pu toutefois être incorporée au traité de Nice compte tenu de l'opposition des gouvernements britanniques et danois⁷¹². Par conséquent, elle est de nature simplement proclamatoire⁷¹³. Elle a en outre été largement critiquée pour ses insuffisances⁷¹⁴, les divergences de conceptions et l'obligation de consensus ayant eu raison des ambitions originales⁷¹⁵. Ce qui n'a pas empêché le commissaire européen chargé de la justice et des

⁷¹¹ Cette charte porte à la fois sur les droits et libertés fondamentaux « classiques », les droits civils et politiques, et les droits économiques et sociaux. Ces droits font l'objet de six grands chapitres : « Dignité », « Libertés », « Égalité », « Solidarité », « Citoyenneté », et « Justice ». Pour une présentation de cette charte, voir Guy BRAIBANT (représentant de la France et vice-président de la convention), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, témoignage et commentaires de Guy Braibant*, coll. « Essais », Paris, Le Seuil, 2001.

⁷¹² Une solution alternative avait également été proposée, à savoir que l'article 6 du traité UE fasse référence à la Charte, mais près de la moitié des États membres s'y sont opposés. C'est pourquoi le juge Melchior WATHELET, *loc. cit.*, note 710, 586-587, a critiqué sévèrement ce paradoxe à vouloir démontrer – aux citoyens européens et aux pays candidats à l'adhésion à l'Union européenne – un attachement des pays membres de l'Union européenne aux droits et aux libertés fondamentales, tout en insistant pour ne pas leur conférer d'effet juridique.

⁷¹³ Toutefois, même s'il avait été donné une valeur juridique contraignante à la Charte, le juge Melchior WATHELET, *id.*, 590, note que la justiciabilité des droits et des libertés qu'elle énonce aurait été limitée en pratique par la difficulté pour les particuliers de saisir la Cour de justice des Communautés européennes (or les États membres refusent de réviser l'article 230, paragraphe 4 du traité CE afin d'élargir les conditions d'accès des particuliers à la Cour de justice des Communautés européennes).

⁷¹⁴ Les syndicats et une grande partie du monde associatif, ainsi que le Parlement européen et certains Parlements nationaux ont critiqué la timidité de plusieurs de ses dispositions par rapport aux normes internationales, européennes ou nationales existantes, particulièrement s'agissant des droits économiques et sociaux. Ce qui a fait dire aux organisations syndicales et à une partie de la gauche européenne que la Charte faisait la part trop belle au modèle libéral : Henri DE BRESSON, « Le sommet de Biarritz donne une impulsion à la réforme des institutions européennes - Les Quinze adoptent la Charte des droits fondamentaux des Européens », *Le Monde*, 16 octobre 2000, p. 6. Pour de plus amples informations sur les faiblesses de cette Charte, voir, par exemple, Alain LECOURIEUX, « L'illusion des droits fondamentaux dans la Constitution européenne », [en ligne]. <http://www.eleves.ens.fr/attach/Lecourieux-droits-fondam.pdf> (19 décembre 2004 ; page consultée le 8 juin 2006). Pour une position contraire, voir, par exemple, L. BURGORGUE-LARSEN, *loc. cit.*, note 710, 404. Pour cette dernière auteure, le fait que la deuxième phrase du préambule de la Charte affirme que l'Union européenne « place la personne au cœur de son action » indique plutôt que « l'Europe du marché si elle n'a pas disparu [...] doit toutefois s'incliner, clairement, devant l'Europe des individus. »

⁷¹⁵ Sur la difficile élaboration de cette charte, voir, par exemple, Francis KESSLER, « Droits fondamentaux : une nouvelle tentative », *Le Monde*, 5 décembre 2000, p. 9 et Robert BADINTER, « Une Charte européenne, oui, mais laquelle ? », *Le Monde*, 20 juin 2000, p. 1. C'est particulièrement à l'égard des droits sociaux et économiques que les divergences ont été les plus marquées, avec une obstruction constante de la délégation britannique. Cette dernière s'est ainsi opposée aux délégations française, italienne et belge à propos du droit de grève, du droit aux services publics, à un salaire minimum ou à l'emploi : voir Rafaële RIVAIS, « L'Union européenne s'affronte sur les droits sociaux de la charte », *Le Monde*, 3 juillet 2000, p. 3. Les réticences britanniques ont conduit à distinguer les « droits » invocables et donc justiciables et les « principes » qui doivent être mis en œuvre par le législateur.

affaires intérieures, Antonio Vitorino, d'estimer qu'elle constitue « un indispensable instrument de légitimité politique et morale » pour l'Europe ⁷¹⁶.

L'Union européenne a aussi voulu faire bonne figure dans le développement durable ⁷¹⁷ – objectif qui bat des cotes de popularité auprès de l'opinion publique européenne – en mettant en œuvre rapidement les dispositions de l'article 6 du traité d'Amsterdam, qui prévoient l'intégration des questions d'environnement et de développement durable dans toutes les politiques communautaires ⁷¹⁸ et en adoptant, au Conseil européen de Göteborg de juin 2001, une stratégie européenne en faveur du développement durable ⁷¹⁹. Cette stratégie concerne quatre domaines d'actions prioritaires : le changement climatique ⁷²⁰, les transports ⁷²¹, la santé publique ⁷²² et la gestion des ressources

⁷¹⁶ Ses propos ont été repris par Henri DE BRESSON et Laurent ZECCHINI, « Déblocage des négociations sur la Charte des droits européens », *Le Monde*, 14 septembre 2000, p. 3.

⁷¹⁷ L'Union européenne reconnaît elle-même que « [l]a Communauté a été fortement critiquée pour avoir privilégié l'économie et le développement des échanges commerciaux au détriment de l'impact sur l'environnement » : COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Environnement : introduction », [en ligne], <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l28066.htm> (mis à jour le 23 septembre 2005).

⁷¹⁸ Sous l'impulsion des Conseils européens de Luxembourg de décembre 1997 et de Cardiff de juin 1998, le Conseil a présenté les premiers rapports sur cette question dans les domaines du transport, de l'énergie et de l'agriculture. Il a poursuivi ses travaux dans d'autres politiques communautaires, telles celles pour le développement, le marché intérieur ou l'industrie, puis celles concernant les affaires générales, les questions économiques et financières et la pêche, encouragé en cela par les Conseils européens de Vienne de décembre 1998 et d'Helsinki de décembre 1999. La Commission a, pour sa part, présenté au Conseil européen de Cardiff, du 27 mai 1998, une communication sur une stratégie d'intégration de l'environnement dans les politiques de l'Union européenne (COM(98) 333) et un rapport sur cette question au Conseil européen de Cologne de juin 1999. En outre, à partir de 2001, les grandes orientations des politiques économiques (GOPE) tiennent compte du développement durable (cf. la recommandation 2001/483/CE du Conseil, du 15 juin 2001, concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté (2001) (JO L 179 du 02.07.2001 – Bulletin UE 6-2001, point 1.3.3).

⁷¹⁹ Cette stratégie s'appuie sur une communication de la Commission, du 15 mai 2001, intitulée *Une Europe durable pour un monde meilleur : stratégie de l'Union européenne pour le développement durable* (COM(2001) 264), selon laquelle cette stratégie « vise à être un catalyseur pour l'opinion publique et pour les décideurs politiques en vue d'influencer le comportement de la société » (COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Stratégie en faveur du développement durable », [en ligne], <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l28117.htm> (mis à jour le 6 février 2006)). Elle a été présentée par la Commission et le Conseil européen de Göteborg comme ajoutant une dimension environnementale à la stratégie de Lisbonne pour l'emploi, la réforme économique et la cohésion sociale, complétant ainsi « l'engagement politique de l'Union à l'égard d'un renouveau économique et social ». Cette stratégie « repose sur le principe selon lequel il faut examiner d'une manière coordonnée les conséquences économiques, sociales et environnementales de toutes les politiques et en tenir compte dans le processus de décision. » (points I.9.20 et I.10.22 des conclusions du Conseil européen de Göteborg, *précitées*, note 540).

⁷²⁰ L'Union européenne vise par exemple à atteindre à l'horizon 2010 l'objectif de 22 % d'énergies renouvelables dans la consommation totale d'électricité de la Communauté (point 1.13.28 des conclusions du Conseil européen de Göteborg, *précitées*, note 540).

⁷²¹ Le Conseil européen souhaite ainsi mettre en place une politique de transports écologiquement viables, notamment en réorientant le transport routier vers le train, le bateau et le transport public de passagers. Est également à relever (et à féliciter) l'intention de l'Union européenne de fixer des prix

naturelles⁷²³. Outre ses efforts pour respecter ses engagements internationaux (le Protocole de Kyoto sur les changements climatiques notamment)⁷²⁴, l'Union européenne a de plus adopté un nombre impressionnant de mesures ayant un impact direct dans la vie quotidienne des citoyens européens⁷²⁵. Il reste que la majorité des propositions audacieuses de la Commission ne parviennent pas à être concrétisées faute d'accord au Conseil. Il en va ainsi, par exemple, du nouveau cadre réglementaire pour les produits chimiques, bloqué en raison du lobby de l'industrie chimique européenne auquel sont particulièrement sensibles certains États membres, l'Allemagne notamment⁷²⁶. Et, si mesures il y a, elles se caractérisent généralement par leur absence de force contraignante. Par conséquent, les institutions européennes préfèrent invoquer la notion de responsabilité collective et citoyenne à l'égard de l'environnement⁷²⁷. Jean-François Neuray a ainsi relevé la rhétorique politique des institutions européennes en matière d'environnement et le fossé existant entre le discours et la réalité, dont le principe du « pollueur-payeur » est un exemple éloquent⁷²⁸.

pour l'utilisation des différents modes de transport qui reflètent mieux leurs coûts sociaux et environnementaux (voir le point I.14.29 des conclusions du Conseil européen de Göteborg, *précitées*, note 540). Mais ces ambitieuses intentions semblent avoir déjà été oubliées par Jacques Barrot, le commissaire aux transports, qui a suggéré d'infléchir la politique des transports de l'Union européenne en faveur de la route (et, partant, d'atténuer la priorité accordée au ferroviaire) : Philippe RICARD, « Bruxelles cherche à séduire les consommateurs », *Le Monde*, 22 juillet 2006, p. 7.

⁷²² Afin de « répondre aux préoccupations des citoyens concernant la sécurité et la qualité des denrées alimentaires », est prévue l'adoption d'une politique sur les substances chimiques et des plans d'action pour s'attaquer aux problèmes liés aux épidémies de maladies infectieuses et à la résistance aux antibiotiques (point I.15.30 des conclusions du Conseil européen de Göteborg, *précitées*, note 540).

⁷²³ À ce titre, des mesures communautaires doivent être prises pour assurer une production viable de déchets, le respect de la biodiversité, ou encore éviter la surpêche (voir point I.16.31 des conclusions du Conseil européen de Göteborg, *précitées*, note 540).

⁷²⁴ Dans la déclaration du Conseil européen sur le changement climatique (annexe II aux conclusions de la présidence – Bulletin UE 3-2001), approuvée par le Conseil européen de Stockholm de mars 2001, le Conseil européen réaffirme d'ailleurs son « engagement ferme » envers le protocole de Kyoto.

⁷²⁵ On citera, à titre d'exemples, l'étiquetage obligatoire des organismes génétiquement modifiés (OGM) et leur traçabilité tout au long de la chaîne alimentaire, le label écologique, le pot catalytique, les mesures fiscales favorisant les véhicules propres, l'encouragement aux biocarburants, à l'efficacité énergétique et au développement des énergies renouvelables, ou la taxation de l'énergie (finalement imposée en octobre 2003 par une directive).

⁷²⁶ Voir, par exemple, Philippe RICARD, « Industriels et associations contestent le projet européen sur la chimie », *Le Monde*, 16 octobre 2003, p. 21.

⁷²⁷ J.-F. NEURAY, *loc. cit.*, note 403, 392.

⁷²⁸ *Id.*, spéc. 390-391. Il faudra attendre 2004 avant que le principe du « pollueur-payeur », inscrit depuis l'Acte unique européen au paragraphe 2 de l'article 174 (ex-article 130 R) du traité CE, trouve sa traduction concrète dans une législation communautaire : la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (JO L 143 du 30.4.2004).

Dans la foulée, l'Union européenne a mis en avant la notion de « responsabilité sociale des entreprises » (RSE)⁷²⁹. Cette notion, produit de l'idéologie sociale-libérale, cherche à être le pendant, pour les entreprises, de la responsabilisation accrue des travailleurs à l'égard de leur employabilité – en vue de faciliter ce que l'on a appelé dans le jargon communautaire « la gestion du changement » – et à obtenir une contribution des entreprises au développement durable. Reposant sur le seul volontariat des entreprises⁷³⁰, la responsabilité sociale des entreprises est surtout devenue une affaire de marketing, utilisée par les entreprises pour afficher auprès des consommateurs et actionnaires un comportement vertueux, particulièrement en matière de développement durable⁷³¹, et redorer leur image auprès d'une opinion publique scandalisée par les vagues de licenciements, les délocalisations et les salaires exorbitants de certains dirigeants d'entreprise.

Le développement rural a, de même, obtenu les faveurs de l'Union européenne, convaincue de répondre ainsi à la volonté populaire⁷³².

En outre, pour restaurer la confiance du citoyen à l'égard de la Commission et tenter de redorer l'image de l'Union européenne, passablement ternie par les scandales, en mars 1999, dans la gestion de cette institution européenne, a été mis sur pied un Office européen

⁷²⁹ C'est ainsi que le Conseil européen de Lisbonne de mars 2000 « fait tout particulièrement appel au sens des responsabilités sociales des entreprises en ce qui concerne les meilleures pratiques en matière d'éducation et de formation tout au long de la vie, d'organisation du travail, d'égalité des chances, d'intégration sociale et de développement durable » (point I.18.39 des conclusions, *précitées*, note 488). La Commission a produit ultérieurement un livre vert en juillet 2001, intitulé *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises* (COM (2001) 366), qui définit la responsabilité sociale des entreprises comme « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes », en allant plus loin que le simple respect des législations existantes. Ce livre vert a donné lieu par la suite à une communication de la Commission, du 2 juillet 2002, concernant la responsabilité sociale des entreprises : une contribution des entreprises au développement durable (COM (2002) 347).

⁷³⁰ Alors qu'elle avait envisagé, dans son livre vert, d'instaurer un cadre européen par l'élaboration de principes, approches et outils génériques, et bien qu'elle ait pris en compte, dans sa communication de 2002, les différentes positions des milieux économiques, des syndicats, des ONG, etc., la Commission a abandonné cette approche en mars 2006. Sa communication, du 22 mars 2006, intitulée *Mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises* (COM(2006)136) s'appuie uniquement sur les volontés des entreprises et rejette dès lors toute idée de réglementation contraignante. Sur ce revirement et les raisons qui le sous-tendent, voir Michel CAPRON, « Responsabilité sociale des entreprises : marche arrière à Bruxelles », *Le Monde*, 19 avril 2006, p. 6.

⁷³¹ M. CAPRON, *Id*, p. 6.

⁷³² Lors du Conseil européen extraordinaire de Berlin, des 24 et 25 mars 1999 – Bulletin UE 3-1999, points I.1 à I.44, les chefs d'États et de gouvernement des Quinze ont acquiescé à une réforme des fonds structurels et de la politique agricole commune, orientée notamment vers la préservation du patrimoine rural (voir également le Règlement (CE) n° 1257/1999 du Conseil, du 17 mai 1999,

de lutte antifraude (OLAF)⁷³³. De plus, pour raffermir, chez les citoyens européens, le sentiment – particulièrement émoussé – d'appartenance à l'Europe et favoriser une « prise de conscience de la communauté de culture », l'Union européenne a encouragé la coopération culturelle et les échanges culturels⁷³⁴. Cette tendance s'est d'ailleurs encore renforcée en 2004, avec le retour de la culture et de l'intérêt porté à l'identité européenne⁷³⁵ (sérieusement atténués depuis les années quatre-vingt-dix) dans le cadre des efforts « pré-ratification » du traité constitutionnel faits par les autorités européennes pour susciter l'intérêt des citoyens européens pour l'Europe.

Par ailleurs, l'Union européenne a veillé à accroître la protection du consommateur, question qui touche particulièrement les citoyens européens dans leur quotidien⁷³⁶.

Tous ces efforts pour gagner l'adhésion des citoyens européens coïncident avec des sondages d'opinion révélant la déception des Européens vis-à-vis de l'Europe – qu'ils souhaiteraient davantage sociale⁷³⁷ – et des manifestations importantes, concomitantes aux Conseils européens, exprimant pour la première fois une opposition franche et constante à l'Union européenne, et en particulier à sa logique néolibérale, à partir du Conseil européen de Cologne de juin 1999⁷³⁸. Cette contestation populaire dirigée vers l'Union européenne et les critiques d'une majorité d'Européens ne sont pas étrangères à la réapparition de considérations sociales dans le discours européen.

concernant le soutien au développement rural par le Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (FEOGA) (JO L 160 du 26.06.1999) adopté en conséquence).

⁷³³ Voir aussi le point I.12 des conclusions du Conseil européen de Cologne, *précitées*, note 474.

⁷³⁴ Voir *id.*, point I.16.

⁷³⁵ Voir les déclarations du président de la Commission, José Manuel Durão Barroso, en faveur d'une revalorisation de la dimension culturelle, ainsi que les propos d'Anne-Marie Sigmund, présidente du Comité économique et social européen (CESE) dans le communiqué de presse n°7/2005, du 21 janvier 2005, du Comité économique et social européen, à l'adresse Internet suivante : eesc.europa.eu/activities/press/cp/docs/2005/cp_eesc_07_2005_fr.doc.

⁷³⁶ Le Conseil européen de Bruxelles de juin 2006 le reconnaît d'ailleurs ouvertement, lui qui souligne « qu'il importe de traiter les questions qui intéressent directement les citoyens, telles que la sécurité des aliments et la protection des consommateurs » (point I.4.21 des conclusions, *précitées*, note 709). Ont ainsi été adoptées plusieurs mesures communautaires touchant aussi bien la sécurité des produits que l'endettement des ménages.

⁷³⁷ Voir Gérard COURTOIS, « Les Européens veulent plus d'Europe et une autre Europe », *Le Monde*, 1^{er} juin 1999, p. 6 et « Désir d'Europe », *Le Monde*, 1 juin 1999, p. 18.

⁷³⁸ Voir Bernard CASSEN, « Le parent pauvre du "social" s'invite au sommet européen », *Le Monde diplomatique*, décembre 2000, pp. 12-13. Lors du Conseil européen de Cologne en juin 1999, c'est ainsi trente mille personnes qui ont manifesté contre l'Europe. Ils étaient cinquante mille manifestants lors du Conseil européen de Nice de décembre 2000, vingt mille aux Conseils européens de Göteborg en juin 2001 et de Laeken en décembre 2001, et trois cent mille pour le Conseil européen de Barcelone en mars 2002.

c) la réapparition de considérations sociales

Outre la politique européenne de lutte contre l'exclusion sociale, renforcée à Lisbonne avec l'introduction de la méthode ouverte de coordination et poursuivie ensuite ⁷³⁹, le Conseil européen de Cologne a timidement fait référence à des normes sociales européennes ⁷⁴⁰. Puis la France a fait de l'Agenda social européen une de ses priorités durant sa présidence de l'Union européenne (de juillet à décembre 2000). L'Agenda social européen devait compléter, sur le plan social, la stratégie de Lisbonne ⁷⁴¹ et permettre, selon les vus du gouvernement français, de « conceptualiser le modèle social européen » ⁷⁴². Le texte approuvé par le Conseil européen de Nice de décembre 2000 ⁷⁴³ présente ainsi les grandes orientations qui devront guider la politique sociale européenne pour les cinq prochaines années ⁷⁴⁴, mais les souhaits français ont été édulcorés ⁷⁴⁵ et on est bien loin du modèle des lignes directrices pour l'emploi.

L'Agenda social européen reprend en fait largement la communication de la Commission sur ce sujet ⁷⁴⁶ et se distingue peu des orientations adoptées à Lisbonne ⁷⁴⁷. Seule

⁷³⁹ Voir, par exemple, la décision 50/2002/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 décembre 2001, établissant un programme d'action communautaire pour encourager la coopération entre les États membres visant à lutter contre l'exclusion sociale (2002-2006) (JO L 10 du 12.01.2002).

⁷⁴⁰ Le rapport de la présidence au Conseil européen sur le pacte européen pour l'emploi (*précité*, note 473, point I.47) précise en effet qu'il serait « souhaitable de continuer à développer un noyau de normes sociales minimales, conformément aux dispositions du traité CE relatives à l'amélioration des conditions de vie et de travail ».

⁷⁴¹ En échange de son appui à la stratégie de Lisbonne, largement inspirée par la logique sociale-libérale des travaillistes britanniques, la France avait obtenu de ses partenaires européens un mandat pour élaborer, sous sa présidence de l'Union, un plan d'action pour l'Europe sociale : Henri DE BRESSON, « D'autres mesures pour une Europe plus "citoyenne" », *Le Monde*, 12 décembre 2000, p. 2.

⁷⁴² Philippe LEMAITRE, « La politique sociale européenne fera partie des priorités de la présidence française de l'UE », *Le Monde*, 8 juin 2000, p. 4, qui présente les positions de Martine Aubry, ministre de l'emploi et de la solidarité du gouvernement de Lionel Jospin.

⁷⁴³ Ce texte se trouve à l'annexe I des conclusions du Conseil européen de Nice (*précitées*, note 484) sous le titre *Agenda social européen*.

⁷⁴⁴ Ces orientations, au nombre de six, sont les suivantes : améliorer la qualité et le nombre des emplois ; développer un nouvel équilibre entre souplesse et sécurité de l'emploi ; lutter contre l'exclusion et la discrimination ; moderniser la protection sociale ; promouvoir l'égalité homme-femme ; renforcer le volet social du processus d'élargissement et dans la politique extérieure de l'Union européenne.

⁷⁴⁵ Pour plus de détails sur ce point voir, par exemple, Marie Béatrice BAUDET et Laetitia VAN EECKHOUT, « La France n'a pas réussi à imposer ses ambitions sociales pour l'Europe », *Le Monde*, 5 décembre 2000, p. 2.

⁷⁴⁶ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions, du 28 juin 2000, intitulée *Vers un nouvel agenda pour la politique sociale* (COM(2000) 379). Or, comme le relève Laurent ZECCHINI (*loc. cit.*, note 479, p. 4), la Commission « ne propose que le "réaménagement" des budgets nationaux consacrés à la justice sociale, et surtout pas une augmentation des dépenses nationales. »

la promotion de la qualité y est plus développée. En effet, le Conseil européen de Lisbonne de mars 2000 avait mentionné, pour la première fois, la qualité (et non seulement la quantité) des emplois, mais cette qualité était rattachée à la seule capacité d'insertion professionnelle, et se confondait dès lors avec de meilleures perspectives d'emploi. Le Conseil européen de Nice de décembre 2000 semble promouvoir la qualité de manière plus tangible, avec une approche plus large, plus concrète et une certaine volonté de suivi. L'Agenda social européen parle en effet de « mettre l'accent dans tous les domaines de la politique sociale sur la promotion de la qualité », à savoir « la qualité de la formation, la qualité du travail, la qualité des relations industrielles et la qualité de la politique sociale dans son ensemble », en faisant appel à tous les acteurs (les institutions de l'Union européenne, les États membres, les autorités régionales et locales, les partenaires sociaux, la société civile et les entreprises). L'accent est mis particulièrement sur la qualité de l'emploi « en tant qu'élément important d'attractivité et d'incitation au travail », en y précisant pour la première fois les domaines concernés : conditions de travail, santé et sécurité, rémunération, égalité entre les sexes, équilibre flexibilité/sécurité, et relations sociales. Et l'Agenda social prévoit un rapport du Comité de l'emploi pour établir des indicateurs et opérer un suivi ⁷⁴⁸. Par la suite, le Conseil européen de Stockholm en mars 2001 a fait de la qualité des emplois un objectif général des lignes directrices pour l'emploi et une série d'indicateurs relatifs à la qualité de l'emploi a été présentée au Conseil européen de Laeken de décembre 2001 ⁷⁴⁹. Cette qualité définie au niveau européen reste néanmoins très liée à la notion d'employabilité (soit essentiellement la formation du travailleur et sa capacité à intégrer le marché du travail). Et la prise en compte de la rémunération comme composante de la qualité de l'emploi a déjà disparu au Conseil européen de Stockholm. Cette vision plus sociale de la stratégie européenne de l'emploi ne survivra en outre pas à « l'Europe bleue », à partir de 2002.

De plus, le Conseil européen de Nice a confirmé l'approche davantage multidimensionnelle de l'intégration sociale adoptée à Lisbonne, qui a élargi les facteurs d'intégration à l'éducation et la formation, et à la santé et au logement (et non plus seulement l'emploi). Il a de plus approuvé l'ajout d'autres facteurs d'intégration, tels la mobilité, l'accès à l'information et à la communication, ainsi qu'à la justice, et les loisirs et la culture. Je

⁷⁴⁷ L'Agenda social européen poursuit la stratégie de Lisbonne : augmentation des taux d'activité – et adaptation en conséquent des systèmes de protection sociale pour promouvoir l'activité – amélioration des qualifications, modernisation de l'organisation du travail, etc.

⁷⁴⁸ À la demande du Conseil européen de Nice, la Commission a rédigé une communication, du 20 juin 2001, intitulée *Politiques sociales et de l'emploi : un cadre pour investir dans la qualité* (COM(2001) 313), laquelle a été suivie, en 2003, de la communication, du 26 novembre 2003, intitulée *Amélioration de la qualité de l'emploi : un examen des derniers progrès accomplis* (COM(2003) 728).

nuancerais toutefois l'importance de cet apport : la mobilité, l'information et la communication me semblent davantage satisfaire les objectifs stratégiques de l'Union européenne que l'intégration sociale.

Dans l'ensemble, l'Agenda social européen se caractérise par sa nature non contraignante et son « langage pesé »⁷⁵⁰, résultat d'un compromis réalisé à la fois entre les institutions européennes et entre les États membres au sein du Conseil⁷⁵¹. Par conséquent, ainsi que le souligne Laurent Zecchini, « [p]rudent et consensuel, l'Agenda social représente à ce stade un catalogue de bonnes intentions qu'il reste à concrétiser » et, « [d]ans le souci de ne braquer aucun gouvernement, il est précisé que, pour être mis en oeuvre, l'Agenda social devra faire appel à toute la gamme des instruments communautaires : méthode ouverte de coordination, législation, dialogue social, fonds structurels, programmes d'appui, etc. »⁷⁵². Parmi les propositions à réaliser⁷⁵³, on mentionnera toutefois, afin de « renforcer l'implication des travailleurs dans la gestion des changements » – autrement dit pour faciliter les changements à opérer – la révision de la directive sur le comité d'entreprise européen⁷⁵⁴, la poursuite de l'examen des directives sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises de dimension nationale⁷⁵⁵ et sur le volet social de la société

⁷⁴⁹ Cf., *supra*, note 568.

⁷⁵⁰ Laurent ZECCHINI, « Les Quinze parviennent à un accord inespéré sur l'Agenda social de l'Union », *Le Monde*, 30 novembre 2000, p. 4. En exemple, cet auteur cite la directive sur la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur que le texte initial de la présidence prévoyait d'« adapter » et pour laquelle l'Agenda social ne prévoit plus qu'un examen en vue de son adaptation d'ici 2003. De même, s'agissant de la question des licenciements individuels, abordée dans l'Agenda social à la demande du Parlement européen et des syndicats, il était initialement prévu « de promouvoir des garanties communes assurant au minimum le niveau de protection prévu par les normes de l'Organisation internationale du travail (OIT) ». L'Agenda social se contente d'un simple « échange de vues sur les licenciements individuels », d'ici à 2004, en tenant compte en outre « des prestations de sécurité sociale et des caractéristiques nationales du marché du travail » (M. B. BAUDET et L. VAN EECKHOUT, *loc. cit.* note 745, p. 2).

⁷⁵¹ L'Agenda social européen a opposé deux camps : d'un côté, la France, la Belgique, l'Italie et la Grèce, ainsi que le Parlement européen, qui souhaitaient des objectifs ambitieux, et de l'autre, le Royaume-Uni, l'Irlande et l'Espagne, mais aussi les Pays-Bas, la Suède, la Finlande et le Danemark, ainsi que la Commission : L. ZECCHINI, *loc. cit.*, note 750, p. 4. L'Agenda social européen a à la fois exacerbé les divergences de vues entre les États membres sur le modèle social européen et fait ressortir les rivalités entre les institutions européennes : pour plus de détails, voir A. DE SOUCY, *loc. cit.*, note 555, 158-159.

⁷⁵² L. ZECCHINI, *loc. cit.*, note 750, p. 4.

⁷⁵³ Voir les orientations formulées dans l'Agenda social européen (*précité*, note 484) sous le titre *Anticiper et tirer parti du changement de l'environnement de travail en développant un nouvel équilibre entre souplesse et sécurité*.

⁷⁵⁴ Directive du Conseil, du 22 septembre 1994, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen (*précitée*, note 167). Par une résolution du 4 septembre 2001, le Parlement européen a réclamé, sans succès, la modification de cette directive et notamment l'abaissement du seuil des effectifs concernés (de 1 000 à 500 employés).

⁷⁵⁵ Suite à la fermeture très médiatisée de l'usine Renault à Vilvorde en février 1997, la Commission avait lancé, le 4 juin 1997 une phase de consultation des partenaires sociaux pour qu'ils parviennent à

européenne⁷⁵⁶. S'ajoutent également l'examen, « en vue de son adaptation, d'ici à 2003 », de la directive sur la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur⁷⁵⁷ ; l'évaluation, « et, le cas échéant, leur adaptation », des directives existantes sur les garanties accordées aux travailleurs en cas de licenciements collectifs⁷⁵⁸ et sur la protection de la relation de travail en cas de changement d'employeur⁷⁵⁹ ; et la mise en place, d'ici à 2004, d'un échange de vues sur les licenciements individuels⁷⁶⁰. Cette réapparition du droit du travail à l'échelle européenne est bienvenue à un moment où les conditions de travail continuent à se détériorer⁷⁶¹, mais la concrétisation de ces différentes mesures reste aléatoire compte tenu du peu d'empressement dont font preuve certains États membres, et l'Agenda

un accord commun sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises de dimension nationale. Le refus constant de négocier de l'UNICE a conduit la Commission à présenter une proposition de directive. Mais il faudra attendre 2002 pour qu'elle se concrétise, avec la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 2002, établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne (JO L 80 du 23.03.2002). Cette directive, aussi appelée « directive Vilvorde » demande aux États membres d'instaurer une représentation des salariés dans les entreprises de plus de 50 salariés et elle édicte des règles minimales pour l'information et la consultation des travailleurs. Elle prévoit notamment la nullité des décisions adoptées par l'employeur en cas de violation grave du droit d'information et de consultation.

⁷⁵⁶ Un accord ayant été trouvé sur ce point au Conseil européen de Nice, a pu être ensuite adoptée la directive 2001/86/CE du Conseil, du 8 octobre 2001, complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs (JO L 294 du 10.11.2001). Cette directive prévoit une représentation des travailleurs lors de la constitution d'une société de droit européen. Toutefois, comme le constatait déjà Francine AIZICOVICI (« Le statut de société européenne ? Une porte tout juste entrouverte à la participation des travailleurs », *Le Monde*, 23 janvier 2001, p. 4) à propos du projet de directive, celle-ci garantit uniquement qu'il n'y aura pas de régression en matière de représentation des salariés.

⁷⁵⁷ Directive 80/987/CEE du Conseil, du 20 octobre 1980, relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (JO L 283 du 28.10.1980). Cette directive a été modifiée par la directive 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002 (JO L 270 du 08.10.2002) pour corriger l'interprétation trop littérale, par la Cour de justice, de la notion d'insolvabilité.

⁷⁵⁸ Directive 75/129/CEE du Conseil, du 17 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs (JO L 48 du 22.02.1975) (abrogée par la directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 (JO L 225 du 12.08.1998)).

⁷⁵⁹ Directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements (JO L 061 du 05.03.1977), modifiée par la directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001 (JO L 82 du 22.03.2001).

⁷⁶⁰ La question des licenciements individuels est encore loin de faire l'objet d'une réglementation européenne compte tenu de l'évolution des droits nationaux à cet égard : voir « La tendance à l'assouplissement du droit de licenciement domine en Europe », *Le Monde*, 22 mars 2006, p. 9.

⁷⁶¹ Voir l'article de Francine AIZICOVICI, « Des experts tirent le signal d'alarme sur la dégradation des conditions de travail en Europe », *Le Monde*, 24 octobre 2000, p. 2, qui porte sur les résultats de l'enquête menée en mars 2000 par la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, basée à Dublin. Cette enquête confirme, d'une part, les tendances observées lors des deux précédentes enquêtes, en 1990 et 1995-1996, et constate, d'autre part, l'ajout de nouveaux problèmes (tel l'accélération du rythme de travail) ainsi que l'importance de la précarité (en raison d'une plus grande flexibilité). Or cette dernière a un lien direct avec l'accroissement des accidents de travail et la détérioration des conditions de travail.

social européen demeure encore très éloigné des propositions formulées par le Parlement européen dans sa résolution du 26 octobre 2000⁷⁶². Il en va de même pour la méthode ouverte de coordination dans le domaine de l'exclusion sociale : sans objectifs contraignants, elle dépend du bon vouloir des États membres. Selon Philippe Pochet, il est possible que la méthode ouverte de coordination ne serve que de discours justificateur, pour masquer l'inaction de l'Union européenne en matière sociale⁷⁶³.

Néanmoins, l'Union européenne veut faire montre d'une prise en compte accrue des attentes des citoyens européens, y compris à l'égard du social, à un moment où « [l']Union a besoin de la confiance et de la participation active de ses citoyens et de la société civile »⁷⁶⁴. La société civile va donc être aussi sollicitée pour obtenir le soutien de l'opinion publique. Cela se fera au moyen du dialogue civil.

2/ Par le dialogue civil

Le dialogue civil au niveau européen est défini par la communication de la Commission, du 6 juin 1997, sur la promotion du rôle des associations et fondations en Europe, comme « l'échange réciproque d'informations entre les citoyens de base et les institutions européennes, ce qui permet le développement d'une politique sociale qui tient compte des besoins réels, du haut des institutions de l'UE jusqu'à la base, en promouvant la citoyenneté européenne et la participation. »⁷⁶⁵ La société civile et ses représentants⁷⁶⁶, servent de relais entre les institutions européennes et les « citoyens de base ».

⁷⁶² Résolution du Parlement européen, du 25 octobre 2000, sur la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions sur l'Agenda pour la politique sociale (COM(2000) 379 – C5-0508/2000 – 2000/2219(COS)) (voir le texte intégral à l'adresse Internet suivante : http://www.europarl.eu.int/hearings/20000821/empl/pdf/pv_fr.pdf). Le Parlement européen y critique notamment la Commission : plutôt que de se contenter de simples études ou examens, il souhaiterait voir la Commission recourir à l'instrument législatif communautaire, particulièrement pour renforcer les droits collectifs et individuels des travailleurs, ainsi que leur droit à l'information, à la consultation et à la participation, et assurer une meilleure protection aux travailleurs engagés dans les nouvelles formes de travail. L'amélioration des conditions sociales de l'emploi (par la réduction du temps de travail, par exemple), l'application de sanctions renforcées à l'encontre des entreprises n'assurant pas la protection de travailleurs, ou encore la pleine prise en compte de la dimension sociale dans la politique de concurrence sont autant de requêtes du Parlement européen.

⁷⁶³ P. POCHET, *loc. cit.*, note 105, 6.

⁷⁶⁴ Déclaration du millénaire du Conseil européen d'Helsinki de décembre 1999, *précitée*, note 692, point I. 27.

⁷⁶⁵ Communication de la Commission de 1997 sur la promotion du rôle des associations et fondations en Europe, *précitée*, note 309. Le lecteur comprendra qu'il s'agit d'une définition plutôt idéalisée du dialogue civil.

⁷⁶⁶ La société civile est une notion difficilement définissable, au contenu variable et hétérogène. Pour une réflexion sur la définition de la société civile européenne, le lecteur se référera utilement à l'article

Le livre blanc de la Commission de 1994 sur la politique sociale européenne mentionnait déjà le droit des organisations bénévoles et autres organisations représentatives à être consultées par l'Union européenne⁷⁶⁷. La Commission proposait en outre d'instituer un forum, auquel participerait le plus large éventail possible d'organismes intéressés, et au sein duquel seraient débattues des questions de politiques sociales. Mais la Commission semblait vouloir, à l'époque, n'octroyer qu'un rôle subsidiaire au « dialogue civil » par rapport au dialogue social, afin de ne pas empiéter sur les domaines réservés au dialogue social et plus particulièrement à la négociation collective⁷⁶⁸. Cette attention va néanmoins s'effacer devant l'action combinée de deux facteurs qui vont rendre plus floue cette frontière entre le dialogue civil et celui social, en impliquant les acteurs de la société civile dans des matières qui relèvent de la sphère d'activités des partenaires sociaux. Le premier facteur a été le besoin de l'Union européenne d'obtenir un plus large soutien aux réformes, préconisées au niveau européen, des systèmes de protection sociale et d'emploi⁷⁶⁹. Le second a résidé, à mon avis, dans la faiblesse des résultats obtenus par le dialogue social – lequel n'a pas été à la hauteur des attentes de la Commission – et que la Commission a cherché à compenser par le dialogue civil.

Comme pour le dialogue social, le dialogue civil a été vu par les institutions européennes, et particulièrement la Commission, comme un moyen de mieux faire comprendre aux citoyens européens les orientations prises à l'échelon communautaire « pour qu'[elles] soient mieux acceptée[s] par les citoyens et reçoivent leur soutien »⁷⁷⁰. Un premier

de Marie-France LABOUZ, « La société civile européenne dans le cadre de la Convention » dans Christian PHILIP et Panayotis SOLDATOS (dir.), *La Convention sur l'avenir de l'Europe – Essai d'évaluation du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 209, aux pages 209-212, qui s'attarde particulièrement à l'importance qu'il lui a été accordée lors de l'élaboration, par la Convention, du projet de traité instituant une Constitution européenne.

⁷⁶⁷ Les débuts du dialogue civil remontreraient à la Déclaration n° 23 relative à la coopération avec les associations de solidarité, annexée au traité sur l'Union européenne, laquelle soulignait l'importance de cette coopération entre les institutions européennes et les associations de solidarité dans le domaine de la politique sociale.

⁷⁶⁸ La Commission indiquait, en effet, dans son livre blanc sur la politique sociale européenne, *précité*, note 153, qu'il convenait « d'établir une distinction entre les négociations prévues actuellement par l'accord sur la politique sociale et les consultations que doit entamer l'Union pour traiter des problèmes sociaux *qui ne peuvent être résolus* par la négociation collective. » (les caractères italiques ont été ajoutés).

⁷⁶⁹ Déjà dans sa communication sur un pacte de confiance pour l'emploi de juin 1996 (*précitée*, note 178, point 3.4), la Commission souhaitait une mobilisation conjointe des gouvernements, des administrations, des partenaires sociaux et, le cas échéant, des acteurs de la société civile et du monde associatif, pour accélérer la réforme des systèmes d'emploi.

⁷⁷⁰ Conclusions du Conseil européen de Tampere d'octobre 1999, *précitées*, note 694, point I.3.7, relativement à un dialogue ouvert de l'Union européenne avec la société civile – que le Conseil

forum européen sur la politique sociale, réunissant les institutions européennes, les États membres, les partenaires sociaux et les organisations non gouvernementales (ONG), a ainsi été organisé en mars 1996, suivi d'un second, en juin 1998, officiellement pour débattre de la réforme des systèmes de protection sociale, officieusement pour obtenir un appui de la société civile et conférer une certaine légitimité aux mesures appuyées par Bruxelles ⁷⁷¹.

Particulièrement utilisé dans le domaine de la protection sociale, le dialogue avec la société civile a aussi été « employé » dans d'autres domaines sensibles, requérant une certaine adhésion de l'opinion publique, tels « l'espace de liberté, de sécurité et de justice » ⁷⁷² ou le marché intérieur et les services d'intérêt général ⁷⁷³.

européen souhaitait voir entamé – sur les objectifs et principes de la politique européenne en matière de justice et d'affaires intérieures.

Bernard CASSEN, « Le piège de la gouvernance », *Le Monde diplomatique*, juin 2001, p. 28, notait, pour sa part, qu'à l'instar de la Commission européenne, les institutions multilatérales (FMI, Banque mondiale, Organisation mondiale du commerce) étaient, depuis Seattle, « prises d'une frénésie de "dialogue" avec la "société civile". [...] L'objectif ? Non pas, on s'en doute, de modifier en quoi que ce soit les politiques qu'elles mènent, mais de mieux les "expliquer", l'énumération des organisations bénéficiaires d'une audience ayant valeur de caution. »

⁷⁷¹ La Commission, dans sa communication de juillet 1999 sur une stratégie concertée pour moderniser la protection sociale, *précitée*, note 327, p. 6, affirme ainsi, après avoir démontré l'intérêt de moderniser la protection sociale, que « [l]es organisations de la société civile se sont également déclarées en faveur de réformes afin de maintenir et de renforcer la protection sociale lors du forum sur la politique sociale européenne, organisé à Bruxelles en juin 1998. »

⁷⁷² Voir le point I.3.7. des conclusions du Conseil européen de Tampere d'octobre 1999, *précitées*, note 694. Lors de la préparation de ce Conseil, plusieurs organisations non gouvernementales ont ainsi pu présenter leurs observations, par écrit ou lors de rencontres avec la présidence finlandaise : C. ELSEN, *loc. cit.*, note 694, 660.

⁷⁷³ La déclaration de Nice sur les services d'intérêt général propose ainsi de consulter les citoyens et les consommateurs (ces derniers appuient généralement la libéralisation des services d'intérêt général) par l'intermédiaire du forum *Le marché intérieur au service des citoyens et des entreprises*. Ce forum sur Internet a été mis en place suite à la communication de la Commission du 4 juin 1997 relative à un plan d'action en faveur du marché unique (*précitée*, note 572), qui proposait l'établissement d'un mécanisme permanent de dialogue avec les citoyens (et les entreprises) afin de « mettre le marché unique au service de tous les citoyens ». Le but était de leur faire mieux connaître leurs droits dans le marché unique et de les sensibiliser davantage aux possibilités qu'offre ce dernier. Par la suite, la Commission a proposé un système de règlement des différends, nommé « SOLVIT », en dehors des procédures contentieuses habituelles, destinées aux citoyens et aux entreprises. Voir la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions, du 27 novembre 2001, sur un système efficace de résolution des problèmes dans le Marché intérieur (COM(2001) 702), complétée par la recommandation 2001/893/CE de la Commission, du 7 décembre 2001, établissant les principes pour l'utilisation de « SOLVIT » (JO L 331 du 15.12.2001). Ce système a été approuvé par le Conseil le 1^{er} mars 2002. Il met en contact les administrations nationales et les personnes privées et morales afin de régler à l'amiable et en ligne les entraves qu'elles rencontrent au sein du marché intérieur. Voir le site Internet de SOLVIT : COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « SOLVIT – Résolution efficace des problèmes dans le Marché intérieur », [en ligne]. http://ec.europa.eu/solvit/site/success/index_fr.htm (mis à jour : 24 août 2005). Pour un commentaire sur ce système de résolution des problèmes, voir Rodolphe MUÑOZ, « Le marché intérieur : comment rendre effectifs les droits des intéressés ? », (2002) 458 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 337.

Par ailleurs, au-delà de son rôle de légitimation, les institutions européennes ont recherché la contribution de la société civile, et en particulier des associations et des organismes de solidarité, à la lutte contre l'exclusion sociale et la discrimination notamment⁷⁷⁴. Dans ce cadre, les ONG et les associations du secteur social ont été considérées par les autorités européennes comme des partenaires privilégiés, à côté des partenaires sociaux et des États membres, dans la mise en œuvre de ces politiques⁷⁷⁵.

Par la suite, je serais tentée de dire que le dialogue civil a acquis, en quelque sorte, son autonomie vis-à-vis du dialogue social, à mesure que le concept de citoyenneté active envahissait la sphère administrative et politique⁷⁷⁶. Déjà en germe dans le cadre de la méthode ouverte de coordination⁷⁷⁷, puis partiellement mis en pratique lors de l'élaboration de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁷⁷⁸, ce concept a occupé le haut

⁷⁷⁴ L'Agenda social européen, adopté à Nice en décembre 2000, mentionne également le rôle que la société civile a à jouer dans la promotion de la qualité de la protection sociale dans son ensemble, ou dans les domaines de l'éducation ou de la formation tout au long de la vie, particulièrement à l'égard des nouvelles technologies pour éviter les déficits de qualification.

⁷⁷⁵ Voir, par exemple, les communications de la Commission de 1997 sur la promotion du rôle des associations et fondations en Europe, *précitée*, note 309, ou du 1^{er} mars 2000, *Construire une Europe de l'inclusion* (COM(2000) 79), ainsi que le site Internet « la Commission européenne et la société civile » (à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/index_fr.htm).

⁷⁷⁶ Le citoyen devient le mot magique de toute politique, européenne comme nationale et même locale. Il n'est plus un document, qu'il émane d'une municipalité, d'un État ou de l'Union européenne, qui ne comprenne le terme citoyen, sous toutes ses déclinaisons et répété *ad nauseam*. Tout est bon pour le citoyen, particulièrement pour une « Europe en "déficit démocratique" » (ce terme est de Laurent ZECCHINI, « L'Europe en déficit démocratique », *Le Monde*, 15 juillet 1999, p. 12) et des gouvernements en perte de confiance. Le but est de donner l'illusion d'une participation « citoyenne » à des peuples européens qui se contentent de moins en moins du rôle de spectateurs impuissants des politiques néolibérales que leurs gouvernements – même sociaux-démocrates – leur imposent. L'utilisation excessive du mot citoyen n'est d'ailleurs pas réservée au seul continent européen, comme en témoigne le distrayant article d'Antoine ROBITAILLE, « "Citoyen" à toutes les sauces : le terme est devenu un adjectif très "tendance" », *Le Devoir*, 22 novembre 2005, p. A1, qui confirme mes impressions. L'usage – et le rôle – des forums européens (qui se multiplient) participent du même phénomène, avec l'apparition de nouvelles formes : forum ouvert ou forum virtuel, s'adressant à un public plus large.

⁷⁷⁷ Sur la mise en œuvre de la nouvelle méthode ouverte de coordination qu'il proposait, le Conseil européen de Lisbonne de mars 2000 précisait que « l'Union, les États membres, les collectivités régionales et locales ainsi que les partenaires sociaux et la société civile seront activement associés dans diverses formes de partenariat » (point I.18.38 des conclusions, *précitées*, note 486). La communication de la Commission de juin 1997 sur la promotion du rôle des associations et fondations en Europe, *précitée*, note 309, esquissait également déjà cette idée.

⁷⁷⁸ L'élaboration de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été confiée à une enceinte baptisée « Convention », composée de soixante-deux représentants des chefs d'État ou de gouvernement, de la Commission, du Parlement européen et des parlements nationaux. Cette convention a ouvert très largement le dialogue avec les ONG, en les invitant à exprimer leurs points de vue, via les sites Internet des institutions européennes, au fur et à mesure de l'avancement des travaux : H. DE BRESSON, *loc. cit.*, note 714, qui y voit l'ébauche d'« un embryon de société civile européenne ».

du pavé avec l'objectif d'une « meilleure gouvernance européenne » lancé par la Commission en juillet 2001. Dès lors, l'Union européenne a voulu faire jouer un rôle plus politique au dialogue avec la société civile, pour, précise-t-elle, favoriser la participation active des citoyens à la réalisation des objectifs communautaires ⁷⁷⁹.

La participation recherchée du citoyen européen, à travers la société civile, pour cautionner les politiques européennes a été étendue aux jeunes, qui ont fait l'objet, particulièrement après 2001, d'une attention accrue de la part des autorités européennes ⁷⁸⁰.

Par ailleurs, l'Union européenne n'a pas limité ses consultations aux citoyens européens et aux partenaires sociaux – relativisant de ce fait l'importance du dialogue civil et social ⁷⁸¹ : les entreprises ont toujours eu leur mot à dire dans les politiques européennes ⁷⁸².

⁷⁷⁹ Par un document de discussion de la Commission, du 18 janvier 2000, intitulé *La Commission et les organisations non gouvernementales : le renforcement du partenariat* (COM(2000) 11), la Commission souhaitait déjà développer « la démocratie participative » par la mise en place d'un dialogue régulier avec les ONG.

⁷⁸⁰ Le Conseil européen de Cardiff de juin 1998 invitait déjà, au point I.10.31 de ses conclusions (*précitées*, note 637), « le Conseil et les États membres à réfléchir aux moyens de développer les contacts entre les jeunes », au moyen d'Internet notamment, et le Conseil européen de Cologne de juin 1999 a approuvé un mémorandum intitulé *La Jeunesse et l'Europe - Notre avenir*. La résolution du Conseil et des ministres chargés de la jeunesse, réunis au sein du Conseil, du 8 février 1999, relative à la participation des jeunes (JO C 42 du 17.02.1999) visait à encourager la participation des jeunes au développement et à la mise en œuvre des actions et programmes communautaires les concernant, ainsi qu'à mettre en place un dialogue avec les jeunes. Cette résolution sera complétée en 2001, 2002 et 2003 par un livre blanc de la Commission (du 21 novembre 2001, *Un nouvel élan pour la jeunesse européenne* (COM(2001) 681)) et deux nouvelles résolutions du Conseil et des ministres chargés de la jeunesse (du 27 juin 2002, relative au cadre de la coopération européenne dans le domaine de la jeunesse (JO C 168 du 13.07.2002) et du 25 novembre 2003, concernant les objectifs communs en matière de participation et information des jeunes (JO C 295 du 05.12.2003)), avec un objectif plus large, en concordance avec le concept de meilleure gouvernance européenne : promouvoir la participation des jeunes à la vie citoyenne et à la société civile.

⁷⁸¹ D'ailleurs, pour la professeure M.-F. LABOUZ, *loc. cit.*, note 766, 212, « [i] ne faudrait [...] pas verser dans l'illusion d'une "European Commission's philosophy of open governance" » : la Plate-forme des ONG européennes du secteur social a été consultée, depuis 1995, en moyenne deux fois par an (et le dialogue structuré avec la Plate-forme Sociale, instauré depuis 2005, a lieu à la même fréquence), tandis que les milieux d'affaires étaient consultés jusqu'à quarante fois par an dans le cadre du « *trade civil society dialogue* » mis en place en 1998 par la Direction Générale du Commerce de la Commission. Voir aussi B. CASSEN, *précité*, note 770, p. 28, qui définit la société civile européenne comme la sphère des intérêts particuliers et qui constate que « [...] certains de ces intérêts sont plus égaux que les autres : entre la Table ronde des industriels européens (ERT), qui a ses entrées dans les principales directions générales de la Commission et qui, parfois, rédige même leurs projets de directives, et une association ou un syndicat que l'on écouterait poliment, la balance n'est évidemment pas égale ».

⁷⁸² La Table ronde des industriels européens (*European Roundtable of Industrialists* (ERT)), par exemple, grâce à un lobbying particulièrement efficace, a toujours su peser sur les projets de décision communautaire. Ainsi, selon les auteurs de l'ouvrage *Europe Inc.*, « qu'il s'agisse de la monnaie unique, du réseau routier européen ou de la croissance et de l'emploi, toutes les grandes orientations de la Commission portent la griffe de l'ERT. » (Susan GEORGE, « Les transnationales au cœur des institutions européennes – Cinquième colonne à Bruxelles », *Le Monde diplomatique*, décembre 1997,

Mais, alors qu'auparavant il se faisait discret (à l'image du lobbying des transnationales), le dialogue avec les entreprises va se faire ouvertement à partir de 1997⁷⁸³ et il va être particulièrement encouragé par les institutions motrices de l'Union dans le contexte d'un retour du culte de l'entreprise⁷⁸⁴.

S'ajoute, en outre, au dialogue civil, un effort de la part des institutions communautaires pour accroître la diffusion d'informations sur les politiques communautaires (et la visibilité de l'apport de l'Union européenne dans la vie quotidienne et professionnelle des ressortissants européens), en partant de l'idée, rappelée par Nicolas Moussis, qu'une « bonne information renforce considérablement l'attitude positive du public en faveur de l'intégration européenne »⁷⁸⁵. Suite à la demande du Conseil européen d'Helsinki, adressée à la Commission, au Conseil et au Parlement européen, d'associer davantage leurs efforts et d'unir leurs ressources pour améliorer la coordination et la diffusion d'informations générales sur l'Union européenne destinées au grand public, la Commission a adopté, le 27 juin 2001, une communication sur un nouveau cadre de coopération pour la politique d'information et de communication de l'Union européenne. Les objectifs visés sont : « développer un dialogue adéquat avec les citoyens ; réduire et gérer la distance séparant l'Union du citoyen ; s'assurer

p. 31 : recension de l'ouvrage du Corporate Europe Observatory, *Europe Inc.*, London, Pluto Press, 1997 ; traduit par la suite en français : Observatoire de l'Europe industrielle, *Europe Inc. – Liaisons dangereuses entre institutions et milieux d'affaires européens*, Marseille, Agone Editeur, 2000). L'ERT a également joué un grand rôle, entre autres, dans la décision d'aborder la question des retraites à l'échelon européen : voir *supra*, note 529.

⁷⁸³ Cf. le « Dialogue avec les citoyens et les entreprises » créé dans le cadre du plan d'action en faveur du marché unique (voir *supra*, note 773), auquel a été en outre ajouté un site Internet exclusivement pour les entreprises (« Dialogue pour les entreprises » : <http://www.apcm.com/international/eic/sites/site.htm>).

⁷⁸⁴ La Charte européenne des petites entreprises adoptée en juin 2000 par le Conseil européen de Feira (*précitée*, note 136) consacre ce retour du culte de l'entreprise par les autorités européennes. Les chefs d'État et de gouvernement des Quinze se sont engagés dans cette charte « à écouter ce qu'ont à dire les petites entreprises » et à « développer, renforcer et rendre plus efficace la représentation des intérêts des petites entreprises au niveau de l'Union et au niveau national », notamment au moyen du dialogue social et des processus de Cardiff (en matière de réforme économique) et de Luxembourg (pour les politiques de l'emploi). S'y ajoutent plusieurs actions communautaires en faveur des entreprises, comme en témoignent, par exemple, le programme de travail de la Commission pour la politique d'entreprise (2000-2005), du 8 mai 2000 (SEC (2000) 771) ou ses propositions sur l'étalonnage de la politique des entreprises (SEC (2000) 1841). Sur les mesures communautaires destinées aux entreprises, et en particulier aux PME, déjà mises en œuvre depuis le Conseil européen d'Édimbourg de décembre 1992, voir, par exemple, Nicolas MOUSSIS, « L'intérêt grandissant de l'Union européenne pour les petites et moyennes entreprises », (1999) 386 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 185.

⁷⁸⁵ Nicolas MOUSSIS, « Pour rapprocher les citoyens de l'Union : une politique commune de la communication », (2004) 481 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 500, 501.

que les citoyens ont accès aux informations appropriées ; discipliner les messages ; anticiper et non plus réagir ; créer ainsi une Europe de proximité, familière et concrète. »⁷⁸⁶

En guise de conclusion sur cette section, je soulignerai l'évolution de la rhétorique européenne durant cette période. Suite aux changements politiques opérés sur la scène nationale en 1997 et 1998, témoignant, selon Laurent Carroué, « du rejet, par les électeurs, des politiques libérales de la dernière décennie »⁷⁸⁷, l'Union européenne a progressivement abandonné, dans son argumentation, la priorité donnée à l'emploi. Non pas que celui-ci préoccupait moins les citoyens européens, mais face à une opinion publique davantage « conscientisée » aux problèmes de société et, dès lors, plus revendicative, et déçue par la faiblesse des résultats obtenus en matière d'emploi, le discours européen (néolibéral) centré sur l'emploi depuis 1993 ne semblait plus suffire. Il avait dès lors besoin d'être renouvelé. Pour répondre aux attentes des citoyens européens, les institutions européennes ont, selon moi, davantage mis l'accent sur la dimension humaine de l'Union, tout en cherchant à légitimer la nouvelle approche en matière d'emploi reposant sur les taux d'activité. Or si les incitations à travailler sont acceptées par l'opinion publique à l'égard des chômeurs – que l'on a largement discrédités en insistant sur leur mentalité d'assistés – elles passent nettement moins bien vis-à-vis des personnes handicapées, des femmes ou des personnes âgées. Aussi, j'avance que l'on a fait appel à des préoccupations plus nobles pour parvenir au même résultat.

Parmi celles-ci, l'égalité des chances et la lutte contre les discriminations ont été sans doute les plus exploitées⁷⁸⁸. Elle se décline en différentes formes : l'égalité entre les sexes à l'égard des femmes, un marché du travail ouvert à tous en faveur des personnes handicapées et des minorités ethniques⁷⁸⁹ (avec la lutte contre le racisme dans l'emploi à l'égard de ces

⁷⁸⁶ Communication de la Commission, du 27 juin 2001, au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions sur un nouveau cadre de coopération pour la politique d'information et de communication de l'Union européenne (COM(2001) 354), p. 3 du texte intégral à l'adresse Internet suivante : http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/cnc/2001/com2001_0354fr01.pdf.

Nicolas MOUSSIS, *loc. cit.*, note 785, 503-505, regrette que la Commission n'ait pas saisi l'occasion pour mettre en place une véritable politique d'information commune, et lui reproche de fournir une information qui traduit davantage ses positions que les politiques communes décidées par le Conseil et le Parlement européen.

⁷⁸⁷ Laurent CARROUÉ, « L'euro, verrou de l'orthodoxie », *Le Monde diplomatique*, Janvier 1999, p. 5.

⁷⁸⁸ Le lien entre la lutte contre la discrimination et l'augmentation du taux d'emploi est particulièrement explicite dans l'Agenda social européen. Celui-ci précise en effet qu'« [i]l est [...] nécessaire de faciliter l'accès au marché du travail par des mesures de lutte contre la discrimination » (point 22 de l'Agenda social européen, *précité*, note 484).

⁷⁸⁹ On notera que l'attitude de l'Union européenne vis-à-vis de l'immigration change à mesure de l'aggravation des tendances démographiques et du besoin de les compenser. Le livre vert de la

dernières ⁷⁹⁰), l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail pour les travailleurs vieillissants ⁷⁹¹.

L'intégration sociale a aussi été utilisée. Lorsque l'emploi a été invoqué comme principal facteur d'intégration, c'est en fait l'augmentation des taux d'activité et, *in fine*, la viabilité des systèmes de retraite qui étaient recherchées sous couvert de cohésion sociale ⁷⁹². De même, si l'amélioration des qualifications et un meilleur accès à l'éducation et à la formation « sont indispensables pour [...] lutter contre l'exclusion sociale », ce sont une meilleure adaptabilité, ainsi qu'une meilleure employabilité, qui étaient essentiellement visées ⁷⁹³.

Pour finir, j'arrive à la conclusion que l'impression générale qui se dégage de ce changement de rhétorique au niveau européen est la suivante : plus on cherche à réformer les systèmes de protection sociale (auxquels tiennent les citoyens européens), plus le discours communautaire se fait humain (avec l'invocation des droits fondamentaux, de l'égalité, et de la lutte contre les discriminations) et social (avec la lutte contre l'exclusion sociale et le retour des considérations sociales), et plus on fait appel à la société civile, aux partenaires sociaux, et aux responsabilités individuelles (voire même sociales des entreprises) et

Commission de 2005 sur les changements démographiques (*précité*, note 658) préconise ainsi de mettre en place des politiques proactives d'intégration et d'égalité des chances en faveur des ressortissants d'États tiers. La directive du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (*précitée*, note 669) va dans le même sens.

⁷⁹⁰ Voir, par exemple, la résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 5 octobre 1995, relative à la lutte contre le racisme et la xénophobie dans le domaine de l'emploi et des affaires sociales (JO C 296 du 10.11.1995).

⁷⁹¹ La directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303 du 2.12.2000) est d'application générale : elle concerne aussi bien la religion, le handicap ou l'orientation sexuelle que l'âge, mais elle a été particulièrement invoquée en faveur des travailleurs âgés. S'y ajoute un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006) (établi par la décision 2000/750/CE du Conseil, du 28 novembre 2000 – JO L 303 du 2.12.2000).

⁷⁹² Le point 10 de l'Agenda social européen, *précité*, note 484 est éloquent à cet égard et vaut la peine d'être reproduit intégralement :

« Une approche de ce type [dans laquelle croissance économique et cohésion sociale se renforcent mutuellement] suppose, en premier lieu, d'accroître le niveau de participation au marché de l'emploi, surtout des groupes qui y sont sous-représentés ou désavantagés. En effet, des emplois plus nombreux et meilleurs sont la clef de l'inclusion sociale. Il convient de promouvoir des marchés du travail plus faciles d'accès et d'encourager la diversité dans l'emploi en tant que facteur de compétitivité et d'intégration sociale. La stratégie de renforcement mutuel des politiques économiques et sociales, définie à Lisbonne, consistant à mobiliser tout le potentiel d'emploi disponible, est ainsi décisive pour assurer la pérennité des systèmes de retraite. »

⁷⁹³ Voir, par exemple, le point 15 de l'Agenda social européen, *précité*, note 484.

collectives⁷⁹⁴. Le discours se veut rassurant⁷⁹⁵ et responsabilisant pour rendre plus acceptables les réformes souhaitées à l'échelon européen et appliquées à l'échelon national. On peut en effet penser qu'au fur à mesure de la réalisation de la « modernisation » des systèmes sociaux nationaux et de la flexibilité de l'emploi, l'argument de la nécessité des changements à opérer perd progressivement sa raison d'être, et un discours centré sur l'aspect humain et social et qui demande la participation (et l'effort) de chacun apparaît plus approprié face aux risques de contestation.

Pour les raisons mentionnées plus haut, cette rhétorique était étroitement liée à « l'Europe rose ». Celle-ci cédant progressivement sa place à une « Europe bleue », s'ouvre en 2002 une nouvelle ère pour la construction européenne marquée par l'atonie et le retour du dogme néolibéral.

SECTION III – À PARTIR DE 2002 : LE RETOUR DU DOGME NÉOLIBÉRAL DANS UNE UNION EUROPÉENNE CENTRÉE SUR L'ÉCONOMIQUE

Deux grands traits caractérisent la période 2002-2006 : une Europe gouvernée par la droite, et une construction européenne « en panne », sans grand projet mobilisateur, dans un climat économique morose et dans une Union européenne élargie à dix nouveaux membres. Le premier va conduire à une révision de la stratégie de Lisbonne pour la mettre davantage en phase avec les nouvelles priorités politiques. Le second va donner lieu à divers efforts de légitimation pour tenter de rétablir la confiance des ressortissants européens dans le processus communautaire.

⁷⁹⁴ C'est notamment le cas dans le domaine de l'environnement, où les institutions européennes mettent en avant l'idée d'une responsabilité collective et citoyenne, bien accommodante quand les textes européens de nature législative ne sont pas à la hauteur des attentes (voir *supra*, page 169).

⁷⁹⁵ L'Agenda social européen (*précité*, note 484) illustre bien, une fois encore, ce point : « La modernisation des systèmes de protection sociale *doit conforter les exigences de solidarité* : tel est l'enjeu des actions à entreprendre tant en matière de retraite et de santé que pour parvenir à un État social actif encourageant résolument la participation sur le marché du travail. » (les italiques sont les miens).

Paragraphe 1. La stratégie de Lisbonne révisée à la faveur de « l'Europe bleue »

L'arrivée – ou le retour – au pouvoir de gouvernements d'obédience conservatrice ou de centre-droite dans plusieurs États membres durant l'année 2001 et surtout 2002⁷⁹⁶ va conduire à un changement de majorité au sein des organes intergouvernementaux de l'Union européenne (Conseil de l'Union, Conseil européen, COREPER). L'entrée en fonction, en novembre 2004, de la nouvelle Commission, dirigée par le très conservateur José Manuel Durão Barroso, ancien premier ministre de centre-droit portugais, et un Parlement majoritairement à droite suite aux élections européennes de juin 2004 vont finir de colorer l'Europe en bleu. De cette domination de la droite, tant au sein des institutions européennes que des gouvernements nationaux, va résulter une concordance de vues entre les niveaux européen et national – tranchant avec les contradictions et les positions difficilement conciliables des années 1998-1999 – sur les mesures à mettre en œuvre, laissant ainsi les coudées franches aux partisans d'une lecture plus néolibérale de la stratégie de Lisbonne. Cette belle unité politique a toutefois buté sur la difficulté de plusieurs États membres de mettre concrètement en œuvre les réformes particulièrement impopulaires prônées à Bruxelles – comme au sein de leur cabinet ministériel – en période de ralentissement économique. Aussi, la coordination au niveau européen a-t-elle été encore renforcée pour venir à bout des dernières tergiversations nationales.

A. Un recentrage sur l'économie

La tournure plus sociale et plus environnementale donnée à la stratégie de Lisbonne respectivement par les présidences française (au Conseil européen de Nice de décembre 2000, et rappelée aux Conseils européens de Stockholm en mars 2001 et de Laeken en décembre 2001 avec notamment les indicateurs relatifs à la qualité de l'emploi) et suédoise (au Conseil européen de Göteborg de juin 2001) avait conféré un caractère ternaire à la stratégie de Lisbonne. C'est cette structure en trois volets – l'emploi, le social et l'environnement – que se sont appliqués à démanteler les tenants d'un néolibéralisme fort, pour n'en conserver que le premier. Le deuxième volet a été relégué à la portion congrue,

⁷⁹⁶ En Italie en mai 2001, au Danemark en novembre 2001 (et pour la première fois depuis 1920), au Portugal en mars 2002, aux Pays-Bas en mai 2002, en France en juin 2002. La Grèce viendra rejoindre les rangs conservateurs en mars 2004 (après dix ans de pouvoir socialiste) – alors que l'Espagne fera le chemin inverse après les attentats de Madrid du 11 mars 2004 – et l'Allemagne en novembre 2005.

avec des mesures ciblées aux catégories sous-représentées et défavorisées⁷⁹⁷ et l'aide régionale⁷⁹⁸, tout en insistant « sur l'importance [...] d'encourager la responsabilité sociale »⁷⁹⁹, quand il n'a pas tout simplement été accaparé par les questions de retraites et de soins de santé ou la modernisation des systèmes de protection sociale⁸⁰⁰. Quant au troisième volet, il a oscillé entre l'innovation technologique (technologies de l'environnement)⁸⁰¹ et le besoin de montrer, à l'externe⁸⁰² comme à l'interne⁸⁰³ (c'est-à-dire sur la scène

⁷⁹⁷ Limité à Lisbonne à la lutte contre l'exclusion sociale et à la modernisation des systèmes de sécurité sociale, le volet social de la stratégie de Lisbonne avait été élargi à Nice. À partir de 2002, on revient à une conception étroite de ce volet, en le restreignant encore davantage s'agissant de l'exclusion. L'aide doit en effet cibler les groupes les plus défavorisés (voir le point I.34.52 des conclusions du Conseil européen de mars 2003, *précitées*, note 687 ; le point I.12.29 des conclusions du Conseil européen de mars 2004, *précitées*, note 492 ; ou la communication de la Commission, du 22 décembre 2005, *Un nouveau cadre pour la coordination ouverte des politiques de protection sociale et d'inclusion sociale* (COM(2005) 706).

⁷⁹⁸ La réorientation du Fonds social européen (FSE) vers l'emploi (*cf.* notamment la communication de la Commission, du 16 janvier 2001, concernant le soutien du Fonds social européen à la stratégie européenne pour l'emploi (COM(2001) 16)) a été par la suite encore accentuée dans le cadre de la réforme de la politique régionale proposée en juillet 2004 par la Commission. Afin de renforcer la compétitivité régionale, quatre domaines d'action lui ont été assignés : favoriser la capacité d'adaptation des travailleurs et des entreprises, améliorer l'accès à l'emploi, renforcer l'inclusion sociale et promouvoir les partenariats pour la réforme : voir COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Le Fonds social européen à partir de 2007 », [en ligne] <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/g24232.htm> (mis à jour le 2 janvier 2006). Or, comme l'indique Chantal Euzéby, qui soulève l'« incohérence entre les objectifs affichés [par la Commission en la matière] et les moyens financiers », les montants alloués par l'intermédiaire du Fonds social européen n'ont pratiquement pas été modifiés et l'agenda budgétaire a été revu à la baisse malgré l'élargissement : Chantal EUZÉBY, « La stratégie européenne pour l'emploi : un improbable succès », (2006) 495 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 73, 76.

⁷⁹⁹ Point I.34.52 des conclusions du Conseil européen du printemps 2003, *précitées*, note 687.

⁸⁰⁰ *Cf.*, par exemple, les points I.31.48 à I.33.50 des conclusions du Conseil européen du printemps 2003, *précitées*, note 687. Voir aussi *infra*, page 200. Par son deuxième agenda social (2006-2010), en février 2005, la Commission cherchait toutefois à renforcer l'importance du volet social de la stratégie de Lisbonne (voir Jean-Philippe LHERNOULD, « Le programme de la Commission en matière sociale : l'agenda social 2005-2010 (chron. n° 1) », (janvier 2006) *Europe* 4, 4 et 5). Mais les propos des chefs d'États et de gouvernement réunis au Conseil européen de Bruxelles de mars 2005, selon lesquels « [l]e Conseil européen se félicite de la communication de la Commission sur l'Agenda social qui contribue à la réalisation des objectifs de la stratégie de Lisbonne en renforçant le modèle social européen fondé sur la recherche du plein emploi et une plus grande cohésion sociale » (point I.7.29 des conclusions, *précitées*, note 543), ont vite été balayés, selon moi, par l'orientation essentiellement économique de la révision à mi-parcours de la stratégie de Lisbonne.

⁸⁰¹ Les objectifs fixés en matière d'environnement sont alors vus comme un moyen de stimuler la croissance en faisant office de catalyseurs de l'innovation : voir, par exemple, le Conseil européen de Bruxelles des 16 et 17 octobre 2003 – Bulletin UE 6-2003, points I.1 à I.35, au point I.15.24 des conclusions. À la demande de ce Conseil européen, la Commission a élaboré un plan d'action afin de favoriser le développement et la diffusion des technologies environnementales (communication de la Commission du 28 janvier 2004 intitulée *Promouvoir les technologies au service du développement durable : plan d'action de l'Union européenne en faveur des écotechnologies* (COM(2004) 38)).

⁸⁰² Ce que témoigne le lancement, par le Conseil européen de Thessalonique de juin 2003, d'une « diplomatie verte », un réseau d'experts dont la mission est de promouvoir le développement durable dans les relations extérieures (voir les points I.32.76 et I.32.77 des conclusions, *précitées*, note 658). Par ailleurs, dans le cadre du protocole de Kyoto sur les changements climatiques, sur proposition du Conseil (conclusions du Conseil sur les changements climatiques du 10 mars 2005 – Bulletin UE 3-

internationale comme auprès d'une opinion publique européenne désenchantée), une Union européenne en avance au chapitre du développement durable.

Le recentrage de la stratégie de Lisbonne s'est d'abord effectué « dans les faits » si l'on peut dire, c'est-à-dire sans dessein bien défini et avoué clairement par les autorités européennes (sous la férule essentiellement de la « nouvelle troïka Aznar-Blair-Berlusconi »). Les Conseils européens de mars 2002 à décembre 2004 ont simplement « omis » d'aborder le social, préférant promouvoir d'autres thèmes jugés prioritaires. Une des principales raisons tient aux dissensions au sein même du Conseil – certains États membres restant attachés à la triple dimension (économique, sociale et environnementale) de la stratégie de Lisbonne – et entre le Conseil et la Commission, avec une Commission Prodi de plus en plus critiquée par les États membres. Ces dissensions dissipées, à la faveur notamment d'une nouvelle Commission⁸⁰⁴, la réorientation de la stratégie de Lisbonne dans un sens plus clairement

2005, point 1.4.19), le Conseil européen du printemps 2005 a approuvé l'objectif de ne pas dépasser les 2 °C de réchauffement climatique par rapport aux niveaux de l'époque préindustrielle et d'augmenter l'effort de réduction des émissions de gaz à effet de serre pour le groupe des pays développés avec une réduction de 15 à 30 % des émissions de gaz à effet de serre d'ici à 2020 (points I.10.43 et I.10.46 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de mars 2005, *précitées*, note 542 ; voir aussi Rafaële RIVAIS, « Les ministres européens de l'environnement fixent des objectifs chiffrés pour l'après-Kyoto », *Le Monde*, 12 mars 2005, p. 6).

⁸⁰³ C'est le but notamment de la *Déclaration sur les principes directeurs du développement durable* (annexe I, point I.25 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de juin 2005, *précitées*, note 709), approuvée par ce Conseil européen. Cette déclaration énonce, à côté des principes de précaution et du « pollueur-payeur », la participation des citoyens à la prise de décision, la responsabilité sociale des entreprises, ainsi que la cohérence des politiques économique, sociale et environnementale (sans les hiérarchiser toutefois). Cette déclaration devait servir de base au renouvellement de la stratégie de développement durable adoptée au Conseil européen de Göteborg en juin 2001. La nouvelle stratégie, voulue plus complète et plus ambitieuse, devait également être « claire et cohérente », afin de pouvoir « être communiquée aux citoyens de manière simple et efficace » (point I.8.13 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 15 et 16 décembre 2005 – Bulletin UE 6-2005, points I.1 à I.32). Cette nouvelle stratégie de l'Union européenne en faveur du développement durable a été adoptée par le Conseil européen de Bruxelles de juin 2006 (document 10117/06 et point I.4.17 des conclusions, *précitées*, note 709).

⁸⁰⁴ La communication de la Commission au Parlement européen, du 20 octobre 2005, intitulée *Les valeurs européennes à l'ère de la mondialisation. Contribution de la Commission à la réunion d'octobre des chefs d'État et de gouvernement* (COM(2005) 525) constitue un bel exemple des « valeurs européennes » mises en relief par la Commission Barroso : achèvement du marché intérieur, mise en œuvre des réformes au niveau national en matière d'emploi, de retraites et de soins de santé, promotion de l'esprit d'entreprise, simplification réglementaire, « renforcement de la justice sociale à travers la poursuite des réformes économiques et du marché du travail », etc., avec pour « seul mot d'ordre : “moderniser”. Moderniser et le faire “ensemble” » (COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Les valeurs européennes à l'ère de la mondialisation », [en ligne]. <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/cha/c10150.htm> (mis à jour le 8 juin 2006)). Seule la proposition d'un Fonds d'adaptation à la mondialisation se distingue dans cette somme de mesures néolibérales. Mais cette dernière proposition, destinée à venir en aide aux victimes des délocalisations (selon des critères stricts), s'est toutefois heurtée aux réserves de certains pays, nordiques notamment. Le reste de la communication de la Commission a été bien accueilli par les chefs d'État ou de gouvernement lors de la réunion informelle (et non publicisée) à Hampton Court le 27 octobre 2005. Par ailleurs, le président

néolibéral a pu s'afficher ouvertement à l'occasion de la révision à mi-mandat de la stratégie de Lisbonne. Le Conseil européen de Bruxelles des 22 et 23 mars 2005, suivant en cela les propositions de la Commission Barroso ⁸⁰⁵, a ainsi relancé la stratégie de Lisbonne en la recentrant sur la croissance et l'emploi, avec une insistance sur la compétitivité et la productivité ⁸⁰⁶.

Une grande cohésion unit donc les Conseils européens à partir de 2002 quant aux orientations à donner aux politiques européennes et aux actions à entreprendre au plan national, les deux niveaux de décision cherchant à s'appuyer mutuellement pour faciliter la mise en œuvre des réformes sociales et fiscales jugées indispensables pour redresser les économies européenne et nationales. Aussi, aux programmes nationaux de centre-droit (imposant notamment un assouplissement de la législation du travail, une réforme des retraites et des systèmes de sécurité sociale et de santé, des restrictions budgétaires et une accélération des privatisations) répondent des priorités avancées au niveau européen qui les soutiennent et les encouragent, voire demandent l'accélération des réformes.

Les priorités retenues par les Conseils européens à partir de 2002 tournent en fait autour d'un seul axe : le renforcement de la compétitivité européenne ⁸⁰⁷. C'est autour de cet objectif central que les institutions européennes vont déployer tous leurs efforts. Il est ainsi demandé aux États membres, tout en respectant les exigences du pacte de stabilité budgétaire, d'augmenter leurs investissements en matière d'innovation et de recherche ⁸⁰⁸, au moyen de partenariats publics-privés ⁸⁰⁹ et avec l'aide des Fonds européens (Fonds structurels ⁸¹⁰, Fonds

de la Commission, José Manuel Durão Barroso n'a jamais caché son intention de « dérouler le tapis rouge » aux entreprises : P. RICARD, *précité*, note 721, p. 7.

⁸⁰⁵ Voir la communication de la Commission au Conseil européen de printemps, du 7 février 2005, intitulée *Travaillons ensemble pour la croissance et l'emploi – Un nouvel élan pour la stratégie de Lisbonne* (COM(2005) 24).

⁸⁰⁶ Voir le point I.4.5 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de mars 2005, *précitées*, note 542.

⁸⁰⁷ La communication de la Commission, du 21 novembre 2003, intitulée *Les enjeux clés de la compétitivité en Europe - Vers une approche intégrée* (COM(2003) 704) renforce encore cet axe en proposant de soumettre toute action européenne à une analyse rigoureuse de son impact sur la compétitivité des entreprises.

⁸⁰⁸ Le Conseil européen de Barcelone de mars 2002 (au point I.37.47 des conclusions, *précitées*, note 541) a fixé à 3 % du produit intérieur brut (PIB) l'investissement à consacrer par les États membres à la recherche et au développement, d'ici à 2010, les deux tiers de cet investissement devant provenir du secteur privé. Le but visé était de combler le retard de l'Union européenne face aux États-Unis et au Japon dans le domaine de la recherche. Cet objectif chiffré a été moult fois répété par les Conseils européens ultérieurs.

⁸⁰⁹ Outre le développement de partenariats publics-privés, le Conseil européen de printemps de 2005 s'est fait plus précis quant aux mesures à adopter par les États membres : incitations fiscales à l'investissement privé, soutien aux PME innovantes, accès favorisé au capital-risque, réorientation des

européen d'investissement et programmes-cadres de recherche de l'Union européenne notamment) et des prêts de la Banque européenne de développement (BEI)⁸¹¹. « L'économie de la connaissance » – qu'il appartient aux États membres de stimuler – devient également, dans ce cadre, un thème dominant⁸¹². Les États membres doivent en outre, avec le soutien de l'Union européenne, encourager l'entrepreneuriat et l'esprit d'entreprise⁸¹³. Il leur faut aussi poursuivre – avec l'appui zélé de la Commission – la libéralisation⁸¹⁴ dans le cadre du marché unique : libéralisation du marché de l'énergie (gaz et électricité)⁸¹⁵, des services

marchés publics vers des produits et services innovants (points I.5.11 et I.5.13 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de mars 2005, *précitées*, note 542).

⁸¹⁰ Par exemple, le Conseil européen de Bruxelles de mars 2002 prévoit l'utilisation des Fonds structurels en faveur du secteur des communications électroniques dans les régions éloignées.

⁸¹¹ L'initiative *Innovation 2010* de la Banque européenne d'investissement (dotée d'une enveloppe de prêt de 20 milliards d'euros pour la période 2003-2006) vient justement soutenir cet objectif en étendant le financement par prêt à l'innovation, à la recherche et au développement, et à l'éducation, ainsi qu'à la création et à la diffusion des technologies de l'information et des communications (*cf.* le point I.22.39 des conclusions du Conseil européen de mars 2003, *précitées*, note 687).

⁸¹² Les Conseils européens de printemps de 2002 et de 2003 en font une de leurs premières priorités, avec, pour objectif, de faire contribuer l'éducation et la formation à la croissance économique (*cf.* le point I.23.40 des conclusions du Conseil européen de mars 2003, *précitées*, note 687). On notera que l'on ne parle plus que d'« économie de la connaissance », et non plus de « société de la connaissance » comme au temps des Conseils européens de Lisbonne et de Nice. Le Conseil européen de Bruxelles de mars 2006 renforcera encore cet objectif en précisant les mesures à mettre en œuvre concrètement au niveau national : par exemple, favoriser l'interaction entre le secteur industriel et les établissements de recherche (coopération et transfert de technologie, création de marchés pour les biens et services innovants), ou faciliter l'accès des universités à des sources de financement complémentaires, y compris privées, et lever les obstacles dans le domaine de l'éducation à la constitution de partenariats publics-privés avec les entreprises (points I.4.21 à I.4.24 des conclusions, *précitées*, note 325).

⁸¹³ L'esprit d'entreprise a fait l'objet d'une attention particulière de la part du Conseil européen à cette période : le Conseil européen de Stockholm de mars 2001 mentionnait déjà que « [l']esprit d'entreprise constitu[ait] l'un des piliers de la stratégie européenne pour l'emploi. » (point I.14.23 des conclusions du Conseil européen, *précitées*, note 486). L'importance de cet objectif a été par la suite rappelée par les Conseils européens du printemps de 2002 et 2003 (ce dernier Conseil européen demandait d'ailleurs à ce que soient prises, aux niveaux national comme communautaire, des mesures pour encourager l'esprit d'entreprise chez les jeunes : voir point I.4.12 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de mars 2003, *précitées*, note 687). La Commission a, de son côté, notamment présenté un livre vert, du 21 janvier 2003, intitulé *L'esprit d'entreprise en Europe* (COM (2003) 27), suivi d'un plan d'action en 2004 (communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 2 novembre 2004, intitulée *Plan d'action : l'agenda européen de la politique de l'esprit d'entreprise* (COM(2004) 70)).

⁸¹⁴ On notera les efforts terminologiques faits pour éviter le terme de « libéralisation » : interconnexion des économies, intégration des marchés ou des réseaux, ouverture des marchés, etc.

⁸¹⁵ Au Conseil européen de Barcelone de mars 2002, la France a fini par accepter une ouverture totale des marchés du gaz et de l'électricité pour les industriels pour 2004, en la conditionnant à un report de la libéralisation du marché des particuliers (qu'elle a pourtant acceptée par la suite au Conseil européen de l'énergie, le 4 octobre 2002, pour 2007 : Jean-Pierre STROOBANTS, « Électricité : la France ne refuse plus l'ouverture totale de son marché », *Le Monde*, 7 octobre 2002, p. 14) et à des garanties concernant les services publics (notamment l'obligation pour la Commission, à inscrire dans les conclusions du Conseil européen de Barcelone, de rédiger une directive-cadre sur les services d'intérêt économique général) (voir, par exemple, Arnaud LEPARMENTIER, « Bataille à l'arraché à Barcelone sur la libéralisation de l'énergie », *Le Monde*, 18 mars 2002, p. 2). Or les conclusions du Conseil européen de Barcelone (*précitées*, note 808) ne mentionnent au point I.35.42 que la poursuite par la

portuaires, des télécommunications, intégration des marchés des valeurs mobilières et des capitaux à risque⁸¹⁶ d'ici à 2003 et celle des marchés des services financiers d'ici à 2005⁸¹⁷, réalisation du marché intérieur des services⁸¹⁸. Au nom de la compétitivité de l'Union européenne, on assiste également à un retour en force de la simplification de la réglementation⁸¹⁹ au niveau tant national que communautaire, afin notamment d'alléger les charges administratives et réglementaires pesant sur les entreprises et en particulier les PME⁸²⁰. Poursuit ce même objectif la modernisation, à l'échelle européenne, de la politique de la concurrence⁸²¹.

Commission de son examen à cet égard, en outre en prenant en compte les règles de concurrence (l'article 86 CE). Et dans son livre blanc, que la Commission a rendu deux ans après sur le sujet (communication de la Commission du 12 mai 2004 intitulée *Livre blanc sur les services d'intérêt général* (COM(2004) 374), faisant suite à son *Livre vert sur les services d'intérêt général* du 21 mai 2003 (COM(2003) 270)), la Commission est arrivée à la conclusion qu'une proposition de directive-cadre en la matière n'était, pour le moment, pas appropriée et, qu'en conséquence, elle réexaminerait ultérieurement la question ; ce qu'elle a fait dans sa communication du 9 février 2005 sur l'Agenda social, mais en proposant une communication (et non une directive) sur le sujet : voir *infra*, note 972.

⁸¹⁶ La création d'un marché européen des capitaux à risque est, par ailleurs, présentée par les institutions européennes comme un moyen de favoriser l'esprit d'entreprise (voir, par exemple, le point I.17.31 des conclusions du Conseil européen de mars 2003, *précitées*, note 687).

⁸¹⁷ Ce qui permet notamment de favoriser la mise en place, à l'échelle européenne, de fonds de pension professionnels (voir la directive 2003/41/CE du Parlement européen et du Conseil, du 3 juin 2003, concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (JO L 235 du 23.09.2003)), dans la lignée de la communication de la Commission de 1999 sur les retraites complémentaires (*précitée*, note 537).

⁸¹⁸ La directive « Bolkestein » sur la libéralisation des services (du nom du commissaire chargé de la fiscalité), qui devait y contribuer, a fait beaucoup parler d'elle au printemps 2005. Décrite pour son ultralibéralisme (elle a été surnommée « directive Frankenstein » par les syndicats européens), elle était également critiquée principalement par les gouvernements français, allemand, belge, suédois et danois et par le Parlement européen. Il a surtout été reproché à cette proposition de directive son étendue (elle concernait par exemple la santé et les services d'intérêt général), ainsi que le fait qu'elle prévoyait l'application de la loi d'origine, notamment aux contrats du prestataire de services, et qu'elle s'écartait de la méthode communautaire (visant l'harmonisation et la reconnaissance mutuelle) : voir, par exemple, Gilles SAVARY (député européen socialiste), « Pour en finir avec Bolkestein », *Libération*, 31 mars 2005, p. 36, ou le pertinent commentaire de Laurence IDOT, « Marché européen des services : directive "Bolkestein" ou "Frankenstein" ? Le mythe de la loi d'origine... (chron. n° 3) », (mars 2005) *Europe* 3. Cette proposition de directive de la Commission illustre ainsi assez bien l'état de l'Union européenne « post-élargissement » : poussée néolibérale et perte d'intérêt pour l'intégration européenne.

⁸¹⁹ Ce thème était très en vogue dans les années 1993 (pour le niveau communautaire) et 1994 (ajout du niveau national). Il avait été quelque peu délaissé par la suite.

⁸²⁰ Le Conseil européen de Lisbonne de mars 2000 avait demandé à la Commission de mettre en œuvre une stratégie à cet effet. Cet objectif a fait l'objet à la fois d'un suivi rigoureux par le Conseil européen à partir de 2002 et d'un grand nombre de travaux de la Commission. En effet, outre l'institution d'un groupe d'experts, le groupe Mandelkern sur la simplification administrative, plusieurs communications de la Commission traitent de la question. Par exemple, la communication du 5 décembre 2001 intitulée *Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire* (COM(2001) 726), suivie de celle du 5 juin 2002 : *Gouvernance européenne : mieux légiférer* (COM(2002) 275)). La Commission a également présenté un plan d'action au Conseil européen de Séville de juin 2002 (communication, du 5 juin 2002, *Plan d'action « simplifier et améliorer l'environnement réglementaire »* (COM(2002) 278)) et elle a fait de la simplification une priorité pour l'Union européenne dans sa communication, du 16 mars

S'agissant de la stratégie européenne de l'emploi, le Conseil européen de Barcelone de mars 2002 a formulé les orientations à donner à cette stratégie lors de son réexamen à mi-parcours en 2002 : l'orienter davantage vers le relèvement du taux d'emploi, en encourageant la participation au marché du travail (via notamment un renforcement de la conditionnalité des prestations et l'efficacité des incitations)⁸²². Apparaît, de plus, dans les conclusions des Conseils européens de 2002 à 2006 comme dans les lignes directrices pour l'emploi⁸²³, un nouvel objectif, signe du changement opéré depuis Nice : l'accroissement de la productivité du travail. Celui-ci vient s'adjoindre – voire se substituer – à la qualité du travail⁸²⁴, fade

2005, intitulée *Améliorer la réglementation en matière de croissance et d'emploi dans l'Union européenne* (COM(2005) 97). Dans sa communication du 25 octobre 2005 intitulée *Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : une stratégie de simplification de l'environnement réglementaire* (COM(2005) 535), elle présente une stratégie de simplification et un système révisé d'analyse d'impact (des principales propositions législatives notamment). La Commission a, en outre, élaboré, en collaboration avec le Conseil, une méthode commune pour mesurer les charges administratives pesant sur les entreprises (communication du 21 octobre 2005 sur une méthode commune de l'Union européenne pour l'évaluation des coûts administratifs imposés par la législation (COM(2005) 518)). Ces différentes propositions de la Commission ont été saluées par le Conseil européen de Bruxelles de décembre 2005 (voir l'annexe II, *Amélioration de la réglementation*, aux points I.21 à I.23 des conclusions du Conseil européen, *précitées*, note 803). Par ailleurs, les analyses d'impact sont de plus en plus utilisées par les institutions européennes dans les travaux de prise de décision : voir le point I.6.41 des conclusions du Conseil européen de juin 2006, *précitées*, note 709.

⁸²¹ Est notamment visée la « modernisation » des régimes d'aides d'État, « l'accent étant mis sur les aides qui faussent le plus les échanges » et ce, dans un contexte de réduction de ces aides réclamée par l'Union européenne (voir les conclusions du Conseil européen de Bruxelles de mars 2003, *précitées*, note 816, au point I.12.26). Sur le nouveau cadre réglementaire de la concurrence (entré en vigueur le jour de l'adhésion des dix nouveaux États membres à l'Union européenne, le 1^{er} mai 2004), voir la communication de la Commission, du 20 avril 2004, intitulée *Une politique de concurrence proactive pour une Europe compétitive* (COM(2004)293), ainsi que les analyses de Laurence IDOT, « L'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003 : les dispositions procédurales du « paquet modernisation (chron. n° 6) », (mai 2004) *Europe 4* et, du même auteur, « La modernisation du droit de la concurrence : au tour des aides d'État », (juillet 2005) *Europe comm.* 56.

⁸²² Voir les conclusions du Conseil européen de Barcelone de mars 2002, *précitées*, note 808, point I.28. Ces orientations se retrouveront dans les lignes directrices pour l'emploi pour 2003-2005, lesquelles reprendront les objectifs chiffrés en matière de taux d'emploi ajoutés par le Conseil européen de Stockholm en mars 2001.

⁸²³ Voir, par exemple, le point I.25.42 des conclusions du Conseil européen de printemps de 2004, *précitées*, note 492, et voir les lignes directrices pour l'emploi 2003-2005 (décision 578/2003 du Conseil, du 22 juillet 2003, relative aux *Lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres* (JO L 197 du 05.08.2003)) et la ligne directrice n° 17 des *Lignes directrices intégrées pour la croissance et l'emploi* (2005-2008) (annexe II aux conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 16 et 17 juin 2005 – Bulletin UE 6-2005, points I.1 à I.30, au point I.26).

⁸²⁴ On notera que la Commission (Prodi) proposait une définition de la qualité du travail beaucoup plus proche de celle de Nice (englobant rémunération et conditions de travail satisfaisantes : voir sa communication du 14 janvier 2003 concernant l'avenir de la stratégie européenne pour l'emploi (COM (2003) 6), à la page 10 du texte intégral à l'adresse Internet suivante : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2003/com2003_0006fr01.pdf), non retenue dans les lignes directrices pour l'emploi 2003-2005, qui reprennent pourtant largement cette communication.

expression de l'objectif phare de l'Agenda social du Conseil européen de Nice qu'était la qualité des emplois ⁸²⁵.

La faiblesse des résultats obtenus jusqu'alors dans le cadre de la stratégie européenne pour l'emploi a conduit les institutions européennes à instituer un groupe de haut niveau, présidé par Wim Kok (ancien premier ministre néerlandais). Ce groupe d'experts indépendants a été chargé de procéder à l'examen à mi-mandat (en 2002) de la stratégie européenne de l'emploi et d'élaborer un rapport présentant des mesures concrètes à mettre en œuvre au niveau national pour réformer les marchés du travail ⁸²⁶. Les conclusions auxquelles il est arrivé ⁸²⁷ ont été sensiblement les mêmes que celles du Conseil européen ou de la Commission, à savoir la nécessité d'accélérer le rythme des réformes au niveau national dans cinq grands domaines jugés prioritaires (connaissance, marché intérieur et concurrence, entrepreneuriat, marché du travail, et innovation technologique). Le « rapport Kok » a toutefois davantage insisté sur l'importance de convaincre la population européenne de la nécessité des réformes et de leurs bénéfices à long terme ⁸²⁸.

Et il a surtout relevé « l'absence d'action politique résolue » ⁸²⁹ de la part des États membres pour procéder aux réformes des systèmes de protection sociale, de retraites, ou du marché du travail. Ce manque d'engagement et de détermination politique des gouvernements nationaux est même vu par le rapport comme la principale raison de l'échec de la stratégie de Lisbonne. Aussi a-t-il proposé, d'une part, de réduire le nombre d'objectifs et d'indicateurs à atteindre dans le cadre de la stratégie de Lisbonne et, d'autre part, d'améliorer la communication (et la publicité) des résultats obtenus par chaque État membre dans la réalisation de ces objectifs, ainsi que la pression des pairs, « de manière à accentuer

⁸²⁵ S'il arrive, à l'occasion, que la qualité des emplois figure encore dans certains documents de la Commission, celle-ci est toujours liée à l'augmentation du taux d'emploi ou à l'amélioration de l'éducation et de la formation, et se confond souvent alors avec la recherche d'une main-d'œuvre de qualité.

⁸²⁶ Le fait que le Conseil européen ait décidé de confier cette tâche à un groupe d'experts indépendants plutôt qu'à la Commission peut s'expliquer par deux hypothèses. La première réside dans la mésentente entre plusieurs États membres et la Commission Prodi, en fin de mandat, à laquelle ces derniers ne font plus vraiment confiance. La seconde pourrait être la volonté de donner une plus grande autorité et crédibilité aux suggestions à formuler (qui iront de toute façon dans le sens de réformes impopulaires) en les confiant à un groupe de haut niveau, extérieur aux institutions européennes. La vérité se trouve probablement à mi-chemin entre ces deux hypothèses.

⁸²⁷ Rapport du groupe de haut niveau présidé par M. Wim Kok, intitulé *Relever le défi : la stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi*, Bruxelles, 3 novembre 2004. Voir le texte intégral à l'adresse Internet suivante : <http://ec.europa.eu/growthandjobs/pdf/2004-1866-FR-complet.pdf>.

⁸²⁸ *Id.*, p. 10 du rapport.

⁸²⁹ *Id.*, p. 5.

les conséquences politiques de l'absence de réalisations »⁸³⁰. D'une centaine d'objectifs et indicateurs initialement prévus pour la stratégie de Lisbonne, le rapport suggère ainsi de passer à quatorze pour obliger les États membres à s'y conformer plutôt que diluer leurs efforts dans un nombre étendu d'objectifs. Or ceci est, selon moi, loin d'avoir des conséquences négligeables. En effet, les objectifs et indicateurs associés à la stratégie de Lisbonne étaient le résultat de compromis entre les gouvernements nationaux et entre les différentes conceptions (libérales ou sociales) qu'ils défendent, et ils traduisaient sa triple dimension (emploi, social et environnement). Réduire drastiquement le nombre d'objectifs revient à rompre l'équilibre de l'ensemble, lequel penchait déjà nettement en faveur du néolibéralisme, et à accentuer le pôle économique. Cela est encore renforcé par le fait que les quatorze objectifs et indicatifs proposés relèvent essentiellement de la même intention : la compétitivité de l'Union européenne. S'agissant du suivi des résultats, le rapport Kok propose, pour augmenter la pression sur les États membres, d'accroître la comparaison de leurs performances : la Commission pourrait publier « un classement annuel des progrès accomplis par les États membres sur la voie de la réalisation des quatorze indicateurs et objectifs clés de Lisbonne. Les pays qui ont obtenu de bons résultats devraient être félicités, tandis que ceux dont les performances sont médiocres devraient être blâmés »⁸³¹.

Ce rapport Kok a été bien accueilli par le Conseil européen de Bruxelles de novembre 2004⁸³², qui a toutefois rejeté l'idée d'une publicité renforcée des performances comparées des États membres⁸³³. La Commission Barroso s'est inspirée de ce rapport pour ses propositions pour le renouvellement à mi-parcours de la stratégie de Lisbonne. Et, de manière inédite, les suggestions faites dans ce rapport ont été intégrées pour l'essentiel dans

⁸³⁰ *Id.*, p. 48.

⁸³¹ *Id.*, p. 49. Le futur président de la Commission, José Manuel Durão Barroso, aurait même souhaité l'établissement d'un mécanisme de sanction, à l'image de ce qui existe dans le domaine de la politique économique et monétaire, pour forcer les États membres à tenir leurs promesses, mais il n'a pas été suivi (voir Philippe RICARD, « Compétitivité : le rapport de Wim Kok met en garde les Vingt-Cinq », *Le Monde*, 3 novembre 2004, p. 34). Je serais tentée de dire que cette idée d'appliquer les mêmes contraintes au domaine de l'emploi que celles prévalant dans le domaine de l'Union économique et monétaire, si elle émane à présent de la Commission (et non plus seulement du Parlement ou de quelques États membres : voir *supra*, note 576), c'est que l'orientation politique des contraintes envisagées en matière d'emploi a changé : les considérations sociales ont clairement été abandonnées.

⁸³² Toutefois, l'unanimité du Conseil européen cache des différences d'appréciation entre les États membres, liées plus profondément à une division de l'Union européenne entre Europe libérale et Europe sociale : voir Denys SIMON, « Conseil européen de Bruxelles : stratégie de Lisbonne, programme de La Haye, initiative "Communiquer l'Europe" (chron. n° 8) », (décembre 2004) *Europe* 3.

⁸³³ Ce système de « *naming and shaming* » était considéré par plusieurs États membres comme contre-productif et politiquement dangereux à l'approche d'élections nationales : Olivier BAILLY, « La relance de la stratégie de Lisbonne ou la quête d'un partenariat politique », (2005) 489 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 357, 359.

les recommandations pour l'emploi ⁸³⁴. C'est également pour tenter de remédier au problème de la mise en œuvre que les institutions communautaires ont cherché, dès 2002, à renforcer la coordination des politiques nationales au niveau européen.

B. Une coordination renforcée

En appui à la nouvelle vision de la stratégie de Lisbonne, focalisée sur les questions économiques, les institutions communautaires ont progressivement accentué les processus de coordination existants et elles ont mis en place un partenariat pour accélérer la réalisation des réformes à l'échelon national. Parallèlement, la méthode ouverte de coordination a été élargie dans le domaine de la protection sociale.

1/ Une révision des processus de coordination

La révision des processus de coordination s'est faite essentiellement en trois étapes – je schématise un peu – chacune ajoutant un degré supplémentaire de « contrainte » par rapport à la précédente. Comme le changement d'orientation de la stratégie de Lisbonne (vers un plus grand néolibéralisme), le renforcement des instruments de coordination a été effectué sans tambours battants, au nom de la simplification et de la rationalisation, avant d'être officiellement intégré à une réforme d'ensemble, en 2005, en faveur d'une « meilleure gouvernance », à l'occasion du réexamen à mi-mandat de la stratégie de Lisbonne.

D'abord, à la demande du Conseil européen de Barcelone de mars 2001, les lignes directrices pour l'emploi et les grandes orientations pour les politiques économiques (GOPE) ont été synchronisées. Ce Conseil a en outre demandé à ce que ces deux processus soient rationalisés, l'objectif étant de mettre davantage l'accent sur la mise en œuvre, par les États membres, des recommandations émises à l'échelon européen plutôt que sur l'élaboration annuelle des lignes directrices pour l'emploi ⁸³⁵. Cette modification suscite deux observations : d'une part, elle marque une nouvelle approche de la stratégie européenne pour l'emploi, désormais davantage orientée sur la mise en application – autrement dit la réalisation au niveau national des réformes réclamées depuis plusieurs années au niveau

⁸³⁴ Voir le point I.9.40 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 17 et 18 juin 2004 – Bulletin UE 6-2004, points I.1 à I.29.

⁸³⁵ Point I.39.49 des conclusions du Conseil européen de Stockholm de mars 2001, *précitées*, note 486. En conséquence, la Commission a proposé dans sa communication du 3 septembre 2002 concernant la rationalisation des cycles annuels de coordination de la politique économique et de la politique de l'emploi (COM(2002) 487) diverses mesures, telles qu'accroître l'efficacité du suivi de la mise en œuvre ou améliorer la complémentarité des processus.

européen. D'autre part, cette synchronisation facilite l'uniformité des objectifs de ces deux instruments de coordination (l'un pour l'économie et l'autre pour l'emploi)⁸³⁶. Cette conséquence sera « officialisée » en 2005 avec les lignes directrices intégrées. Sur le fond, toutefois, cela n'aura pas vraiment d'incidence, la direction donnée aux lignes directrices pour l'emploi recoupant déjà largement depuis 2002 celle fixée pour les grandes orientations des politiques économiques, avec une vision essentiellement économique de la stratégie européenne pour l'emploi. Sont d'ailleurs très représentatives de cette évolution les lignes directrices pour l'emploi 2003-2005, simplifiées et issues de cette rationalisation des processus de coordination (des GOPE, de la stratégie européenne pour l'emploi, et de la stratégie pour le marché intérieur⁸³⁷), lesquelles « renforcent la politique de croissance par des réformes structurelles »⁸³⁸.

Ensuite, à la demande du Conseil européen de printemps 2003, et toujours sous couvert de simplification et de rationalisation, ce sont la coopération et la coordination dans le domaine de la protection sociale que les institutions européennes ont voulu renforcer. A ainsi été proposée la mise en place d'une méthode ouverte de coordination renforcée pour les politiques de protection sociale, également plus axée qu'auparavant sur la mise en œuvre. J'y reviendrai un peu plus loin. Par ailleurs, ce Conseil européen, suivant en cela les recommandations de la Commission, a approuvé le nouveau cycle de coordination des politiques (économiques, de l'emploi et pour le marché intérieur) sur une période de trois ans. Il a en outre ajouté, appuyé par le Conseil européen de Thessalonique de juin 2003, que les grandes orientations des politiques économiques devaient être concises, prévoir des délais précis et être assorties de « recommandations d'action claires »⁸³⁹. Un exemple de ce type de

⁸³⁶ Cf. le point I.19.45 des conclusions du Conseil européen de Thessalonique de juin 2003, *précitées*, note 658.

⁸³⁷ Cette dernière a été mise en œuvre par la Commission à partir de 1999 : voir la communication au Parlement européen et au Conseil, du 5 octobre 1999, sur la stratégie pour le marché intérieur (COM(99) 464), ainsi que la communication de la Commission, du 24 novembre 1999, intitulée *La stratégie pour le marché intérieur* (COM(99) 624), réactualisée en 2000 (COM(2000) 257), 2001 (COM(2001) 198) et 2002 (COM(2002) 171), ainsi que la communication de la Commission, du 7 mai 2003, intitulée *Stratégie pour le marché intérieur – Priorités 2003 – 2006* (COM(2003) 238).

⁸³⁸ COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Les lignes directrices pour les politiques de l'emploi (2003-2005) », [en ligne]. <http://europa.eu/scadplus/printversion/fr/cha/c11319.htm> (mis à jour le 4 octobre 2005).

⁸³⁹ Point I.6.17 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de mars 2003, *précitées*, note 687 et point I.19.46 des conclusions du Conseil européen de Thessalonique de juin 2003, *précitées*, note 658.

recommandations est la demande formulée à la France par les grandes orientations des politiques économiques 2003-2005⁸⁴⁰ de réformer son système d'assurance-maladie⁸⁴¹.

Enfin, le Conseil européen de Bruxelles de mars 2005 a profité de l'examen à mi-mandat de la stratégie de Lisbonne pour opérer une révision complète de la stratégie européenne pour l'emploi et accentuer encore la pression exercée sur les États membres pour qu'ils agissent concrètement. L'accent a, en effet, été particulièrement mis sur la mise en œuvre, son suivi et l'implication des États membres. Cette révision, effectuée cette fois-ci au nom d'une gouvernance améliorée, s'appuie largement sur les propositions de la Commission⁸⁴².

Les grands changements consistent en :

- des « lignes directrices intégrées pour la croissance et l'emploi », composées des grandes orientations des politiques économiques (GOPE) et des lignes directrices pour l'emploi (souvent désignées sous l'acronyme LDE)⁸⁴³ ;
- des « programmes nationaux de réforme »⁸⁴⁴ (encore appelés « programmes nationaux d'action ») sous la responsabilité des États membres (et éventuellement sous la gouverne d'un « coordinateur national Lisbonne » – le « Monsieur ou Madame Lisbonne » proposé par la Commission), et un « programme communautaire de Lisbonne » établi par la Commission, « couvrant l'ensemble des actions à entreprendre au niveau communautaire au service de la croissance et de l'emploi en tenant compte du besoin de convergence des politiques »⁸⁴⁵ ;

⁸⁴⁰ Recommandation 2003/555/CE du Conseil du 26 juin 2003 sur les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté (pour la période de 2003 à 2005) (JO L 195 du 01.08.2003).

⁸⁴¹ Arnaud LEPARMENTIER, « Bruxelles demande à Paris un plan d'assainissement de ses finances publiques avant le 15 décembre », *Le Monde*, 22 octobre 2003, p. 8.

⁸⁴² Voir la communication de la Commission du 7 février 2005 : *Travaillons ensemble pour la croissance et l'emploi – Un nouvel élan pour la stratégie de Lisbonne* (précitée, note 805), basée elle-même sur le rapport du groupe de haut niveau sur l'emploi présidé par M. Kok.

⁸⁴³ Les premières lignes directrices intégrées (2005-2008), précitées, note 823, ont été adoptées par le Conseil européen de Bruxelles de juin 2005. Elles confortent les priorités énoncées par le Conseil européen depuis 2002.

⁸⁴⁴ Les États membres ont bien fait leurs devoirs puisque, comme le souligne le Conseil, les premiers programmes nationaux de réforme établis en octobre 2005 « améliorent la viabilité et la qualité des finances publiques, la performance du marché du travail, un climat favorable aux affaires et aux entreprises ainsi que la qualité de l'éducation ; encouragent la recherche et l'innovation » (conclusions du Conseil du 6 décembre 2005 sur les programmes nationaux de réforme dans le cadre de la stratégie de Lisbonne révisée – Bulletin UE 12-2005, point 1.1.3). Le Conseil européen de printemps de 2006 s'est d'ailleurs félicité de cette large convergence de vues. La Commission a toutefois reproché à certains programmes nationaux de réforme des objectifs et calendriers trop généraux et leur manque de précisions relativement à la concurrence, à la levée des obstacles entravant l'accès aux marchés, ainsi qu'aux aspects budgétaires des réformes prévues (voir le point I.3.11 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de mars 2006, précitées, note 325).

⁸⁴⁵ Point I.8.39 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de mars 2005, précitées, note 542. Le premier programme communautaire de Lisbonne a été présenté par la Commission dans sa communication du 20 juillet 2005 : *Actions communes pour la croissance et l'emploi : le programme communautaire de Lisbonne* (COM(2005) 330). Ce programme reprend les axes essentiels de la

- un document unique regroupant l'ensemble des rapports (nationaux) sur le suivi de la stratégie de Lisbonne dans tous les domaines concernés et qui fait état des mesures prises par les États membres durant les douze mois antérieurs pour mettre en œuvre leur programme national ;
- un rapport annuel de la Commission sur la mise en œuvre de la stratégie dans ses trois dimensions, sur la base duquel le Conseil européen évalue les progrès accomplis et la nécessité de procéder à certains ajustements des « lignes directrices intégrées » ;
- un rapport stratégique de la Commission qui fait le bilan à la fin de chaque cycle triennal et sert de base au renouvellement des « lignes directrices intégrées », des « programmes nationaux de réforme » et du « programme communautaire de Lisbonne »⁸⁴⁶.

Sont maintenus le rapport conjoint sur l'emploi et la possibilité pour le Conseil d'émettre, à la majorité qualifiée, des recommandations spécifiques par pays.

Le Conseil européen de printemps 2005 ajoute une précision d'importance : ce sont désormais les grandes orientations des politiques économiques qui assureront la cohérence économique générale des trois dimensions de la stratégie de Lisbonne⁸⁴⁷. Ce nouveau cadre procédural officialise ainsi l'évolution politique et pratique des dernières années : un assujettissement à l'économie de la stratégie de Lisbonne.

Par ailleurs, afin de renforcer l'implication des États membres dans les réformes à mener, plusieurs suggestions de partenariats ont été faites durant les années 2004-2006.

2/ Un partenariat pour appuyer la mise en œuvre des réformes nationales

Je commencerai, au préalable, par un triple constat : en premier lieu, le mot partenariat devient un terme particulièrement « tendance » à partir de mars 2004⁸⁴⁸. En deuxième lieu, cet engouement pour le partenariat apparaît alors que les institutions

relance de la stratégie de Lisbonne énoncés dans les conclusions du Conseil européen de Bruxelles de mars 2005.

⁸⁴⁶ *Id.*, points I.8.39 et I.8.40.

⁸⁴⁷ Point I.8.39 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de mars 2005, *précitées*, note 542.

⁸⁴⁸ En effet, outre les nombreux partenariats pour relancer la stratégie de Lisbonne, s'adressant aux citoyens européens et aux partenaires sociaux ou plus spécifiquement aux États membres (« partenariats pour la réforme », « nouveau partenariat européen pour le changement » ou « partenariat pour le changement », « partenariat pour la croissance et l'emploi », puis « nouveau partenariat pour la croissance et l'emploi » ou « partenariat renouvelé pour l'emploi et la croissance »), on retrouve l'idée d'un partenariat à l'égard de la jeunesse européenne (« partenariat intergénérationnel » proposé dans l'agenda social de la Commission pour 2006-2010), ou dans le domaine de la sécurité (*cf.* la communication de la Commission, du 10 mai 2005, intitulée *Le programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années - Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice* (COM(2005) 184)), ou encore élargi à quelques objectifs stratégiques (*cf.* la communication de la Commission du 26 janvier 2005 : *Objectifs stratégiques 2005-2009 - Europe 2010 : un partenariat pour le renouveau*

européennes – plus fortes de leur nouvelle cohésion (avec la Commission Barroso) – s’attachent à obtenir des actions concrètes dans la réalisation de la stratégie révisée de Lisbonne. En troisième lieu, cet intérêt semble également étroitement lié au « processus constitutionnel » pour l’Europe : il traduirait alors un regain d’intérêt pour le citoyen européen, de la part du Conseil européen et de la Commission, à l’approche de la ratification du traité établissant une Constitution pour l’Europe.

C’est le Conseil européen de printemps 2004 qui a, le premier, proposé, sous l’impulsion de la présidence irlandaise attachée au dialogue social, de créer des partenariats nationaux pour la réforme. Ces partenariats ont vocation à associer les partenaires sociaux, la société civile et les pouvoirs publics. L’idée poursuivie était d’élargir « l’adhésion au changement », afin que les gouvernements soient moins isolés dans leur soutien – et leur action – en faveur du « changement » (autrement dit, des réformes)⁸⁴⁹. Le « rapport Kok » a ensuite insisté pour que soient mis en place des partenariats en faveur de la croissance et de l’emploi.

Puis l’idée a été reprise par la Commission, en février 2005, mais en la scindant en deux, avec, d’une part, un partenariat destiné aux États membres : le partenariat pour la croissance et l’emploi⁸⁵⁰ et, d’autre part, un partenariat élargi, s’adressant également aux partenaires sociaux et à la société civile : le partenariat pour le changement⁸⁵¹ (j’apprécierai ce dernier ultérieurement). Or le partenariat pour la croissance et l’emploi⁸⁵² s’avère un exemple très efficace des buts poursuivis par ces propositions de partenariats : il a pour unique fonction de renforcer la mise en œuvre de la stratégie de Lisbonne telle qu’elle a été redéfinie par les Conseils européens successifs depuis 2002 et le « rapport Kok ». La Commission indique en effet dans sa communication que « [...] la croissance et l’emploi

européen - Prospérité, solidarité et sécurité (COM(2005) 12)), et les partenariats publics-privés sont fréquemment invoqués, dans le domaine de l’innovation et de la recherche notamment.

⁸⁴⁹ Voir le point I.16.43 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de mars 2004, *précitées*, note 492.

⁸⁵⁰ Le partenariat pour la croissance et l’emploi a été proposé par la Commission dans sa communication du 7 février 2005 : *Travaillons ensemble pour la croissance et l’emploi - Un nouvel élan pour la stratégie de Lisbonne* (*précitée*, note 805).

⁸⁵¹ Le partenariat pour le changement a été proposé par la Commission dans sa communication du 9 février 2005 sur l’agenda social (2006-2010) (COM(2005) 33). Le texte intégral de la communication est diffusé à l’adresse Internet suivante :

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2005/com2005_0024fr01.pdf.

La Commission avait toutefois déjà proposé aux partenaires sociaux de s’impliquer dans le cadre d’un partenariat, dans sa communication, du 12 août 2004, intitulée *Partenariat pour le changement dans une Europe élargie, renforcer la contribution du dialogue social européen*, *précitée*, note 587.

doivent être la première déclinaison concrète de ce nouveau partenariat » et que « [c]e partenariat n'aura qu'une seule fonction : faciliter et accélérer la mise en oeuvre des réformes nécessaires à la croissance et l'emploi »⁸⁵³. Dans sa communication au Conseil européen de printemps 2006, du 25 janvier 2006, intitulée *Passons à la vitesse supérieure - Le nouveau partenariat pour la croissance et l'emploi*, la Commission poursuit dans cette voie, adressée aux États membres, en proposant à ces derniers des mesures claires sur lesquelles ils sont appelés à s'engager rapidement. Et ce, dans quatre domaines jugés prioritaires : « investir davantage dans la connaissance et dans l'innovation ; libérer le potentiel des entreprises, des PME en particulier ; répondre à la mondialisation et au vieillissement de la population ; aller vers une politique énergétique européenne efficace et intégrée »⁸⁵⁴.

Le Conseil européen de mars 2005 intégrera cette idée de partenariat dans sa relance de la stratégie de Lisbonne⁸⁵⁵. Il lui donnera ainsi à la fois une direction claire : le recentrage – hautement affirmé – du processus de Lisbonne sur la croissance (et, nous dit-on, l'emploi), et un encadrement renforcé : une coordination placée sous le signe d'une gouvernance améliorée ; ce que le Conseil européen de mars 2006 a résumé en ces termes : « un nouveau cycle de gouvernance fondé sur le partenariat et la maîtrise du processus par les acteurs concernés »⁸⁵⁶.

Parallèlement à la révision des processus de coordination, pour renforcer l'application et le suivi au niveau national des mesures et orientations décidées au niveau communautaire, la protection sociale a fait l'objet d'un renforcement de la coordination et de la coopération des politiques nationales au niveau de l'Union européenne.

⁸⁵² Pour plus de précisions sur ce partenariat politique proposé par la Commission aux États membres pour les inciter à s'engager plus sérieusement dans la mise en œuvre de la stratégie de Lisbonne, voir O. BAILLY, *loc. cit.*, note 833, 359-360.

⁸⁵³ Communication de la Commission de février 2005 sur l'agenda social, *précitée*, note 851, p. 15.

⁸⁵⁴ COM(2006) 30) – Bulletin UE 1/2-2006, point 1.2.5 (voir le texte intégral à l'adresse Internet suivante : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2006/com2006_0030fr01.pdf).

⁸⁵⁵ Le point I.4.6 des conclusions du Conseil européen de printemps de 2005, *précitées*, note 542 est ainsi formulé : « [à] côté des gouvernements, tous les autres acteurs concernés – parlements, instances régionales et locales, partenaires sociaux, société civile – doivent s'approprier la stratégie et participer activement à la réalisation de ses objectifs. » Le Conseil européen semble ainsi avoir retenu une conception plus large du partenariat que celle, scindée, de la Commission. Le Conseil européen de printemps de 2006 utilise d'ailleurs l'appellation « partenariat pour la croissance et l'emploi » également à l'égard des citoyens européens et des partenaires sociaux.

⁸⁵⁶ Point I.3.4 des conclusions du Conseil européen de printemps de 2006, *précitées*, note 325.

3/ Une extension parallèle de la méthode ouverte de coordination dans le domaine de la protection sociale

Le Conseil européen de printemps 2003 a invité la Commission « à faire rapport sur l'opportunité de simplifier et de rationaliser les différents volets des travaux relatifs à la protection sociale pour les inscrire dans un cadre cohérent suivant la méthode ouverte de coordination »⁸⁵⁷. La Commission a ainsi proposé, dans sa communication du 27 mars 2003 intitulée *Renforcement de la dimension sociale de la stratégie de Lisbonne : Rationalisation de la coordination ouverte dans le domaine de la protection sociale*⁸⁵⁸, diverses suggestions de « rationalisation » des mécanismes de protection sociale. Elle a ainsi recommandé de définir des objectifs communs non seulement pour l'inclusion sociale (le cas depuis le Conseil européen de Lisbonne en 2000) et les pensions (le cas depuis le Conseil européen de Stockholm en 2001), mais également pour les soins de santé et de longue durée, et de lier plus étroitement ces objectifs communs avec les grandes orientations des politiques économiques et les lignes directrices pour l'emploi. Elle a, de plus, proposé de soumettre les politiques nationales dans le domaine de la santé et des soins de longue durée à une coordination renforcée.

Puis la Commission a préconisé une extension de la méthode ouverte de coordination au secteur de la santé et des soins de longue durée dans sa communication du 20 avril 2004 : *Moderniser la protection sociale pour le développement de soins de santé et de soins de longue durée de qualité, accessibles et durables : un appui aux stratégies nationales par la « méthode ouverte de coordination »*⁸⁵⁹. Enfin, c'est la mise en place d'une méthode ouverte de coordination renforcée pour les trois piliers de la protection sociale (intégration, retraites et santé)⁸⁶⁰, plus axée sur la mise en œuvre et mieux coordonnée à la stratégie de Lisbonne révisée, qu'elle a suggérée dans sa communication du 22 décembre 2005, intitulée *Un nouveau cadre pour la coordination ouverte des politiques de protection sociale et d'inclusion sociale*⁸⁶¹.

⁸⁵⁷ Point I.33.51 des conclusions du Conseil européen de printemps de 2003, *précitées*, note 687.

⁸⁵⁸ *Précitée*, note 494.

⁸⁵⁹ COM(2004) 304.

⁸⁶⁰ Dans sa communication du 9 février 2005 sur l'agenda social (2006-2010), la Commission avait déjà préconisé une rationalisation de la méthode ouverte de coordination dans le domaine de la protection sociale, en adoptant une liste unique d'objectifs communs aux trois volets (inclusion, retraites et santé) (voir p. 9 de cette communication, *précitée*, note 851).

⁸⁶¹ *Précitée*, note 186.

La Commission a ainsi appliqué, dans le domaine de la protection sociale, la « méthode du cliquet » (soit une avancée progressive mais sans retour en arrière possible ; ce que certains appellent aussi l'« effet cliquet »), avec une double extension. En premier lieu, une extension du degré de coopération : on est passé d'une simple coopération en matière de protection sociale à une coopération renforcée (pour les soins de santé), pour finir à une coordination des politiques des États membres dans le domaine social (renforcée encore en 2005). En second lieu, une extension des domaines couverts par la coordination : d'abord seulement l'intégration sociale (en 2000), puis les retraites (en 2001), et enfin la santé (en 2004).

Ce renforcement de la coordination, sous toutes ses formes, au niveau de l'Union ne reflète pas pour autant une intégration européenne plus poussée. Au contraire⁸⁶², on pourrait même penser qu'elle résulte, en partie, d'un ralentissement dans la construction européenne, comme je vais m'efforcer de le démontrer à présent.

Paragraphe 2. Les tentatives de légitimation d'une Union européenne affaiblie

Depuis 2002, on observe un essoufflement de la construction européenne. Quatre éléments ont largement concouru à cet affaiblissement : une conjoncture économique défavorable, une vision « individualiste » de ses États membres, un élargissement de l'Union à dix puis douze nouveaux membres et surtout, conséquence de ces trois premiers éléments, un manque de volonté politique d'approfondir l'intégration européenne. Les conceptions blairistes de l'élargissement l'ont en effet emporté : l'élargissement de l'Union s'est fait au détriment de son approfondissement et l'Europe est vue de plus en plus, notamment par ses nouveaux membres, comme une Europe de grand marché.

La prévalence des intérêts nationaux sur l'intérêt communautaire a été particulièrement préjudiciable à la construction européenne et ce, à plusieurs égards. D'abord, elle a eu des incidences au niveau institutionnel, avec des organes intergouvernementaux forts (Conseil de l'Union et Conseil européen) peu intéressés à accroître le degré d'intégration de l'Union européenne et une Commission (Prodi) faible et

⁸⁶² La méthode ouverte de coordination en est un bon exemple : voir *supra*, page 130. Son développement, en tant qu'instrument de *soft law*, se fait aux dépens du droit dur. D'aucuns y voient une remise en cause de la nature même de la construction communautaire : J.-P. LHERNOULD, *loc. cit.*, note 800, 7, qui cite le rapport du groupe à haut niveau sur l'avenir de la politique sociale dans une Europe européenne élargie.

non soutenue par les États membres ⁸⁶³, et dès lors peu à même de renverser la tendance. Il en a résulté, selon moi, un certain cloisonnement entre les institutions motrices de l'Union, chacune fonctionnant en quelque sorte « en circuit fermé », le Conseil européen soit ne faisant aucune référence aux travaux et propositions – même majeures ⁸⁶⁴ – de la Commission Prodi, soit les mentionnant du bout des lèvres, sans grand empressement à y donner suite ⁸⁶⁵. On a assisté en outre à une « appropriation » grandissante du Conseil européen par la

⁸⁶³ Voir notamment Arnaud LEPARMENTIER, « Romano Prodi, au bilan contesté, quitte une Commission affaiblie », *Le Monde*, 17 juin 2004, p. 6, pour qui « M. Prodi n'a pas eu l'écoute du Conseil européen », et qui ajoute : « Chefs d'État et de gouvernement ont repris la main. Ce n'est plus la Commission qui réalise les compromis, mais le pays qui tient la présidence tournante du Conseil. »

⁸⁶⁴ C'est ainsi que le livre blanc de la Commission sur la gouvernance européenne (*précité*, note 580), bien qu'il ait fait l'objet de nombreuses analyses et commentaires de la part de la doctrine (voir, par exemple, Jérôme VIGNON, « Gouvernance européenne : "un livre blanc" », (2001-2002) I *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs* 42), a été complètement ignoré par le Conseil européen de Göteborg de juin 2001 et les Conseils européens postérieurs. Par ce livre blanc, la Commission Prodi souhaitait laisser sa marque en proposant une audacieuse réforme du processus d'élaboration des politiques européennes, en renforçant la démocratie participative au niveau de l'Union européenne. Participation de la société civile et implication des différents acteurs, notamment locaux et régionaux, à l'élaboration et à l'application des politiques européennes, recentrage du rôle et des responsabilités des institutions européennes, ainsi que meilleures élaboration et exécution des règles et des politiques communautaires étaient dès lors au menu de cet ambitieux programme. Cinq principes politiques (ouverture, participation, responsabilité, efficacité et cohérence) guidaient le tout. On notera que si le Conseil européen a ignoré ce livre blanc, il a toutefois repris à son compte, en 2005, le terme de « gouvernance » pour justifier la révision des processus de coordination au niveau européen.

⁸⁶⁵ C'est notamment le cas pour la proposition de la Commission au Conseil européen de Bruxelles des 16 et 17 octobre 2003 de relancer la croissance par des « grands travaux », soit des investissements communautaires et nationaux ainsi que privés dans les infrastructures de réseaux (réseaux transeuropéens ou réseaux de télécommunications) et dans la connaissance (voir les communications de la Commission des 1^{er} octobre et 11 novembre 2003, intitulées *Une initiative européenne pour la croissance - Investir dans les réseaux et la connaissance pour soutenir la croissance et l'emploi* (rapport intermédiaire et final au Conseil européen) (COM(2003) 579 et COM(2003) 690). Les Conseils européens de Bruxelles d'octobre 2003 et de décembre 2003 ont approuvé timidement cette initiative et son financement reste incertain (sur ce dernier point, voir Rémi MAYET, « Le réseau transeuropéen de transport : le dessous des cartes », (2005) 484 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 11, 15-17). Pour des exemples concrets de ces projets de grands travaux, voir Arnaud LEPARMENTIER et Philippe RICARD, « La Commission adopte un programme de grands travaux », *Le Monde*, 12 novembre 2003, p. 6.

présidence de l'Union ⁸⁶⁶, celle-ci cherchant à laisser davantage sa marque dans les priorités abordées par le Conseil européen ⁸⁶⁷.

Ensuite, cette domination des intérêts nationaux a eu des répercussions sur les orientations données à l'Europe. En premier lieu, les intérêts nationaux partageant majoritairement une ligne de pensée conservatrice ou centriste, les Conseils européens ont dès lors fait place aux deux grands thèmes classiques de la droite : l'économie et la sécurité. Les gouvernements conservateurs ou de droite n'étant pas particulièrement reconnus pour leur ouverture au dialogue civil ou social, les citoyens européens et les partenaires sociaux ont tout simplement disparu des conclusions du Conseil européen, sauf besoin particulier de ce dernier ⁸⁶⁸. La présence de la société civile a été circonscrite aux débats sur l'avenir de l'Union européenne. La Commission s'est ainsi trouvée isolée dans ses efforts de renforcer les dialogues civil ⁸⁶⁹ et social ⁸⁷⁰ et dans ses projets davantage « keynésiens » (grands

⁸⁶⁶ Le secrétaire général du Conseil, Javier Solana, a présenté aux chefs d'État et de gouvernement un rapport sur les « dysfonctionnements » du Conseil européen, dans lequel il dénonce « la dérive de la pratique de la présidence », qui a « transformé ces sessions en une approbation de bilans ou en un exercice hors de propos d'autocongratulation des institutions » : Arnaud LEPARMENTIER et Laurent ZECCHINI, « Au sommet de Barcelone, l'élan libéral bute sur les élections », *Le Monde*, 15 mars 2002, p. 5. Ce rapport a conduit à des réformes importantes des méthodes de travail du Conseil européen ainsi que du Conseil (voir les conclusions du Conseil européen de Séville de juin 2002 : *Règles d'organisation des travaux du Conseil européen*, et l'annexe II : *Mesures concernant la structure et le fonctionnement du Conseil*, précitées, note 62).

⁸⁶⁷ Ce phénomène était déjà présent en 2000, la priorité pour le social du gouvernement français se reflétant dans l'Agenda social. Ensuite, ce fut la Suède qui imposa sa marque, en initiant de nettes avancées en matière d'environnement. Les Conseils de Barcelone et de Séville, présidés par José María Aznar, traduisent également ses préoccupations : la libéralisation dans le domaine du marché intérieur (le secteur de l'énergie notamment), la compétitivité, les retraites et l'immigration ; thème particulièrement important également pour Silvio Berlusconi, qui présidera les Conseils européens de Bruxelles d'octobre et de décembre 2003. La présidence irlandaise mettra, quant à elle, l'accent sur la compétitivité et le « modèle social » fondé sur le dialogue et le partenariat, au Conseil européen de Bruxelles de mars 2004.

⁸⁶⁸ Si le Conseil européen de Barcelone de mars 2002 (point I.28.30 des conclusions, précitées, note 541) mentionne les partenaires sociaux, c'est essentiellement afin que leur rôle et leur responsabilité soient renforcés dans la mise en œuvre et le suivi des lignes directrices. Il en va de même pour le Conseil européen de Bruxelles d'octobre 2003 (point I.14.22 des conclusions, précitées, note 801) à l'égard des retraites. Et le Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004 (point I.3.8 des conclusions – Bulletin UE 11-2004, points I.1 à I.52) invite les partenaires sociaux à s'engager en faveur de l'examen à mi-parcours de la stratégie de Lisbonne afin de rendre sa mise en œuvre plus efficace.

⁸⁶⁹ Outre une démocratie participative, le livre blanc de la Commission de juillet 2001 sur la gouvernance européenne proposait un code de conduite pour structurer la relation de l'Union européenne avec la société civile et il visait à renforcer la confiance du public en l'Union européenne. L'objectif sous-jacent était, comme le note Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Quelques réflexions à propos du livre blanc de la Commission "Gouvernance européenne" » (2002) 454 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 10, 13, « de changer l'image de l'Union européenne, de la rapprocher des citoyens européens ». À la suite du livre blanc de 2002, la Commission a adopté la communication, du 11 décembre 2002, *Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue - proposition relative aux principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées* (COM(2002) 704), afin de favoriser une plus

travaux). En second lieu, les intérêts égoïstes de chaque État membre se sont particulièrement exprimés au cours de la Conférence intergouvernementale destinée à finaliser le projet de traité constitutionnel, ainsi qu'au Conseil européen de Bruxelles des 16 et 17 juin 2005 à l'occasion du financement de l'Union, et plus précisément pour les perspectives financières à moyen terme du budget européen pour la période 2007-2013. Il s'en est suivi une crise financière, succédant ainsi à la crise politique liée aux référendums négatifs en France et aux Pays-Bas sur le traité instituant une Constitution pour l'Europe. Cette crise financière, tenant au refus tant d'augmenter le budget que de toute solidarité financière⁸⁷¹, est édifiante au regard de l'Europe que les Vingt-Cinq (et maintenant Vingt-Sept) veulent avoir, ou plutôt ne veulent plus avoir, à savoir une Europe redistributrice, fondée sur la cohésion économique et sociale depuis le Sommet de La Haye en décembre 1969.

Enfin, « l'individualisme » des États membres s'est fait sentir au niveau des règles européennes, avec un moins grand respect pour les normes communautaires. En effet, soit la législation communautaire a été peu ou mal appliquée, particulièrement dans le domaine du marché intérieur⁸⁷², soit c'est le pacte de stabilité budgétaire qui a été remis en cause⁸⁷³

large participation des citoyens au niveau européen. En outre, la Commission a créé un nouveau Portail *Votre point de vue sur l'Europe* (à l'adresse Internet suivante : http://europa.eu.int/yourvoice/index_fr.htm), dans le cadre de l'élaboration interactive des politiques (Interactive Policy Making : IPM). Ce portail comprend deux instruments : un dispositif d'écoute permettant de recueillir les plaintes des citoyens, des consommateurs et des entreprises relativement à l'application de la législation communautaire, et un mécanisme de consultation en ligne destiné aux citoyens et aux entreprises, mais privilégiant *de facto* ces dernières, représentées au sein d'un panel d'entreprises européennes chargé d'évaluer l'incidence des propositions législatives communautaires.

⁸⁷⁰ La communication de la Commission, du 26 juin 2002, intitulée *Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement*, précitée, note 580, se situe dans le prolongement du livre blanc de la Commission sur la gouvernance européenne. Dans sa communication, du 12 août 2004, *Partenariat pour le changement dans une Europe élargie, renforcer la contribution du dialogue social européen*, précitée, note 587, la Commission parle même de renforcer le dialogue social au niveau national, pour faciliter la mise en œuvre des résultats du dialogue social européen, par le biais de l'aide communautaire (le Fonds social européen notamment) : voir page 7 du texte intégral, à l'adresse Internet suivante : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2004/com2004_0557fr01.pdf.

⁸⁷¹ Voir Denys SIMON et Flavien MARIATTE, « Conseil européen de crise, crise du Conseil européen (chron. n° 7) », (juillet 2005) *Europe* 3.

⁸⁷² En raison du faible nombre d'États membres ayant transposé entièrement les directives se rapportant au marché intérieur, le Conseil européen de Stockholm avait dû fixer un objectif intermédiaire de transposition de 98,5 % pour le Conseil de Barcelone de mars 2002. Ce dernier a encore dû le renforcer (avec un objectif de 100 % de transposition, pour le Conseil européen de printemps 2003, pour les directives qui auraient déjà dû être mises en œuvre plus de deux ans auparavant), compte tenu du fait que seuls sept États membres avaient rempli cette exigence (point I.14.16 des conclusions du Conseil européen de Barcelone de mars 2002, précitées, note 541).

⁸⁷³ Jacques Bourrinet oppose, avec justesse, la « forte crédibilité institutionnelle » du pacte à sa « crédibilité fonctionnelle aléatoire » (Jacques BOURRINET, « Quelle crédibilité peut-on accorder au pacte de stabilité et de croissance dans le cadre de l'Union économique et monétaire européenne ? », (2003) 472 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 568, 570-572). La crédibilité du pacte de stabilité budgétaire a, en effet, été particulièrement mise à mal en 2002 et 2003 par l'incapacité de

conduisant à une modification – sans en altérer la substance – de ce dernier lors du Conseil européen de Bruxelles de mars 2005⁸⁷⁴.

En conséquence, les seuls objectifs communs poursuivis par les États membres au sein de l'Union européenne se sont résumés, d'après moi, d'une part, à atteindre les objectifs fixés par le Conseil européen de Lisbonne, revus et corrigés à l'aune des priorités d'une Europe dominée par des gouvernements conservateurs – tendance d'ailleurs accentuée par l'arrivée des nouveaux États membres et une nouvelle Commission en 2004 – et, d'autre part, à réaliser l'élargissement, en dépit des réticences d'une majeure partie de la population européenne⁸⁷⁵. Autrement dit, les seuls projets européens proposés (réformes néolibérales et élargissement) l'ont été – et le sont encore – en contradiction avec la volonté des citoyens

l'Allemagne et de la France à résoudre leur déficit excessif (conséquemment au ralentissement économique) et par le refus, le 24 novembre 2003, du Conseil de les sanctionner à la demande de la Commission (pour une présentation historique des nombreux écarts au pacte de stabilité budgétaire, voir Philippe MARCHAT, « L'assouplissement du pacte de stabilité et de croissance », (2005) 489 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 362, 363-364). Invoquant le refus d'agir (et de suivre ses recommandations) de la part du Conseil, ainsi que la suspension par ce dernier de la procédure concernant les déficits excessifs à l'égard de l'Allemagne et de la France, la Commission a saisi la Cour de justice des Communautés européennes. L'arrêt de la Cour, rendu le 13 juillet 2004 – qualifié par la doctrine de « subtil » et d'« équilibré » – reconnaît à la fois une marge de manœuvre au Conseil dans la prise de décision et un pouvoir d'initiative renforcé à la Commission : voir Flavien MARIATTE, « Procédures pour déficits publics excessifs et mise en œuvre du Pacte de stabilité et de croissance : match nul, balle au centre ? », (octobre 2004) *Europe comm.* 331 et Florence CHALTIER, « Le pacte de stabilité, entre exigences juridiques et pragmatisme politique – À propos de l'arrêt du 13 juillet 2004 », (2004) 481 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 509. Par la suite, l'élargissement et la poursuite d'une conjoncture économique défavorable ont fait augmenter le nombre d'États membres ne pouvant respecter les exigences du pacte (en juin 2004, dix-sept sur les vingt-cinq États membres connaissaient un déficit et ce déficit était excessif dans dix de ces États membres : P. MARCHAT, *id.*, 365), rendant indispensable une réforme du pacte de stabilité.

⁸⁷⁴ Voir à l'annexe II des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de mars 2005, *précitée*, note 542, aux points I.18 à I.39, l'accord conclu par les ministres des finances sur la révision du pacte de stabilité et de croissance, intitulé *Améliorer la mise en œuvre du pacte de stabilité et de croissance - Rapport du Conseil au Conseil européen*. Les modifications introduites restent toutefois mineures et ne touchent pas à l'essence même de ce pacte destiné essentiellement à préserver l'orthodoxie monétaire de Maastricht. Elles s'inspirent essentiellement des propositions de la Commission (formulées déjà en septembre 2002). Les principaux assouplissements apportés au pacte de stabilité budgétaire consistent dans l'ajout du deuxième critère de Maastricht (non repris à l'origine par le pacte : voir *supra*, note 364), soit le seuil d'endettement de 60 % du PIB, et la prise en compte des cycles économiques et des réformes structurelles majeures (des pensions en particulier). Pour plus de précisions sur les modifications apportées au pacte de stabilité budgétaire par le Conseil européen de mars 2005 ainsi que les propositions de réformes antérieures, voir P. MARCHAT, *loc. cit.*, note 873, 366-369.

⁸⁷⁵ Le mécontentement de la population européenne à l'égard de l'élargissement de l'Union restant d'ailleurs fort, alors que l'Europe s'appête à accueillir de nouveaux États membres, le Conseil européen de juin 2006 a adopté un nouveau concept : la « capacité d'absorption » de l'Union européenne de nouveaux membres. Par ce concept, le Conseil européen souhaite montrer à l'opinion publique européenne que l'élargissement reste sous contrôle politique (voir Philippe RICARD, « L'Union s'interroge sur le rythme de l'élargissement », *Le Monde*, 19 juin 2006, p. 4), tout en insistant sur « la nécessité de bien expliquer le processus d'élargissement à la population de l'Union »

européens. Pour tenter de compenser cette situation de fait, et légitimer malgré tout cette Europe affaiblie, trois approches ont été employées : un renforcement de la sécurité collective, un projet constitutionnel, et un partenariat avec la société civile et les partenaires sociaux.

A. L'approche sécuritaire : la sécurité comme principale réponse aux attentes des peuples européens

Contrairement à la période précédente (1997-2001), caractérisée par une prise en compte croissante des préoccupations des citoyens européens (avec déjà des prémices dès 1993), entre 2002 et 2006 les seules réponses aux attentes des peuples européens se limitent, outre l'environnement ⁸⁷⁶, aux questions sécuritaires, soit l'immigration et le terrorisme.

1/ La politique d'asile et d'immigration

L'arrivée au pouvoir de la « droite dure » dans plusieurs gouvernements européens, avec en toile de fond la montée inquiétante de l'extrême-droite en Europe ⁸⁷⁷ liée au phénomène grandissant de « l'immigration indésirable » – qui touche désormais l'Espagne ou l'Italie au même titre que la Grande-Bretagne, la France ou l'Allemagne ⁸⁷⁸, a « transféré » du niveau national au niveau communautaire la question sécuritaire et l'immigration. Le Conseil européen de Séville de juin 2002, sous l'influence également de Tony Blair et de José Maria Aznar (ce dernier occupant la présidence de l'Union) a ainsi fait de certaines mesures de lutte contre l'immigration clandestine « une priorité absolue » ⁸⁷⁹. Ce Conseil européen a approuvé

(point I.8.53 des conclusions, *précitées*, note 709) ...et en confirmant parallèlement l'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie pour janvier 2007.

⁸⁷⁶ Cf., *supra*, pages 186 et 187.

⁸⁷⁷ En Autriche, Italie, Portugal, Danemark, Norvège, France et Pays-Bas, ainsi qu'en Belgique, Allemagne et Hongrie, particulièrement au printemps 2002 : voir par exemple, pour plus de précisions, l'éditorial du *Monde* du 22 avril 2002 ; Serge TRUFFAUT, « L'Europe grise », *Le Devoir*, 23 avril 2002, p. A6 ; ou encore Christian RIOUX, « Le nouveau populisme européen : de Haider à Le Pen en passant par Fortuyn, personne ne peut encore qualifier le nouveau courant », *Le Devoir*, 18 mai 2002, p. B1.

⁸⁷⁸ De manière générale, la pression de l'immigration non-européenne s'est fait davantage sentir au sein de l'Union européenne. Par exemple, voir Sylvia ZAPPI, « L'immigration non européenne a augmenté [en France] de 55 % entre 1997 et 1998 », *Le Monde*, 13 janvier 2000, p. 10.

⁸⁷⁹ Voir le point I.10.30 des conclusions du Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2002 – Bulletin UE 6-2002, points I.1 à I.33. Ont dès lors été adoptées la décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil, du 28 novembre 2002, visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (JO L 328 du 5.12.2002) et la directive 2002/90/CE du Conseil, du 28 novembre 2002, définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (JO L 328 du 5.12.2002). Pour une présentation détaillée des mesures proposées au Conseil européen de Séville en matière d'asile et d'immigration, voir Roland GENSON, « Avancées au Conseil européen de Séville

le *Plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains dans l'Union européenne*, adopté le 28 février 2002 par le Conseil⁸⁸⁰, ainsi que le *Plan pour la gestion des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, approuvé par le Conseil le 13 juin 2002, destiné à assurer une meilleure maîtrise des flux migratoires⁸⁸¹. Et il a demandé au Conseil et à la Commission de mettre en œuvre certaines mesures relatives au contrôle des frontières avant la fin de 2002 (l'organisation d'un réseau d'officiers de liaison d'immigration des États membres notamment) ou avant juin 2003 (l'établissement d'un modèle commun d'analyse des risques, par exemple)⁸⁸².

Le Conseil européen de Séville a en outre intégré la politique d'immigration dans les relations de l'Union avec les pays tiers : désormais, tout futur accord de coopération, accord d'association ou accord équivalent avec tout État tiers devra comprendre une clause sur la gestion conjointe des flux migratoires ainsi que sur la réadmission obligatoire en cas d'immigration illégale (de ressortissants du pays en cause comme de ressortissants de pays tiers en transit)⁸⁸³. Si le Conseil européen de Séville n'a pas suivi l'approche « ostensiblement "punitif" »⁸⁸⁴ du tandem « Blair-Aznar », il n'en reste pas moins qu'il a adopté une position sévère envers les pays tiers qui refuseraient de coopérer en matière d'asile et de migration, tout en soulignant l'importance d'agir sur les causes profondes de l'immigration illégale, soit la pauvreté. Une coopération insuffisante d'un pays pourrait ainsi faire obstacle au développement des relations de ce pays avec l'Union, et un manque de coopération non justifié, constaté à l'unanimité par le Conseil, pourrait conduire ce dernier à adopter « des mesures ou des positions dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune et des autres politiques de l'Union européenne », sans mettre en cause toutefois les objectifs de la coopération au développement⁸⁸⁵. Le Conseil européen de Séville a également demandé l'accélération des travaux législatifs en cours pour l'élaboration d'une politique

en matière de "justice et affaires intérieures" », (2002) 460 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 438.

⁸⁸⁰ Ce plan prévoyait sept domaines de coopération : la politique en matière de visas, les échanges et les analyses d'informations, la politique de réadmission et de rapatriement, le contrôle des frontières, les mesures à prendre lors de leur franchissement, Europol, et les sanctions. Et ce plan proposait une série de mesures et d'actions pour lutter plus efficacement contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains : Bulletin UE 1/2 2002, point 1.4.5.

⁸⁸¹ Ce plan s'inspire de la communication de la Commission, du 7 mai 2002, intitulée *Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne* (COM(2002) 233).

⁸⁸² Points I.11.31 et 32 des conclusions du Conseil européen de Séville, *précitées*, note 879.

⁸⁸³ *Id.*, points I.12.33 et 34. Le Conseil « Justice, affaires intérieures et protection civile » a par la suite approuvé, le 28 novembre 2002, un programme d'action en matière de retour des personnes en séjour irrégulier.

⁸⁸⁴ R. GENSON, *loc. cit.*, note 879, 441.

⁸⁸⁵ Points I.12.35 et 36 des conclusions du Conseil européen de Séville, *précitées*, note 879.

commune en matière d'asile et d'immigration (concernant notamment le statut de réfugié ou de résident permanent, le regroupement familial ou les procédures d'asile)⁸⁸⁶.

Le Conseil européen de Thessalonique de juin 2003, rappelant que l'immigration figure au premier rang des priorités politiques de l'Union européenne⁸⁸⁷, a poursuivi sur la lancée de Séville⁸⁸⁸. Il a notamment ajouté des critères pour l'évaluation du suivi des relations avec les pays tiers qui ne coopèrent pas avec l'Union européenne dans la lutte contre l'immigration clandestine. Sont ainsi principalement pris en compte la coopération du pays tiers concerné en matière de réadmission et, dans le domaine de la politique des visas, ses efforts pour contrôler les frontières, ainsi que sa coopération dans la lutte contre la traite des êtres humains⁸⁸⁹. Par contre, le Conseil européen de Thessalonique n'a pas retenu la proposition britannique de constituer des « centres de transit » (aux frontières de l'Union européenne) et des zones d'accueil (proche des pays d'émigration)⁸⁹⁰, et il a davantage insisté sur l'intégration des migrants légaux au sein de l'Union européenne⁸⁹¹, point auquel tenait la présidence grecque de l'Union⁸⁹². Par ailleurs, le Conseil européen de Thessalonique a abordé la question du partage des charges entre les États membres⁸⁹³, question d'autant plus sensible à l'approche de l'élargissement de l'Union européenne.

Sous présidence italienne, le Conseil européen de Bruxelles d'octobre 2003 a également évoqué la priorité donnée à la question de l'immigration, ainsi que l'« approche équilibrée » adoptée par l'Union européenne avec, d'un côté, la lutte contre l'immigration clandestine et, de l'autre, l'accueil et l'intégration des immigrants légaux (sélectionnés en fonction des besoins économiques de l'Union)⁸⁹⁴. Si ce Conseil européen, ainsi que le suivant, les 12 et 13 décembre 2003, s'étendent longuement sur la thématique de

⁸⁸⁶ Voir *id.*, les points I.13.37 à 39 des conclusions du Conseil européen de Séville.

⁸⁸⁷ Point I.4.9 des conclusions du Conseil européen de Thessalonique, *précitées*, note 658.

⁸⁸⁸ Voir *id.*, les points I.4.8 à I.12.35 des conclusions du Conseil européen de Thessalonique. Pour plus d'informations sur les mesures préconisées par le Conseil européen de Thessalonique en cette matière, voir Charles ELSÉN, « Le Conseil européen de Thessalonique – Un nouveau pas vers une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle aux frontières », (2003) 471 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 516.

⁸⁸⁹ Point I.9.19 des conclusions du Conseil européen de Thessalonique, *précitées*, note 658.

⁸⁹⁰ C. ELSÉN, *loc. cit.*, note 888, 518.

⁸⁹¹ Voir les points I.12.28 à 35 des conclusions du Conseil européen de Thessalonique, *précitées*, note 658.

⁸⁹² La Grèce voit, en effet, l'immigration comme un moyen de compenser, au moins partiellement, l'évolution démographique et le besoin de main d'œuvre : C. ELSÉN, *loc. cit.*, note 888, 517.

⁸⁹³ Voir les points I.10.22 et 23 des conclusions du Conseil européen de Thessalonique, *précitées*, note 658.

⁸⁹⁴ Point I.17.30 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de novembre 2003, *précitées*, note 687.

l'immigration et de la coopération judiciaire et policière⁸⁹⁵, c'est surtout, me semble-t-il, pour prendre en compte les inquiétudes citoyennes exprimées au niveau national. Ces Conseils européens restent en effet dans le prolongement des Conseils européens précédents et n'apportent rien de nouveau ; seule particularité : la proposition de Silvio Berlusconi d'introduire un système de quotas d'immigration – rejetée par la plupart de ses vis-à-vis européens⁸⁹⁶.

Le programme quinquennal de Tampere arrivant à échéance, le Conseil européen de Bruxelles de novembre 2004 a adopté un nouveau programme pluriannuel (2005-2010), dit de La Haye, en matière de liberté, de sécurité et de justice⁸⁹⁷. Le « programme de La Haye » insiste particulièrement sur « la mise en œuvre des instruments adoptés depuis 1999 [...] ainsi que sur la dimension “opérationnelle” de la coopération transfrontière »⁸⁹⁸. Un plan d'action mettant en œuvre le programme de La Haye a par la suite été adopté⁸⁹⁹. On retrouve ainsi la même démarche que celle constatée pour la stratégie de Lisbonne : l'heure est aux actions concrètes et non plus à la formulation d'orientations. Ce besoin des institutions européennes de voir se concrétiser des avancées tangibles⁹⁰⁰ – pour le citoyen européen –

⁸⁹⁵ Voir *id.*, les points I.16.25 à 29, I.17.30 à 33 et I.18.34 à 36 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de novembre 2003 et les points I.8.17 à 19, I.9.20 à 23 et I.10. 24 à 26 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 12 et 13 décembre 2003 – Bulletin UE 12-2003, points I.1 à I.37.

⁸⁹⁶ Voir Thomas FERENCZI, « Bruxelles donne la priorité à la lutte contre les clandestins », *Le Monde*, 4 novembre 2003, p. 2.

⁸⁹⁷ Annexe 1 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de novembre 2004, *précitées*, note 868, points I.14 à I.51. Le programme de La Haye s'appuie largement sur les nouvelles dispositions du traité constitutionnel, sans toutefois les mettre en œuvre de manière anticipée. Pour une analyse du contenu de ce programme, voir Roland GENSON, « Un nouveau programme pluriannuel pour consolider l'espace de liberté, de sécurité et de justice – Le programme de La Haye (2005-2010) », (2005) 486 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 172.

⁸⁹⁸ R. GENSON, *loc. cit.*, note 897, 172.

⁸⁹⁹ *Plan d'action relatif au programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne* – Bulletin UE 6-2005, point 1.4.2, approuvé par le Conseil « Justice et affaires intérieures » les 2 et 3 juin 2005.

⁹⁰⁰ Au nombre des mesures concrètes adoptées par l'Union européenne, on mentionnera le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil, du 26 octobre 2004, portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne (JO L 349 du 25.11.2004), ainsi que trois mesures en matière de lutte contre l'immigration clandestine : la décision 2004/573/CE du Conseil, du 29 avril 2004, relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus (JO L 261 du 6.8.2004) ; la directive 2004/81/CE du Conseil, du 29 avril 2004, relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes (JO L 261 du 6.8.2004) ; et la directive 2004/82/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers (JO L 261 du 6.8.2004). Voir l'intéressante analyse de ces trois documents d'Anne DULMET, (oct. 2004) *Europe comm.* 320, qui conclut, à propos de la directive 2004/81/CE du Conseil, que « [...] cette directive fait naître chez

dans le domaine de la justice et des affaires intérieures⁹⁰¹ est à comprendre à la fois au regard des attentats de Madrid du 11 mars 2004, du récent élargissement des frontières de l'Union avec l'arrivée au 1^{er} mai 2004 de dix nouveaux États membres (susitant certaines craintes liées à la sécurité dans les populations des anciens États membres), et du lancement officiel, par ce même Conseil européen, du processus de ratification du nouveau traité constitutionnel.

Suite aux drames de Ceuta et de Melilla⁹⁰², lesquels « ont suscité une inquiétude croissante dans l'opinion publique de certains États membres »⁹⁰³, comme le mentionne le Conseil européen de Bruxelles des 15 et 16 décembre 2005, ce dernier a adopté une *Approche globale sur la question des migrations : priorités d'action centrées sur l'Afrique et la Méditerranée*⁹⁰⁴.

2/ La lutte contre le terrorisme

Après les événements du 11 septembre 2001, la lutte contre le terrorisme a constitué « un objectif prioritaire de l'Union européenne et un des principaux volets de sa politique extérieure »⁹⁰⁵. Puis les attentats de Madrid du 11 mars 2004 ont eu un rôle catalyseur dans la coordination européenne en matière de lutte contre le terrorisme. Aux mesures prises en 2002

son lecteur une certaine sensation de cynisme, et quelques questionnements quant au respect de la dignité de la personne humaine... »

⁹⁰¹ Le Conseil européen de Bruxelles de novembre 2004 affirme d'ailleurs au point I.4.14 de ses conclusions, *précitées*, note 868, que « [l]es citoyens d'Europe attendent à juste titre de l'Union européenne que, tout en garantissant le respect des libertés et des droits fondamentaux, elle adopte une approche commune plus efficace des problèmes transfrontières tels que l'immigration illégale et la traite des êtres humains, ainsi que le terrorisme et la criminalité organisée. »

⁹⁰² Plusieurs dizaine de personnes, cherchant à gagner les territoires espagnols de Ceuta et Melilla à partir du Maroc, ont été tuées par la police marocaine, des dizaines d'autres ont été très grièvement blessées, et plusieurs centaines ont été déportées, sans eau ni vivres, dans le désert du Sahara : voir l'article du Réseau MIGREUROP, « C'est l'UE qui fournit les armes », *Libération*, 12 octobre 2005, p. 35, très critique sur le partenariat euro-méditerranéen pour tenter d'endiguer « l'invasion » des « clandestins ». Voir aussi, sur la situation dramatique des réfugiés africains ou maghrébins au Maroc, l'article du professeur Sami NAÏR, « La forteresse assiégée », *Libération*, 12 octobre 2005, pp. 35-36.

⁹⁰³ Point I.6.8 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de décembre 2005, *précitées*, note 803.

⁹⁰⁴ Annexe I des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de décembre 2005, *précitées*, note 803, points I.15 à I.20. Le Conseil européen de juin 2006, après de nouvelles arrivées massives d'immigrants illégaux dans les îles Canaries et dans la Méditerranée en mai 2006, appelle encore à un renforcement de la coopération en matière de migration avec les pays africains et les pays voisins ainsi qu'à un accroissement des capacités européennes de surveillance aux frontières (voir le point I.3.8 des conclusions, *précitées*, note 709).

⁹⁰⁵ *Déclaration du Conseil européen sur la contribution de la PESC, y compris la politique européenne de sécurité et de défense (PESD), à la lutte contre le terrorisme* – annexe V des conclusions du Conseil européen de Séville de juin 2002, point I.31, au point I.31.2, laquelle déclaration est « destinée à prendre plus en considération les capacités requises pour combattre le terrorisme » (point I.7.11 des conclusions du Conseil européen de Séville, *précitées*, note 879).

et 2003⁹⁰⁶, se sont ainsi ajoutées une déclaration sur la lutte contre le terrorisme, adoptée par le Conseil européen des 25 et 26 mars 2004⁹⁰⁷, appuyée par un plan d'action révisé pour la lutte contre le terrorisme adopté par le Conseil le 15 juin 2004⁹⁰⁸, puis une stratégie de l'Union européenne de lutte contre le terrorisme, adoptée par le Conseil européen des 15 et 16 décembre 2005⁹⁰⁹.

Pour des raisons de visibilité de l'action de l'Union, le Conseil européen prend soin, comme en matière d'asile et d'immigration (et, de manière générale, de « liberté, sécurité et justice »⁹¹⁰), de présenter régulièrement les avancées réalisées et les actions à compléter⁹¹¹. Parmi les nombreuses mesures (souvent très techniques) prises par l'Union européenne dans la lutte contre le terrorisme, on retiendra surtout, pour son aspect symbolique, la nomination de M. Gijs de Vries (ancien ministre de l'Intérieur néerlandais) comme coordinateur européen de la lutte contre le terrorisme, soit le « Monsieur Terrorisme » de l'Union, ainsi que les développements des agences de coopération dans les domaines policiers (Europol) et

⁹⁰⁶ Le Conseil a notamment adopté, le 13 juin 2002, la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme (JO L 164 du 22.06.2002) ainsi que la décision-cadre 2002/584/JAI relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (JO L 190 du 18.07.2002). Le Conseil européen de Thessalonique en juin 2003 a adopté une *Déclaration sur la non-prolifération des armes de destruction massive* (annexe II des conclusions, *précitées*, note 658, point I.56) et un rapport de la présidence au Conseil européen sur l'action extérieure de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le terrorisme (y compris PESC/PESD) (annexe I des conclusions, *id.*, points I.42 à I.55).

⁹⁰⁷ Cette déclaration n'est pas annexée aux conclusions de la présidence. Voir Bulletin UE 3-2004, point I.28.

⁹⁰⁸ Plan d'action révisé de l'Union européenne de lutte contre le terrorisme, du 15 juin 2004 – Bulletin UE 6-2004, point I.4.22. Ce plan d'action, qui s'appuie sur celui de 2001, a servi de feuille de route aux travaux de mise en œuvre de la déclaration du Conseil européen sur la lutte contre le terrorisme de mars 2004. Il fait l'objet d'un examen bisannuel. Le plan d'action révisé prévoit cinq objectifs prioritaires : le renforcement de la coopération pratique et opérationnelle entre les autorités responsables de la sécurité intérieure (particulièrement s'agissant de l'échange d'informations), la prévention et la lutte contre le financement du terrorisme, l'amélioration de la sécurité des infrastructures publiques (de transport notamment), l'intensification du dialogue avec les pays tiers et la question de la radicalisation et du recrutement des terroristes : voir Gilles DE KERCHOVE, « L'action de l'Union européenne en matière de lutte contre le terrorisme », (2004) 480 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 421, 422-424. Découlent, par exemple, de ce plan d'action révisé plusieurs décisions européennes relatives à l'échange d'informations et à la coopération concernant les infractions terroristes.

⁹⁰⁹ Cette stratégie repose sur quatre piliers : la prévention, la protection, la poursuite et la réaction face au terrorisme international. Les objectifs retenus visent à empêcher la radicalisation et le recrutement de terroristes, à protéger les citoyens et les infrastructures, à faciliter les enquêtes et les poursuites visant les terroristes et à améliorer la gestion des conséquences d'un attentat et les capacités à y réagir : point I.7.11 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de décembre 2005, *précitées*, note 803 et Bulletin UE 12-2005, point I.4.24.

⁹¹⁰ Voir, pour un exemple parlant, les points I.3.5 à I.3.15 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de juin 2006, *précitées*, note 709.

⁹¹¹ Voir, par exemple, le point I.9 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de décembre 2004, *précitées*, note 954 ou le point I.7 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de juin 2005, *précitées*, note 834.

judiciaire (Eurojust), ou encore la création de l'Agence européenne pour la gestion des frontières ⁹¹².

Par ailleurs, en dehors de la question de la sécurité « intérieure », il vaut la peine de reproduire les propos de M. Javier Solana, Secrétaire général du Conseil de l'Union européenne et Haut représentant pour la politique étrangère et de sécurité commune, relativement aux opérations de « gestion de crise » menées par l'Union européenne dans différentes régions du monde (Europe de l'Est, Proche-Orient, Afrique, Asie) : « ces opérations peuvent aider à la reconquête des opinions publiques » (après les référendums négatifs français et néerlandais sur la Constitution européenne) ; ce qu'il a appelé la « légitimation par l'action » ⁹¹³.

On notera en outre, avec un certain intérêt, l'apparition de certains thèmes, dans le cadre des relations extérieures de l'Union, dans les conclusions du Conseil européen de Thessalonique de juin 2003, tels que la lutte contre le VIH/sida, la tuberculose et le paludisme, l'appui de l'Union européenne à la Cour pénale internationale (CPI) ou encore la « diplomatie verte » (s'y ajouteront plus tard la lutte contre la pauvreté, la protection des défenseurs des droits de l'homme, ainsi que des enfants dans les conflits armés) ⁹¹⁴. Je serais tentée de dire que ces thèmes correspondent au désir de montrer une image plus « humaine » de l'Union, capable d'empathie, et qu'ils manifestent peut-être de manière plus subtile un souhait de se démarquer des États-Unis, à un moment où l'opinion publique européenne est assez largement antiaméricaine, en raison de la guerre en Irak, et alors que les États membres sont divisés à cet égard ⁹¹⁵. On peut ainsi raisonnablement penser que l'Union européenne se cherche une légitimité « externe » à défaut de légitimité « interne », particulièrement après l'échec de l'approche constitutionnelle.

⁹¹² *Précitée*, note 900. Cette Agence est opérationnelle depuis le 1^{er} mai 2005. Pour une brève présentation de ces mesures, voir G. DE KERCHOVE, *loc. cit.*, note 908, 421-424 ou Christophe CAVAILLÈS, « Quelle politique européenne contre le terrorisme ? », (2005) 489 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 382.

⁹¹³ Voir Thomas FERENCZI, « La légitimation par l'action », *Le Monde*, 23 décembre 2005, p. 2 qui reprenait ces propos de M. Javier Solana. Le Conseil européen de Bruxelles de juin 2006 a, en outre, demandé à ce que la visibilité des politiques extérieures de l'Union européenne soit améliorée.

⁹¹⁴ Voir les points I.29.72, I.31.75 et I.32.76 des conclusions du Conseil européen de Thessalonique de juin 2000, *précitées*, note 658.

⁹¹⁵ Suite à la « lettre des huit », un Conseil européen extraordinaire a été spécialement convoqué à Bruxelles, le 17 février 2003 (Bulletin UE 1/2-2003, point I.1), par la présidence grecque de l'Union européenne, pour débattre de la crise relative à l'Irak.

B. L'approche « constitutionnelle » : un traité constitutionnel comme semblant d'un projet commun d'envergure

Un « calendrier des travaux futurs » sur l'avenir institutionnel de l'Europe avait été établi par le Conseil européen de Nice dans *la déclaration sur l'avenir de l'Union* annexée au traité de Nice. Ces travaux devaient porter sur quatre sujets : la délimitation des compétences entre l'Union européenne et les États membres, le statut de la charte des droits fondamentaux, la simplification des traités, et le rôle des parlements nationaux dans l'architecture européenne. Il était entendu que le Conseil européen de décembre 2001 à Bruxelles déciderait des modalités d'une phase préparatoire et qu'une Conférence intergouvernementale serait convoquée en 2004. Le Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001 a ainsi décidé, en s'inspirant de l'expérience de l'élaboration de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de confier l'adaptation des traités fondateurs de l'Union et des institutions européennes à une « Convention ». Parallèlement un forum a été créé pour associer la société civile aux débats⁹¹⁶. Le mandat donné à la Convention a aussi été élargi ; s'y ajoutait notamment la question de transformer les traités actuels en Constitution.

Trois éléments pouvaient donc laisser croire que la réforme envisagée des traités fondateurs de l'Union conduirait à un projet ambitieux, porté par une forte légitimité : un projet de traité élaboré par une Convention, une société civile consultée, et l'institution d'une Constitution. Mais ces trois innovations se sont révélées essentiellement des façades, et le contenu même du traité établissant une Constitution reflète pour l'essentiel les valeurs dominantes.

1/ Les efforts de légitimation

Rien ne semble avoir été laissé au hasard pour emporter l'adhésion des citoyens à cette nouvelle révision des traités européens et lui conférer une légitimité la plus large possible.

⁹¹⁶ Un débat public sur l'avenir de l'Europe, associant « toutes les composantes de la société » (milieux politiques, économiques et académiques, ainsi que société civile et opinion publique), avait déjà été lancé depuis mars 2001 en vue de préparer cette conférence intergouvernementale et de réfléchir à la manière d'élargir la participation à cet exercice (voir les points I.3.3 et I.7.15 des conclusions du Conseil européen de Göteborg en juin 2001, *précitées*, note 540, ainsi que le Bulletin UE 3-2001, point I.1.3). Ce débat faisait lui-même suite au « dialogue sur l'Europe », plus restreint, lancé par la Commission en février 2000.

D'abord, la composition de la Convention, précisée par la *Déclaration de Laeken sur l'avenir de l'Union européenne* adoptée par le Conseil européen de Laeken⁹¹⁷, « participe d'une volonté de représenter toutes les légitimités et les sensibilités existantes en Europe »⁹¹⁸. En effet, la légitimité étatique est assurée, dans la composition de la Convention, par des représentants des États membres (un par État membre). La légitimité démocratique est représentée par des représentants des parlements nationaux (deux par État membre) et du Parlement européen (seize membres). Et la légitimité proprement communautaire est garantie par des représentants de la Commission (deux membres). Les pays candidats sont également représentés, mais sans droit de vote. La société civile dite « organisée » est aussi représentée, mais à titre d'observateur, par trois représentants du Comité économique et social, trois représentants des partenaires sociaux européens et six représentants pour le Comité des régions, ainsi que le médiateur européen⁹¹⁹. Et la « légitimité juridique » n'est pas complètement absente puisque le président de la Cour de justice (ainsi que celui de la Cour des comptes) a la possibilité de s'exprimer devant la Convention à l'invitation du présidium. Le Conseil européen de Laeken a en outre nommé des personnalités politiques d'envergure et provenant d'horizons politiques différents en tant que président et vice-présidents de la Convention (soit respectivement Valéry Giscard d'Estaing, ancien président français de droite, Giulio Amato, ancien premier ministre italien socialiste, et Jean-Luc Dehaene, ancien premier ministre belge social-chrétien). Un présidium, composé du président, des vice-présidents et de neuf conventionnels a un rôle d'impulsion et de préparation des débats. La préparation de la révision des traités européens par la Convention s'est déroulée en trois phases : une phase d'écoute, une phase d'étude et une phase de rédaction de textes⁹²⁰. C'est au cours de la première phase, d'écoute, que la société civile a pu intervenir dans les débats au moyen de contributions écrites et d'auditions.

C'est donc la présence de la société civile qui retient ensuite l'attention. Un Forum a été créé dans le site Internet de la Convention⁹²¹ pour accueillir les contributions écrites des organisations représentant la société civile (soit, selon la déclaration de Laeken, les

⁹¹⁷ Annexe I des conclusions du Conseil européen de Laeken, *précitées*, note 694.

⁹¹⁸ Fabienne KAUFF-GAZIN et Martin PIETRI, « Premières analyses du projet de Constitution européenne (chron. n° 9) », (septembre 2003) *Europe* 3, 4.

⁹¹⁹ M.-F. LABOUZ, *loc. cit.*, note 766, 213, qui distingue entre la société civile « organisée » (représentée dans le système « institutionnel » communautaire notamment par le Comité économique et social) et la société civile non organisée (représentée essentiellement par les associations et les organisations non gouvernementales).

⁹²⁰ F. KAUFF-GAZIN et M. PIETRI, *loc. cit.*, note 918, 5.

⁹²¹ À l'adresse Internet suivante :

http://europa.eu.int/constitution/futurum/forum_convention/index_fr.htm.

partenaires sociaux, les milieux économiques, les organisations non gouvernementales, les milieux académiques, etc.). Il s'agit d'un réseau structuré d'organisations enregistrées dont les contributions sont mises en ligne dans le site du Forum, afin que les conventionnels puissent en prendre connaissance, en même temps que ces organisations sont informées, via le site, du développement des travaux de la Convention⁹²². Plus de 550 organisations de la société civile ont ainsi transmis près de 930 contributions aux membres de la Convention⁹²³. On confère apparemment une grande importance au Forum puisque, comme le relève également Marie-Françoise Labouz, il est présenté dans le site comme « un complément important à la Convention ». Parallèlement, la Commission a créé un site portail nommé Futurum⁹²⁴, qui se veut un espace de discussion et une source de référence et d'information sur le processus d'élaboration de la Constitution européenne. Y sont notamment publiés des documents des gouvernements nationaux ou des institutions et des organes communautaires, des communiqués de presse, des comptes rendus de colloques et des contributions individuelles. Des efforts importants ont donc été faits afin que « les citoyens et les organisations de la société civile aient la possibilité de faire connaître et d'échanger publiquement leurs opinions en matière européenne »⁹²⁵.

Enfin, il ne s'agit rien de moins que de proposer une Constitution pour l'Europe, établie par un « traité instituant une Constitution ». Or, si d'aucuns ont relevé le caractère « politiquement attractif » du concept de Constitution ou encore la formulation surprenante de « traité instituant une Constitution » – qui « semble résumer à elle seule toutes les acrobaties juridiques et les compromis inventés pour forcer les cadres juridiques existants et légitimer ce projet de texte par le nom de Constitution »⁹²⁶ – il a été aussi démontré que cette Constitution pour l'Europe n'en était pas une. À défaut de pouvoir constituant détenu par le peuple européen, il ne s'agit que d'un simple traité international classique, exigeant l'unanimité des États membres pour son adoption, sa mise en oeuvre et sa révision. En effet, le peuple européen a été « ignoré dans les phases principales de la procédure »⁹²⁷, et même si l'on admettait qu'il soit représenté par la Convention, cette dernière n'adopte pas la

⁹²² Pour des détails sur l'organisation du Forum et les organisations enregistrées sur la liste des participants au Forum, voir M.-F. LABOUZ, *loc. cit.*, note 766, 214.

⁹²³ Selon la Commission européenne dans son site « Avenir de l'Union européenne », à l'adresse Internet suivante : http://europa.eu.int/constitution/futurum/comm/index_fr.htm.

⁹²⁴ À l'adresse Internet suivante : http://europa.eu.int/constitution/futurum/index_fr.htm.

⁹²⁵ *Id.*

⁹²⁶ F. KAUFF-GAZIN et M. PIETRI, *loc. cit.*, note 918, 3 et 4, qui renvoient, en outre, à Dominique ROUSSEAU, « Traité constitutionnel, un monstre juridique », *Le Monde*, 22 octobre 2002, p. 17, pour une critique de l'appellation « traité instituant une Constitution ».

⁹²⁷ *Id.*, 4.

Constitution : le « projet de traité instituant une Constitution pour l'Europe »⁹²⁸ (présenté par la Convention au Conseil européen de Thessalonique le 20 juin 2003) a été ensuite renégocié par les États membres au sein d'une Conférence intergouvernementale classique. Le « traité établissant une Constitution pour l'Europe »⁹²⁹ sur lequel ils se sont entendus a été adopté par les chefs d'État et de gouvernement des vingt-cinq pays membres de l'Union européenne lors du Conseil européen des 17 et 18 juin 2004 à Bruxelles, puis signé formellement à Rome le 29 octobre 2004, et il devait être ratifié par tous les États membres pour pouvoir entrer en vigueur. En outre, il ne peut être modifié qu'à l'unanimité des États membres⁹³⁰.

Déception également du côté de la Convention ou de la société civile. La première a dû tenir compte des *desiderata* des États membres pour favoriser l'acceptation de son projet par ces derniers⁹³¹. La Conférence intergouvernementale a en outre réduit plusieurs des avancées proposées par la Convention⁹³². Quant à la seconde, on a pu reprocher, d'une part, la « fonction vitrine » des consultations de la société civile au regard des procédures et du calendrier retenus⁹³³ et, d'autre part, un problème de représentativité (et d'indépendance) des

⁹²⁸ Pour des commentaires du texte élaboré par la Convention, voir Valéry GISCARD D'ESTAING (président de la Convention), *La Constitution pour l'Europe*, Albin Michel, Paris, 2003 ; Olivier DUHAMEL (membre socialiste de la Convention), *Pour l'Europe : Le texte intégral de la Constitution expliqué et commenté*, Seuil, Paris, 2003 ; Étienne DE PONCINS, *Vers une Constitution européenne*, Éditions 10/18, Paris, 2003 ; ou encore F. KAUFF-GAZIN et M. PIETRI, *loc. cit.*, note 918, 3 et suiv.

⁹²⁹ Traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004, non entré en vigueur (JO C 310 du 16.12.2004).

⁹³⁰ Sur ces différents points, voir, par exemple, F. KAUFF-GAZIN et M. PIETRI, *loc. cit.*, note 918, 4 et 5. S'agissant de la procédure de révision des traités, l'article VI-443 du traité établissant une Constitution pour l'Europe innove en introduisant la faculté de faire appel à une Convention, mais il maintient les exigences classiques de l'article 48 du traité UE (et de l'ancien article 236 du traité CE) : les amendements sont arrêtés d'un commun accord et sont ratifiés par tous les États membres de l'Union.

⁹³¹ Maxime LEFEBVRE, « La Constitution européenne : bilan d'un accouchement (2002-2004) », (2004) 482 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 559, 560 nous indique même que « le président de la Convention a personnellement veillé à ce que les "lignes rouges" du gouvernement britannique soient respectées (maintien de l'unanimité en matière de politique étrangère, de fiscalité, de politique sociale) afin que le projet soit acceptable par Londres ».

⁹³² Le texte élaboré par la Convention a été fortement remis en cause lors du Conseil européen de Bruxelles des 16 et 17 octobre 2003 : voir Thomas FERENCZI et Laurent ZECCHINI, « Les Vingt-Cinq engagent un débat difficile sur le projet de Constitution », *Le Monde*, 4 octobre 2003, p. 6 (et Jean-Pierre LANGELLIER, « Tony Blair fixe les "lignes rouges" de Londres sur le projet de Constitution de l'Union élargie », *Le Monde*, 11 septembre 2003, p. 7). Pour le Conseil européen des 12 et 13 décembre 2003, voir Thomas FERENCZI, « Les Vingt-Cinq négocient un projet constitutionnel très en recul par rapport à celui de la Convention », *Le Monde*, 9 décembre 2003, p. 6. Pour le Conseil européen des 17 et 18 juin 2004, voir Jean-Pierre LANGELLIER, « À Bruxelles, Tony Blair refuse toute avancée sur le social et la fiscalité », *Le Monde*, 18 juin 2004, p. 4 et Thomas FERENCZI, « L'Europe élargie s'est dotée d'une Constitution âprement négociée », *Le Monde*, 21 juin 2004, p. 2.

⁹³³ Bernard CASSEN, « Une convention européenne conventionnelle », *Le Monde diplomatique*, juillet 2003, p. 3, qui relève notamment le temps de parole extrêmement réduit (parfois 5 min !) lors des

organisations enregistrées, un grand nombre étant subventionnées par la Commission⁹³⁴. En outre, les principales requêtes de la société civile en matière d'Europe sociale⁹³⁵ et de services publics n'ont pas été prises en compte. Le « traité établissant une Constitution pour l'Europe » (appelé aussi traité constitutionnel pour l'Europe)⁹³⁶ reflète plutôt les valeurs dominantes partagées par les États membres et les institutions européennes.

2/ Un traité constitutionnel conforme aux valeurs dominantes

Tout d'abord, toute idée d'Union fédérale a rapidement été écartée⁹³⁷. Ensuite, s'il l'on met de côté les apports institutionnels, décisionnels et organisationnels⁹³⁸ du « traité établissant une Constitution pour l'Europe », ce traité traduit les deux priorités mises en avant par un Conseil européen (et un Conseil de l'Union) dominé par les gouvernements conservateurs depuis 2002 et une Commission acquise depuis longtemps aux préceptes néolibéraux : la sécurité et l'orientation néolibérale de la construction européenne.

En effet, « l'espace de liberté, de sécurité et de justice » est le domaine « qui enregistre les plus grands progrès en matière d'intégration depuis le début des années

auditions de la société civile par la Convention qui se sont déroulées entre le 10 et le 25 juin 2003. Bernard Cassen en conclut qu'« [o]n aurait voulu donner l'impression de consultations alibis que l'on ne s'y serait pas pris autrement ».

⁹³⁴ *Id.*, ainsi que M.-F. LABOUZ, *loc. cit.*, note 766, 236 qui renvoie à H. KORTENBERG (pseudonyme d'un fonctionnaire européen), « La gouvernance dans l'Union européenne », à l'adresse Internet suivante : <http://www-edl.u-strasbg.fr>.

⁹³⁵ Voir M.-F. LABOUZ, *loc. cit.*, note 766, 232-233.

⁹³⁶ Ce traité est divisé en quatre parties : la première concerne l'organisation générale de l'Union, la deuxième la Charte des droits fondamentaux de l'Union, la troisième les politiques communes et le fonctionnement de l'Union, la dernière les dispositions finales. Je ne m'attarderai que très peu (et de manière extrêmement succincte) sur le contenu même du traité constitutionnel – qui a déjà fait couler des rivières d'encre – rendu caduc par les référendums négatifs français et néerlandais sur la Constitution européenne. Pour une brève présentation du traité établissant une Constitution européenne, voir, par exemple, F. KAUFF-GAZIN et M. PIETRI, *loc. cit.*, note 918, 3, M. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 931, 559, ou Thomas FERENCZI et Arnaud LEPARMENTIER, « Europe, les termes du débat », *Le Monde*, 30 septembre 2004, p. 20. Pour des études plus approfondies, voir la bibliographie (très exhaustive) dressée par Flavien MARIATTE, « La Constitution best-seller », (juin 2005) *Europe comm.* 45.

⁹³⁷ Alors qu'il avait été envisagé par la Convention, le terme « fédéral » a dû être supprimé à la demande du Royaume-Uni : M. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 931, 561.

⁹³⁸ Il s'agit, pour les plus importants, d'une modification (complexe) de la taille de la Commission, d'un nouveau calcul de la majorité qualifiée pour le vote au Conseil (avec une double majorité, soit 55 % des États membres représentant 65 % de la population européenne et réunissant 15 États membres), d'un Président du Conseil européen élu pour deux ans et demi en remplacement de la présidence semestrielle tournante. S'y ajoutent une simplification des traités (avec la suppression des trois piliers issus du traité de Maastricht), une redéfinition des actes juridiques communautaires et une meilleure délimitation des compétences de l'Union européenne. Cette dernière se voit par ailleurs reconnaître la personnalité juridique.

1990 »⁹³⁹, avec, principalement, une extension des cas de vote à la majorité qualifiée et de la codécision dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, ainsi que des « normes minimales » en matière d'asile et d'immigration (en remplacement des politiques communes). Dans le domaine de la PESC, le poste de ministre européen des Affaires étrangères (qui est également le vice-président de la Commission) est la grande nouveauté. La politique européenne de sécurité et de défense (PESD) connaît aussi quelques avancées. Le nouveau traité constitutionnel prévoit en outre une clause de solidarité en cas de catastrophe naturelle ou d'attaque terroriste.

S'agissant des valeurs véhiculées par le traité constitutionnel, si les traités instituant la Communauté économique européenne (traité de Rome en 1957), la Communauté européenne (traité de Maastricht), puis l'Union européenne (traité d'Amsterdam) ont toujours été marqués par l'idéologie libérale (traité de Rome) et néolibérale (à partir du traité de Maastricht), cette idéologie est réaffirmée et symboliquement « constitutionnalisée »⁹⁴⁰ dans la troisième partie du traité instituant une Constitution européenne. Or, comme mentionné plus haut, le traité instituant une Constitution européenne ne peut être modifié qu'à l'unanimité des vingt-cinq (actuellement vingt-sept) États membres, un seul pouvant s'y opposer.

Témoignent du maintien de cap idéologique par exemple le refus de soustraire aux règles de la concurrence, et notamment à l'interdiction des aides d'État, les « services économiques d'intérêt général »⁹⁴¹ (comme le souhaitaient pourtant plusieurs États membres, dont la France, le monde syndical national comme européen, et une majorité de citoyens européens), ou encore le maintien de l'unanimité dans le domaine fiscal (le Royaume-Uni pouvant ainsi bloquer, comme au Conseil européen d'Helsinki en décembre 1999, toute tentative d'harmonisation fiscale pour mettre fin au dumping fiscal) ainsi que des règles les plus contestées relatives à la coordination des politiques économiques et monétaires (les GOPE, le pacte de stabilité, l'indépendance d'une BCE préoccupée par la seule stabilité des prix)⁹⁴².

⁹³⁹ T. FERENCZI et A. LEPARMENTIER, *loc. cit.*, note 936, p. 20.

⁹⁴⁰ Voir Bernard CASSEN, « Une Constitution pour sanctuariser la loi du marché », *Le Monde diplomatique*, janvier 2004, p. 6.

⁹⁴¹ Même la simple notion de « services d'intérêt général » n'a pas été retenue par la Convention : voir le professeur Paul ALLIÈS, « Constitution post-libérale », *Le Monde*, 3 juillet 2003, p. 16.

⁹⁴² Les seules modifications vont dans le sens de l'approfondissement : la consécration des réunions informelles de l'Eurogroupe, au sein duquel les États membres de la zone euro pourront élaborer leurs propres orientations de politique économique et « renforcer la coordination et la surveillance de leur discipline budgétaire » (article II-194). La Commission pourra également adresser des avertissements à

En outre, deux points dans ce traité constitutionnel – anodins en apparence d’un point de vue idéologique – valent la peine d’être, selon moi, soulignés, car ils profitent, pour l’instant du moins, à la majorité politique en place. En premier lieu, le président de la Commission est désigné «[e]n tenant compte des élections au Parlement européen » (article I.27 du traité établissant une Constitution pour l’Europe), ce qui renforce la position à droite de l’Union européenne, alors que depuis 1999 les élections du Parlement européen ont été à l’avantage de la droite. En second lieu, la présence nouvelle d’un président élu du Conseil européen va, de l’avis de bien des commentateurs, renforcer le Conseil européen (et l’intergouvernementalisme) et concurrencer le président de la Commission⁹⁴³. S’il advenait que ce président soit conservateur ou de centre-droit, ce serait la quadrature du cercle.

Enfin, s’ajoutent quelques avancées intimement liées au besoin de satisfaire les attentes des citoyens européens, notamment au regard du déficit démocratique de l’Union. Ainsi, très symboliquement, le traité constitutionnel énonce les principes d’égalité démocratique et de démocratie représentative. Il reconnaît également le principe de la démocratie participative, dont le droit d’initiative citoyenne⁹⁴⁴ et le dialogue civil⁹⁴⁵ sont des applications concrètes. Par contre, le dialogue social n’est que simplement reconnu et promu, et le sommet social tripartite pour la croissance et l’emploi institutionnalisé (article I-48). Autre nouveauté, les parlements nationaux acquièrent certains pouvoirs⁹⁴⁶. Les pouvoirs législatifs du Parlement européen sont en outre nettement accrus : la codécision (renommée « procédure législative ordinaire ») devient la règle dans tous les domaines

un État membre en cas de déficit excessif (article III-179, paragraphe 4), mais ces avertissements seront soumis au vote du Conseil.

⁹⁴³ Voir, par exemple, M. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 931, 561-562

⁹⁴⁴ Au moins un million de citoyens issus d’un nombre significatif d’États membres peuvent inviter la Commission à soumettre une proposition d’acte juridique (paragraphe 4 de l’article I-47). Toutefois, d’une part, la Commission n’est pas tenue de le faire, ce qui limite grandement la portée de ce droit de pétition – il suffit d’imaginer une proposition non conforme aux orientations doctrinales de la Commission. D’autre part, les modalités de ce droit d’initiative doivent encore être précisées par une loi européenne, qui pourra donc éventuellement en restreindre encore l’exercice.

⁹⁴⁵ Selon l’article I-47, paragraphe 2 du traité établissant une Constitution pour l’Europe, « [l]es institutions entretiennent un dialogue ouvert, transparent et régulier avec les associations représentatives et la société civile. »

⁹⁴⁶ Il leur revient de veiller au respect du principe de subsidiarité (article I-11). Pour ce faire, les propositions législatives et les documents de consultation ou de programmation de la Commission leur sont transmis directement. Si un tiers des parlements nationaux jugent que le principe de subsidiarité n’est pas respecté, la Commission est tenue de revoir sa proposition. Les parlements nationaux peuvent en outre saisir la Cour de justice par l’intermédiaire de leur gouvernement (Protocole sur le rôle des parlements nationaux dans l’Union européenne). F. KAUFF-GAZIN et M. PIETRI, *loc. cit.*, note 918, 5 en déduisent que par ce mécanisme de contrôle de la subsidiarité les parlements nationaux sont associés pour la première fois au processus législatif communautaire.

communautarisés⁹⁴⁷ et il arrête désormais le budget communautaire conjointement avec le Conseil (qui n'a plus le dernier mot)⁹⁴⁸. De plus, la Charte des droits fondamentaux est intégrée au traité instituant une Constitution européenne (à sa partie II)⁹⁴⁹, et le traité prévoit l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Dans le cadre de la citoyenneté de l'Union, il est en outre reconnu aux citoyens européens des droits et des devoirs prévus par la Constitution, mais il s'agit en fait de « droits en trompe l'œil » et de « devoirs inexistantes »⁹⁵⁰. Par ailleurs, comme cela a été souvent relevé dans la presse, les objectifs de l'Union comprennent « le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement »⁹⁵¹. Si l'économie sociale de marché et le plein emploi passent fort bien auprès de l'opinion publique, ils leur sont néanmoins adjoints des objectifs antinomiques⁹⁵² ; ils sont en outre à comprendre au regard des notions d'État social actif, de taux d'emploi et de flexibilité du travail développées par les autorités européennes depuis 1997.

L'adoption du traité constitutionnel par les États membres, le 18 juin 2004, puis sa signature à Rome le 29 octobre suivant, a été suivie d'un « matraquage » d'informations de l'opinion publique de la part de la Commission, du Conseil européen et des médias, non

⁹⁴⁷ M. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 931, 563.

⁹⁴⁸ Si l'accroissement des pouvoirs du Parlement européen est bien vu par l'opinion publique européenne, je serais aussi tentée de penser que la couleur politique du Parlement européen aux deux dernières législatures l'a également facilité. Selon la « procédure législative ordinaire » du nouveau traité constitutionnel, la proposition de la Commission (actuellement la très conservatrice Commission Barroso) serait ainsi votée par le Conseil (dominé par les gouvernements européens conservateurs et de centre-droit) et le Parlement européen (majoritairement à droite). Dans le même ordre d'idées, P. ALLIÈS, *loc. cit.*, note 941, 16, souligne que « le passage au vote à la majorité dans des domaines de plus en plus nombreux (certains militent pour y ranger la culture) verront les positions afférentes à l'Europe sociale et politique, donc celles de la sociale-démocratie, devenir plus minoritaires encore qu'auparavant. »

⁹⁴⁹ Le Royaume-Uni a toutefois obtenu que ce soit une interprétation restrictive de la Charte qui l'emporte : F. KAUFF-GAZIN et M. PIETRI, *loc. cit.*, note 817, 5.

⁹⁵⁰ Hélène MANCIAUX, « L'introuvable citoyenneté de l'Union dans le projet de Constitution pour l'Europe (chron. n° 5) », (avril 2004) *Europe* 3, 4 et 5, particulièrement critique envers cette citoyenneté conçue par le projet de Constitution pour l'Europe « davantage comme une énumération de droits reconnus à tout être humain, comme si ses auteurs cherchaient à remplir une coquille vide et à entretenir l'illusion de la création d'une citoyenneté européenne. » Et l'auteure ajoute : « [l']utilisation d'artifices pour donner de la consistance à la citoyenneté ne peut masquer l'absence de véritables attributs. »

⁹⁵¹ Article I-3, paragraphe 3 du traité instituant une Constitution européenne.

⁹⁵² Laurent FABIUS, ancien premier ministre français, « Pourquoi il faut dire non à la Constitution européenne », *Libération*, 23 novembre 2004, p. 34, relève en outre que les expressions « économie sociale de marché » et « plein emploi » apparaissent une seule fois dans le texte constitutionnel, tandis que le mot « concurrence » est mentionné 27 fois et celui de « marché » 78 fois.

seulement pour promouvoir le nouveau traité constitutionnel auprès de la population européenne (appelée dans plusieurs États membres à se prononcer par référendum sur le texte du traité établissant une Constitution pour l'Europe) – sous l'objectif de mieux communiquer les enjeux européens aux citoyens, mais aussi, de manière plus large, pour renforcer l'intérêt des citoyens européens dans l'Union après son élargissement. Déjà, parallèlement à la Conférence intergouvernementale – et à ses débats houleux – la présidence irlandaise avait lancé l'initiative « Communiquer l'Europe » afin de « sensibiliser davantage les citoyens européens à l'importance du travail accompli par l'Union »⁹⁵³. Cette initiative a pris davantage d'ampleur après la signature du nouveau traité européen et, surtout, dans la perspective du processus de ratification. Le Conseil européen de Bruxelles de novembre 2004 a ainsi proposé l'organisation de débats télévisés publics sur l'Union européenne. Ont été en outre mis à contribution les responsables politiques européens comme nationaux pour « faire connaître la valeur du projet européen et [...] associer les Européens au processus de prise de décision, par le biais de débats publics et en encourageant une citoyenneté active »⁹⁵⁴. Ont dès lors été engagés dans cette stratégie de communication le Comité des régions et le Comité économique et social européen, avec pour mot d'ordre de « toucher les émotions des citoyens » : « pour impliquer la société civile, il est impératif de susciter son intérêt »⁹⁵⁵. L'identité européenne et le concept de valeurs communes, comme fondements de l'intégration et de la coopération européennes, vont être exploités à cette fin⁹⁵⁶. La Commission ne sera pas en reste⁹⁵⁷ : elle a publié le 20 juillet 2005 un Plan d'action relatif à

⁹⁵³ Point I.2.3 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de juin 2004, *précitées*, note 834.

⁹⁵⁴ Point I.5.4 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de novembre 2004, *précitées*, note 868. Cette « citoyenneté européenne active » est en outre appuyée par la décision 2004/100/CE du Conseil, du 26 octobre 2004, établissant un programme d'action communautaire pour la promotion de la citoyenneté européenne active (participation civique) (JO L 30 du 04.02.2004) et la proposition de décision du Parlement européen et du Conseil, du 6 avril 2005, établissant, pour la période 2007-2013, le programme « Citoyens pour l'Europe » visant à promouvoir la citoyenneté active (COM(2005) 116).

⁹⁵⁵ Voir les propos d'Anne-Marie Sigmund, présidente du Comité économique et social européen (CESE) dans le communiqué de presse du 21 janvier 2005 du Comité économique et social européen, *précité*, note 735.

⁹⁵⁶ Cf. le point I.20.67 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 16 et 17 décembre 2004 – Bulletin UE 12-2004, points I.1 à I.25, et *supra* page 171.

⁹⁵⁷ La Commission avait déjà lancé en juillet 2002 une nouvelle stratégie pour sa politique d'information et de communication (communication du 2 octobre 2002 sur une stratégie d'information et de communication pour l'Union européenne (COM(2002) 350)), puis, face au déclin constant du soutien de l'opinion publique à l'Europe et à la faible participation aux élections européennes de 2004, la nouvelle Commission Barroso avait créé un poste de commissaire pour la communication (voir EURACTIV, « La politique de communication de l'UE », [en ligne]. <http://www.euractiv.com/fr/affaires-publiques/politique-communication-ue/article-120320> (publié le 18 août 2004 ; mis à jour le 10 juillet 2006). Cette stratégie s'ajoutait à celle consacrée spécifiquement à l'élargissement (lancée par la Commission en mai 2000). Est venue par la suite s'y greffer celle ciblée sur l'euro et l'UEM lancée le 11 août 2004 (voir sa communication, du 11 août 2004, sur la

l'amélioration de la communication sur l'Europe⁹⁵⁸, et elle a créé un site spécifiquement consacré à la Constitution⁹⁵⁹.

Peut également entrer dans le cadre de ces efforts « pré-ratification » – tout en étant rattaché à la stratégie de Lisbonne⁹⁶⁰ – le *pacte européen pour la jeunesse*⁹⁶¹ adopté par le Conseil européen de Bruxelles de mars 2005 à l'initiative de la France, de l'Allemagne, de l'Espagne et de la Suède.

Les « non » français et néerlandais à la Constitution européenne, respectivement le 29 mai et le 1^{er} juin 2005, ont suscité de nouvelles initiatives de la part de la Commission en matière de communication : le Plan D – comme Démocratie, Dialogue et Débat⁹⁶², lancé le 13 octobre 2005, présenté comme une contribution de la Commission européenne à la période de réflexion sur l'avenir de l'Europe⁹⁶³ et destiné à rétablir la confiance des européens dans l'intégration européenne⁹⁶⁴, puis le livre blanc de la Commission, du 1^{er}

mise en œuvre de la stratégie d'information et de communication concernant l'euro et l'Union économique et monétaire (COM(2004) 552)), dont la présentation vaut la peine d'être reproduite ici : « [L]a communication va au-delà de l'information : elle établit des relations et crée un dialogue avec les citoyens européens. Il ne s'agit pas d'un exercice neutre et sans importance, mais d'un élément déterminant du processus politique. » (COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « La stratégie d'information et de communication concernant l'euro et l'UEM, [en ligne]. <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l25079.htm> (mis à jour le 21 octobre 2005)).

⁹⁵⁸ (SEC(2005) 985). Le texte intégral de ce Plan est à l'adresse Internet suivante : http://ec.europa.eu/dgs/communication/pdf/communication_com_fr.pdf.

⁹⁵⁹ À l'adresse Internet suivante : <http://europa.eu/debateurope/index.htm>.

⁹⁶⁰ L'objectif de ce pacte est d'améliorer l'éducation, la formation, la mobilité, l'insertion professionnelle et l'inclusion sociale des jeunes européens.

⁹⁶¹ Annexe I des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de mars 2005, *précitées*, note 542, points I.14 à I.17. Ce pacte européen pour la jeunesse a d'ailleurs été suivi d'une communication de la Commission, du 30 mai 2005, sur les politiques européennes de la jeunesse intitulée *Répondre aux préoccupations des jeunes Européens - Mise en œuvre du pacte européen pour la jeunesse et promotion de la citoyenneté active* (COM(2005) 206 et JO C 236 du 29.9.2005).

⁹⁶² Communication de la Commission, du 13 octobre 2005, intitulée *Contribution de la Commission à la période de réflexion et au-delà - Le plan D comme démocratie, dialogue et débat* (COM(2005) 494 et JO C 49 du 28.2.2006), par laquelle la Commission propose de nouvelles façons d'associer le citoyen européen au débat sur l'avenir de l'Europe.

⁹⁶³ Suite aux résultats négatifs des référendums français et néerlandais, le Conseil européen de Bruxelles de juin 2005 a proposé une période de réflexion et un réexamen de l'état de la situation au cours du premier semestre de 2006 : voir la *Déclaration des chefs d'État ou de gouvernement des États membres de l'Union européenne sur la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe* (Conseil européen des 16 et 17 juin 2005), non annexée aux conclusions (Bulletin UE 06-2005, point I.30). Le Conseil européen de juin 2006 a décidé de prolonger d'un an cette période de réflexion et de rouvrir, au plus tard au cours du deuxième semestre de 2008, le chantier de la réforme des institutions : Thomas FERENCZI, « Les Européens se mettent d'accord pour refondre le traité constitutionnel d'ici à 2009 », *Le Monde*, 17 juin 2006, p. 8.

⁹⁶⁴ Dans le même sens, le Conseil européen de juin 2006 a arrêté un certain nombre de mesures pour améliorer notamment la transparence des travaux du Conseil, dont une politique globale en matière de transparence (annexe I aux conclusions, *précitées*, note 709, point I.11).

février 2006, sur une politique de communication européenne⁹⁶⁵ et sa communication, du 10 mai 2006, intitulée *Un projet pour les citoyens – Produire des résultats pour l'Europe*⁹⁶⁶.

Parallèlement à la promotion du nouveau traité constitutionnel par les responsables politiques européens et nationaux, une participation plus active des citoyens européens et des partenaires sociaux aux réformes à mener a été recherchée par la voie du partenariat et de l'information.

C. L'approche « coopérative » : le partenariat comme tentative de persuasion

L'idée sous-jacente dans les partenariats en faveur de la croissance et de l'emploi (dits encore partenariats pour la réforme) envisagés dans le « rapport Kok » n'était pas seulement d'assurer la participation des partenaires sociaux, des citoyens, des parlementaires nationaux, et des parties intéressées, mais également d'augmenter, par l'intermédiaire de ces derniers, la pression exercée sur les États membres afin qu'ils s'engagent dans la voie des réformes⁹⁶⁷. Aussi, si partenaires sociaux et citoyens étaient concernés, c'était surtout les États membres qui étaient finalement visés.

L'approche adoptée par la Commission, dans son agenda social de février 2005 (alors que le processus de ratification du traité constitutionnel était en cours), semble davantage axée sur la persuasion et le renforcement de la confiance des citoyens. En effet, pour la Commission, « [l]es mesures proposées par l'Agenda ont pour objectif de permettre aux citoyens de prendre confiance dans leur propre capacité à gérer le processus de changement, à savoir : l'intensification de la concurrence dans un contexte mondialisé, le développement technologique et le vieillissement démographique » et « de donner aux partenaires sociaux une base pour accroître leur capacité à agir au niveau transnational »⁹⁶⁸. La responsabilisation des citoyens se profile en filigrane et ce nouvel agenda social semble faire

⁹⁶⁵ COM(2006) 35. Cinq domaines d'action sont identifiés : la définition de principes directeurs communs pour la communication sur les questions européennes, l'implication des citoyens, la collaboration avec les médias et l'utilisation des nouvelles technologies, et une meilleure compréhension de l'opinion publique européenne (COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Livre blanc sur une politique de communication européenne », [en ligne]. http://ec.europa.eu/communication_white_paper/index_fr.htm (mis à jour le 4 juillet 2006).

⁹⁶⁶ COM(2006) 211 et Bulletin UE 5-2006, point 1.1.2. Ce document semble surtout chercher à convaincre l'opinion publique européenne de l'intérêt du marché unique ainsi que de l'élargissement de l'Union européenne, à l'approche des adhésions à l'Union européenne de la Bulgarie et de la Roumanie.

⁹⁶⁷ Voir le rapport, *précité*, note 827, p. 45.

⁹⁶⁸ COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Agenda pour la politique sociale (2006-2010) », [en ligne]. <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/cha/c10127.htm> (mis à jour le 25 avril 2004) et pp. 3 et 8 du texte de la communication de la Commission sur l'agenda social de février 2005, *précitée*, note 851.

partie de la vaste campagne d'information et d'inculcation lancée par la Commission en faveur de l'Europe⁹⁶⁹. La reprise du terme « agenda social » n'est en effet pas sans signification, de même que l'intention exprimée par la Commission dans cet agenda d'introduire « une nouvelle dynamique pour les relations industrielles »⁹⁷⁰, d'initier plusieurs initiatives sur l'évolution du droit du travail, sur la sécurité et la santé au travail et sur la responsabilité sociale des entreprises⁹⁷¹, ainsi que de revoir la compatibilité avec le droit communautaire des aides d'État accordées aux services d'intérêt général⁹⁷², lorsque l'on connaît l'attachement des citoyens européens à l'Europe sociale et aux services d'intérêt général. L'emploi d'expressions telles qu'« un partenariat pour le changement » (dont on appréciera la nuance terminologique par rapport à son pendant s'adressant aux États membres, le « partenariat pour la croissance et l'emploi ») ou « une société plus solidaire » n'est pas non plus neutre. Des forums réunissant tous les acteurs concernés (autorités publiques, partenaires sociaux et société civile) sont également envisagés par la Commission pour procéder périodiquement à l'évaluation de la mise en œuvre de l'agenda. Les propositions formulées par la Commission sont toutefois, pour la plupart, dépourvues de valeur contraignante⁹⁷³. Il s'agit, comme le note Jean-Philippe Lhernould, « [t]out au plus, [de] références ambiguës à des mises à jour et codification de directives [⁹⁷⁴], des « livres blancs » et des « livres verts » dont la portée est réduite »⁹⁷⁵. Dans le domaine de l'exclusion sociale, la Commission préfère recourir à la méthode ouverte de coordination plutôt que de formuler une proposition législative basée sur les articles 136 et 137 du traité CE. Elle se

⁹⁶⁹ J.-P. LHERNOULD, *loc. cit.*, note 800, 4 relève pour sa part, à propos de cet agenda social de la Commission, le ton employé par cette dernière – qui joue à la fois sur le registre psychologique (relativement à « accroître la confiance ») et « publicitaire » (avec sa devise-slogan : « une Europe sociale dans l'économie mondiale : des emplois et des nouvelles chances pour tous ») – ainsi que son candide optimisme, en décalage avec la (triste) réalité européenne en matière d'emploi. Et il en conclut : « [l]a Commission ne confond-elle pas, parfois, objectifs et réalité, sobriété et opération de communication, au risque de mettre en jeu sa crédibilité ? ».

⁹⁷⁰ Voir pp. 6 et 7 du texte de la communication de la Commission sur l'agenda social de février 2005, *précitée*, note 851.

⁹⁷¹ Voir COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Agenda pour la politique sociale (2006-2010) », *précité*, note 968.

⁹⁷² La Commission envisage ainsi d'accorder une exemption de notification pour « les compensations de services publics de montants limités », qui bénéficierait aux « services sociaux d'intérêt général » (voir pp. 11-12 de la communication de la Commission sur l'agenda social de février 2005, *précitée*, note 851). Cette nouvelle catégorie de services d'intérêt économique général – créée de toutes pièces par la Commission – a fait l'objet d'une récente communication de la Commission du 26 avril 2006.

⁹⁷³ J.-P. LHERNOULD, *loc. cit.*, note 800, 4 et suiv. Outre l'accroissement de la confiance des citoyens, les initiatives envisagées par la Commission s'organisent autour de deux axes intitulés « vers le plein emploi » et « une société plus égalitaire ». Pour plus de précisions sur les propositions de la Commission inscrites à l'agenda social, voir *id.*

⁹⁷⁴ C'est le cas notamment dans le domaine des relations industrielles et du droit du travail, avec les propositions de mise à jour des directives sur les transferts d'entreprise ou sur les licenciements collectifs, et de codification des directives sur l'information et la consultation des travailleurs : *id.*, 6.

garde pareillement d'aborder les textes législatifs qui posent problème au niveau du Conseil (les directives sur l'intérim ou sur le temps de travail ⁹⁷⁶, par exemple). Et elle réserve ses propositions les plus audacieuses pour le dialogue social, où elles ont peu de chances d'aboutir en raison de la farouche opposition de l'UNICE (à la mise en place d'une négociation collective transnationale ou à la révision de la directive sur les comités d'entreprise européens notamment) ⁹⁷⁷. Les louables intentions de la Commission sont en outre à tempérer lorsque l'on connaît l'approche suivie par la Commission en mars 2006 en matière de responsabilité sociale des entreprises ⁹⁷⁸ et ses réticences à légiférer dans le domaine de la sécurité et de la santé au travail ⁹⁷⁹. On notera, par ailleurs, l'habile trouvaille que constituent les « années européennes » ⁹⁸⁰, qui permettent à l'Union européenne de montrer qu'elle se préoccupe du sujet en cause avec un engagement minimal de sa part.

L'idée d'un partenariat a, par la suite, été davantage développée après ce que l'on pourrait appeler l'échec de la stratégie constitutionnelle (suite aux référendums négatifs français et néerlandais), en quelque sorte pour s'y substituer. Ce qui a permis du même coup aux autorités européennes de « renouer » avec les vraies priorités européennes ⁹⁸¹ ou, plus précisément, les priorités voulues par les institutions européennes, par opposition aux priorités « constitutionnelles » imposées (surtout aux États membres) par la nécessaire adaptation de la structure institutionnelle et décisionnelle de l'Union européenne à l'entrée de dix nouveaux membres. La manière de procéder n'a toutefois pas changé. Elle repose essentiellement sur un travail de persuasion. On en veut pour preuve le point I.3.13 des conclusions du Conseil européen de mars 2006, ainsi formulé : « [i]l est nécessaire de faire participer plus activement les citoyens européens à ce processus afin qu'ils perçoivent mieux

⁹⁷⁵ *Id.*, 8.

⁹⁷⁶ Est actuellement en discussion la suppression de la clause dérogatoire de la directive de 2003 sur l'aménagement du temps de travail (*précitée*, note 603), mais la question divise profondément le Conseil de l'Union où deux conceptions du droit social s'affrontent (voir Thomas FERENCZI, « l'État doit-il fixer la durée du travail ? », *Le Monde*, 9 juin 2006, p. 2).

⁹⁷⁷ Sur ces différents points, voir J.-P. LHERNOULD, *loc. cit.*, note 800, 7 et 8.

⁹⁷⁸ *Cf. supra*, note 730.

⁹⁷⁹ *Cf. supra*, note 603.

⁹⁸⁰ Année européenne des langues en 2001, Année européenne des personnes handicapées en 2003, Année européenne de l'éducation par le sport en 2004, Année européenne de la citoyenneté par l'éducation en 2005, Année européenne de la mobilité des travailleurs en 2006. Et l'Agenda social propose de faire de 2007 l'Année européenne de l'égalité des chances et de 2010 l'Année européenne de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale.

⁹⁸¹ Ces priorités n'ont toutefois jamais vraiment été délaissées. Les propos du commissaire européen à l'entreprise et à l'industrie, Günter Verheugen sont éloquentes à cet égard : « [d]ans le contexte du débat en France sur le référendum sur la Constitution, la question se pose : quel est donc le grand projet européen commun qui nous attend pour les prochaines années ? Pour moi, la réponse est claire : l'Europe doit asseoir sa base économique et la renforcer. » (Günter VERHEUGEN, « Comment relancer la stratégie de Lisbonne », *Le Monde*, 30 mars 2005, p. 6).

en quoi des réformes mises en œuvre en temps utile et de manière adéquate contribueront à une prospérité accrue et mieux partagée. Une mise en œuvre efficace du partenariat renouvelé pour l'emploi et la croissance exigera des partenaires sociaux une contribution active et un grand sens des responsabilités. »⁹⁸²

On notera toutefois que l'accent mis sur l'information et la nécessité de convaincre les populations de l'Union du bien-fondé des réformes n'est pas nouveau. Il est simplement davantage structuré dans le cadre d'un partenariat. L'« information » se fait aussi plus ciblée. À partir de 2003, le Conseil et la Commission ont invité les États membres à rendre leur réforme des pensions politiquement acceptable – alors qu'avaient eu lieu de nombreuses grèves nationales contre la réforme des retraites – en informant davantage les citoyens « de ce qu'ils peuvent attendre et de ce qu'ils doivent faire pour s'assurer un niveau de vie adéquat au moment de leur retraite »⁹⁸³. Ce discours, insistant sur le fait de « bien informer les citoyens », sera ensuite élargi à la santé⁹⁸⁴, ou encore au pacte de stabilité et de croissance⁹⁸⁵. Il repose sur l'idée que « l'impopularité des réformes économiques et sociales [est liée à] l'incommunicabilité des enjeux auxquels l'Union est confrontée [et qu'] une action de communication pro-active pour sensibiliser les Européens sur les réponses à apporter » à ces enjeux (dont principalement le vieillissement de la population européenne et la concurrence mondiale) devrait y remédier⁹⁸⁶.

En conclusion, je remarque qu'une constante se dégage de cette période : l'insistance des institutions européennes, et surtout du Conseil européen, pour l'action plutôt que pour l'élaboration ; l'agir dans le domaine économique, sécuritaire et constitutionnel devant masquer l'absence d'intégration européenne et surtout une Europe qui, malgré les discours⁹⁸⁷, ne correspond plus aux attentes de ses peuples⁹⁸⁸.

⁹⁸² Point I.3.13 des conclusions du Conseil européen de Bruxelles de mars 2006, *précitées*, note 325.

⁹⁸³ Rapport conjoint du Conseil et de la Commission sur un système de pensions adéquat et durable, adopté le 7 mars 2003 – Bulletin UE 3-2003, point 1.3.30.

⁹⁸⁴ Voir, par exemple, la communication de la Commission, du 22 décembre 2005, sur un nouveau cadre pour la coordination ouverte des politiques de protection sociale et d'inclusion sociale, *précitée*, note 797, à la page 9 du texte intégral (à l'adresse Internet suivante : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2005/com2005_0706fr01.pdf).

⁹⁸⁵ Celui-ci doit être « compris par l'opinion publique » : point 18, annexe II des conclusions du Conseil européen de mars 2005, *précitées*, note 542.

⁹⁸⁶ Voir cette idée exprimée notamment par Olivier Bailly (*loc. cit.*, note 833, 361), administrateur au Secrétariat général de la Commission.

⁹⁸⁷ Le Conseil européen de Bruxelles de juin 2006 est particulièrement orienté vers une « Europe à l'œuvre », celui-ci exprimant « son attachement à une Union qui obtient les résultats concrets que les citoyens attendent » (voir point I.2.4 des conclusions, *précitées*, note 709). La Commission, qui « se veut pragmatique, et proche des gens », entend, elle aussi, privilégier « l'Europe des résultats », avec

Pour clore cette première partie, il ressort de l'analyse que le courant néolibéral s'est progressivement imposé à l'ensemble des domaines d'activités de l'Union européenne. Je constate ainsi que les thèmes présents dans la conjoncture précédente ont évolué de trois manières sous l'influence de la pensée néolibérale. La plupart de ces thèmes concernaient des préoccupations collectives. Je distingue ainsi trois groupes aux frontières floues et perméables. Le premier groupe comprend les thèmes qui ont vu leur sens – et leur fonction – modifiés pour les adapter aux postulats néolibéraux. C'est le cas, par exemple, du dialogue social ou de la prise en compte du citoyen par les institutions communautaires. Cette dernière avait autrefois pour finalité d'affermir un sentiment d'appartenance commune chez le citoyen européen. Elle sert désormais essentiellement à emporter son adhésion à une réorientation des politiques communautaires inspirées par une autre logique et, plus récemment, à l'impliquer davantage dans cette réorientation. Les thèmes économiques n'échappent pas non plus à cette transformation. La façon d'aborder l'Union économique et monétaire ou encore l'emploi a changé, comme nous l'avons vu. Il en va de même pour la compétitivité européenne, auparavant stimulée par l'interventionnisme communautaire dans le domaine de la recherche et le développement et pour laquelle on fait à présent de plus en plus appel au financement privé, tout en redécouvrant « sur le tard » (à partir de 2002) l'intérêt de l'interventionnisme dans ces domaines ciblés.

Le deuxième groupe englobe à la fois des sujets qui ont disparu totalement de la rhétorique communautaire (par exemple, le pluralisme culturel ou la démocratie pluraliste) ou qui se sont estompés temporairement pour réapparaître plus tard, soit à des fins de légitimation, dans le troisième groupe (par exemple, la politique sociale), soit comme simple instrument d'application des principes néolibéraux. Tel est le cas de l'éducation ou de la cohésion économique et sociale. La mission de cette dernière est en effet passée de la répartition des richesses entre les régions de l'Union européenne à la stimulation de la croissance, de la compétitivité et de l'emploi, au moyen des initiatives locales. Quant à l'éducation, elle s'est transformée en simple facteur de croissance économique.

l'objectif de « montrer la valeur ajoutée » de la construction européenne aux citoyens européens selon les propos de son président (voir P. RICARD, *précité*, note 721, p. 7, qui dénonce également l'opération de charme menée par la Commission à l'égard des consommateurs européens).

⁹⁸⁸ Ainsi que le souligne Serge TRUFFAUT, « Le pavé de Prodi », *Le Devoir*, 20 avril 2006, p. A6, « [...] l'humeur politique des Européens [...] vis-à-vis de l'Union [...] a atteint un niveau de morosité, de désenchantement, plus élevé que jamais. Si on se fie aux études et aux sondages consacrés à ce désamour, une majorité de citoyens jugent la Commission européenne comme une institution qui travaille presque exclusivement à l'imposition sur le continent du modèle anglo-saxon du capitalisme [...] »

Enfin, le troisième groupe couvre des thèmes qui étaient auparavant abordés par l'Union européenne compte tenu de leur importance pour la collectivité. Ces thèmes ont, dans un premier temps, rejoint la pluralité des petits thèmes d'importance secondaire, intéressant le citoyen, en vue de rechercher son adhésion à la construction européenne, pendant que s'effectuait la conversion au nouveau courant idéologique. Les exemples les plus frappants sont l'environnement, la sécurité, et la politique sociale. Cette dernière a été remplacée par des thèmes spécifiques : la protection du consommateur ou de la santé publique, l'égalité des sexes, la santé et la sécurité au travail, l'exclusion sociale, la lutte contre le racisme, ou encore la lutte contre la drogue. Puis, dans un second temps, lorsque l'application des recettes néolibérales au niveau européen comme au niveau national a exigé de « gagner la bataille de l'opinion publique », ces thèmes ont acquis une importance de premier plan dans la légitimation de l'Union européenne.

Cette pénétration des idées néolibérales dans les politiques communautaires s'explique par le ralliement progressif de l'ensemble des institutions et organes communautaires aux normes du néolibéralisme. Or les institutions motrices de l'Europe comptent parmi les auditoires de la Cour. Il sera donc intéressant d'évaluer en premier lieu, d'une part, si ce processus de réception du nouveau courant idéologique se vérifie également chez les autres auditoires et, d'autre part, si et comment il transparait dans les attentes des auditoires dans le cadre judiciaire européen. C'est ce que je me propose d'aborder dans le premier chapitre de ma seconde partie, qui me permettra d'apprécier comment les attentes de la Cour ont évolué en fonction du contexte conjoncturel et notamment de l'introduction de la logique néolibérale dans la sphère européenne.

En second lieu, j'apprécierai, dans le second chapitre de ma seconde partie, si et dans quelle mesure la Cour de justice a tenu compte dans sa jurisprudence des attentes de ses auditoires, variables dans le temps et entre ces derniers, et si, finalement, elle a été, elle aussi, imprégnée par la nouvelle idéologie.

Nous avons vu, en outre, qu'une fois le paradigme dominant bien implanté au niveau européen, les autorités européennes ont cherché à l'imposer de façon uniforme au niveau national. Elles l'ont fait au moyen des politiques et des actions communautaires et par l'intermédiaire d'instruments communautaires de coordination et de suivi des politiques nationales, et ce, parfois même, si l'Union européenne ne disposait pas de compétences directes dans les domaines concernés. Il sera également intéressant d'examiner, toujours dans

le second chapitre de ma seconde partie, si la Cour a participé à ce mouvement général, par sa jurisprudence relative à l'interdiction des mesures d'effet équivalent.

DEUXIÈME PARTIE – UNE COUR DE JUSTICE À L'ÉCOUTE DE SES AUDITOIRES

Toute décision est le reflet d'une prise en compte des intérêts de ceux à qui elle s'adresse, directement ou indirectement. Bien souvent, pour assurer son plus large suivi, elle constitue un compromis entre les attentes de ces différents auditoires. La jurisprudence de la Cour relative à l'article 28 du traité CE n'échappe pas à cette règle. Il importe donc de connaître ces auditoires pour pouvoir cerner, dans les décisions de la Cour, les réponses de celle-ci à leurs attentes.

CHAPITRE I – LES AUDITOIRES DE LA COUR ET LEURS ATTENTES

Le professeur Perelman distingue l'auditoire particulier de l'auditoire universel. L'auditoire particulier est composite et son approbation aux arguments de l'orateur n'est, par conséquent, que partielle. Tandis que l'auditoire universel est « constitué par l'humanité toute entière, ou du moins, par tous les hommes adultes et normaux [...] »⁹⁸⁹ et son consentement universel confère aux arguments de l'orateur une « validité intemporelle et absolue, indépendante des contingences locales ou historiques »⁹⁹⁰. Appliquée au système juridique, cette différenciation se retrouve, selon Chaïm Perelman, dans la prise en considération par les tribunaux de ces deux types d'auditoires. Les tribunaux inférieurs sont ainsi davantage influencés, dans leur manière de juger, par différents auditoires particuliers, tels les parties en litige, « l'opinion publique éclairée »⁹⁹¹ (à savoir les juristes professionnels) et les cours supérieures chargées du contrôle juridictionnel. À l'inverse, les juridictions supérieures sont plus détachées des auditoires particuliers. Leurs jugements, dans une recherche d'uniformité et d'adaptation sociale du droit positif, s'adressent à l'auditoire universel et leur motivation reflète la conciliation des différentes valeurs à protéger⁹⁹². On retrouve, de manière implicite,

⁹⁸⁹ C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 32, p. 39.

⁹⁹⁰ *Id.*, p. 41.

⁹⁹¹ C. PERELMAN, *loc. cit.*, note 32, 422.

⁹⁹² *Id.*

cette idée d'auditoire universel dans la conception que se fait Constantin N. Kakouris, à l'époque juge à la Cour de justice des Communautés européennes, du rôle du juge ⁹⁹³.

Pour ma part, je ne partage toutefois pas entièrement ce concept d'auditoire universel. Il me semble en effet difficile de réaliser un réel assentiment universel. Ce concept, issu d'une pensée davantage moniste, traduit, selon moi, une vision un peu idéalisée d'une réalité fragmentée. En présupposant une communauté de valeurs et d'intérêts, l'auditoire universel se trouve en fait à camoufler les oppositions dans la société ⁹⁹⁴. Aussi, mon objectif sera de mettre en lumière le jeu des auditoires particuliers dans la jurisprudence communautaire en matière de libre circulation des marchandises. Je démontrerai ainsi que la Cour compte plusieurs auditoires ayant, pour la plupart, des intérêts très divergents.

La prise en compte de ces auditoires par la Cour revêt d'ailleurs une importance spécifique dans le contexte européen. Compte tenu des particularités du système juridictionnel communautaire et du rôle de la Cour dans le processus d'intégration européenne, l'acceptation de ses arrêts est intimement liée à leur respect ⁹⁹⁵. Plus qu'ailleurs, la Cour doit convaincre : « *[r]eliance on the power of persuasion is particularly important in a system such as the Community in which the means for enforcing judgments are limited and in which compliance with them ultimately depends on the recognition by all concerned that the common interest requires respect for the Community legal order.* » ⁹⁹⁶

L'existence de ces auditoires a même été reconnue par certains membres de la Cour. Le juge Ulrich Everling s'exprimait ainsi : « *when the Court is in the process of reaching a decision it engages in a work of construction which, in a certain sense, reflects the entire process of European integration in which it is embedded. It therefore cannot work in isolation ; the Members of the Court need to be supported by the public in their respective countries, by legal writers, by references from national courts and by the participation of national authorities in proceedings* » ⁹⁹⁷. Compteraient donc parmi les auditoires de la Cour les ressortissants européens, la doctrine et les juridictions nationales, ainsi que les

⁹⁹³ Constantin N. KAKOURIS, « La mission de la Cour de Justice des Communautés européennes et l'«ethos» du juge », (1994) 4 *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs* 35, spéc. 38-39. Le juge Kakouris accorde une grande importance à la théorie du droit naturel.

⁹⁹⁴ Au soutien de cette position, voir les pertinents développements de A. LAJOIE, *op. cit.*, note 34, pp. 110-111 et 138-140, qui critique le caractère globalisant et univoque du concept d'auditoire universel.

⁹⁹⁵ Sur l'importance de l'acceptation des arrêts de la Cour au regard de son rôle dans la construction européenne, voir notamment C. N. KAKOURIS, *loc. cit.*, note 993, 37.

⁹⁹⁶ Ulrich EVERLING (à l'époque juge à la Cour), « The Court of Justice as a Decisionmaking Authority », (1984) 82 *Michigan Law Review* 1294, 1308.

⁹⁹⁷ *Id.*, 1307.

gouvernements nationaux. S'y ajoutent, selon moi, les institutions motrices de l'Europe (la Commission et le Conseil)⁹⁹⁸, ainsi que le Conseil européen et, parmi la communauté juridique (soit l'auditoire spécialisé) englobant déjà les tribunaux nationaux et la doctrine, les avocats généraux ainsi que les praticiens.

Toutefois, avant d'aborder plus en détail chacun de ces auditoires, il convient au préalable d'apporter quelques précisions sur leur position respective vis-à-vis de la Cour. Leur rapport avec la Cour peut être soit direct, soit indirect, voire même les deux dans certains cas. Il est direct lorsque les auditoires sont associés à la procédure contentieuse ; indirect lorsque la prise en compte par la Cour de leurs attentes est extérieure au processus judiciaire.

SECTION PRÉLIMINAIRE : LES AUDITOIRES DIRECTS ET LES AUDITOIRES INDIRECTS

On pourrait raisonnablement penser que les intérêts des auditoires associés à la procédure contentieuse, que je qualifierais d'auditoires directs – et privilégiés de ce fait – soient davantage considérés par la Cour que ceux qui en sont exclus, soit les auditoires indirects. Ceci ne se vérifie pourtant pas toujours. Tout dépend en fait de l'auditoire concerné, certains ayant, par nature, une influence plus grande que d'autres sur la Cour. Le contexte conjoncturel entre également en ligne de compte (je l'apprécierai plutôt lors de l'étude séparée des auditoires et de leurs attentes).

Si, dans le cadre de la procédure contentieuse, l'attention que peuvent avoir de la Cour les auditoires intervenants est certes plus facile et plus tangible, elle est aussi plus limitée, quant à son champ d'action, que celle accordée aux auditoires indirects. En effet, intervenant dans le strict cadre de la procédure judiciaire devant la Cour, les auditoires directs ne peuvent faire valoir leurs positions qu'à travers des arguments juridiques. Et leur prise en compte par la Cour correspond essentiellement à la nécessité pour cette dernière d'asseoir son autorité judiciaire. S'agissant des auditoires indirects, leur influence sur la Cour dépend surtout de la fonction de celui qui l'exerce : elle sera de nature plus juridique s'agissant de la communauté juridique, et de nature plus politique s'agissant des institutions européennes, des États membres et des ressortissants européens. L'attention que les auditoires indirects

reçoivent de la Cour est étroitement liée au besoin de cette dernière d'assurer sa légitimité. J'apprécierai plus en détails, dans les sections suivantes de ma thèse, l'intérêt de chacun de ces auditoires, directs comme indirects, pour la Cour.

Certains auditoires peuvent avoir ces deux qualités, mais tous exercent, à un moment ou à un autre, une influence indirecte sur la Cour : les États membres, les institutions européennes – la Commission et le Conseil essentiellement, mais aussi le Conseil européen – et la doctrine. Le sont également, lorsque pris dans leur ensemble, les juridictions nationales, les avocats généraux, les praticiens et les ressortissants européens. Leur incidence sur la jurisprudence de la Cour est plus floue car elle est indépendante du litige qui lui est soumis. S'agissant des institutions communautaires, elle procédera surtout de l'activité législative communautaire⁹⁹⁹, ou d'autres documents sans valeur contraignante mais exprimant un appui implicite des autorités européennes à la Cour¹⁰⁰⁰. Pour le Conseil européen, ce sont les orientations prises pour les politiques européennes qui pèseront éventuellement sur l'interprétation qu'effectuera la Cour de l'article 28 du traité CE. En ce qui concerne les États membres, c'est leur attitude – favorable ou non – à l'intégration européenne, se reflétant notamment dans le respect des règles communautaires et dans les révisions des traités européens, qui pourra être prise en considération par la Cour. Vis-à-vis des tribunaux nationaux, la Cour attachera un intérêt au respect de la jurisprudence communautaire en général, ainsi qu'à une correcte application des règles communautaires dans les causes qui lui sont soumises. Sa crédibilité est également une donnée qui entrera en jeu, comme à l'égard des avocats généraux, de la communauté universitaire et des praticiens. Comptera aussi pour la Cour le soutien de la doctrine et une analyse ou une vulgarisation satisfaisante de sa jurisprudence et des règles communautaires. Et pour les praticiens, il importera aussi pour elle qu'ils puissent promulguer des conseils adéquats à leur clientèle (composée pour une grande part d'opérateurs économiques européens). Enfin, la Cour sera aussi attentive aux ressortissants communautaires compte tenu de la place grandissante qu'occupe l'opinion publique dans la sphère européenne. Je reviendrai plus amplement sur ces différents points.

Voyons à présent, sans entrer dans les détails procéduraux (phases écrite et orale de la procédure devant la Cour), quels sont ses auditoires directs, intervenant dans la procédure

⁹⁹⁸ La force de persuasion du Parlement européen sur la Cour est marginale. Celle-ci semble plus attentive aux préoccupations directement exprimées par les citoyens européens qu'à celles de leurs représentants au niveau européen.

⁹⁹⁹ Dans le domaine du marché unique particulièrement, ou de la protection des consommateurs ou de l'environnement, par exemple.

contentieuse. Dans le cadre d'une demande préjudicielle, il s'agit des parties en cause¹⁰⁰¹, des États membres, de la Commission et, beaucoup plus rarement lorsque l'interprétation de l'article 28 du traité CE est en jeu, du Conseil, du Parlement européen ou de la Banque centrale européenne¹⁰⁰². Ces auditoires directs peuvent déposer devant la Cour des mémoires ou des observations écrites¹⁰⁰³. En outre, les États membres et les institutions communautaires peuvent intervenir, par une requête en intervention, dans les litiges soumis à la Cour – y compris donc dans le cadre des articles 226 et 227 du traité CE (recours en manquement) – pour soutenir les conclusions de l'une des parties¹⁰⁰⁴. Ce droit est également reconnu, mais dans le cadre de la procédure préjudicielle seulement, « à toute autre personne justifiant d'un intérêt à la solution [du] litige soumis à la Cour »¹⁰⁰⁵, laquelle est généralement une personne morale.

Tous ces auditoires doivent être représentés devant la Cour de justice des Communautés européennes par un juriste (avocat ou agent)¹⁰⁰⁶, lequel appartient à l'auditoire spécialisé. Ce n'est toutefois pas à cet auditoire spécialisé que les motifs des arrêts de la Cour et ses orientations jurisprudentielles s'adressent mais à ceux qu'il représente. Cela n'empêchera pas la Cour, par ailleurs, de le prendre en considération, de manière indirecte, en tant que représentant de la communauté juridique.

S'ajoutent, à titre d'auditoires directs (et spécialisés), la juridiction nationale de laquelle émane la demande préjudicielle, ainsi que l'avocat général chargé de présenter ses conclusions dans l'affaire en cause.

¹⁰⁰⁰ Par exemple, la communication interprétative de la Commission du célèbre arrêt *Cassis de Dijon* (citée, note 1046). Voir *infra*, pages 244 et 291.

¹⁰⁰¹ Par parties en cause, on entend partie demanderesse et partie défenderesse au principal. Le litige pendant devant le tribunal national oppose généralement une ou des personnes morales (poursuivies ou requérantes) – plus rarement une personne physique – et un organisme public (par exemple administratif, tel un conseil municipal, ou une fédération nationale) ou directement le gouvernement d'un État membre. Dans le cadre d'un recours en manquement, la partie demanderesse est la Commission et la partie défenderesse l'État membre en cause.

¹⁰⁰² Ce n'est le cas que lorsque la mesure contestée au regard de l'article 28 CE est communautaire et émane de ces institutions, ce qui, dans la pratique, n'est pas fréquent. Aussi, je ne m'attacherai pas à apprécier l'influence directe que peuvent éventuellement avoir ces trois institutions sur la Cour.

¹⁰⁰³ Article 23, alinéa 2, du protocole sur le statut de la Cour.

¹⁰⁰⁴ Article 40, alinéa 1, du protocole sur le statut de la Cour.

¹⁰⁰⁵ Article 40, alinéa 2 du protocole sur le statut de la Cour.

¹⁰⁰⁶ Les parties sont obligatoirement représentées par un avocat, tandis que les institutions européennes ainsi que les États membres le sont par un agent nommé pour chaque affaire, pouvant être assisté d'un conseil ou d'un avocat (article 19 du Protocole sur le statut de la Cour de justice). Pour la Commission, il s'agit généralement d'un membre de son service juridique, pour les États membres d'un fonctionnaire national relevant du ministère de la justice.

Ces auditoires directs ne sont toutefois pas égaux entre eux. L'avocat général tire son importance de la place qu'il tient dans le système juridictionnel communautaire ; la Commission en raison de sa permanence et de l'intérêt communautaire qu'elle représente et qu'elle défend ; l'État membre au regard du nécessaire respect de l'article 28 du traité CE ; le tribunal national pour la bonne application de cette disposition au litige pendant devant lui, comme de la décision rendue par la Cour à titre préjudiciel. Les opérateurs économiques, en comparaison, paraissent ainsi avoir une importance secondaire. Les institutions européennes, et particulièrement la Commission, ainsi que les États membres, sont d'ailleurs mis sur un pied d'égalité avec les parties au litige au principal. Cela reflète le peu de poids accordé à ces dernières dans la procédure juridique européenne. Les opérateurs économiques, comme il le sera montré plus loin, ont néanmoins joué en rôle non négligeable dans « l'activation » de l'article 28 du traité CE.

En outre, l'importance de certains auditoires directs est encore renforcée par le fait – qui complexifie encore davantage les choses – qu'ils ont également une influence indirecte, plus ou moins forte, sur la Cour. C'est particulièrement le cas de la Commission, avec ses fonctions à la fois politiques (initiative législative et exécution des politiques européennes) et répressives (en tant que gardienne de la légalité communautaire). C'est aussi le fait des États membres, représentés à plusieurs titres : individuellement et le plus souvent directement (gouvernement national impliqué dans le litige ou État membre intervenant), ou collectivement et la plupart du temps indirectement (Conseil des ministres ou Conseil européen). Partagent, dans une moindre mesure cependant, cette caractéristique d'une double influence (directe et indirecte) les juridictions nationales et les avocats généraux. Ces derniers, en tant qu'éléments du système juridictionnel communautaire, ont toutefois plus de poids comme auditoire direct.

Avant d'aborder individuellement les auditoires de la Cour, une précision doit encore être apportée, il me semble, à la nature des influences auxquelles est soumise la Cour. J'ai mentionné plus haut que l'argumentaire des auditoires directs, représentés par l'auditoire spécialisé, était avant tout juridique. Cela ne signifie pas pour autant une absence totale de la politique dans la sphère juridique. Au contraire, toute l'interprétation donnée au champ d'application de l'article 28 du traité CE – que celle-ci émane de la Commission, des avocats généraux, des gouvernements en cause ou de la Cour elle-même – en est teintée. Pour certains, la Cour doit, dans son interprétation de l'article 28 du traité CE, respecter les compétences résiduelles des États membres. Pour d'autres, l'article 28 du traité CE doit être un instrument au service de la réalisation d'un marché unifié au niveau européen, voire de la

liberté économique. Ces positions antagonistes non seulement divisent les auditoires entre eux, mais elles peuvent aussi être présentes au sein de chaque auditoire, et elles évoluent sous l'influence de la conjoncture.

Cela me conduit à un autre facteur essentiel dans la compréhension de la jurisprudence communautaire en matière de libre circulation des marchandises, qui se combine étroitement au rôle des auditoires, à savoir l'élément conjoncturel et notamment les courants idéologiques. L'élément conjoncturel joue un rôle central et ce, à plusieurs niveaux. D'une part, il agit directement sur la Cour elle-même. Même si cette influence est généralement plus difficile à établir, elle se traduira par le degré de satisfaction qu'accordera la Cour aux attentes de chacun de ses auditoires dans ses orientations jurisprudentielles. D'autre part, la conjoncture aura un impact sur les auditoires eux-mêmes, en influençant leurs positions ; lesquels auditoires chercheront ensuite à gagner l'adhésion de la Cour, que ce soit de manière directe ou indirecte. Les attentes des auditoires comme le poids de chacun auprès de la Cour varient donc en fonction de la conjoncture « du moment ». Ainsi, pour n'en donner qu'une illustration pour l'instant, si les avocats généraux constituent indéniablement un des auditoires juridiques les plus importants de la Cour, leurs arguments auront plus de chance d'être entendus par cette dernière dans un contexte conjoncturel qui leur est favorable. La Cour, par exemple, n'a pas suivi dans l'arrêt *Cinéthèque* les suggestions de son Avocat général en faveur d'une lecture plus restrictive de l'article 28 du traité CE, au moment où était lancé le projet de marché unique.

Enfin, mon étude serait incomplète si je ne parlais pas d'un facteur, qui « brouille parfois les cartes » dans l'analyse de l'impact des auditoires et de la conjoncture sur l'interprétation de l'article 28 du traité CE : le facteur humain, autrement dit, les positions personnelles. Il permet d'expliquer pourquoi il n'est pas rare de voir la Commission à travers ses agents, tout comme les avocats généraux¹⁰⁰⁷, défendre des positions très contradictoires dans des affaires pourtant similaires¹⁰⁰⁸. Si la fonction judiciaire est réputée neutre, elle n'y

¹⁰⁰⁷ Par exemple, les positions des Avocats généraux Giuseppe Tesaro et Marco Darmon sont souvent diamétralement opposées à celles de l'Avocat général Pieter VerLoren Van Themaat.

¹⁰⁰⁸ Il est à cet égard intéressant de comparer, par exemple, les observations d'ordre juridique présentées par la Commission dans les arrêts *Torfaen*, *Quietlynn* ou *Oebel*, respectivement par ses agents Éric L. White et Rolf Wägenbaur, avec celles émises par François Lamoureux et Peter Oliver, à titre d'agents de la Commission, dans l'arrêt *Blesgen* (*Rec.* 1982, pp. 1214-1216). Les premières sont en faveur d'une interprétation étroite de l'article 28 CE (voir *infra*, pages 247 et 318), alors que les secondes prônent une application large de cette disposition (voir *infra*, page 246, note 1059). De manière générale, il apparaît ainsi que les conseillers juridiques à la Commission, Éric L. White, Rolf Wägenbaur, et surtout Giuliano Marengo, ont des arguments basés sur des principes qui dominaient

échappe pas non plus. Ce facteur est toutefois quasi invérifiable s'agissant des juges de la Cour de justice des Communautés européennes, tenus au respect du secret du délibéré. On notera que s'agissant de la Commission, le facteur humain pourrait être un élément perturbateur pour son unité et sa crédibilité en tant qu'institution collégiale.

SECTION I – LES GOUVERNEMENTS NATIONAUX

Les États membres sont les principaux destinataires des dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises. Comme ces dispositions – dont fait partie l'article 28 du traité CE – sont particulièrement brèves, c'est la jurisprudence de la Cour qui est venue préciser et étoffer le corpus juridique en la matière. Les États membres sont dès lors, à juste titre, le premier auditoire de la Cour. De leur adhésion à la jurisprudence de la Cour dépend son suivi. En effet, en l'absence de pouvoir de coercition de l'Union européenne, les arrêts de constatation de manquement de la Cour sont simplement déclaratoires. La Cour ne peut obliger l'État membre à se conformer à sa décision¹⁰⁰⁹, ni annuler un acte national violant le droit communautaire¹⁰¹⁰. Le droit communautaire, comme le droit international, ne prévoit pas de mécanisme d'exécution forcée contre les États membres¹⁰¹¹. Aussi, la seule sanction possible contre un État récalcitrant était autrefois l'introduction d'un nouveau recours en manquement (soit un recours en « manquement sur manquement »). Le traité de Maastricht a prévu, depuis, la possibilité de condamner l'État à une amende ou à une astreinte¹⁰¹².

Or, comme l'exprimait fort bien Norbert Reich, les dispositions du traité de Rome concernant le principe de libre circulation sont essentiellement dirigées contre les réglementations étatiques. Selon cet auteur, « *[t]he slogan "integration" defines the central political object of the Community since its coming into existence. [...] Integration looks at member states' regulations which have an effect on the free circulation of goods, services, persons and capital transfers as restrictions, whatever their political and legal justifications.*

dans les années soixante-dix (à l'époque de l'État-providence), tandis que le conseiller juridique Peter Olivier, par exemple, a des positions davantage en faveur du libéralisme économique.

¹⁰⁰⁹ En vertu de l'article 228, paragraphe 1^{er} du traité CE (ex-article 171), l'État condamné est toutefois « [...] tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice. »

¹⁰¹⁰ Voir, par exemple, J. BOUDANT, *op. cit.*, note 1, p. 84 ; D. SIMON, *op. cit.*, note 39, p. 647.

¹⁰¹¹ D. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, p. 21.

¹⁰¹² Article 228 (ex-article 171) du traité CE. Cette disposition n'a été appliquée qu'une fois, à l'encontre de la Grèce, en 2000 : voir J. BOUDANT, *op. cit.*, note 1, pp. 88-89.

The thrust of primary and secondary Community law is directed against member-state regulations. »¹⁰¹³

Dès lors, l'interprétation donnée par la Cour au principe de libre circulation n'a pas seulement des impacts du point de vue du libre-échange intracommunautaire. Elle affecte également l'étendue des pouvoirs réglementaires des États membres en matière de libre circulation des marchandises, et particulièrement leurs compétences législatives résiduelles en ce qui a trait à la production et à la commercialisation des produits. En l'absence d'harmonisation communautaire exhaustive dans le domaine en cause, la détermination des règles relatives à la production et à la commercialisation des produits demeure en effet de la compétence des États membres¹⁰¹⁴, sous réserve toutefois du respect des dispositions du traité, et notamment de celles concernant la libre circulation des marchandises¹⁰¹⁵. Par conséquent, la portée donnée par la Cour aux règles communautaires sur la libre circulation des marchandises, et particulièrement à l'article 28 du traité CE, détermine l'étendue des pouvoirs réglementaires résiduels des États membres¹⁰¹⁶. Or, ainsi que je le montrerai, le premier puis surtout le deuxième grands courants jurisprudentiels de la Cour de justice des Communautés européennes relatifs à l'article 28 du traité CE (issus des arrêts *Dassonville* en 1974 et *Cassis de Dijon* en 1979) ont considérablement restreint les prérogatives des États membres en matière de réglementation commerciale.

Les États membres se sont d'abord opposés à un tel empiètement, par le pouvoir judiciaire, sur leurs compétences législatives¹⁰¹⁷, particulièrement les États comme l'Allemagne, la France ou l'Italie, avec des standards de protection élevés¹⁰¹⁸. En effet, les réglementations de commerce répondent, entre autres, au besoin d'assurer la sécurité des

¹⁰¹³ Norbert REICH, « Protection of Diffuse Interests in the EEC and the Perspective of Progressively Establishing an Internal Market », (1988) *Tidskrift: utgiven av Juridiska Föreningen* 159, 161-162.

¹⁰¹⁴ Ce principe a été explicitement formulé par la Cour dans son célèbre arrêt *Cassis de Dijon*, précité, note 26, au point 8, p. 662 : « [...] en l'absence de réglementation commune de la production et de la commercialisation [pour le produit en cause] [...] il appartient aux États membres de régler, chacun sur son territoire, tout ce qui concerne la production et la commercialisation [du produit en cause] ». Il a été, depuis, itérativement rappelé par la Cour.

¹⁰¹⁵ Sur l'étendue de ces compétences résiduelles, voir Alfonso MATTERA, *Le Marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*, 2^e éd., Paris, Jupiter, 1990, pp. 254-256.

¹⁰¹⁶ Je constate que M. P. MADURO, *op. cit.*, note 20, pp. 1 et 58 est parvenu à la même conclusion.

¹⁰¹⁷ Voir, à l'égard de l'arrêt *Dassonville*, H. RASMUSSEN, *op. cit.*, note 1, p. 280 et, vis-à-vis de l'arrêt *Cassis de Dijon*, la très intéressante étude de Karen J. ALTER et Sophie MEUNIER-AITSAHALIA, « Judicial Politics in the European Community – European Integration and the Pathbreaking *Cassis de Dijon* Decision », (1994) 26 *Comparative Political Studies*, 535, 542-543, que reprend R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, p. 91. Ces auteurs nous apprennent également, p. 87, que le Conseil des ministres avait même demandé à son service juridique de rédiger une contre-interprétation à celle formulée par la Commission sur la portée de l'arrêt *Cassis de Dijon*.

¹⁰¹⁸ K. J. ALTER et S. MEUNIER-AITSAHALIA, *loc. cit.*, note 1017, 542.

produits ou le respect d'un certain nombre d'intérêts légitimes, telle la protection de l'environnement, de la santé publique ou des consommateurs. Reflets des traditions nationales, les spécifications techniques varient dès lors d'un État membre à l'autre, créant de ce seul fait des entraves au commerce entre les États membres. Le rapprochement des législations nationales au niveau européen, en vertu de l'article 94 (ex-article 100) du traité CE (autrement dit l'harmonisation législative), devait permettre de venir à bout de ce type d'entraves. Or, dans le contexte socio-politique des années soixante et soixante dix – où la doctrine de l'État-providence dominait – les gouvernements nationaux étaient peu enclins à abandonner leurs traditions nationales au profit du libre-échange, et l'harmonisation législative, soumise à la règle de l'unanimité, progressait peu ¹⁰¹⁹. L'activisme dont la Cour a fait preuve dans l'arrêt *Cassis de Dijon*, pour forcer l'intégration économique européenne, venait dès lors contrecarrer l'absence de volonté politique des États membres de renforcer la libéralisation des échanges. Je reviendrai plus amplement sur ces différents points ¹⁰²⁰.

Par la suite, le changement de contexte socio-politique aidant – avec la pénétration des idées néolibérales au sein des gouvernements nationaux au cours des années quatre-vingts ¹⁰²¹ – les États membres ont plus facilement admis la réduction de leurs compétences résiduelles au profit de la libéralisation du commerce. Les gouvernements nationaux ont même entériné l'interprétation intégrative de la Cour en approuvant le programme de la Commission proposé dans son livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur de 1985 et en adoptant l'Acte unique européen en 1986 ¹⁰²². Il leur était dès lors difficile de s'opposer ensuite à l'interprétation extensive par la Cour de l'interdiction énoncée à l'article 28 du traité CE (et à l'encadrement très rigoureux de ses « exceptions ») dans le contexte du renforcement de l'intégration économique européenne. L'État membre, dont la réglementation était qualifiée par la Cour de mesure d'effet équivalant à une restriction

¹⁰¹⁹ Pour H. RASMUSSEN, *loc. cit.*, note 133, 416, l'inertie législative traduisait justement « [...] le manque patent de volonté du Conseil d'assumer la responsabilité démocratique de promouvoir l'intégration. »

¹⁰²⁰ Voir *infra*, aux pages 287-292.

¹⁰²¹ Après avoir gagné le Royaume-Uni (en 1979), la vague néolibérale touchera progressivement le continent européen. Pour rappel, elle atteindra d'abord la Belgique, l'Allemagne et le Danemark, puis, à partir de 1985, elle s'étendra à presque l'ensemble des pays membres (*cf. supra*, note 76).

¹⁰²² Wayne SANDHOLTZ et John ZYSMAN, « 1992 : Recasting the European Bargain », (1989) 42 n° 1 *World Politics* 95, 96-97 et 99, font d'ailleurs un lien direct entre les changements politiques intervenus au niveau national dans les années quatre-vingts et la nouvelle approbation par les États membres de « l'objectif 1992 » pour le marché unique. Andrew MORAVCSIK, « Negotiating the Single European Act : National Interests and Conventional Statecraft in the European Community », (1991) 45 n° 1 *International Organization* 19, 21 et 52-53 fait le même constat s'agissant de l'adoption de l'Acte unique européen.

quantitative et était condamnée par l'article 28 du traité CE, était non seulement fautif¹⁰²³, mais il pouvait encore lui être reproché de ne pas vouloir jouer le jeu du libre-échange¹⁰²⁴. L'interprétation large de cette disposition et le rôle normatif que la Cour s'était attribués dans l'arrêt *Cassis de Dijon* se trouvaient à être justifiés par les échéances prévues pour la mise en place du marché intérieur européen, le 1^{er} janvier 1993.

Le marché unique établi (ou sur le point de l'être), la désapprobation de certains États membres¹⁰²⁵ – et de leur opinion publique – face à l'empiètement de la Cour sur leurs pouvoirs résiduels est cependant réapparue, soutenue, en outre, par l'appui, relativement nouveau, d'une frange de la doctrine¹⁰²⁶. Les débats entourant la préparation du traité de Maastricht relativement au principe de subsidiarité, et qui se sont poursuivis dans les années subséquentes, ont traduit le mécontentement des États membres face à une centralisation communautaire jugée excessive, critique à laquelle n'échappait pas l'activisme de la Cour de justice des Communautés européennes en faveur de l'intégration économique européenne¹⁰²⁷. Pour l'ancien juge à la Cour de justice, Ulrich Everling, les États membres signifiaient ainsi à la Cour que son rôle ne constituerait désormais plus à protéger et à renforcer la Communauté européenne et ses institutions, mais plutôt à assurer une bonne

¹⁰²³ À noter : le respect – ou le non-respect – des dispositions libre-échangistes du traité CE ne préjuge pas de l'orientation idéologique des États membres. L'ultralibéralisme anglo-saxon n'a, par exemple, jamais empêché le Royaume-Uni d'avoir des réglementations protectionnistes.

¹⁰²⁴ Hjalte Rasmussen propose, pour expliquer l'acceptation tacite par les États membres du rôle intégratif de la Cour de justice des Communautés européennes, une hypothèse qui recoupe en partie la mienne (voir H. RASMUSSEN, *op. cit.*, note 1, pp. 288-291). Voir aussi sur l'absence d'opposition des États membres à l'attitude centralisatrice de la Cour les développements très intéressants de J. H. H. WEILER, *loc. cit.*, note 7, 526-527.

¹⁰²⁵ L'argument selon lequel le marché unique est pour l'essentiel achevé – pour contrer l'empiètement des institutions européennes sur le champ des compétences nationales – est soulevé de manière récurrente, particulièrement par la France ou de l'Allemagne. Pour un exemple, voir Philippe LEMAITRE, « La subsidiarité fait l'objet de débats confus en Europe », *Le Monde*, 30 juin 1998, p. 4.

¹⁰²⁶ Voir, par exemple, N. REICH, *loc. cit.*, note 1013 ou, ultérieurement, T. WILHELMSSON, *loc. cit.*, note 31, 178-184. Ce dernier auteur a particulièrement reproché à l'interprétation excessivement large de l'article 28 du traité CE adoptée par la Cour de créer de l'incertitude et de l'indétermination à l'égard des législations nationales.

¹⁰²⁷ La déclaration de Birmingham sur le principe de subsidiarité, *précitée*, note 138, point I.8, mentionnait notamment que l'application de la législation communautaire devait « être contrôlée effectivement sans intervenir inutilement dans la vie quotidienne de nos citoyens » (italiques ajoutés). Cette critique des excès du centralisme européen concernait principalement la Commission, mais on peut raisonnablement penser qu'elle s'adressait également à la Cour. On ne peut s'empêcher de rapprocher cette prise de position du Conseil européen de Birmingham des mots particulièrement acerbes que le chancelier allemand Helmut Kohl avait eus, quelques jours auparavant, à propos de la Cour de justice des Communautés européennes : « [i]f one takes the Court of Justice [...] it does not only exert its competencies in legal matters, but goes far further. We have an example of something that was not wanted in the beginning. This should be discussed so that the necessary measures may be taken later. » (« Chancellor Kohl Accuses the Court of Going Beyond its Competencies : The "Paletta" and "Boetel" Cases », *Europe*, 14 october 1992, n° 5835, p. 9).

répartition des compétences entre les différents niveaux décisionnels¹⁰²⁸. L'ambiguïté du traité de Maastricht face à la Cour – et à l'intégration européenne – a d'ailleurs été relevée par certains commentateurs, y compris d'anciens membres de la Cour¹⁰²⁹ : si cette dernière a obtenu des gouvernements nationaux la faculté de sanctionner financièrement les États membres récalcitrants, sa compétence a été parallèlement exclue de plusieurs domaines (dont la PESC et les Affaires intérieures). Les gouvernements des États membres ont par ailleurs formulé très restrictivement les nouvelles compétences de la Communauté (articles 149 (ex-article 126) et suivants du traité CE)¹⁰³⁰. Plus sérieux encore, au regard du message envoyé à la Cour, était le Protocole n° 2 du traité de Maastricht¹⁰³¹ : pour la première fois, les États membres exprimaient clairement à la Cour qu'ils n'hésiteraient plus à recourir à un amendement constitutionnel pour s'opposer à une jurisprudence contraire à leurs intérêts. Parallèlement, la constante augmentation des arrêts de la Cour non exécutés est venue confirmer l'amorce d'un « processus d'érosion de la légitimité »¹⁰³² de la Cour. Le début des années quatre-vingt-dix marque ainsi un nouvel état d'esprit¹⁰³³. On peut raisonnablement avancer que les États membres désiraient désormais un certain retrait de la Cour dans des fonctions plus « classiques », autrement dit une attitude plus retenue de la Cour à l'égard des législations nationales. L'arrêt *Keck et Mithouard* satisfait en partie ces souhaits.

Une fois le courant néolibéral bien ancré sur le plan communautaire comme sur le plan national, le principe fondamental de la libre circulation des marchandises entre les États membres a pu à nouveau être invoqué par la Cour plus facilement – à des degrés variables toutefois – comme je le démontrerai lors de l'étude de la jurisprudence post-*Keck et Mithouard*. Je serais en outre tentée de penser qu'après l'élargissement de l'Union européenne en 2004, les « anciens » États membres ont escompté de la Cour un étroit contrôle judiciaire des législations nationales afin de s'assurer que les nouveaux États

¹⁰²⁸ Voir l'ancien juge Ulrich EVERLING, « The Position of the Court of Justice of the European Communities in its Institutional System », (1991/1992) 19 *The Polish Yearbook of International Law* 49, 58.

¹⁰²⁹ Voir *id.*, 58, ainsi que R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, pp. 162-168.

¹⁰³⁰ Outre R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, pp. 165-166, voir A.-M. BURLEY et W. MATTLI, *loc. cit.*, note 10, 73-74.

¹⁰³¹ Par ce protocole, les gouvernements des États membres ont limité l'effet rétroactif de l'arrêt *Barber* (du 17 mai 1990, aff. C-262/88, *Rec.* 1990, p. I-1889) appliquant le principe de l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes prévu à l'article 141 (ex-article 119) du traité CE. Pour plus de précisions sur ce protocole et l'« avertissement » ainsi donné à la Cour, voir R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, pp. 164-165 ; H. RASMUSSEN, *op. cit.*, note 45, pp. 303, 333 et 363.

¹⁰³² H. RASMUSSEN, *loc. cit.*, note 133, 420. Voir aussi Hjalte RASMUSSEN, « Toward a Normative Theory of Interpretation of Community law », (1992) *University of Chicago Legal Forum* 135, 162.

¹⁰³³ En accord avec ce point, voir R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, chapitre 6 (« The Structural Roots of Judicial Self-Restraint »), pp. 148-176.

membres respectent bien les règles communautaires. La Cour, tout en répondant en partie à ces attentes, est néanmoins restée généralement très prudente vis-à-vis des choix nationaux de politique économique et sociale, pour éviter de déplaire à des gouvernements nationaux moins enthousiastes envers l'intégration européenne ¹⁰³⁴, comme à leur population, également plus critique à l'égard de l'Union européenne.

SECTION II – LES INSTITUTIONS EUROPÉENNES

Comme je me suis appliquée à le démontrer dans la première partie de ma thèse, les institutions communautaires sont, en tant qu'institutions politiques, à la fois perméables aux courants idéologiques et vecteurs de ces derniers en ce qui concerne la direction donnée aux politiques européennes. Leurs attentes à l'égard de la Cour reflètent par conséquent ce fait. La Cour, elle, évitera de trop s'écarter de celles-ci afin de ne pas amoindrir sa légitimité.

Au regard du contexte conjoncturel, on constate que durant les années de gloire de l'État-providence, les institutions communautaires, y compris la Cour, ont opté pour la prudence vis-à-vis des choix de politiques économiques et sociales nationaux et ce, au moins jusqu'en 1974-75 ¹⁰³⁵. La Commission adoptait certes, en décembre 1969, la *directive 70/50/CEE portant suppression des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du traité CEE* ¹⁰³⁶, mais l'article 3 de cette directive posait en fait une présomption de légalité en faveur des législations nationales non discriminatoires, s'appliquant de manière égale aux produits nationaux et aux produits importés ¹⁰³⁷. La Commission n'envisageait donc pas de recours contre les États membres (en vertu de l'article 226 (ex-169) du traité CE) – et leur accordait une grande latitude réglementaire – tant que leurs législations étaient

¹⁰³⁴ Le traité d'Amsterdam n'est pas, lui non plus, exempt d'ambiguïtés à l'égard de la Cour : voir R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, pp. 167-168. La compétence de la Cour a ainsi été très encadrée s'agissant de l'« espace de liberté, de sécurité et de justice » : voir A. ARNULL, *loc. cit.*, note 400, spéc. 226-229. Par ailleurs, la Cour de justice se voit aussi reconnaître de nouveaux chefs de compétences par le traité d'Amsterdam : Matthieu CHAVRIER, « La Cour de justice après le traité d'Amsterdam : palingénésie ou palinodies ? – Première partie », (2000) 441 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 542.

¹⁰³⁵ Sur cette prudence des institutions européennes, voir Michel WAELBROECK, « Le traité CEE est-il neutre à l'égard des politiques économiques des États membres ? », dans M. PEREZ GONZALEZ (dir.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo : estudios en homenaje al professor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Editorial Tecnos, 1993, p. 1297, aux pages 1298-1299.

¹⁰³⁶ Directive du 22 décembre 1969 (JO L 13 du 19.01.1970). La Commission désirait ainsi accélérer l'élimination des obstacles aux échanges intracommunautaires, après l'entrée en vigueur de l'Union douanière au 1^{er} juillet 1968.

indistinctement applicables¹⁰³⁸. Un auteur a même pu qualifier cette période, au regard de la réalisation du marché intérieur, « *the decline of the Seventies* »¹⁰³⁹. Parallèlement, l'idéologie sociale-démocrate alors dominante au niveau national se faisait également sentir au niveau européen. En effet, lors des sommets de La Haye en décembre 1969 et de Paris en octobre 1972, les chefs d'État et de gouvernement des pays membres de la Communauté européenne ont donné leur accord à des politiques communes sectorielles dérivées, dans des domaines tels que la recherche, la politique industrielle, la politique d'aménagement du territoire, la cohésion économique et sociale, la protection de l'environnement, du consommateur ou des travailleurs¹⁰⁴⁰. L'objectif recherché à travers ces différentes politiques interventionnistes était de contrer les effets négatifs d'une intégration européenne purement libérale et d'infléchir l'orientation exclusivement économique du traité de Rome¹⁰⁴¹.

La première définition de la mesure d'effet équivalent donnée par la Cour dans son arrêt *Dassonville* en juillet 1974, bien qu'extrêmement large, s'inscrivait dans une approche « inductive »¹⁰⁴². En outre, elle n'a été appliquée en pratique, durant les premières années, qu'aux mesures protectrices de la production nationale. Et elle s'expliquait avant tout par le désir de la Cour de contrer le risque de repli protectionniste des États membres suite au premier choc pétrolier en octobre 1973. L'arrêt *Cassis de Dijon*, s'il intervient dans une situation analogue – nécessité de sauvegarder l'unité du marché commun mis en péril par les fortes tentatives protectionnistes des États membres en période de crise économique – se distingue néanmoins par ses implications beaucoup plus vastes sur les compétences législatives nationales ainsi que par le rôle législatif alors joué par la Cour.

¹⁰³⁷ Voir Peter OLIVER, *Free Movement of Goods in the European Community*, 3^e éd., Londres, Sweet et Maxwell, 1996, p. 89, et *infra*, page 281.

¹⁰³⁸ M. WAELBROECK, *loc. cit.*, note 1035, 1299.

¹⁰³⁹ H. SCHMITT VON SYDOW, « The Basic Strategies of the Commission's White Paper », dans Roland BIEBER, Renaud DEHOUSSE et John PINDER, *1992 : One European Market ?*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988, cité par A. MATTERA, *op. cit.*, note 1015, p. 4.

¹⁰⁴⁰ Voir notamment N. REICH, *loc. cit.*, note 1013, 162-163 ou R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, 156.

¹⁰⁴¹ Deux ans plus tard, la Communauté européenne adoptait son premier programme d'action sociale (résolution du Conseil de la C.E.E. du 21 janvier 1974 – JO C13 du 12.02.1974). Puis furent adoptées dans les années qui suivirent d'importantes directives européennes protectrices des droits des travailleurs : la directive sur les licenciements collectifs de février 1975, la directive sur l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins de février 1975, le règlement de 1975 créant la fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, la directive sur le maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprise de février 1977, et la directive sur la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur d'octobre 1980.

¹⁰⁴² Selon les termes du juge Pierre Pescatore, tel que cité par Fabrice PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises*, thèse de doctorat, Strasbourg, Faculté de Droit, Université Robert Schuman, 1994, p. 111. L'objectif alors visé par la Cour était de pouvoir appréhender largement, avec une telle définition, les mesures nationales, quitte ensuite à restreindre, par une appréciation *in concreto*, le champ d'application de l'article 28 du traité CE.

À cet égard, il est bon de rappeler que l'article 7 (ex-article 4) du traité CE dispose que « [c]haque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le présent traité ». En tant qu'élément du système institutionnel communautaire, la Cour doit en respecter l'équilibre¹⁰⁴³ et prendre en considération les compétences et volontés propres des autres institutions européennes, sous peine d'être accusée de « gouvernement des juges ». Partant, si la Cour a pu, en s'arrogeant un rôle qui n'était pas le sien, empiéter sur les compétences législatives dévolues par le traité au Conseil et à la Commission et modifier ainsi l'équilibre initialement établi, ce n'est qu'en raison de l'autorisation implicite de ces institutions. La Cour a été en particulier appuyée par la Commission, dans sa nouvelle interprétation de l'article 28 du traité CE, afin de favoriser et d'accélérer le processus intégratif¹⁰⁴⁴.

L'arrêt *Cassis de Dijon* a en effet reçu un accueil tout à fait exceptionnel de la part de la Commission qui, de manière inusitée¹⁰⁴⁵, a commenté officiellement cette décision¹⁰⁴⁶. Comme nous le verrons la Commission a su particulièrement mettre à profit cette nouvelle jurisprudence en faveur de l'intégration économique européenne. Elle a ainsi interprété les nouvelles orientations jurisprudentielles comme mettant en œuvre une harmonisation jurisprudentielle des législations des États membres (relatives à la commercialisation des produits), et elle les a utilisées pour modifier profondément son approche en matière d'harmonisation¹⁰⁴⁷.

Le Conseil – composé des représentants des gouvernements nationaux rappelons-le – a pris plus de temps pour exprimer son accord à cette nouvelle approche en matière d'harmonisation (combinant l'harmonisation jurisprudentielle et l'harmonisation législative)¹⁰⁴⁸. Ce n'est qu'en juillet 1984¹⁰⁴⁹ puis en mai 1985¹⁰⁵⁰ qu'il l'approuvera. Les

¹⁰⁴³ Le juge C. N. KAKOURIS, *loc. cit.*, note 993, 37 est d'ailleurs en accord avec ce point.

¹⁰⁴⁴ Pour H. RASMUSSEN, *op. cit.*, note 1, p. 80, la Commission, comme le Parlement européen d'ailleurs, s'est davantage comportée en « compagnon d'armes » de la Cour dans sa mission centralisatrice qu'en institution jalouse de ses pouvoirs.

¹⁰⁴⁵ Jean BOULOUIS et Roger-Michel CHEVALLIER, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, 6^e éd., t. 2, Paris, Dalloz, 1994, p. 16 ; P. OLIVER, *op. cit.*, note 1037, p. 93.

¹⁰⁴⁶ Communication interprétative de la Commission, du 3 octobre 1980, sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 « Cassis de Dijon » (JO C/256 du 3 octobre 1980).

¹⁰⁴⁷ Cf. *infra*, page 291.

¹⁰⁴⁸ Pour rappel, la première réaction des États membres à l'interprétation de la Commission de l'arrêt *Cassis de Dijon* avait d'abord été négative : voir *supra*, note 1017.

¹⁰⁴⁹ Conclusions du Conseil, du 16 juillet 1984, concernant la normalisation (JO C 136 du 04.06.1985).

changements d'orientation politique intervenus entre-temps dans plusieurs capitales européennes ¹⁰⁵¹ n'y sont certainement pas étrangers. On peut penser que le Conseil trouvait désormais son compte dans cette nouvelle approche. En effet, la lenteur, pour ne pas dire l'échec, de l'harmonisation législative ¹⁰⁵² entamée jusque-là tenait autant aux dissensions existant entre les États membres en son sein qu'à une absence de volonté ¹⁰⁵³. Dans un Conseil divisé par les clivages politiques, elle devenait encore plus difficile à obtenir. En laissant la Cour s'en charger, celle-ci se trouvait par conséquent à en porter également la responsabilité politique.

Par la suite, le livre blanc de juin 1985 de la Commission sur l'achèvement du marché intérieur ¹⁰⁵⁴ est venu préparer l'établissement du marché unique, prévu pour le 1^{er} janvier 1993. Le Conseil européen de Milan des 28 et 29 juin 1985, qui approuva ce livre blanc, a fait de la suppression des entraves techniques à la libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté un des domaines prioritaires d'action de la Communauté ¹⁰⁵⁵. Et l'Acte unique européen, signé en février 1985, renforce, par les modifications qu'il apporte au traité de Rome, la possibilité d'agir de la Communauté pour réaliser l'objectif du marché unifié. Or il est patent de constater que la Cour, à partir de 1985, a conféré à l'interdiction des mesures d'effet équivalent prévue à l'article 28 du traité CE une portée particulièrement extensive, répondant par là aux attentes du Conseil et de la Commission et s'inscrivant ainsi dans la nouvelle conjoncture politico-économique marquée par le renouveau libéral.

Il est toutefois à noter que d'autres positions de la Commission Delors ont pu apparaître, surtout à la fin de la décennie des années quatre-vingts, en décalage avec le climat

¹⁰⁵⁰ Résolution du Conseil, du 7 mai 1985, concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation (JO C 136 du 04.06.1985).

¹⁰⁵¹ Cf. *supra*, note 76.

¹⁰⁵² L'harmonisation des réglementations nationales au niveau communautaire était prévue par l'article 100 (actuel article 94) du traité CE, qui disposait, à son premier alinéa :

« Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun. »

Cette disposition a toutefois été paralysée par l'exigence du vote à l'unanimité. Sur les dysfonctionnements du rapprochement des législations nationales au niveau européen, voir notamment A. MATTERA, *op. cit.*, note 1015 p. 166. Sur les différentes méthodes d'harmonisation (exhaustive ou optionnelle), voir *id.*, pp. 180-182.

¹⁰⁵³ Voir *supra*, page 239.

¹⁰⁵⁴ *Précité*, note 129.

¹⁰⁵⁵ Cf. le point 1.2.5 des conclusions du Conseil européen de Milan, des 28 et 29 juin 1985 – Bulletin CE 6-1985, points 1.2.1 à 1.2.10.

idéologique ambiant¹⁰⁵⁶. Elle initiera ainsi plusieurs projets de directives protectrices des droits des travailleurs – qui ne recevront pas l’aval du Conseil – et elle aura un rôle de premier plan, soutenue essentiellement par la France, l’Espagne et la Grèce, dans la concrétisation de la *Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs*¹⁰⁵⁷. Les apparentes contradictions idéologiques internes de la Commission sont essentiellement liées à sa structure collégiale et à ses directions générales. Ces dernières peuvent en effet adopter des positions différentes, et parfois difficilement conciliables (on pensera notamment aux oppositions entre les Directions « Agriculture » ou « Transport » et celle « Environnement », ou celle en charge de la politique sociale et de l’emploi versus les Directions « Marché intérieur » ou « Concurrence »¹⁰⁵⁸). Ces oppositions seront en principe plus franches dans les périodes de changement d’orientation socio-économique et politique, et plus atténuées, voire inexistantes, une fois le nouveau paradigme idéologique bien établi.

S’ajoute en outre une autre source de divergences possibles, entre les attentes exprimées au nom de la Commission, selon la provenance de ces attentes. En effet, les représentations directe (devant la Cour) et indirecte (institutionnelle) de la Commission ne partagent pas nécessairement les mêmes positions, évoluant dans des sphères très différentes : l’une juridique avec les contraintes qui s’y rattachent et l’autre institutionnelle et politique et, dès lors, plus fluctuante. Les membres du service juridique de la Commission qui interviennent dans la procédure à titre d’agents de la Commission font, comme je l’ai déjà mentionné, partie de l’auditoire spécialisé. À ce titre, leur action est structurée par la nécessité de convaincre la Cour du bien-fondé des arguments qu’ils lui présentent, ainsi que par le désir de ne pas perdre leur cause. Aussi leur interprétation de la défense des intérêts communautaires (qu’ils sont supposés incarner) sera-t-elle moins influencée par des considérations politiques – même si elles ne sont jamais complètement absentes – que par des considérations juridiques, dont en premier lieu la jurisprudence de la Cour. Autrement dit, la Commission, représentée par ses agents, optera pour une vision juridique dans ses observations écrites qui pourra même, à l’occasion, s’écarter de ses positions politiques si elle estime que ses arguments seront mieux reçus par la Cour¹⁰⁵⁹. Dès lors, le service juridique de

¹⁰⁵⁶ Voir, *supra*, page 21.

¹⁰⁵⁷ Voir *supra*, page 20.

¹⁰⁵⁸ On rappellera qu’à cette époque étaient en charge du marché intérieur et de la concurrence respectivement les commissaires Martin Bangemann et Sir Leon Brittan, tous les deux vice-présidents dans la deuxième Commission Delors (donc deux « poids lourds » de la Commission), tandis que la commissaire aux affaires sociales, Vasso Papandréou, avait été nommée par le gouvernement socialiste grec.

¹⁰⁵⁹ En est un exemple éloquent les positions prises par la Commission dans l’affaire *Blesgen*. Comme le relevait pertinemment l’Avocat général Gerhard Reischl dans ses conclusions dans cette affaire

la Commission pourra très bien être plus libre-échangiste que le reste de la Commission ou, inversement, parce que « forcé » de suivre le retrait effectué par la Cour dans son arrêt *Keck et Mithouard*, s'accommoder des pouvoirs réglementaires des États membres en ce qui concerne les méthodes de commercialisation des produits. Les positions adoptées par le service juridique de la Commission pourront aussi traduire les tiraillements internes de la Commission (l'observation formulée plus haut relativement à la corrélation qui semble exister entre le degré de divergence d'opinion et celui de l'implantation de l'idéologie majoritaire pourrait également s'appliquer au service juridique de la Commission).

À ce titre, on ne peut passer sous silence les opinions juridiques, quelque peu dissidentes, présentées par les conseillers juridiques de la Commission, Giuliano Marenco et Éric L. White. Le premier défendait le respect des pouvoirs d'intervention des États membres en matière économique, même si cela devait conduire à une réduction de la concurrence¹⁰⁶⁰, ainsi que, à l'instar du second, le maintien de leurs compétences législatives résiduelles relativement aux conditions de vente. Si les arguments de ces deux agents de la Commission n'ont, à l'époque, pas été suivis par la Cour, ils ont néanmoins porté fruits quelques années plus tard. Il vaut dès lors la peine de rappeler ici les suggestions faites par la Commission, par la voix de son conseiller Éric L. White¹⁰⁶¹, dans les affaires *Torfaen* en novembre 1989 et *Quietlynn* en juillet 1990¹⁰⁶². La Commission a d'abord distingué, pour la portée de l'application de l'article 28 du traité CE, trois catégories parmi les mesures nationales indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés : a) celles qui règlent les conditions (nature ou composition, dimensions, forme, conditionnement, étiquetage et dénomination) auxquelles doivent répondre les produits pour être admis sur le marché ; b) celles qui interdisent la commercialisation, la fabrication ou l'importation des

(présentées le 9 février 1982, *Rec.* 1982, p. 1231 à la p. 1240), la réponse donnée par la Commission à la question écrite d'un député du Parlement européen (Pierre-Bernard Cousté), qui était favorable à la légitimité de la législation belge relative à la vente de boissons alcoolisées en Belgique (JO C 56 du 06.03.1978, p. 8), tranche avec les observations déposées dans cette affaire par ses agents François Lamoureux et Peter Oliver, la qualifiant de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative interdite par l'article 28 CE. On notera toutefois que dans cette affaire la Cour n'a pas suivi la position des agents de la Commission, pourtant très orthodoxe au regard de sa jurisprudence, pour finalement admettre la conformité de la législation belge à l'article 28 CE par une démarche qui s'écarte de son raisonnement habituel. Voir *infra*, page 309.

¹⁰⁶⁰ Voir *infra*, page 324.

¹⁰⁶¹ Éric L. WHITE a développé antérieurement son argumentation en faveur d'une relecture de l'article 28 CE – et contre une application littérale de la formule *Dassonville* – dans un article : « In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty », (1989) 26 *Common Market Law Review* 235, spéc. 242-259.

¹⁰⁶² Cf. la position de la Commission présentée dans le rapport d'audience de l'arrêt du 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council*, aff. C-148/88, *Rec.* 1989, p. 3851, à la page 3862, ainsi que dans le

marchandises ; c) celles qui régissent les circonstances (où, quand, comment, par qui) dans lesquelles les produits peuvent être vendus ou utilisés. La Commission a ensuite fait valoir que les mesures relevant de la dernière catégorie n'empêchaient pas les importations de marchandises en provenance d'autres États membres, mais étaient susceptibles de les réduire en imposant des restrictions aux débouchés et, partant, à la demande des marchandises en cause. Or, à la différence des deux premières catégories, ce type d'entrave n'était pas lié à des disparités entre les législations de l'État membre importateur et de l'État membre exportateur relatives aux produits en cause (soit l'hypothèse de *Cassis de Dijon*), mais était causé par l'existence même de la réglementation. Cet argument sera repris par l'Avocat général Tesouro¹⁰⁶³. Enfin, la Commission a considéré que les mesures de la troisième catégorie, lorsqu'elles régissaient, de façon générale et neutre, les circonstances dans lesquelles les produits pouvaient être vendus, ne relevaient pas de l'article 28 du traité CE. Or, comme je le montrerai, sur certains de ces points, la Commission (représentée par son conseiller juridique Éric L. White) a été entendue par la Cour, quelques années plus tard, dans son arrêt *Keck et Mithouard*.

Il reste que d'une manière générale la Commission a été une active défenderesse de l'objectif d'un marché intérieur libre d'entraves et, partant, d'une application très large de la prohibition des mesures d'effet équivalent édictée par l'article 28 du traité CE. Particulièrement après 1989, sous la gouverne de ses deux vice-présidents Sir Leon Brittan et Martin Bangemann, elle a œuvré au développement de la libre concurrence à l'échelle européenne et à l'ouverture des marchés nationaux. Aussi, il n'y a rien d'étonnant dans sa vive opposition à l'arrêt *Keck et Mithouard* en novembre 1993. Un de ses représentants, Alfonso Mattera¹⁰⁶⁴, compte parmi les plus grands détracteurs de cet arrêt¹⁰⁶⁵. Mettant

rapport d'audience de l'arrêt du 11 juillet 1990, *Quietlynn*, aff. C-23/89, *Rec.* 1990, p. I-3059, à la p. I-3067.

¹⁰⁶³ Voir les conclusions de l'Avocat général Giuseppe TESAURO, présentées le 4 mars 1993, dans l'arrêt du 25 mai 1993, *LPO*, aff. C-271/92, *Rec.* 1993, p. I-2911, au point 5, p. 2913, ainsi que ses conclusions, présentées le 27 octobre 1993 dans l'arrêt du 15 décembre 1993, *Hünernund*, aff. C-292/92, *Rec.* 1993, p. I-6800, aux points 8, 18 et 22, respectivement p. I-6803, 6809 et 6811. Mario TODINO et Tilman LÜDER, « La jurisprudence Keck en matière de publicité : vers un marché unique inachevé ? » (1995) I *Revue du Marché Unique Européen* 171, 176-177, développent davantage ce point en qualifiant cette situation de « détachement du principe de la reconnaissance mutuelle de son contexte originaire ».

¹⁰⁶⁴ Alfonso Mattera est un fonctionnaire de la Commission depuis 1963. Il a été notamment chef de division puis directeur général adjoint de la Direction générale du marché intérieur. Son ouvrage *Le Marché Unique Européen, ses règles, son fonctionnement* (*op. cit.*, note 1015) est d'ailleurs préfacé par le vice-président de la Commission Martin Bangemann.

¹⁰⁶⁵ Voir la virulente critique qu'il fait de cet arrêt dans son article « De l'arrêt *Dassonville* à l'arrêt *Keck* : l'obscur clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions », (1994) I *Revue du Marché Unique Européen* 117.

principalement l'accent sur l'incertitude juridique que créerait cette décision ¹⁰⁶⁶, il a surtout reproché à la Cour d'abandonner son contrôle sur les mesures étatiques régissant les ventes et de mettre ainsi en péril l'unité du marché intérieur ¹⁰⁶⁷. Autrement dit, l'argument de la sécurité juridique a servi de prétexte pour dénoncer une jurisprudence qui allait à l'encontre des attentes de la Commission ¹⁰⁶⁸.

L'encadrement progressif de la « solution Keck », une fois la conversion aux idées néolibérales réalisée à l'échelon national comme communautaire, n'a pu que réjouir une Commission Sanders très orientée politiquement.

SECTION III – LA COMMUNAUTÉ JURIDIQUE

La communauté juridique constitue l'auditoire spécialisé. Elle comprend les juridictions nationales, les avocats généraux, la doctrine et les praticiens. Si l'auditoire spécialisé partage en général le même attachement à la sécurité et à la rigueur juridiques, ses attentes varient néanmoins en fonction de ses différentes composantes, voire à l'intérieur même de ses composantes, les avocats généraux ainsi que les professeurs exprimant généralement leurs opinions personnelles, et les praticiens les besoins de leur clientèle.

Paragraphe 1. Les tribunaux nationaux

Trois grandes particularités du système normatif et contentieux communautaire font des tribunaux nationaux un auditoire important de la Cour de justice des Communautés européennes : la procédure préjudicielle de l'article 234 (ex-article 177) du traité CE, l'effet direct du droit communautaire (création prétorienne), et la qualité de « juge communautaire

¹⁰⁶⁶ Déjà dans sa chronique « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt "Keck" ("Revente à perte") », (1993) 4 *Revue du Marché Unique Européen* 195, 196, Alfonso Mattera avait critiqué l'incertitude juridique que cet arrêt engendrait à l'égard d'une large catégorie de mesures qui se trouveraient dans une « zone grise ». Dans son article, *loc. cit.*, note 1065, 118 et 119, il n'a pas peur d'user de qualificatifs pour décrire sévèrement cet arrêt qui, selon lui marque « un recul inattendu et surprenant [...] suscitant perplexité, inquiétude, stupeur, déception » et qui « est inexplicable et contradictoire à plusieurs égards ; nous laisse dans une situation d'incertitude, voire de vide jurisprudentiel inquiétant ».

¹⁰⁶⁷ Voir A. MATTERA, *loc. cit.*, note 1065, spéc. 152-153.

¹⁰⁶⁸ Cela transparait assez clairement dans la critique que fait Alfonso Mattera (*id.*, 135), selon laquelle l'arrêt Keck « [...] nous a privés d'un instrument d'intervention efficace pour la bonne gestion du marché intérieur sans avoir pour autant mis fin aux contradictions et aux incohérences antérieures », et il reproche particulièrement à cette nouvelle orientation jurisprudentielle de remettre en cause l'action que la Commission a entreprise pour démanteler certains monopoles étatiques (*id.*, 155).

de droit commun » du juge national¹⁰⁶⁹. Ce dernier est en effet le juge de l'application du droit communautaire. La Cour a d'ailleurs largement renforcé son rôle en lui imposant d'assurer non seulement l'effet direct du droit communautaire, mais aussi sa primauté sur le droit national¹⁰⁷⁰, ainsi que l'application du principe de la responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers en raison de la violation du droit communautaire¹⁰⁷¹.

Ces trois grandes particularités ont favorisé l'application du droit communautaire par les juridictions nationales, dans le respect, en principe, de la jurisprudence communautaire¹⁰⁷². La jurisprudence audacieuse de la Cour en matière d'effet direct a ainsi impliqué davantage le juge national dans l'application du droit européen en autorisant les ressortissants des États membres à se prévaloir des normes communautaires d'effet direct devant leurs juridictions nationales¹⁰⁷³. Quant à la procédure de la question préjudicielle, elle a instauré une coopération juridictionnelle entre la Cour de justice des Communautés

¹⁰⁶⁹ Pour une analyse approfondie de l'application décentralisée du droit communautaire, voir, par exemple Ami BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, Thèse, Strasbourg, 1983 ; D. SIMON, *op. cit.*, note 39, spéc. pp. 473-474 ; Pierre PESCATORE (ancien juge à la Cour de justice), « Article 177 », dans V. CONSTANTINESCO, J-P. JACQUÉ, R. KOVAR et D. SIMON (dir.), *op. cit.*, note 132, p. 1073, aux pages 1076-1077.

¹⁰⁷⁰ La primauté du droit communautaire sur le droit national est également le fruit d'une construction jurisprudentielle qui trouve son fondement dans l'arrêt du 15 juillet 1964, *Costa/ENEL*, aff. 6/64, *Rec.* 1964, p. 1141, confirmé dans l'arrêt du 9 mars 1978, *Simmmenthal*, aff. 106/77, *Rec.* 1978, p. 642. Voir, pour plus de précisions sur ce principe majeur du droit communautaire, notamment D. SIMON, *op. cit.*, note 39, pp. 406-421 ; Ami BARAV, « Primauté », dans A. BARAV, C. PHILIP et C. BOUTAYEB (dir.), *op. cit.*, note 15, p. 855 ; Giacinto BOSCO (ancien juge à la Cour de justice), « La primauté du droit communautaire dans les ordres juridiques des États membres de l'Union européenne », dans Ole DUE, Marcus LUTTER et Jürgen SCHWARZE (dir.), *Festschrift für Ulrich Everling*, vol. 1, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, p. 149.

¹⁰⁷¹ Pour un bref rappel du rôle central des juridictions nationales dans l'application du droit communautaire, voir Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS (à l'époque juge à la Cour de justice), « Le pouvoir judiciaire de la Communauté européenne au stade actuel de l'évolution de l'Union », (1996) Jean Monnet Chair Paper RSC N° 96/41, European University Institute, Robert Schuman Centre of Advanced Studies (voir le texte intégral à l'adresse Internet suivante : http://www.iue.it/RSCAS/WP-Texts/JM96_41.html).

¹⁰⁷² La tâche des tribunaux nationaux à cet égard est importante. Ils sont notamment tenus d'interpréter les règles communautaires en fonction des méthodes d'interprétation développées par la Cour de justice des Communautés européennes et de tenir compte des caractéristiques particulières du droit communautaire : voir Lord SLYNN of HADLEY (ancien avocat général et juge à la Cour de justice), « Looking at European Community Texts », (1993) 14 n° 1 *Statute Law Review* 12, 23-27.

¹⁰⁷³ L'arrêt fondateur de cette invention prétorienne qu'est l'effet direct est l'arrêt du 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* 1963, p. 1. L'effet direct, dit encore applicabilité directe, constitue, avec le principe de la primauté du droit communautaire, les « deux piliers de l'ordre juridique communautaire » : Ami BARAV, « Applicabilité directe », dans A. BARAV, C. PHILIP et C. BOUTAYEB (dir.), *op. cit.*, note 1070, p. 104, à la page 104. Je ne m'attarderai pas sur ces deux grandes caractéristiques du droit communautaire, largement connues. Pour plus de précisions sur l'effet direct du droit communautaire, voir notamment Robert KOVAR, « Immédiateté du droit communautaire », *Juris-Classeur Europe* fasc. 432 ; D. SIMON, *op. cit.*, note 39, pp. 387-391 ; Francis SNYDER, « The Effectiveness of European Community Law : Institutions, Processes, Tools and Techniques », (1993) 56 *The Modern Law Review* 19.

européennes et les tribunaux des États membres afin d'assurer une application uniforme du droit communautaire sur l'ensemble du territoire européen.

La Cour a d'ailleurs particulièrement bien exploité la possibilité, que lui offrait le mécanisme du renvoi préjudiciel, de statuer sur l'interprétation du droit communautaire. C'est par cette voie que sa politique centralisatrice et interventionniste a pu le mieux se déployer¹⁰⁷⁴. En sont issus les éléments constitutifs d'un ordre juridique communautaire spécifique et autonome¹⁰⁷⁵, comme l'effet direct et la primauté du droit communautaire, ou encore, plus récemment, le droit à réparation des particuliers du fait de la violation du droit communautaire par leur État membre¹⁰⁷⁶.

La procédure du renvoi préjudiciel permet à une juridiction nationale de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes relativement soit à l'interprétation, soit à la validité du droit communautaire¹⁰⁷⁷. Dans les faits, la juridiction nationale est le plus souvent confrontée à un problème de compatibilité du droit national (ou d'une pratique nationale) avec le droit communautaire. Elle devra toutefois interroger la Cour de justice sur l'interprétation à donner au droit communautaire dans l'affaire qui est pendante devant elle. La Cour ne peut, en effet, que se prononcer sur le droit communautaire, et non sur la validité du droit national. En outre, elle ne statue qu'en droit, et non sur les faits de

¹⁰⁷⁴ Comme le note Pierre MATHIJSEN, « Le début : la Cour CECA », dans *Amicale des référendaires et anciens référendaires de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes*, *op. cit.*, note 3, p. 3, à la page 7, les questions préjudicielles ont donné lieu aux arrêts majeurs de la Cour de justice des Communautés européennes : *Van Gend en Loos* (précité, note 1073), *Costa/ENEL* (précité, note 1070), *International Fruit Compagny* (du 12 décembre 1972, aff. 21/72 à 24/72, *Rec.* 1972, p. 1219), *Reyners* (du 21 juin 1974, aff. 2-74, *Rec.* 1974, p. 631), *Defrenne* (du 8 avril 1976, aff. 43-75, *Rec.* 1976, p. 455), *Franovich* (du 19 novembre 1991, aff. C-6/90 et C-9/90, *Rec.* 1991, p. I-5357), *Brasserie du pêcheur* et *Factortame III* (du 5 mars 1996, aff. C-46/93 et C-48/93, *Rec.* 1996, p. I-1029), et, dans le domaine spécifique de la libre circulation des marchandises, les arrêts *Dassonville*, *Cassis de Dijon* et *Keck et Mithouard*, sont également des réponses à des questions des juges nationaux.

¹⁰⁷⁵ Fernand Schockweiler, alors juge à la Cour de justice, le reconnaît d'ailleurs : voir Fernand SCHOCKWEILER, « La Cour de justice des Communautés européennes dépasse-t-elle les limites de ses attributions ? », (1995) 3 *Journal des Tribunaux - Droit européen* 73, 73-74 ; ainsi que Pierre Pescatore, ancien juge à la Cour de justice (voir P. PESCATORE, *loc. cit.*, note 1069, 1079).

¹⁰⁷⁶ Principe reconnu dans l'arrêt du 19 novembre 1991, *Franovich*, précité, note 1074, précisé dans l'arrêt du 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur* et *Factortame III*, précité, note 1074, et étendu au cas de mauvaise transposition d'une directive par un État membre dans l'arrêt du 26 mars 1996, *British Telecommunications*, aff. C-392/93, *Rec.* 1996, p. I-1631.

¹⁰⁷⁷ Pour de plus amples informations sur la fonction de ce recours, voir P. PESCATORE, *loc. cit.*, note 1069, 1078-1080 et 1093-1095. Je ne ferai qu'effleurer ce mécanisme de renvoi préjudiciel ; je me permets de renvoyer, pour des études plus poussées sur le sujet, notamment à : P. PESCATORE, *loc. cit.*, note 1069, 1073-1121 ; Roger-Michel CHEVALLIER et Dominique MAIDANI, *Guide pratique de l'article 177 CEE*, Luxembourg, OPOCE, 1982 ; Robert KOVAR, « Recours préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité », (1991) 5 *Juris-Classeur Europe* fasc. 360, 361 et 362 ; J. BOUDANT, *op. cit.*, note 1, pp. 131-150.

l'espèce. Il appartiendra ensuite au juge national d'appliquer concrètement la réponse de la Cour au litige qui lui est soumis. Cette répartition des compétences entre juge national et juge communautaire est, dans la pratique, parfois malaisée à établir ¹⁰⁷⁸. Il est à relever que de toutes les procédures judiciaires prévues par le traité CE, la procédure de la question préjudicielle est de loin celle la plus utilisée ¹⁰⁷⁹. Les renvois préjudiciels représentent près de la moitié des affaires portées devant la Cour ¹⁰⁸⁰.

Trois remarques peuvent être faites relativement au renvoi préjudiciel. En premier lieu, cette procédure n'appartient pas aux parties, seul le juge national en décide. Toutefois, bien qu'elles ne puissent ni initier ce recours par elles-mêmes ni même influencer les questions posées à la Cour, les parties n'en sont pas pour autant tout à fait exclues. Elles sont en effet entendues lors des auditions de la Cour et peuvent déposer des observations écrites ¹⁰⁸¹. En outre, malgré leur participation très limitée à cette procédure, nous verrons dans des développements ultérieurs que la Cour n'est pas indifférente à leur présence.

En deuxième lieu, la Cour de justice des Communautés européennes n'a pas un pouvoir de cassation ; elle ne peut donc renverser un jugement national et elle n'a d'autre possibilité que de renvoyer au juge national le dossier pour qu'il clôture l'affaire. Cette caractéristique confère toute son importance aux tribunaux nationaux en tant qu'auditoire de la Cour ¹⁰⁸². Il est en effet indéniable, compte tenu du suivi qui doit s'effectuer, que la Cour ait à se préoccuper des conséquences découlant de ses arrêts ¹⁰⁸³. Certes la juridiction nationale ne pourrait refuser d'appliquer l'arrêt rendu par la Cour sans exposer l'État membre dont elle dépend à un arrêt en manquement de la Cour en vertu de l'article 226 (ex- article 169) du traité CE. Toutefois, si la Cour désire une application efficiente de sa décision, elle doit guider l'instance juridictionnelle nationale en lui en donnant les outils ¹⁰⁸⁴ et elle doit

¹⁰⁷⁸ Voir J. BOUDANT, *op. cit.*, note 1, pp. 133-134.

¹⁰⁷⁹ R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, p. 30.

¹⁰⁸⁰ Voir COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Rapport annuel 2005*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2006 (tableau n° 16 : Affaires introduites et arrêts – Évolution générale de l'activité judiciaire (1952-2005), pp. 213-214) (voir le texte à l'adresse Internet suivante :

<http://curia.europa.eu/fr/instit/presentationfr/rapport/stat/st05cr.pdf>).

¹⁰⁸¹ Pour plus de détails sur la position des parties dans le cadre de cette procédure, voir P. PESCATORE, *loc. cit.*, note 1069, 1115.

¹⁰⁸² Selon Hjalte RASMUSSEN (*op. cit.*, note 1, pp. 77-79), cela fait des juridictions nationales un des « contre-pouvoirs » les plus importants de la Cour de justice des Communautés européennes.

¹⁰⁸³ P. PESCATORE, *loc. cit.*, note 1069, 1095. L'ancien juge à la Cour de justice reconnaît que cette préoccupation du suivi de la jurisprudence de la Cour est relativement récente (chez la Cour comme pour la Commission ou la doctrine), après avoir longtemps été ignorée.

¹⁰⁸⁴ Koen Lenaerts, alors juge au Tribunal de première instance des Communautés européennes, parle même d'un devoir d'explication de la part de la Cour : Koen LENAERTS, « Form and Substance of

tenir compte de la réception de sa décision au niveau national. Cela d'autant plus que l'arrêt préjudiciel aura ensuite effet de précédent et influencera la jurisprudence de l'ensemble des juridictions des États membres¹⁰⁸⁵. Dès lors, « *the impact of the Court's jurisprudence is largely dependent on the quality of the relations it has with national courts.* »¹⁰⁸⁶ Aussi, pour favoriser un suivi volontaire de sa jurisprudence par les juridictions nationales, la Cour a-t-elle pris soin d'établir, dans le cadre de la procédure préjudicielle, un dialogue entre cours empreint de respect et d'égalité, plutôt qu'un rapport hiérarchique entre elle et les tribunaux nationaux¹⁰⁸⁷. Outre ce dialogue entre cours, gratifiant pour les juridictions inférieures¹⁰⁸⁸, la Cour a, au nom du droit communautaire, augmenté considérablement leurs pouvoirs judiciaires¹⁰⁸⁹. Elle n'a, de plus, pas hésité à développer sa propre politique de relations publiques. Par des rencontres et des conférences, elle a ainsi multiplié les contacts personnels avec les juges nationaux¹⁰⁹⁰. Comme le note Imelda Maher, « *[t]hese visits establish links between the personnel of the European Court and the national courts ; they help to demistify the European Court and Community law ; they allow the European Court to remind the*

the Preliminary Rulings Procedure », dans Deirdre CURTIN et Ton HEUKELS, *Institutional Dynamics of European Integration – Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. 2, Dordrecht, Nijhoff, 1994, p. 355, à la page 364. Sur l'importance, à cet égard, d'une bonne motivation des arrêts de la Cour, voir les commentaires des anciens juges Ulrich EVERLING, « Reflections on the Reasoning in the Judgments of the Court of Justice of the European Community », dans *Festschrift til Ole Due, Liber Amicorum*, Copenhague, Gads Forlag, 1994, p. 55 et Ole DUE, « Pourquoi cette solution (De certains problèmes concernant la motivation des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes) », dans O. DUE, M. LUTTER et J. SCHWARZE (dir.), *op. cit.*, note 1070, p. 273, à la page 273.

¹⁰⁸⁵ Cet effet de précédent a été, en outre, accru par l'arrêt *Da Costa* (du 27 mars 1963, aff. jointes 28 à 30/62, *Rec.* 1963, p. 59) puis l'arrêt *CILFIT* (du 6 octobre 1982, aff. 283/81, *Rec.* 1982, p. 3415) qui sont venus assouplir l'obligation de renvoi qui pèse sur les juridictions de dernier ressort lorsqu'il existe une jurisprudence établie de la Cour sur les points en cause : P. PESCATORE, *loc. cit.*, note 1069, 1119 et 1120.

¹⁰⁸⁶ R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, p. 6. L'auteur développe ce point aux pages 135-141. J. H. H. WEILER (dans son article « A Quiet Revolution – The European Court of Justice and its Interlocutors », *loc. cit.*, note 7, 523) va même jusqu'à affirmer que « *[w]ithout the cooperation of the national judiciary, the ECJ's power was illusory.* »

¹⁰⁸⁷ R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, pp. 136-138. L'appartenance à la même communauté juridique (de par la composition de la Cour) favorise en outre ce dialogue entre les juridictions nationales et la Cour de justice des Communautés européennes : voir Harm SCHEPEL et Rein WESSELING, « The Legal Community : Judges, Lawyers, Officials and Clerks in the Writing of Europe », (1997) 3 *European Law Journal : Review of European Law in Context* 165, spéc. 177-178.

¹⁰⁸⁸ R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, p. 140. Voir aussi J. H. H. WEILER, *loc. cit.*, note 7, 523, qui explique l'enthousiasme des juridictions nationales à recourir à la procédure préjudicielle par ce facteur psychologique ; ainsi que A.-M. BURLEY et W. MATTLI, *loc. cit.*, note 10, 53-64, qui démontrent comment certains jugements de la Cour de justice des Communautés européennes sont formulés afin de flatter l'« ego judiciaire » des juridictions inférieures.

¹⁰⁸⁹ Voir *supra*, page 250. Voir aussi R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, pp. 140-141, ainsi qu'Ami BARAV, « Omnipotent Courts », dans D. CURTIN et T. HEUKELS, *op. cit.*, note 1084, p. 265, spéc. aux pages 266 et suiv.

¹⁰⁹⁰ R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, p. 139.

*national judges and administrations of their Community responsibilities ; and to bring informal pressure to bear in order to encourage compliance with Community law. »*¹⁰⁹¹

En troisième lieu, le juge national peut, à l'occasion, chercher à utiliser le recours préjudiciel pour lui éviter de se prononcer dans des situations délicates et en « transférer » ainsi, s'il l'on peut dire, la responsabilité politique à la Cour de justice. Et ce, soit, parce qu'il ne voudra pas trancher lui-même la question de la compatibilité avec le droit communautaire d'une législation nationale sensible, soit parce que, animé d'une idéologie libre-échangiste, il souhaiterait voir invalider la législation nationale qu'il juge restrictive du commerce, mais sans en endosser l'imputabilité. Les affaires portées devant la Cour de justice des Communautés européennes concernant les dispositions du *United Kingdom Shops Act* qui interdisent l'ouverture des commerces de détail le dimanche¹⁰⁹² en sont des exemples éloquentes (je reviendrai sur ces affaires un peu plus loin).

Globalement, les efforts de la Cour de justice ont porté leurs fruits puisque sa jurisprudence a été plutôt bien suivie par les juridictions nationales¹⁰⁹³, et particulièrement les juridictions inférieures¹⁰⁹⁴. Mais ce respect s'explique essentiellement par l'autorité qu'a acquise au fil du temps la Cour et il ne reflète pas nécessairement les positions respectives des tribunaux nationaux. Dans le domaine particulier de la libre circulation des marchandises, un juge national est en général (sauf cas mentionné plus haut) plutôt réticent à condamner une réglementation nationale protectrice d'intérêts légitimes nationaux qui, sans être discriminatoire à l'égard des produits en provenance d'autres États membres, ne remplit néanmoins pas les exigences posées par la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des marchandises. Aussi, selon moi, le suivi de la jurisprudence de la Cour¹⁰⁹⁵

¹⁰⁹¹ Imelda MAHER, « National Courts as Community Courts », (1994) 14 *Legal Studies* 226, 233-234.

¹⁰⁹² Cela a fait l'objet des arrêts du 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council*, précité, note 1062, et du 16 décembre 1992, *Stoke-on-Trent and Norwich City Councils/B & Q* (dite aussi *B & Q*), aff. C-169/91, *Rec.* 1992, p. I- 6635 ; *Payless DIY e.a.*, aff. C-304/90, *Rec.* 1992, p. I-6493 et *Anders* (aussi appelée *Rochdale Borough Council*), aff. C-306/88, p. I-6457.

¹⁰⁹³ Voir Constantin N. KAKOURIS, *loc. cit.*, note 22, 397. Voir aussi R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, pp. 135-141, qui s'est penché plus longuement sur les facteurs qui expliquent cette acceptation par les tribunaux nationaux de la jurisprudence de la Cour.

¹⁰⁹⁴ Des résistances sont apparues à l'occasion, vis-à-vis des grands principes du droit communautaire (mais très rarement à l'égard de l'article 28 du traité CE), de la part des hautes juridictions de certains États membres : Conseil constitutionnel, Conseil d'État et Cour de cassation en France, Cour constitutionnelle et Cour fédérale des finances allemandes, et Cour constitutionnelle italienne notamment. Voir, par exemple, H. RASMUSSEN, *op. cit.*, note 1, pp. 304-335.

¹⁰⁹⁵ Dans ce contexte, le respect de la décision de la Cour par le juge national est essentiellement dû à l'autorité de cette dernière. R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, p 136, fait valoir, en outre, un élément intéressant : « [t]heir willingness to align themselves with ECJ judgments is reinforced by the fact that, even if the Court looks at questions quite far removed from the daily preoccupations of the national

n'en a pas moins caché la désapprobation de certains tribunaux nationaux à l'égard d'une politique jurisprudentielle communautaire interprétant de manière très extensive la portée de l'article 28 du traité CE ¹⁰⁹⁶ et, conséquemment, a laissé dans l'ombre le souhait d'un assouplissement jurisprudentiel ¹⁰⁹⁷. En outre, de manière générale, face aux incertitudes et au manque de caractère systématique de la jurisprudence de la Cour en ce domaine, particulièrement durant les années quatre-vingts, on peut légitimement penser que les juges nationaux aspiraient, tout comme une grande partie de l'auditoire spécialisé, à davantage de cohérence et de clarté de la part de la Cour.

Par ailleurs, les juridictions nationales, et particulièrement celles appartenant à un système juridique issu du droit romano-germanique, ont pu avoir tendance, parfois inconsciemment, à escompter de la Cour de justice une attitude plutôt traditionnelle dans sa fonction de juger, qui leur était plus familière que l'interventionnisme judiciaire qui l'a caractérisée jusqu'au début des années quatre-vingt-dix. L'arrêt *Keck et Mithouard* du 24 novembre 1993 répond à ces *desiderata* silencieux.

Paragraphe 2. Les avocats généraux

Les avocats généraux constituent indéniablement un auditoire majeur de la Cour. La fonction d'avocat général est une particularité de la Cour de justice des Communautés empruntée à l'institution du commissaire du gouvernement du Conseil d'État français ¹⁰⁹⁸. L'article 222 (ex-article 166) du traité CE, tel que modifié par le traité de Nice, indique le nombre d'avocats généraux et leur fonction auprès de la Cour, respectivement à son 1^{er} et 2^e alinéas :

« La Cour de justice est assistée de huit avocats généraux.[...].

L'avocat général a pour rôle de présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées sur les affaires qui,

judges, it speaks a language which is comfortingly familiar and which invites compliance : the language of law. » Voir aussi en ce sens, J. H. H. WEILER, *loc. cit.*, note 7, 521.

¹⁰⁹⁶ Certains cas de résistances, voire de défiances, ont pu d'ailleurs apparaître à l'occasion, notamment au Royaume-Uni à propos de la réglementation relative aux horaires d'ouverture des commerces le dimanche : voir J. STEINER, « Drawing the Line : Uses and Abuses of Article 30 EEC », (1992) 29 *Common Market Law Review* 749, 750-751.

¹⁰⁹⁷ Cette désapprobation des juridictions nationales a également été observée, de manière plus générale, par R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, pp. 173-176, qui l'explique par l'effet déstabilisant que joue le droit communautaire au sein des systèmes juridiques nationaux.

¹⁰⁹⁸ Voir pour l'historique de cette fonction, J. BOUDANT, *op. cit.*, note 1, p. 16.

conformément au statut de la Cour de justice, requièrent son intervention. »¹⁰⁹⁹

Les avocats généraux exposent donc à la Cour, à travers leurs conclusions, leur opinion quant à la manière de trancher le litige qui lui est soumis, au regard des faits de l'espèce, des dispositions du traité ou du droit dérivé, et de la jurisprudence de la Cour¹¹⁰⁰. Comme le précise Joël Boudant, « [l]es conclusions constituent une proposition motivée de solution du litige élaborée par un juriste indépendant. Elles contiennent une analyse et un exposé approfondi des faits et des arguments des parties, un examen exhaustif des faits de la jurisprudence de la Cour applicable à l'affaire, des références à la doctrine à l'appui de leur argumentation et une réponse aux questions juridiques soulevées dans le litige. » La Cour a été amenée, dans son ordonnance du 4 février 2000, *Emesa Sugar*, à présenter leur fonction¹¹⁰¹, en ces termes :

« [...] les avocats généraux, [...], ne constituent pas un parquet ni un ministère public et ils ne relèvent d'aucune autorité [...]. Dans l'exercice de leur fonction, ils ne sont pas chargés de la défense de quelque intérêt que ce soit. [...] [...] les conclusions de l'avocat général mettent fin à la procédure orale. Se situant en dehors du débat entre les parties, les conclusions ouvrent la phase du délibéré de la Cour. Il ne s'agit donc pas d'un avis destiné aux juges ou aux parties qui émanerait d'une autorité extérieure à la Cour ou emprunte[rait] son autorité à celle [d'un] ministère public [...] mais de l'opinion individuelle, motivée et exprimée publiquement, d'un membre de l'institution elle-même. L'avocat général participe ainsi publiquement et personnellement au processus d'élaboration de la décision de la Cour et,

¹⁰⁹⁹ Cette formulation diffère de celle qui prévalait auparavant, laquelle mentionnait que l'avocat général assistait la Cour dans l'accomplissement de sa mission (qui est d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités). Cette nouvelle tournure trouve peut-être sa raison d'être dans le fait que le traité de Nice a mis fin, afin d'accélérer la procédure, au caractère systématique des conclusions des avocats généraux. Désormais la Cour peut simplement entendre l'avocat général lorsque l'affaire en cause ne présente aucune question de droit nouvelle : J. BOUDANT, *op. cit.*, note 1, p. 19. Par ailleurs, le traité de Nice revient au nombre de huit avocats généraux (le traité d'Amsterdam en avait ajouté un neuvième), avec la possibilité d'augmenter ce nombre par décision unanime du Conseil : article 222 du traité CE et D. SIMON, *op. cit.*, note 39, p. 231.

¹¹⁰⁰ Pour davantage de précisions sur la mission des avocats généraux, voir D. RUZIÉ, « Article 166 », dans V. CONSTANTINESCO, J.-P. JACQUÉ, R. KOVAR, D. SIMON, *op. cit.*, note 132, p. 975, aux pages 981-984, ainsi que A. A. DASHWOOD, « The Advocate General in the Court of Justice of the European Communities », (1982) 2 *Legal Studies* 202 ; Paolo GORI, « L'Avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes », (1976) *Cahiers de droit européen* 375 et l'Avocat général Marco DARMON, « The Role of the Advocate General at the Court of Justice of the European Communities », dans Shimon SHETREET, *The Role of Courts in Society*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 425.

¹¹⁰¹ J. BOUDANT, *op. cit.*, note 1, p. 18. Voir également sur cette affaire, Florence BENOÎT-ROHMER, « L'affaire *Emesa Sugar* : l'institution de l'avocat général de la Cour de justice des Communautés européennes à l'épreuve de la jurisprudence Vermeulen de la Cour européenne des droits de l'homme », (2001) *Cahiers de droit européen* 403.

partant, à l'accomplissement de la fonction juridictionnelle confiée à cette dernière". »¹¹⁰²

Le rôle des avocat généraux consiste ainsi à proposer à la Cour un projet de décision, dont cette dernière peut s'inspirer ou s'écarter. Aussi les avocats généraux déploient-ils à l'égard de la Cour – leur auditoire – toutes les techniques argumentatives pour la persuader de la justesse de leurs conclusions. Or, selon moi, cet effort argumentatif ne s'épuise pas là, mais génère un mouvement inverse de la Cour en réponse aux thèses développées par les avocats généraux. En effet, à l'écoute de la doctrine, les positions des avocats généraux reflètent souvent celles d'une majorité de spécialistes en droit européen. Les avocats généraux recourent d'ailleurs abondamment à l'argument d'autorité¹¹⁰³. En décidant de suivre leurs conclusions, la Cour se donne ainsi un facteur argumentatif supplémentaire, un plaidoyer préalable en sa faveur. Par contre, en s'écartant de leurs suggestions, la Cour s'oblige à faire montre d'une rigueur juridique et d'un raisonnement à toute épreuve et ce, tant à l'égard du lecteur de sa décision (appartenant généralement à la communauté juridique) que de la doctrine ignorée et des avocats généraux non suivis. Il lui faudra en effet démontrer, et surtout convaincre ces derniers, que sa manière d'aborder le problème est meilleure que celle qui lui a été suggérée ; un exercice bien périlleux en période de contestations. Or, comme nous le verrons, contestations il y eut, et rigueur juridique et effort de motivation de la part de la Cour n'ont pas toujours été au rendez-vous.

Pour Hjalte Rasmussen, les avocats généraux ont généralement apporté une contribution puissante et constante en faveur de l'action intégrationniste de la Cour durant les années soixante et soixante-dix ; leurs conclusions allant même parfois plus loin que cette dernière¹¹⁰⁴. Dans le domaine spécifique de la libre circulation des marchandises, on relèvera que la large définition des mesures d'effet équivalent adoptée par la Cour dans son arrêt *Dassonville* a pu être en partie influencée par l'interprétation que donnait son avocat général

¹¹⁰² Ordonnance du 4 février 2000, *Emesa Sugar*, aff. C-17/98, *Rec.* 2000, p. I-665, points 12, 14 et 15. Dans cette affaire, était contesté, au regard du principe du contradictoire et du droit à un procès équitable tel que garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, le fait que les parties ne puissent, dans la procédure judiciaire communautaire, répondre aux conclusions de l'avocat général. La Cour a rejeté cette prétention arguant de la particularité des conclusions de l'avocat général, considérées comme ouvrant la phase du délibéré, et du « lien tant organique que fonctionnel entre l'avocat général et la Cour » (point 16 de l'arrêt) : D. SIMON, *op. cit.*, note 39, p. 233. L'avocat général est ainsi considéré comme un membre de la Cour et non comme un procureur.

¹¹⁰³ Sur l'argument d'autorité comme figure argumentative, voir C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 32, pp. 410-417. Pour ces auteurs, l'argument d'autorité utilise des actes ou des jugements d'une personne ou d'un groupe de personnes comme moyen de preuve complémentaire en faveur d'une thèse.

¹¹⁰⁴ Voir H. RASMUSSEN, *op. cit.*, note 1, pp. 273-274.

de la prohibition des mesures d'effet équivalent visée à l'article 28 du traité CE ¹¹⁰⁵. De même, on retrouve dans l'arrêt *Cassis de Dijon* certains éléments soulevés par l'Avocat général Capotorti dans ses conclusions dans cette affaire ¹¹⁰⁶.

Le soutien des avocats généraux à une approche intégrationniste de la libéralisation des échanges et de l'ouverture des marchés nationaux telle que suivie par la Cour semble toutefois faiblir à partir de la moitié des années quatre-vingts. En effet, des réserves, voire des contestations, ont alors été émises par certains avocats généraux, lesquelles sont restées dans leur très grande majorité sans effet. Cette période correspond à la fois à un changement de conjoncture au niveau national (progression des idées néolibérales au sein des gouvernements des pays membres), au lancement par la Commission du projet du marché unique pour 1992 et à une jurisprudence qui se caractérise aussi bien par une extension de la portée de l'interdiction des mesures d'effet équivalent que par des écarts jurisprudentiels.

Ainsi, à partir de 1985, plusieurs décisions concernant l'interprétation de l'article 28 du traité CE ont fait apparaître des différences marquées entre la Cour et certains de ses avocats généraux. Ces divergences s'expliquent essentiellement par un désaveu de plus en plus explicite de la jurisprudence de la Cour de la part de ces avocats généraux et par la résistance de cette dernière à la faire évoluer. Lui étaient essentiellement reprochés les incohérences de sa jurisprudence et surtout sa définition trop large des mesures d'effet équivalent et son application « mécanique » ¹¹⁰⁷ de la formule *Dassonville*, faisant ainsi tomber dans le champ de l'article 28 du traité CE toute mesure nationale qui, bien que non

¹¹⁰⁵ Dans ses conclusions, présentées le 20 juin 1974 dans l'arrêt *Dassonville*, *Rec.* 1974, p. 855, au point 4, p. 859, l'Avocat général Alberto TRABUCCHI soulignait le caractère absolu et automatique de l'interdiction des mesures d'effet équivalent posée par le traité (passée la période transitoire) pour refuser toute exigence de preuve des effets restrictifs concrets sur les échanges d'une législation nationale.

¹¹⁰⁶ L'Avocat général Francesco CAPOTORTI commençait d'ailleurs ainsi ses conclusions, présentées le 16 janvier 1979 dans l'affaire *Cassis de Dijon*, *Rec.* 1979, p. 666 : « [c]ette nouvelle affaire [...] fournit l'occasion d'aborder de front le problème des limites à l'intérieur desquelles les États membres sont encore libres de subordonner l'écoulement de certaines catégories de produits, nationaux comme étrangers, à l'existence de caractéristiques déterminées, faisant ainsi obstacle à l'importation des produits étrangers appartenant aux catégories dépourvues des caractéristiques prescrites. » Il rejetait ensuite la présomption de légalité avec l'article 28 CE des mesures indistinctement applicables, posée par la directive 70/50/CEE, ainsi que l'idée selon laquelle les obstacles aux échanges créés par de telles mesures ne puissent être éliminés que par le rapprochement des législations. P. OLIVER, *op. cit.*, note 1037, p. 92, relève en outre l'accent mis dans ses conclusions sur la protection du consommateur.

¹¹⁰⁷ Cette expression employée par l'Avocat général Walter VAN GERVEN dans ses conclusions, présentées le 29 juin 1989, dans l'arrêt du 23 novembre 1989, *Torfaen*, aff. C-145/88, *Rec.* 1989, p. 3865, au point 26, p. 3879, a été ensuite amplement reprise, par d'autres avocats généraux (Tesauro, par exemple, dans ses conclusions dans l'arrêt *Hünernmund*, *précitées*, note 1063, notamment point 11, p. I-6804) comme par la doctrine (voir, par exemple, Alfonso MATTERA, *loc. cit.*, note 1065, 138-139).

discriminatoire formellement et matériellement, était néanmoins susceptible d'avoir des effets entravant sur le commerce interétatique. L'Avocat général Sir Gordon Slynn ouvrait ainsi le bal des critiques, dans l'affaire *Cinéthèque*, en 1985¹¹⁰⁸, suivi, quelques années plus tard, en 1989, par l'Avocat général Darmon, avec des termes que je juge utile de reproduire ici : « [v]otre jurisprudence en matière de libre circulation des marchandises témoigne de votre détermination à réaliser les objectifs de l'intégration en ce domaine. Mais ce volontarisme [...] rencontre naturellement une limite, celle du sens commun, une contrainte, celle de la compréhension par l'opinion, profane ou spécialisée, du sens des évolutions autorisées par vos arrêts. Et c'est à notre avis de ce cadre qu'il vous est aujourd'hui proposé de vous affranchir [...] »¹¹⁰⁹. Trois mois plus tard, c'était au tour de l'Avocat général Van Gerven, dans ses conclusions dans l'arrêt du 23 novembre 1989, *Torfaen*, de poser la question suivante : « [p]eut-on dans ce cas encore craindre que le but de l'article 30 [actuel 28], à savoir l'intégration des marchés nationaux, soit compromis ? »¹¹¹⁰. Et il suggérait à la Cour d'opter pour une solution « qui limite, dans une certaine mesure, la portée de la formule Dassonville »¹¹¹¹, en recourant au critère du cloisonnement (ou compartimentage) du marché commun. Ce critère consistait notamment à s'assurer que la mesure nationale litigieuse n'avait pas pour effet de rendre l'accès au marché national plus difficile pour les entreprises des autres États membres¹¹¹². L'Avocat général Van Gerven renouvelait, en 1991, ses objections dans ses conclusions dans les arrêts *Conforama* et *Marchandise*¹¹¹³. Si la Cour resta sourde aux requêtes de ses avocats généraux dans ces affaires, elle accueillit par contre,

¹¹⁰⁸ Dans ses conclusions présentées le 20 mars 1985, *Rec.* 1985, p. 2606, l'Avocat général Sir Gordon SLYNN estimait (p. 2611) que « [...] bien que l'article 30 [actuel 28] paraisse être formulé en termes ayant un caractère absolu, de sorte qu'apparemment, toute mesure restreignant les importations est absolument interdite, [...] il ne peut s'entendre de cette façon », pour juger que la législation française en cause, indistinctement applicable et non protectionniste, n'entraînait pas dans le domaine de l'article 28 CE.

¹¹⁰⁹ Premier point des conclusions de l'Avocat général Marco DARMON, présentées le 10 mars 1989, dans l'arrêt du 18 mai 1989, *Royal Pharmaceutical Society*, aff. 266 et 267/87, *Rec.* 1989, p. 1311.

¹¹¹⁰ Conclusions de l'Avocat général W. VAN GERVEN, *précitées*, note 1107, p. 3872.

¹¹¹¹ *Id.*, p. 3879.

¹¹¹² L'Avocat général Van Gerven explicite ce concept de compartimentage du marché aux pages 3874-3879 de ses conclusions (*précitées*, note 1062), ainsi que dans son article, « L'article 30 du traité C.E. et les législations sur les pratiques commerciales : "Dassonville" limité à "Cassis de Dijon" ? », dans Jacques HEENEN et Anne BENOIT-MOURY (dir.), *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 469, aux pages 473 et 478-479. Plusieurs auteurs ont toutefois reproché à ce critère d'être plus économique que légal et d'application difficile pour les juridictions nationales (voir, par exemple, Kamiel MORTELMANS, « Article 30 of the EEC Treaty and Legislation Relating to Market Circumstances : Time to Consider a New Definition ? », (1991) 28 *Common Market Law Review* 115, 127-128, ou P. OLIVER, *op. cit.*, note 1037, p. 96).

¹¹¹³ Conclusions communes pour les deux affaires, présentées le 22 novembre 1990, dans les arrêts du 28 février 1991, *Conforama*, aff. C-312/89 et *Marchandise*, aff. C-332/89, *Rec.* 1991, p. 1007.

en 1990, les suggestions de l'Avocat général Darmon, dans l'affaire *Krantz*¹¹¹⁴, et de l'Avocat général Lenz, dans l'affaire *Quietlynn*¹¹¹⁵, visant à restreindre l'application, aux litiges en cause, de l'article 28 du traité CE. Les particularités de ces deux affaires, surtout la première, l'expliquent toutefois¹¹¹⁶. Puis l'Avocat général Tesauro présenta en 1993, à quelque six mois d'intervalle, deux magistrales « dissidences », dans ses conclusions dans les arrêts *LPO*¹¹¹⁷ et *Hünermund*¹¹¹⁸. Si la première resta lettre morte, la seconde fut à l'origine, comme il sera démontré plus loin, du revirement de jurisprudence opéré par la Cour dans son arrêt *Keck et Mithouard* du 24 novembre 1993. Par ailleurs, le critère de l'accès au marché mentionné au point 17 de cet arrêt présente des similarités avec celui développé par l'Avocat général Van Gerven¹¹¹⁹. Ce critère sera d'ailleurs davantage exploité par la Cour à partir de l'année 2000 et surtout 2001. En outre, selon Robert Kovar, la prise en compte particulière par la Cour des réglementations nationales qui limitent ou interdisent « certaines modalités de vente », dans l'arrêt *Keck et Mithouard*, se ferait en quelque sorte l'écho de suggestions de certains de ses avocats généraux¹¹²⁰.

Ce désaccord persistant entre la Cour et ses avocats généraux pourrait trouver une explication dans la proposition que j'ai déjà formulée à l'égard des divergences constatées au sein de la Commission et entre les membres de son service juridique¹¹²¹. Dans les périodes de « transition idéologique », les clivages – entre la Cour et certains de ses avocats généraux

¹¹¹⁴ Conclusions de l'Avocat général Marco DARMON, présentées le 12 décembre 1989, dans l'arrêt du 7 mars 1990, *Krantz*, aff. C-69/88, *Rec.* 1990, p. I-588.

¹¹¹⁵ Conclusions de l'Avocat général Carl Otto LENZ, présentées le 3 mai 1990, dans l'arrêt du 11 juillet 1990, *Quietlynn*, aff. C-23/89, *Rec.* 1990, p. I-3069. L'Avocat général Lenz offrait toutefois une alternative à la Cour (reposant sur la jurisprudence classique *Dassonville - Cassis de Dijon*) pensant que la Cour maintiendrait son approche traditionnelle.

¹¹¹⁶ Ces deux affaires ainsi que les positions des avocats généraux seront étudiées dans le chapitre suivant.

¹¹¹⁷ Conclusions *précitées*, note 1063, dans lesquelles il reconnaîtra plus tard (au point 10, p. I-6804 de ses conclusions dans l'affaire *Hünermund*, *précitées*, note 1063) qu'il n'avait « pas réussi à cacher un certain malaise face à une application mécanique de la formule *Dassonville* à des dispositions du type de celle qui nous intéresse ici » (à savoir, formellement et matériellement indistinctement applicables et dont l'incidence sur les importations n'est qu'éventuelle).

¹¹¹⁸ Dans ses conclusions dans l'arrêt *Hünermund*, *précitées*, note 1063, l'Avocat général Giuseppe TESAURO estime (point 11, p. I-6804) qu'« une réflexion s'impose » « sur la délimitation du champ d'application de l'article 30 [actuel 28] [...], en particulier quant aux critères qui permettent de qualifier une disposition nationale déterminée de mesure d'effet équivalent. »

¹¹¹⁹ Robert KOVAR, « *Dassonville*, *Keck* et les autres : de la mesure avant toute chose », (2006) 42 n° 2 *Revue trimestrielle de droit européen* 213, 223. Pour cet auteur, les conclusions de l'Avocat général Van Gerven dans l'arrêt *Torfaen* peuvent être rapprochées sur plusieurs points de l'arrêt *Keck et Mithouard* : voir *id.*, 223-228. Voir aussi, dans le même sens, Gert STRAETMANS, [commentaire de l'arrêt *Gourmet*], (2002) 39 *Common Market Law Review* 1407, 1412.

¹¹²⁰ Voir les conclusions de l'Avocat général Van Gerven dans l'arrêt *Torfaen* et celles de l'Avocat général Lenz dans l'arrêt *Quietlynn* : R. KOVAR, *loc. cit.*, note 1119, 223-224 et 228-229.

¹¹²¹ Voir *supra*, pages 246 et 247.

et entre les avocats généraux eux-mêmes ¹¹²² – seraient plus importants, particulièrement dans des affaires politiquement sensibles dans lesquelles les réponses juridiques à donner aux cas d'espèce peuvent être idéologiquement orientées.

Toutefois, si la Cour semble avoir adopté à partir de 1985 une attitude résolument en faveur du libre-échange (j'apprécierai ce point plus en détail dans le chapitre suivant), cela ne signifie pas pour autant que les avocats généraux se situant dans la continuité de sa jurisprudence *Dassonville - Cassis de Dijon* partagent nécessairement une conception libérale ou, inversement, que l'on puisse en conclure que les avocats généraux « dissidents » aient davantage une approche à dominante sociale et volontariste. Deux raisons incitent à la prudence.

En premier lieu, si les avocats généraux forment un des auditoires de la Cour dont les positions personnelles sont les plus apparentes, ils sont néanmoins soumis aux mêmes contraintes que les agents de la Commission. Ils ne rendent donc pas toujours des conclusions conformes à leurs positions personnelles, mais plutôt – comme tout avocat – celles qui ont le plus de chance de recevoir l'assentiment de la Cour. L'Avocat général Van Gerven a, par exemple, été très explicite à cet égard. S'inquiétant des reproches que la communauté juridique aurait pu lui adresser sur le plan de la cohérence, du fait que, dans ses conclusions dans l'arrêt *Keck et Mithouard* du 24 novembre 1993, il avait « proposé à la Cour de suivre l'ancienne approche au lieu de lui conseiller de revoir sa jurisprudence », il s'était justifié ainsi : « la raison en est que, bien que je continuais à penser qu'il était souhaitable d'adopter une nouvelle approche comme celle que j'avais préconisée dans mes conclusions *Torfaen* [...], je ne croyais pas qu'après son arrêt *Torfaen* la Cour était prête à effectuer un tel revirement de jurisprudence. » ¹¹²³

En second lieu, les avocats généraux pourraient être plus sensibles que les juges à « la nécessité de limiter la portée de l'article 30 [actuel article 28] pour empêcher un trop

¹¹²² L'Avocat général Pieter VerLoren Van Themaat (de nationalité néerlandaise) a, par exemple, toujours défendu la libéralisation des échanges intracommunautaires et l'ouverture des marchés nationaux et, dès lors, une application très large de la prohibition formulée par l'article 28 du traité CE. Sur les positions de cet avocat général, voir Christiaan W. A. TIMMERMANS, « La libre circulation des marchandises », dans COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1982, p. 251, à la page 277 ou P. OLIVER, *op. cit.*, note 1037, pp. 90-91.

¹¹²³ Walter VAN GERVEN, *loc. cit.*, note 1112, 477, à la note de bas de page 35.

grand empiètement sur les pouvoirs réglementaires des États membres [...] »¹¹²⁴. Une raison milite en ce sens : le processus de nomination des avocats généraux. Comme pour les juges, les avocats généraux sont nommés, pour une durée de six ans renouvelable, d'un commun accord par les gouvernements des États membres (article 223 (ex-article 167) du traité CE)¹¹²⁵. Dans la pratique, les quatre grands États membres proposent chacun « leur » avocat général, les quatre autres étant nommés par rotation entre les autres États membres¹¹²⁶. La garantie d'inamovibilité est donc absente du système juridictionnel communautaire, ce que d'aucuns ont critiqué au regard de l'indépendance judiciaire¹¹²⁷. Le secret du délibéré ainsi que le caractère unanime des décisions, sans possibilité d'opinion dissidente, compensent, pour les juges, cette faiblesse structurelle de la procédure juridictionnelle communautaire, en limitant en pratique toute velléité nationale de contrôle sur le « juge-ressortissant »¹¹²⁸. Renaud Dehousse a néanmoins mis en lumière une certaine politisation du recrutement des membres de la Cour¹¹²⁹. Aussi peut-on penser que le risque de pressions indues des gouvernements nationaux des quatre grands États membres sur « leur » avocat général est d'autant plus grand que les positions de ce dernier sont connues. Le mécontentement des États membres face aux atteintes à leur souveraineté nationale a pu dès lors jouer un plus grand rôle dans les positions adoptées par les avocats généraux « dissidents » que la couleur politique de ces derniers¹¹³⁰.

¹¹²⁴ L'Avocat général Francis Geoffrey JACOBS dans ses conclusions, présentées le 24 novembre 1994, dans l'arrêt du 9 février 1995, *Leclerc-Siplec*, aff. C-412/93, *Rec.* 1995, p. I-182, au point 42, p. I-195.

¹¹²⁵ Il avait été envisagé, lors de l'élaboration du traité de Nice, de remplacer le mandat de six ans renouvelable par un mandat de douze ans non renouvelable, mais cette proposition n'avait pas été retenue : D. SIMON, *op. cit.*, note 39, p. 232.

¹¹²⁶ Thierry DEBARD, Bernadette LE BAUT-FERRARÈSE et Cyril NOURISSAT, *Dictionnaire du droit de l'Union européenne*, Paris, Ellipses, 2002, p. 27.

¹¹²⁷ Voir R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, pp. 12-13.

¹¹²⁸ *Id.* L'absence d'opinions dissidentes dans le système juridictionnel communautaire et la règle du secret des délibérations rendent dès lors très difficile, comme le relève Renaud Dehousse (p. 13) la détermination de l'apport de chaque juge dans la décision finale (et collégiale) de la Cour. Voir aussi la position du juge (à l'époque) Ulrich EVERLING, « The Member States of the European Community before their Court of Justice », (1984) 9 *European Law Review* 215, 218. Selon ces auteurs, les États membres n'ont en fait pas abusé de leur pouvoir de nomination, préférant choisir des personnalités de renom. Plusieurs juges proviennent ainsi du milieu académique. Or, comme le note, non sans une pointe d'ironie, Renaud Dehousse (p. 15), « [i]t is unlikely that governments wishing to privilege docility as a criterion for judicial selection would turn to the universities as a selection grounds, academics not being renowned for their discipline and restraint. »

¹¹²⁹ Voir R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, pp. 7-8. Voir aussi Laurence W. GORMLEY, « Assent and Respect for Judgments : *Uncommunautaire Reasoning in the European Court of Justice* », dans L. KRÄMER, H.-W. MICKLITZ et K. TONNER (dir.), *op. cit.*, note 31, p. 11, à la page 13, note 9.

¹¹³⁰ Il est intéressant à cet égard de relever le point de vue adopté par l'Avocat général Sir Gordon Slynn (nommé par le gouvernement conservateur de Margaret Thatcher) préconisant de conférer des limites raisonnables à la portée de l'article 28 du traité CE dans l'arrêt *Cinéthèque*. À noter également : la nationalité italienne de Giuseppe Tesaro, française de Marco Darmon (nommé par le gouvernement

Comme indiqué ci-dessus, la résistance de la Cour à faire évoluer sa jurisprudence prend fin avec l'arrêt *Keck et Mithouard* et ce changement d'attitude n'est pas sans rapport avec les conclusions de l'avocat général Tesauro présentées dans une affaire parallèle, l'affaire *Hünermund*. Toutefois la solution préconisée alors par la Cour ne fit pas l'unanimité, loin s'en faut, parmi les avocats généraux¹¹³¹. Si l'Avocat général Van Gerven acquiesça au changement jurisprudentiel¹¹³², il chercha néanmoins à préciser les contours de cette nouvelle jurisprudence¹¹³³. D'autres avocats généraux, soit prôneront d'autres alternatives¹¹³⁴, soit chercheront à en réduire la portée¹¹³⁵.

Il est par ailleurs intéressant de relever que, suite à la contestation générale que son magistral revirement avait soulevé, une tendance a commencé à apparaître dans la motivation des décisions de la Cour. Celle-ci s'est mise à reprendre sur une base beaucoup plus régulière les arguments développés par ses avocats généraux, ou encore par la Commission, et le plus

socialiste de François Mitterrand) et allemande de Carl Otto Lenz (ancien secrétaire général du groupe démocrate-chrétien au Parlement européen, notamment). Walter Van Gerven, de nationalité belge, est le seul avocat général « dissident » à ne pas avoir été nommé par un grand État membre.

¹¹³¹ Voir, dans le même sens, Takis TRIDIMAS, « The Role of the Advocate General in the Development of Community Law : Some Reflections », (1997) *Common Market Law Review* 1349, 1375-1378, qui retrace les dissensions entre la Cour et les Avocats généraux Jacobs, Lenz et Elmer.

¹¹³² Dans son article, *loc. cit.*, note 1112, 477, W. VAN GERVEN estimait en effet que « [...] l'arrêt *Keck et Mithouard* mérite [...] d'être approuvé en ce qu'il tente de garder l'application de la formule Dassonville dans des limites raisonnables [...] ». L'Avocat général Giuseppe TESAURO a également appuyé cet arrêt pour la clarification qu'il apporte au domaine de la libre circulation des marchandises : Giuseppe TESAURO, « The Community's Internal Market in the Light of the Recent Case-Law of the Court of Justice », (1995) 15 *Yearbook of European Law* 1, 6-7.

¹¹³³ Dans ses conclusions, présentées le 16 mars 1994, dans l'arrêt du 2 juin 1994, *Tankstation et Boermans*, aff. jointes C-401 et C-402/92, *Rec.* 1994, p. I-2201, aux points 21 à 23, l'Avocat général W. VAN GERVEN a cherché notamment à mieux définir les conditions indiquées au point 16 de l'arrêt *Keck et Mithouard*.

¹¹³⁴ L'Avocat général F. G. JACOBS dans ses conclusions (*précitées*, note 1124) dans l'arrêt du 9 février 1995, *Leclerc-Siplec*, a critiqué ouvertement le critère de discrimination adopté par la Cour et a cherché à réintroduire une lecture plus libérale de l'article 28 du traité CE (voir ses points 39 à 41, pp. I-194-195). Il suggérait à la Cour d'apprécier plutôt l'existence d'une restriction substantielle à l'accès au marché, ce qui revenait en fait à introduire un critère de minimis (voir ses points 42 à 49, p. I-195-198) (sur ce critère, et son rejet par la Cour, voir *infra*, page 283).

¹¹³⁵ Voir l'Avocat général F. G. JACOBS, au point 34, p. I-192, de ses conclusions (*précitées*, note 1124), ainsi que les conclusions de l'Avocat général Carl Otto LENZ, présentées le 4 avril 1995, dans l'arrêt du 29 juin 1995, *Commission/Grèce*, C-391/92, *Rec.* 1995, p. I-1623 (voir *infra*, page 377), que certains ont qualifiées de « critique larvée » de la jurisprudence *Keck et Mithouard* (Peter OLIVER, « La jurisprudence de la Cour de justice relative à la libre circulation des marchandises », (1995) n° 23 *Journal des Tribunaux - Droit européen* 203, 205). Voir aussi les conclusions de l'Avocat général Michael B. ELMER, présentées le 20 juin 1995, dans l'arrêt du 14 décembre 1995, *Banchero II*, aff. C-387/93, *Rec.* 1995, p. I-4666 (voir *infra*, page 377). Comme les Avocats généraux Lenz et Elmer, l'Avocat général Philippe LÉGER a cherché dans ses conclusions, présentées le 28 mars 1995, dans l'arrêt du 6 juillet 1995, *Mars*, aff. C-470/93, *Rec.* 1995, p. I-1925, au point 16, p. I-1927, à limiter l'application de la « solution Keck » aux seules mesures visant l'activité commerciale en général et, qui plus est, selon lui, n'avaient aucun lien avec les importations. Certains aspects de leurs positions sont également présentés de manière plus détaillée, *infra*, à la page 397.

souvent de manière élogieuse. Son besoin de réaffirmer sa légitimité n'y est sans doute pas étranger.

Paragraphe 3. La communauté universitaire et les praticiens

La doctrine a un poids certain dans les prises de position de la Cour relativement à l'interprétation de l'article 28 du traité CE. En effet, bien que la Cour n'y fasse pas mention dans ses arrêts – tout comme, jusqu'à peu, elle ne référerait jamais aux conclusions de ses avocats généraux – ce silence constitue davantage un artifice destiné à raffermir son autorité. La Cour veut en effet se montrer indépendante des opinions juridiques nationales et seule juge de la pertinence de ses orientations jurisprudentielles. Dans les faits, la Cour attache, depuis quelque temps, un intérêt de plus en plus grand aux autorités doctrinales européennes (professeurs comme praticiens) à titre de baromètre. À cet égard, on pensera à la célèbre phrase de Planiol : « [l]a doctrine joue dans la science du droit à peu près le même rôle que l'opinion publique en politique ». Reflet du degré d'acceptation de sa jurisprudence par la base spécialisée, la doctrine constitue donc pour la Cour un auditoire discret mais réel ¹¹³⁶.

Pendant longtemps, la doctrine a soutenu le rôle intégratif de la Cour ¹¹³⁷. Hjalte Rasmussen affirmait ainsi en 1986 : « *No doubt, the legal academic literature has provided the Court with one of the strongest pro-Community and pro-integration and pro-Court policy inputs : if integrationist values could not be promoted by political decision, it should and could be propelled by judicial fiat.* » ¹¹³⁸ Et cet appui a pu constituer un important facteur de légitimation de l'interventionnisme judiciaire en faveur de l'intégration européenne ¹¹³⁹.

¹¹³⁶ À l'appui de mon observation, H. RASMUSSEN, *op. cit.*, note 1, p. 80 constatait déjà en 1986 que « *[a]lthough judges need not, as a matter of form, listen to criticism generated by these sources, it is not disputed that they do so infact. They probably also register support.* » Et il ajoutait plus loin (p. 266) : « *[...] the legal academics early became instrumental as the Court's primary source of relevant and needed feedback on the reception of its case law and its general policy orientation.* »

¹¹³⁷ Voir aussi J. H. H. WEILER, *loc. cit.*, note 7, 528-531, spéc. 530, qui avance certaines hypothèses pour tenter d'expliquer « *the almost unanimous noncritical approach and tradition developed by Community law scholars toward the Court of Justice* ». Voir aussi A.-M. BURLEY et W. MATTLI, *loc. cit.*, note 10, 59-60 et 65 qui détaillent l'intérêt que la communauté académique européenne retire de ce soutien ; et H. SCHEPEL et R. WESSELING, *loc. cit.*, note 1087, 183 qui parlent de « processus de légitimation réciproque ».

¹¹³⁸ H. RASMUSSEN, *op. cit.*, note 1, p. 265. Voir aussi, dans le même sens, Miguel Poiars MADURO, « *Keck : The End ? The Beginning of the End ? Or Just the End of the Beginning ?* », (1994) 1 *Irish Journal of European Law* 31, 39 qui reproche aux auteurs d'avoir défendu, dans une large majorité, un contrôle juridictionnel étendu sur l'activité législative des États membres ayant une incidence sur la libre circulation des marchandises. Renaud DEHOUSSE (*op. cit.*, note 1, p. 2) parle plutôt d'acceptation non critique de la part de la doctrine jusqu'au début des années quatre-vingts.

¹¹³⁹ Voir J. H. H. WEILER, *loc. cit.*, note 7, 529, ainsi que A.-M. BURLEY et W. MATTLI, *loc. cit.*, note 10, 59.

Comme avec les juges nationaux, la Cour a pris soin d'entretenir cet appui en établissant des relations privilégiées entre la Cour et certains éminents spécialistes du droit européen, invités à présenter leurs travaux lors de conférences organisées par la Cour ¹¹⁴⁰. Joseph H.H. Weiler souligne d'ailleurs le remarquable « tour de force relationnel » réalisé par la Cour, qui a su obtenir l'adhésion – ou à tout le moins l'absence de critiques – de la part d'auditoires (doctrine, mais aussi juges nationaux et États membres) supposés être les moins réceptifs à l'activisme judiciaire européen ¹¹⁴¹.

Quant aux avocats spécialisés en droit européen, ils avaient un intérêt professionnel indéniable à la promotion, par la voie judiciaire, du processus intégratif européen et au développement du droit communautaire ¹¹⁴².

Toutefois, à partir des années quatre-vingts, et particulièrement après l'arrêt *Torfaen*, une part croissante de la doctrine s'est faite de plus en plus contestataire à l'égard d'une position jurisprudentielle, en matière de libre circulation des marchandises, dont elle cernait difficilement les tenants et les aboutissants ¹¹⁴³ ; une critique qui a trouvé tribune auprès de certains avocats généraux. Une évolution jurisprudentielle dans le sens de la simplicité et de la clarté était donc ardemment réclamée par la communauté universitaire ¹¹⁴⁴, ainsi que par les praticiens. Ces derniers, se heurtant aux contradictions de la jurisprudence de la Cour, pouvaient rencontrer certaines difficultés à conseiller utilement leur clientèle. Or il est notable que la Cour, dans son célèbre arrêt *Keck*, ait emprunté à la fois à Éric L. White sa catégorisation, simple et facilement applicable, des mesures nationales, et en partie à Giuliano Marengo le critère de la discrimination, pour réduire la portée de l'interdiction des

¹¹⁴⁰ H. RASMUSSEN, *op. cit.*, note 1, p. 266.

¹¹⁴¹ J. H. H. WEILER, *loc. cit.*, note 7, 517. C'est ce qu'il a qualifié de « *quiet revolution* » et qui a aussi été appelé « *the paradox of compliance* » par Renaud Dehousse (*op. cit.*, note 1, pp. 117 et suiv.).

¹¹⁴² Voir A.-M. BURLEY et W. MATTLI, *loc. cit.*, note 10, 59-60, qui relèvent en outre les liens étroits que les bureaux d'avocats spécialisés en droit européen entretiennent avec la Cour.

¹¹⁴³ Les auteurs critiques suggéraient notamment une limitation de la portée de l'article 28 du traité CE (ex-article 30). Voir, par exemple, Giuliano MARENCO, « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative », (1984) *Cahiers de droit européen* 291 (implicitement, via le critère de la discrimination) ; E. L. WHITE, *loc. cit.*, note 1061, 234 ; K. MORTELMANS, *loc. cit.*, note 1112, spéc. 130-131 et J. STEINER, *loc. cit.*, note 1096, spéc. 758, 767-774. Je ne développerai pas les positions défendues par chacun de ces auteurs. Pour une présentation des différentes théories doctrinales, le lecteur se référera à M. P. MADURO, *op. cit.*, note 20, pp. 35-48. Ont, par contre, continué d'approuver l'approche traditionnelle de la Cour et l'application large de l'article 28 CE les auteurs Laurence W. GORMLEY (voir [commentaire de l'arrêt *Torfaen*] (1990) 27 *Common Market Law Review* 141, ainsi que « Recent Case Law on the Free Movement of Goods : Some Hot Patatoes », (1990) 27 *Common Market Law Review* 825, spéc. 857) et Anthony ARNULL (voir « What Shall We Do on Sunday ? », (1991) 16 *European Law Review* 112) : voir sur ce point J. STEINER, *loc. cit.*, note 1096, 762-763.

¹¹⁴⁴ Voir, par exemple, K. MORTELMANS, *loc. cit.*, note 1112, 134-135.

mesures d'effet équivalent ¹¹⁴⁵. D'aucuns ont vu en outre dans sa jurisprudence mouvementée relative aux règles nationales régissant les ventes, surtout depuis l'arrêt *Torfaen*, les signes avant-coureurs d'un revirement jurisprudentiel ¹¹⁴⁶.

La critique doctrinale a gagné un niveau plus général, certains auteurs commençant à questionner plus largement la légitimité de la Cour au regard de son rôle intégratif. Hjalte Rasmussen ¹¹⁴⁷ fait figure de précurseur à cet égard. C'est surtout dans les années quatre-vingt-dix qu'ont fleuri les études sur l'activisme de la Cour de justice des Communautés européennes ¹¹⁴⁸. Il est à noter à cet égard que ces différentes études critiques ont suscité, à leur tour, des publications de la part de certains juges de la Cour ¹¹⁴⁹, à la défense de leur institution ¹¹⁵⁰, bien après le magistral ouvrage, en 1976, du juge puis président de la Cour, Robert Lecourt ¹¹⁵¹.

¹¹⁴⁵ M. P. MADURO, *op. cit.*, note 20, pp. 41 et 44-45.

¹¹⁴⁶ Voir K. MORTELMANS, *loc. cit.*, note 1112, 117 ; R. KOVAR, *loc. cit.*, note 1119, spéc. 220 et 222 (notamment pour les arrêts *Conforama*, *Marchandise* et *B & Q*).

¹¹⁴⁷ Hjalte Rasmussen a été un des premiers auteurs, en 1986, à démontrer le rôle politique joué par la Cour dans le processus d'intégration européenne : voir son célèbre ouvrage, *op. cit.*, note 1. Il a repris ce thème à maintes occasions par la suite. Voir, par exemple, Hjalte RASMUSSEN, « Between Self-Restraint and Activism : a Judicial Policy for the European Court », (1988) 19 *European Law Review* 28, ou son second ouvrage, *op. cit.*, note 1031, ainsi que les autres articles cités antérieurement, notes 133 et 1032, et ultérieurement, note 1278.

¹¹⁴⁸ Voir, parmi les très nombreuses références, Mary L. VOLCANSEK, « The European Court of Justice : Supranational Policy-Making », (1992) 15 *West European Politics* 108, spéc. 113-115 ; Takis TRIDIMAS, « The Court of Justice and Judicial Activism », (1996) 21 *European Law Review* 199 ; David T. KEELING, « In Praise of Judicial Activism : But What Does it Mean ? And Has the European Court of Justice Ever Practised it ? », dans *Scritti in Onore di Giuseppe Federico Mancini*, Coll. « Seminario giuridico della Università di Bologna », Vol. 2, Milano, A. Giuffrè, 1998, p. 505.

¹¹⁴⁹ Le juge Constantinos N. KAKOURIS a été particulièrement prolifique à cet égard (alors qu'il était en fonction) : voir, par exemple, ses articles cités notes 22 et 993, ainsi que son article « La Cour de Justice des Communautés européennes comme Cour constitutionnelle : Trois Observations », dans O. DUE, M. LUTTER et J. SCHWARZE (dir.), *op. cit.*, note 1070, p. 629. Voir aussi le juge Fernand A. SCHOCKWEILER (notamment son article, alors qu'il était juge, « La Cour de justice des Communautés européennes dépasse-t-elle les limites de ses attributions ? », *loc. cit.*, note 1075) ; l'ancien juge Thymen KOOPMANS (notamment son article « Judicial Decision-Making », dans Angus CAMPBELL et Meropi VOYATZI (dir.), *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law – Essays in Honor of Lord Mackenzie-Stuart*, Londres, Trenton, 1996, p. 93) ou, dans le même ouvrage collectif, la contribution du juge David A. O. EDWARD (alors également en fonction), « Judicial Activism – Myth or Reality ? », p. 29, ainsi que son autre article, « What Kind of Law Does Europe Need ? The Role of Law, Lawyers and Judges in Contemporary European Integration », (1998/1999) 5 n° 1 *Columbia Journal of European Law* 1. Peut aussi être mentionné l'article du juge (à partir de 1979) puis président de la Cour (de 1988 à 1994), Ole DUE, « The Practice of the European Court of Justice – A factor in the Promotion of Integration », (1992) 36 *Scandinavian Studies in Law*, 79 (spéc. 86-87 et 89 s'agissant des arrêts *Dassonville* et *Cassis de Dijon*). Koen LENAERTS, juge au Tribunal de première instance de 1989 à 2003, puis juge à la Cour de justice à partir d'octobre 2003, a également écrit plusieurs articles, dont « Some Thoughts about the Interaction between Judges and Politicians », (1992) *University of Chicago Legal Forum* 93.

¹¹⁵⁰ Voir tout particulièrement l'article de Harm SCHEPEL et Rein WESSELING, *loc. cit.*, note 1087, 178-179 et l'intéressante démonstration qu'ils font de la promotion, par la Cour elle-même (via les

Certains auteurs se sont ainsi penchés plus spécifiquement sur l'interprétation judiciaire ¹¹⁵², d'autres sur les mécanismes sur lesquels la Cour s'est appuyée pour emporter l'adhésion de ses « interlocuteurs » ¹¹⁵³ (principalement la communauté juridique et les plaideurs individuels) dans ses efforts pour développer un ordre juridique communautaire spécifique et autonome ¹¹⁵⁴. Anne-Marie Burley et Walter Mattli ¹¹⁵⁵, Joseph H. H. Weiler ¹¹⁵⁶, Renaud Dehousse ¹¹⁵⁷ et, dans une moindre mesure, Harm Schepel et Rein Wesseling ¹¹⁵⁸ se sont particulièrement distingués à ce titre. D'autres encore se sont demandés si la jurisprudence de la Cour dans le domaine de la libre circulation était soutenue par des considérations d'ordre idéologique ¹¹⁵⁹, et notamment s'il était possible d'en déduire une volonté de la Cour de transformer l'article 28 du traité CE en une « *economic due process clause* » ¹¹⁶⁰. C'est également à cette époque que commence à être soulignée dans la doctrine la mise en balance des intérêts ¹¹⁶¹, à laquelle procède la Cour dans le cadre de son

publications de ses juges et anciens juges), de son rôle dans la construction européenne. Le fait que des juges puissent ainsi s'exprimer dans la doctrine durant leur mandat surprendra sans doute plus d'un juriste canadien.

¹¹⁵¹ Robert LECOURT (juge à partir de 1962, puis président de la Cour de 1967 à 1976), *L'Europe des Juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976.

¹¹⁵² Parmi une littérature abondante, voir particulièrement le remarquable ouvrage de Joxerramon BENGOTXEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice : towards a European Jurisprudence*, Coll. « Oxford European Community law series », Oxford, Clarendon Press, 1993.

¹¹⁵³ Ce terme est employé par Joseph H. H. Weiler et Renaud Dehousse pour désigner ce que je nomme, moi, les auditoires de la Cour. Hjalte Rasmussen les appréhende essentiellement en tant que contre-pouvoirs.

¹¹⁵⁴ Ces études se distinguent toutefois de ma démarche : voir mes commentaires en introduction, *supra*, page 3.

¹¹⁵⁵ Voir leur article, *loc. cit.*, note 10.

¹¹⁵⁶ Voir Joseph H. H. WEILER, « Journey to an Unknown Destination : A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration », (1993) 31 *Journal of Common Market Studies* 417, ainsi que son article plus récent au titre évocateur (« A Quiet Revolution – The European Court of Justice and its Interlocutors »), *loc. cit.*, note 7.

¹¹⁵⁷ Voir notamment ses ouvrages cités, notes 1 et 2.

¹¹⁵⁸ Voir leur article, *loc. cit.*, note 1087, 178-179.

¹¹⁵⁹ N. REICH, *loc. cit.*, note 1013, 163, considère que « [a] certain judicial activism has quite aggressively extended the rule-of-law principle in protecting certain basic rights of "market citizens" [...] such as property, market access, legal stability etc. within the Community ». Hans-Christoph VAN HEYDEBRAND, « Free Movement of Foodstuffs, Consumer Protection and Food Standards in the European Community : Has the Court of Justice Got It Wrong ? », (1991) 16 *European Law Review* 391, spéc. 412, a, pour sa part, démontré que l'interprétation trop extensive de l'article 28 du traité CE pouvait conduire à une déréglementation préjudiciable à la protection du consommateur particulièrement dans le domaine alimentaire.

¹¹⁶⁰ Voir l'ouvrage de M. P. MADURO, *op. cit.*, note 20, qui finalement conclut plutôt à la présence d'une « approche majoritaire » de la Cour pour expliquer sa jurisprudence particulièrement favorable au libre-échange. On notera que Miguel Poiaras Maduro a été nommé Avocat général à la Cour de justice en 2003.

¹¹⁶¹ Nommée en anglais *balance or cost/benefit tests* : voir, pour une présentation de cette approche et de ses représentants, M. P. MADURO, *op. cit.*, note 20, 49-58.

appréciation de la légitimité d'une législation nationale, et l'existence d'« intérêts diffus » (*diffuse interests*)¹¹⁶².

Certains voient dans la fin de la « lune de miel »¹¹⁶³ entre la Cour et la doctrine les répercussions de la « psychose de Maastricht »¹¹⁶⁴. Pour moi, il s'agit davantage, là encore, d'une manifestation des turbulences occasionnées par les transformations du paysage politique au niveau national comme communautaire, les désaccords entre les participants étant dès lors plus évidents.

On aurait pu penser que le retrait opéré par la Cour à la faveur de l'arrêt *Keck et Mithouard* allait contenter la doctrine. Or, au contraire, cet arrêt fut vilipendé par cette dernière et ce, pendant de nombreuses années¹¹⁶⁵. Si certains commentateurs y virent « une mauvaise réponse à une bonne question »¹¹⁶⁶, ou critiquèrent essentiellement sa motivation insuffisante, source d'incertitudes¹¹⁶⁷, il fut aussi reproché à la Cour l'abandon du contrôle communautaire sur les dispositions nationales réglementant les modalités de vente, indépendamment de leurs effets sur les échanges, dès lors qu'elles étaient simplement non discriminatoires. Ce dernier point faisait craindre à certains de possibles abus de la part des

¹¹⁶² Voir Norbert REICH, *Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die Europäischen Gemeinschaften* [promotion et protection d'intérêts diffus par les Communautés européennes], Baden-Baden, Nomos, 1987, cité dans son article, *loc. cit.*, note 1013, 162. Cette « théorie des intérêts diffus » concerne toutefois plus la prise en compte d'intérêts diffus par la Communauté européenne en général que par la Cour en particulier. Elle a ensuite influencé d'autres auteurs (voir notamment l'ouvrage de L. KRÄMER, H.-W. MICKLITZ et K. TONNER (dir.), *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order – Recht und Diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung, Liber Amicorum Norbert Reich*, *op. cit.*, note 31).

¹¹⁶³ J. H. H. WEILER, *loc. cit.*, note 7, 532. Cette fin de la « lune de miel » entre la Cour et la doctrine a pu aussi susciter chez certains juges un certain agacement à l'égard de la doctrine. Cette attitude est particulièrement manifeste chez le juge René JOLIET (voir, par exemple, son article cité note 1260, 146, ainsi que « Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire », (1992) 32 n° 2 *Rivista di Diritto Europeo* 253, spéc. 277).

¹¹⁶⁴ J. H. H. WEILER, *loc. cit.*, note 1156, 443. H. SCHEPEL et R. WESSELING, *loc. cit.*, note 1087, 184 nuancent toutefois ce propos.

¹¹⁶⁵ Après le feu nourri de critiques dans les années 1994-1996 (Robert Kovar, *loc. cit.*, note 1119, 235, a recensé vingt-sept commentaires sur cet arrêt, en ce qui concerne seulement la langue de Molière et sur ces deux années), l'arrêt *Keck et Mithouard* a continué à faire parler de lui à travers les précisions et encadrements que la Cour lui a apportés les années ultérieures.

¹¹⁶⁶ Selon un ancien référendaire de la Cour cité par A. MATTERA, *loc. cit.*, note 1065, 118.

¹¹⁶⁷ Wulf-Henning ROTH, « Comment on Keck and Hünermund », (1994) *Common Market Law Review* 845, 852 reproche ainsi à la Cour d'avoir laissé les juridictions nationales dans un déplorable état d'incertitude juridique. Norbert REICH, *loc. cit.*, note 30, 470-472, relève quant à lui que le caractère formel de la décision *Keck et Mithouard* crée l'illusion d'une certitude légale, absente en l'espèce. Voir aussi Nicolas BERNARD, « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », (1998) *Cahiers de droit européen* 11, 14 ; Sigmar STADLMEIER, « “Contrary to What Has Previously Been Decided...” The Search for the Rule Goes on », (1995) *Legal Issues of European Integration* 9.

États membres et une augmentation des entraves au commerce intracommunautaire¹¹⁶⁸. À l'instar d'Alfonso Mattera, plusieurs auteurs préférèrent se placer sur le terrain, moins risqué politiquement, de la rigueur juridique¹¹⁶⁹ ou de la sécurité juridique¹¹⁷⁰ pour attaquer cet arrêt. C'est également sur ce dernier terrain que s'est concentré l'essentiel des critiques des praticiens, bien que plusieurs aient apprécié par ailleurs une meilleure délimitation du champ d'application de l'article 28 du traité CE¹¹⁷¹. Leur embarras tenait à la difficulté d'apprécier les conséquences pratiques du revirement sur la jurisprudence passée – certains ont reproché à la Cour de ne pas avoir précisé lesquels de ses arrêts avaient été renversés – et à cerner la nouvelle notion de « modalités de vente » qu'elle introduisait dans cet arrêt¹¹⁷².

Une minorité a néanmoins salué cet arrêt, appréciant, à l'inverse, le fait que l'étendue de l'article 28 du traité soit ainsi confinée à des limites raisonnables et que la sécurité juridique en soit conséquemment renforcée¹¹⁷³. Pour certains la « solution Keck » avait aussi

¹¹⁶⁸ Voir, par exemple, L. W. GORMLEY, *loc. cit.*, note 1129, 22 et 28-29 ; M. TODINO et T. LÜDER, *loc. cit.*, note 1063, 172, 180-187 et 192 ; Anne RIGAUX et Denys SIMON (voir leurs observations par exemple dans (avril 1995) *Europe comm.* 137) ; Stephen WEATHERILL, « After Keck : Some Thoughts on How to Clarify the Clarification », (1996) 33, n° 5 *Common Market Law Review* 896, spéc. 894 ; Malcom ROSS, « Keck – Grasping the Wrong Nettle », dans Andrew CAIGER et Demetrius Andreas M.-A. FLOUDAS (dir.), *1996 Onwards : Lowering the Barriers Further*, Chichester, Wiley, 1996, p. 45, aux pages 53 et suiv. ; pour un point de vue plus nuancé : W.-H. ROTH, *loc. cit.*, note 1167, 851-855.

¹¹⁶⁹ Laurence W. GORMLEY, « Reasoning Renounced ? The Remarkable Judgment in *Keck & Mithouard* », (1994) *European Business Law Review* 63, 66-67 ou, du même auteur, *loc. cit.*, note 1129, p. 22.

¹¹⁷⁰ Par exemple Emmanuel COULON, « Un revirement jurisprudentiel d'ampleur : l'arrêt *Keck et Mithouard* », (1994) 1 *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs* 59, 62.

¹¹⁷¹ Par exemple, Sarah MOORE, « Re-visiting the Limits of Article 30 EEC », (1994) 19 *European Law Review* 195, 198 ; Maria-Pia MIDENBÄCK, « The European Court of Justice and the Interpretation of Article 30 EC – The Taming of the Tiger », (1994-1995) 6 *Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet* 972.

¹¹⁷² Voir Jules STUYCK (également professeur), « L'arrêt *Keck et Mithouard* (vente à perte) et ses conséquences sur la libre circulation des marchandises », (1994) *Cahiers de droit européen* 435, spéc. 443-444 ; Denis WAELBROECK, « L'arrêt *Keck et Mithouard* : les conséquences pratiques », (1994) 13 *Journal des Tribunaux - Droit européen* 161 ; Éric MORGAN DE RIVERY et Gaëlle LE BRETON, « Le “retraitement” de l'article 30 du traité CE par la Cour de justice des Communautés européennes : trois ans après l'arrêt *Keck et Mithouard* », (1997) 1 *Daloz Affaires* 5, spéc. 6-7 ; Michel VAN HUFFEL, « Le champ d'application de l'article 30 du traité de Rome et les arrêts *Keck et Mithouard*, *Hünernund et Clinique* : la nouvelle liberté de la libre circulation des marchandises ou “l'enfer, c'est les autres” ? », (1994) 2 *Revue Européenne de Droit de la consommation* 95, spéc. 110 ; Didier THÉOPHILE et Christophe GIOLITO, « Le juge communautaire rachète la prohibition de la revente à perte : le prix d'un revirement », (1994) *Cahiers de Droit de l'entreprise* 8, 12-13.

¹¹⁷³ P. OLIVER (conseiller juridique de la Commission), *op. cit.*, note 1037, pp. 110 et 114, ainsi que son article « Some Further Reflections on the Scope of Articles 28-30 (ex 30-36) EC », (1999) 36 (4) *Common Market Law Review* 783. Voir aussi, pour une approbation de cet arrêt, Richard WAINWRIGHT (conseiller juridique principal au service juridique de la Commission) et Virginia MELGAR, « Bilan de l'article 30 après vingt ans de jurisprudence : de Dassonville à Keck et Mithouard » (1994) *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 533, spéc. 538-539. Voir

l'avantage d'éviter une prolifération des exigences impératives¹¹⁷⁴. En général, ces auteurs, comme le relève l'ancien juge et président de la Cour de justice, Ole Due, « [...] *consider the change as a long overdue recognition by the Court of the fact that Article 30 aims at a liberalisation of the exchange of goods between the Members States, not at a judicial approximation of the laws of the Members States by deregulating marketing methods.* »¹¹⁷⁵

Ces attitudes contradictoires de la doctrine – désapprouvant le rôle intégratif de la Cour dans la deuxième moitié des années quatre-vingts, puis dénonçant son retrait au début des années quatre-vingt-dix – pourraient-elles traduire la progression des idées néolibérales au sein de la communauté académique¹¹⁷⁶ ? Une chose est certaine : les précisions et les réajustements apportés ensuite par la Cour à cette jurisprudence, et la certaine réappropriation de son contrôle qui en a découlé, ont été bien accueillis, plusieurs espérant y voir un abandon de la « solution Keck ».

SECTION IV – LES RESSORTISSANTS EUROPÉENS

Les ressortissants des États membres peuvent être considérés comme les bénéficiaires du traité et, en tant que tels, pourraient constituer l'auditoire universel de la Cour, dans le sens donné par le professeur Perelman à cette notion¹¹⁷⁷. Comme je l'ai précisé préalablement, il faut néanmoins nuancer à cet égard. Cet auditoire se morcelle, en fait, en plusieurs auditoires particuliers, eux-mêmes sujets à division. Une distinction peut d'abord être effectuée en fonction du type d'appréhension dont les nationaux des États membres font l'objet par le droit communautaire. Un premier auditoire est ainsi issu de la prise en compte politique, par les institutions européennes, des ressortissants communautaires. Il s'agit de

particulièrement les développements très intéressants de R. KOVAR, *loc. cit.*, note 1119, spéc. 235-247 qui s'attache à démontrer que l'arrêt *Keck et Mithouard* a été injustement critiqué.

¹¹⁷⁴ Catherine BARNARD, « Sunday Trading : A Drama in Five Acts », (1994) 57 *The Modern Law Review* 449, 459. Plusieurs auteurs (ainsi que l'Avocat Van Gerven dans ses conclusions dans l'arrêt *Torfaen*, précitées, note 1107, point 26, p. 3880) s'inquiétaient en effet du fait que l'élargissement du champ d'application de l'article 28 du traité puisse créer indirectement une pression, si l'on peut dire, sur les exigences impératives : voir, par exemple, J. STEINER, *loc. cit.*, note 1096, 758-759 ; E. L. WHITE, *loc. cit.*, note 1061, 239.

¹¹⁷⁵ Ole DUE, « Dasonville Revisited or No Cause for Alarm ? », dans A. CAMPBELL et M. VOYATZI (dir.), *op. cit.*, note 1152, p. 19, à la page 20.

¹¹⁷⁶ N'oublions pas que plusieurs professeurs agissent également comme consultants.

¹¹⁷⁷ Cf. C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 32, p. 39 et son développement pp. 40-46.

l'auditoire des citoyens européens ¹¹⁷⁸. Cet auditoire est présenté comme homogène ¹¹⁷⁹, dans une Union européenne pourtant de plus en plus hétérogène ¹¹⁸⁰. Un second auditoire, né de la prise en considération économique par la Communauté européenne des nationaux des États membres, regroupe, lui, en son sein, différents sous-auditoires mus par des intérêts opposés. Il s'agit de l'auditoire des opérateurs économiques. Une autre distinction s'effectuera ensuite, dans ce cadre, au niveau des sous-auditoires.

Paragraphe 1. Les citoyens européens

Certes la qualité de citoyen européen n'intéresse pas en soi le domaine de la libre circulation des marchandises, par contre elle s'exprime à travers l'opinion publique et, à ce titre, joue un rôle indéniable. C'est un fait, l'opinion publique a un poids politique considérable. Si son influence s'exerce avant tout au niveau national, il n'en reste pas moins qu'elle est également déterminante au niveau européen. D'une part, l'électorat compte pour beaucoup dans le choix de dirigeants et, par suite, dans l'orientation des politiques prises, favorables ou non à une progression de l'intégration européenne ¹¹⁸¹. D'autre part, comme nous l'avons vu, les institutions européennes, et particulièrement la Commission, cherchent à obtenir l'adhésion des citoyens européens dans la poursuite des politiques communautaires, y compris parfois pour outrepasser un appui plus réservé de la part des États membres eux-mêmes. À cette fin, les institutions européennes disposent de différents instruments. Outre une prise en compte croissante des sujets intéressant les citoyens à partir de 1993 ¹¹⁸², les institutions communautaires font appel aux sondages – ce que d'aucuns appellent « baromètre » de l'opinion publique européenne. Le Comité des régions peut aussi être, à cette fin, dans une moindre mesure cependant, transformé en agent relais entre la base (les

¹¹⁷⁸ La prise en compte politique des nationaux des États membres par la Communauté européenne est relativement nouvelle. Elle a pris une importance accrue avec la mise en place du traité sur l'Union européenne (traité de Maastricht).

¹¹⁷⁹ Cet auditoire est souvent apprécié comme un tout par les autorités européennes, qui semblent préjuger de l'existence d'une certaine communauté d'intérêts entre les ressortissants européens face à la construction européenne. On en veut pour preuve la pratique de la Commission de recourir au « baromètre » de l'opinion publique européenne pour conforter ses positions. Cette généralisation se trouve ainsi à négliger les divergences culturelles, sociales, etc. entre les peuples d'Europe. Pour les besoins de cette étude j'apprécierai néanmoins comme un seul et même auditoire cette opinion publique européenne, malgré son caractère quelque peu factice, afin de l'opposer davantage à l'auditoire des opérateurs économiques.

¹¹⁸⁰ Cette hétérogénéité croissante de l'Union, au fur à mesure des nouvelles adhésions, constitue d'ailleurs un facteur de difficulté supplémentaire pour la Cour : voir R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, p. 184.

¹¹⁸¹ On en veut pour preuve le fait que les positions proeuropéennes ou, au contraire, « nationalistes » des candidats soient fréquemment affichées lors des campagnes électorales.

¹¹⁸² Cf. *supra*, pages 54-57, 64-66 et 157-184.

citoyens européens) et les autorités communautaires¹¹⁸³. Enfin, les institutions européennes (et particulièrement la Commission) ont recours, plus récemment (et plus activement), à des stratégies en matière de politique d'information et de communication¹¹⁸⁴.

Cette attention accrue, et récente dans l'histoire de la construction communautaire, de la part des institutions communautaires pour les citoyens européens, n'a pas laissé la Cour de justice indifférente. Déjà, plus tôt, ce serait au nom des attentes supposées des citoyens vis-à-vis de l'unité européenne, telle que promise par les pères fondateurs, que se justifierait, selon la plupart des « juges-commentateurs »¹¹⁸⁵, l'œuvre créatrice et intégrationniste de la Cour face aux attermolements du Conseil¹¹⁸⁶. Parallèlement, son empiètement sur les pouvoirs réglementaires des États membres a aussi conduit la Cour à prendre en considération certains objectifs nationaux légitimes – exprimant bien souvent des traditions socio-culturelles auxquelles sont attachés les citoyens nationaux – dans son arrêt *Cassis de Dijon* et sa jurisprudence ultérieure. La mise en balance de ces intérêts légitimes avec la réalisation du marché intérieur, au détriment bien souvent des premiers, a pu toutefois déplaire à bien des citoyens européens. Les propos de Renaud Dehousse confirment ce point de vue : « *ECJ rulings can be resented as intrusive and disturbing of well-established traditions. This may explain the ECJ's more cautious attitude in recent years [...]. The Court seems to be aware that an excessive development of judicial policy-making may expose it to more hostile reactions.* »¹¹⁸⁷ Dès lors, l'impact sur l'opinion publique européenne de sa jurisprudence relative à l'article 28 du traité CE a obligé la Cour à veiller davantage à cet auditoire dans ses orientations jurisprudentielles.

¹¹⁸³ Voir, pour de plus amples informations sur ce dernier point, Céline STEHLY, *L'Union européenne infranationale : petite fille deviendra grande ?*, coll. « Travaux et rapports de recherches », Montréal, Études européennes, 1996, pp. 27-29.

¹¹⁸⁴ Cf. *supra*, pages 220 à 226.

¹¹⁸⁵ Cette expression est employée par H. RASMUSSEN (par exemple, *loc. cit.*, note 133, 416) pour désigner les juges qui ont précisé ultérieurement, en dehors de l'enceinte de la Cour, la jurisprudence de cette dernière. Par exemple, voir C. N. KAKOURIS, *loc. cit.*, note 1149, p. 629, à la page 638.

¹¹⁸⁶ H. RASMUSSEN, *loc. cit.*, note 133, 416, ainsi que Hjalte RASMUSSEN, « La Cour de justice », dans COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *op. cit.*, note 1122, p. 159, à la page 202.

¹¹⁸⁷ R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, pp. 115-116. Déjà à l'époque de l'arrêt *Cassis de Dijon*, certains juges étaient conscients de ce risque, comme en témoignent les propos du juge Alphonse TOUFFAIT (« Les entraves techniques à la libre circulation des marchandises », (1982) 37 *Recueil Dalloz-Sirey* 37, 48) : « Il convient en permanence de mettre en balance des intérêts supérieurs tenant d'un côté à la nécessaire volonté d'aboutir à un marché unique et de l'autre côté à l'obligation que ce marché unique ne se réalise pas au détriment des sensibilités des citoyens de la Communauté. »

En outre, l'important scepticisme des citoyens européens – mis en relief lors de la ratification du traité de Maastricht ¹¹⁸⁸ – à l'égard d'une construction européenne plus tournée vers les marchés financiers (avec l'union économique et monétaire) que vers ses grands idéaux originels ¹¹⁸⁹, ainsi que la résurgence des nationalismes ¹¹⁹⁰, ne sont sans doute pas complètement étrangers à la décision de la Cour de revoir sa jurisprudence en 1993, dans son arrêt *Keck et Mithouard*. Giuseppe Federico Mancini, alors juge à la Cour de justice des Communautés européennes, nous apprend que la Cour était d'ailleurs une cible privilégiée de l'hostilité de certains cercles politiques nationalistes lors des campagnes de ratification du traité de Maastricht au Danemark et en France, ainsi qu'au sein de la Chambre des communes britannique. Et, dit-il, « *[t]he disappointing outcome of these battles (the Treaty was rejected in the first Danish referendum and approved by a thin majority of the French electorate and the British Parliament) obviously impressed the judges in Luxembourg* » ¹¹⁹¹. Cela expliquerait pour une grande part l'approche minimaliste adoptée par la Cour lors des années subséquentes.

Cette opinion publique européenne, mieux informée des enjeux européens comme des décisions de la Cour ¹¹⁹², également plus critique, et dont l'adhésion aux politiques communautaires est plus que jamais recherchée, a par conséquent pesé plus lourdement sur la jurisprudence récente de la Cour.

Paragraphe 2. Les opérateurs économiques

La prise en compte économique des ressortissants européens, à titre d'opérateurs économiques, fait d'eux, en tant que tels, un auditoire spécifique. Cet auditoire semble indirectement admis depuis l'établissement du traité de Rome. En effet, le titre I dudit traité, sur la libre circulation des marchandises, interdit les réglementations nationales protectrices de la production locale. Ce chapitre s'adresse donc directement aux États membres, tenus de

¹¹⁸⁸ Voir, *supra*, page 41 et note 159.

¹¹⁸⁹ Pour Joseph H. H. WEILER, « Fin-de-siècle Europe : On Ideals and Ideology in Post-Maastricht Europe », dans D. CURTIN et T. HEUKELS, *op. cit.*, note 1084, p. 23, spéc. p. 38, le malaise ressenti par les peuples européens face au traité de Maastricht s'expliquerait ainsi par la perte de « la raison d'être » de l'entreprise européenne, devenue une fin en soi et non plus un moyen pour accomplir des idéaux humanistes.

¹¹⁹⁰ Voir Frédéric GAUSSEN, « Mettre de la politique dans le moteur européen », *Le Monde*, 2 décembre 1993, p. 2, qui fait en outre état d'un sondage publié en septembre 1993 et révélant que le « non » l'emporterait à 56 % en France si les Français avaient à nouveau à se prononcer, un an après sa ratification, sur le traité de Maastricht.

¹¹⁹¹ Giuseppe Federico MANCINI, « Crosscurrents and the Tide at the European Court of Justice », (1995) 4 n° 2 *Irish Journal of European Law* 120, 127-128.

respecter leurs obligations et notamment celle de l'ouverture de leurs frontières aux marchandises en provenance des autres États membres. Mais une partie appréciable de ces dispositions donne aussi directement un droit aux opérateurs économiques de chaque État membre, celui, pris globalement, d'avoir un libre accès aux marchés des autres États membres et celui, plus spécifiquement, de bénéficier de « la liberté d'importation garantie par l'article 30 [actuel 28] du traité »¹¹⁹³.

La Cour, dans sa jurisprudence relative à l'effet direct du droit communautaire, a en effet indiqué qu'une norme du traité de Rome qui crée une obligation (de faire comme de ne pas faire) à l'égard des États membres, crée du même coup un droit envers l'individu. Ce dernier peut invoquer directement, devant son juge national, la disposition communautaire en cas de violation¹¹⁹⁴. Cela à condition néanmoins que « la disposition invoquée du traité se prête, par sa nature même, à produire des effets directs dans les relations juridiques entre les États membres et leurs justiciables », c'est-à-dire qu'elle soit claire et inconditionnelle – ne nécessitant aucune mesure de mise en œuvre – et, dès lors, complète et juridiquement parfaite¹¹⁹⁵. La Cour a estimé que l'article 28 du traité CE présentait ces caractéristiques¹¹⁹⁶.

En outre, selon l'ancien juge Pierre Pescatore, le mécanisme du renvoi préjudiciel a offert aux juridictions nationales, mais aussi indirectement aux justiciables (et le principe de l'effet direct l'a amplifié), l'équivalent du recours en manquement d'État contre l'État membre dont ils sont les ressortissants¹¹⁹⁷. Ce qui constitue un indéniable avantage compte tenu de l'absence, dans le système judiciaire communautaire, de recours direct des particuliers devant la Cour de justice des Communautés européennes en cas de violation du droit communautaire par un État membre¹¹⁹⁸. Anne-Marie Burley et Walter Mattli n'hésitent

¹¹⁹² R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, p. 184.

¹¹⁹³ Cette formulation a été employée par la Cour au point 20, p. 541, de l'arrêt du 7 février 1984, *Duphar*, aff. 238/82, *Rec.* 1984, p. 523.

¹¹⁹⁴ En effet, ainsi que le mentionne le juge Fernand Schockweiler, « [c]ette applicabilité directe a comme corollaire la possibilité pour les particuliers d'invoquer ces dispositions devant leurs autorités nationales, tant administratives que judiciaires, pour y fonder des droits individuels que l'ordre juridique national doit protéger » : F. SCHOCKWEILER, *loc. cit.*, note 1075, 74.

¹¹⁹⁵ Arrêt du 3 avril 1968, *Molkerei-Zentrale*, aff. 28/67, *Rec.* 1968, p. 211, à la page 226.

¹¹⁹⁶ Arrêt du 22 mars 1977, *Iannelli*, aff. 74/76, *Rec.* 1977, p. 557.

¹¹⁹⁷ Voir P. PESCATORE, *loc. cit.*, note 1069, 1080 et 1110-1111.

¹¹⁹⁸ Les particuliers ne peuvent agir qu'en annulation d'un acte d'une institution européenne et ce, en outre, dans des conditions très strictes. Vis-à-vis des États membres, ils ne peuvent que déposer une plainte auprès de la Commission, qui décidera si elle y donne suite. Plusieurs propositions ont été formulées pour élargir leur droit d'accès à la Cour de justice des Communautés européennes, mais elles n'ont jamais abouti. Voir, par exemple, la journée d'études, organisée le 26 septembre 1995 à Bruxelles par les *Cahiers de droit européen* à l'occasion du trentième anniversaire de la revue, sur le thème : « L'accès à la justice dans l'Union européenne – La recevabilité des recours individuels et des renvois préjudiciels dans la perspective de la réforme de 1996 ».

d'ailleurs pas à dire que « [f]rom its earliest days, the ECJ waged a campaign to enhance the use of Article 177 as a vehicle enabling private individuals to challenge national legislation as incompatible with community law. »¹¹⁹⁹ Dès lors, par son interprétation innovatrice en matière d'effet direct, ainsi que de son rôle dans la procédure préjudicielle¹²⁰⁰, la Cour a érigé « les particuliers en gardiens de l'application du droit communautaire »¹²⁰¹. Comme le note Renaud Dehousse, près des deux tiers des arrêts préjudiciels concernaient en fait un problème de compatibilité du droit national avec le droit communautaire et 85 % des renvois préjudiciels opposaient une personne privée à une autorité publique¹²⁰². Et c'est à propos de l'interdiction des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives édictée par l'article 28 du traité que les tribunaux nationaux consultent le plus souvent la Cour de justice des Communautés européennes¹²⁰³. En procédant ainsi, il en résultait un double avantage pour la Cour : celui d'accroître sa légitimité aux yeux des ressortissants européens¹²⁰⁴, et celui de faire des opérateurs économiques des alliés vis-à-vis des mesures nationales susceptibles d'affecter les échanges¹²⁰⁵.

Dans le domaine de la libre circulation des marchandises, le justiciable est dans la très grande majorité des cas un opérateur économique (habituellement de grande dimension). Les opérateurs économiques ne constituent toutefois pas un auditoire aussi homogène que les règles communautaires ou la jurisprudence de la Cour pourraient le faire penser. Il faut distinguer, sur la base d'un critère économique, le sous-auditoire des opérateurs économiques puissants du sous-auditoire des opérateurs économiques de petite taille. Les premiers sont le plus souvent des personnes morales d'une certaine ampleur (chaînes commerciales, grands centres commerciaux, entreprises de renommée internationale) qui disposent, par conséquent, d'un certain poids politique et peuvent plus facilement influencer les autorités tant nationales que communautaires. Offrant une vaste gamme de produits nationaux comme internationaux,

¹¹⁹⁹ A.-M. BURLEY et W. MATTLI, *loc. cit.*, note 10, 58 et 62. À titre d'exemple, on citera le célèbre arrêt du 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, *précité*, note 1073, p. 1, dans lequel la Cour déclare, p. 25 : « [...] la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles 169 [actuel 226] et 170 [actuel 227] confient à la diligence de la Commission et des États membres ».

¹²⁰⁰ Pour plus de détails sur ce point, voir R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 2, pp. 33-35.

¹²⁰¹ *Id.*, p. 35.

¹²⁰² R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, respectivement p. 33 et p. 146, qui cite en outre Joseph H. H. WEILER, « *Primus inter Pares* : The European Court and National Courts – Thirty Years of Cooperation », 1992, p. 37 (manuscrit non publié).

¹²⁰³ M. P. MADURO, *op. cit.*, note 20, p. 27.

¹²⁰⁴ Pour plus de précisions sur ce point, voir notamment H. RASMUSSEN, *op. cit.*, note 45, pp. 379-380 ; M. P. MADURO, *op. cit.*, note 20, pp. 27-28 ; R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, p. 146.

ou exportant de grandes quantités, ce type d'opérateurs bénéficie pleinement des règles communautaires sur la libre circulation des produits. Faisant fi des frontières internes de l'Europe, il est avant tout européen et ardent protagoniste du marché unique. Les seconds sont plutôt représentés par de petits entrepreneurs, des commerces de petite et de moyenne importance, ou des artisans. Davantage tournés vers le marché intérieur, ils vendent surtout des produits nationaux. Dans ce grand marché ouvert européen, ils tirent souvent moins facilement leur épingle du jeu. Aussi, ce sous-auditoire, bien que disposant du même droit d'invoquer directement l'article 28 du traité CE en fait nettement moins usage. Il est davantage national qu'europpéen, et traditionnellement plus protectionniste qu'ouvert à la concurrence. À côté de ces deux sous-auditoires coexiste un troisième qui leur est opposé, celui des consommateurs des États membres.

Ces trois sous-auditoires ne sont pas apparus en même temps dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Le premier, celui des opérateurs économiques de grande envergure, a toujours existé. Concerné indirectement par le traité, il a été amplement protégé par la Cour et ce, dès son premier grand courant jurisprudentiel relatif à l'interdiction des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives, soit la jurisprudence dite « Dassonville ». En effet, en interprétant largement ce concept de mesure d'effet équivalent en faveur de l'intégration économique européenne, la Cour a ainsi facilité la libre circulation des produits sur le territoire européen, au bénéfice donc de ce premier sous-auditoire. Il est même possible d'affirmer que la Cour a renforcé à dessein le rôle des acteurs économiques nationaux dans le contrôle de l'application par les États membres du droit communautaire. En effet, en raison du caractère vague et général des termes employés dans la définition donnée par l'arrêt *Dassonville* de la mesure d'effet équivalent¹²⁰⁶, les agents économiques ont été incités à attaquer, soit devant le juge national, soit, via le renvoi préjudiciel, devant la Cour de justice des Communautés européennes, la validité au regard du droit communautaire de réglementations nationales « qu'avant 1974 nul n'aurait songé à contester »¹²⁰⁷. De même, « [*i*]n the Cassis case, the Court played an important role in providing self-interested individuals access to challenge national policies [...] »¹²⁰⁸

¹²⁰⁵ Voir A.-M. BURLEY et W. MATTLI, *loc. cit.*, note 10, 60-62, spéc. 60, pour qui « [...] the Court created a pro-community constituency of private individuals by giving them a direct stake in promulgation and implementation of community law ».

¹²⁰⁶ Cf. *infra*, pages 282-283.

¹²⁰⁷ Jean SCHAPIRA, George LE TALLEC et Jean-Bernard BLAISE, *Droit européen des affaires*, 3^e éd., Paris, PUF, 1992, p. 202.

¹²⁰⁸ K. J. ALTER et S. MEUNIER-AITSAHALIA, *loc. cit.*, note 1017, 555 et suiv.

Le droit communautaire, et particulièrement l'article 28 du traité CE, est ainsi devenu la voie royale pour des opérateurs économiques généralement de grande envergure, capables d'engager des frais élevés de justice pour contester toute réglementation nationale restrictive de leur liberté de commercer ¹²⁰⁹, même si le lien avec les échanges intracommunautaires était très tenu. Une situation pour le moins paradoxale est ainsi apparue, certaines entreprises nationales utilisant l'article 28 du traité CE non pour tenter de pénétrer les marchés des autres États membres mais pour faire tomber une réglementation nationale qui ne « faisait pas leur affaire » ¹²¹⁰. Les arrêts concernant la fermeture dominicale des magasins (que j'aborderai un peu plus loin) en sont un bon exemple. Certaines compagnies se sont ainsi « spécialisées » dans de telles poursuites (comme *GB-INNO-BM* ou *Leclerc*).

Partant, à la faveur de l'action volontariste de la Cour tant dans le domaine de l'ordre juridique communautaire que dans celui de la libre circulation, les milieux économiques européens ont été les acteurs primordiaux de la libéralisation des échanges et de l'ouverture des marchés nationaux au niveau européen ¹²¹¹. Force est donc de constater que les opérateurs économiques de grande dimension ont constitué pendant longtemps un auditoire privilégié de la Cour. On notera par ailleurs que la volonté de la Cour de protéger les particuliers et les entreprises contre les agissements des États membres ¹²¹² procède d'une pensée libérale ¹²¹³, et celle de remettre en question le pouvoir d'intervention des États dans la sphère économique d'une pensée néolibérale.

Les deux autres sous-auditoires, les opérateurs économiques de moindre importance et les consommateurs, ont fait l'objet du deuxième courant jurisprudentiel relatif à l'article 28 du traité CE, la jurisprudence dite « Cassis de Dijon ». Toutefois, comme je le montrerai plus

¹²⁰⁹ Voir R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, pp. 111-113 et M. P. MADURO, *op. cit.*, note 20, pp. 29-30.

¹²¹⁰ R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, p. 116.

¹²¹¹ Robert Lecourt, ancien président de la Cour de justice à l'époque justement de l'arrêt *Dassonville*, considère d'ailleurs que les opérateurs économiques ont donné vie à une communauté de marché (voir Robert LECOURT, « Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ? » dans *L'Europe et le droit : mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 349, à la page 360). Sur le rôle central des opérateurs économiques dans l'intégration économique européenne, voir aussi Alec STONE SWEET et James A. CAPOROSO, « From Free Trade to Supranational Policy : The European Court and Integration », dans Wayne SANDHOLTZ et Alec STONE SWEET (dir.), *European Integration and Supranational Governance*, New York, Oxford University Press, 1998, p. 92.

¹²¹² Comme le reconnaît le président de la Cour à l'époque, Ole DUE dans son article « The Law-Making Role of the European Court of Justice Considered in Particular from the Perspective of Individuals and Undertakings », (1994) 63 *Nordic Journal of International Law* 123, 126-127.

¹²¹³ D'ailleurs, pour A.-M. BURLEY et W. MATTLI, *loc. cit.*, note 10, 64, en insistant sur leur rôle de protectrices des droits individuels, via le principe de l'effet direct et la procédure préjudicielle, la Cour a fait des juridictions nationales des juridictions libérales.

loin, leur prise en compte par la Cour s'analyse avant tout comme une concession à l'égard des États membres. La Cour a été confrontée à ces deux sous-auditoires en raison de l'incompatibilité avec le droit communautaire des réglementations nationales les protégeant. Ces deux catégories économiques plus faibles – les consommateurs, à protéger compte tenu de leur inégalité économique et de leur inexpérience vis-à-vis des commerçants, et les petits opérateurs économiques étant donné leur fragilité à une libre concurrence effrénée – ont en effet fait l'objet de dispositions nationales spécifiques restreignant la liberté commerciale de certains opérateurs économiques, généralement les plus puissants. Ces législations, applicables aussi bien aux produits nationaux qu'importés (dites aussi indistinctement applicables), se trouvaient ainsi à limiter indirectement les importations en provenance des autres États membres et, par suite, à tomber sous le coup de l'interdiction de l'article 28 du traité CE. Bien que ces deux sous-auditoires soient avant tout nationaux, leur incidence, du fait notamment de leur appréhension par la jurisprudence *Cassis de Dijon*, dépasse largement le cadre national. Ainsi que je l'analyserai, le troisième courant jurisprudentiel introduit par l'arrêt *Keck et Mithouard* vient conforter plus directement ces deux sous-auditoires spécifiques.

Comme je l'ai mentionné plus haut, le début des années quatre-vingt-dix marque une nouvelle ère pour la Cour. Celle-ci va devoir désormais composer avec un auditoire élargi et plus critique qu'auparavant et, s'agissant des États membres et de leur population, avec une volonté nettement moins affirmée de poursuivre le processus de l'unité européenne, ce qui rejaillira inmanquablement sur sa jurisprudence ultérieure.

Voyons à présent comment la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes a été influencée par ses auditoires « classiques » – les gouvernements nationaux, les institutions européennes et la communauté juridique – ainsi que par l'auditoire plus récent et aux multiples facettes des ressortissants des États membres.

CHAPITRE II – UNE JURISPRUDENCE « SOUS INFLUENCES »

Trois grandes phases marquent la jurisprudence de la Cour relative à l'article 28 du traité CE : 1) l'interventionnisme judiciaire pour soutenir l'objectif du marché unifié communautaire, de la moitié des années soixante-dix au début des années quatre-vingt-dix (soit pendant près de vingt ans) ; 2) le désengagement clair de la Cour opéré à la faveur de l'arrêt *Keck et Mithouard*, en novembre 1993 ; 3) une reprise progressive et non linéaire du

contrôle juridictionnel sur les réglementations nationales relatives aux pratiques commerciales, par la suite. À travers ces trois grandes phases, je ferai ressortir en quoi la Cour a été influencée par ses auditoires et par le contexte conjoncturel. Ces phases seront traitées respectivement dans les sections I, II et III du présent chapitre.

SECTION I – LES ARRÊTS *DASSONVILLE* ET *CASSIS DE DIJON* : L'INTERVENTIONNISME JUDICIAIRE AU SERVICE D'UN GRAND MARCHÉ EUROPÉEN

Par ses arrêts *Dassonville* et *Cassis de Dijon*, la Cour a satisfait essentiellement les attentes de la Commission, à l'égard du marché unique, et celles des opérateurs économiques de dimension importante, aspirant à une liberté de commercer sans restriction. Pour ce faire, la Cour a dû répondre au défi de renforcer l'intégration économique européenne tout en cherchant à gagner l'adhésion des États membres pour pouvoir y parvenir. Dès lors, sa « théorie des exigences impératives »¹²¹⁴ s'analyse avant tout sous cet angle, bien qu'elle profite aussi à d'autres auditoires. Par cette « théorie » la Cour reconnaît aux États membres la possibilité d'invoquer certains buts d'intérêt général pour légitimer leurs législations restrictives des échanges intracommunautaires, et de « déroger » ainsi à l'interdiction prévue à l'article 28 du traité.

Par ses jurisprudences *Dassonville* et *Cassis de Dijon*, la Cour a établi les principes fondateurs gouvernant l'application de l'article 28 du traité CE ; j'analyserai donc en détail ses deux décisions dans les deux premiers paragraphes de cette section. Toutefois, la mise en oeuvre de ces principes de base, et surtout leur rigueur, lui ont posé quelques difficultés, lesquelles sont à l'origine d'une jurisprudence contradictoire et confuse. Cela fera l'objet d'un troisième et dernier paragraphe.

Paragraphe 1. La formule *Dassonville* : une définition extensive de la mesure d'effet équivalent

L'article 30 du traité de Rome (actuel article 28 du traité CE) était volontairement laconique¹²¹⁵. Les fondateurs du traité ne souhaitaient pas définir la notion de mesure d'effet

¹²¹⁴ Cette expression est de Vassilis HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives, ou impérieuses : une théorie, des théories, ou pas de théorie du tout ? », (1998) 34 n° 2 *Revue trimestrielle de droit européen* 191.

¹²¹⁵ Pour rappel, l'article 28 du traité CE énonce simplement :

équivalant à une restriction quantitative afin d'éviter sa cristallisation. Il fallait en effet la maintenir opérationnelle face à l'ingéniosité des États pour tenter de s'y soustraire. Ils ont ainsi laissé à la Cour le soin de l'apprécier *in concreto*.

Avant d'aborder plus en avant l'interprétation que la Cour a donnée à cette disposition, il convient d'en définir brièvement les termes. Par restrictions quantitatives à l'importation, on entend « l'ensemble des règles et mesures administratives qui excluent totalement ou partiellement l'importation [...] d'un ou plusieurs produits en fonction de leur nombre ou de leur mesure, et ce indépendamment de critères qualitatifs »¹²¹⁶.

La notion de mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative est beaucoup plus floue. Elle n'en est pas moins importante, comme l'attestent les propos de Guiseppe Tesauro (avocat général à la Cour de justice) : « *[t]he concept of measures having an effect equivalent to quantitative restrictions, prohibited by Article 30 [actuel 28] of the Treaty, is the cornerstone of the rules governing the internal market for goods* »¹²¹⁷. Notion « fonctionnelle par excellence »¹²¹⁸ – ce qui lui a permis d'appréhender un grand nombre de mesures¹²¹⁹ – la notion de mesures d'effet équivalent a été définie par la pratique de la Commission et par la jurisprudence de la Cour. C'est la Commission qui, la première, a élaboré une définition de cette notion dans sa directive 70/50/CEE du 22 décembre 1969¹²²⁰. Selon cette directive, peuvent constituer des mesures d'effet équivalent non seulement les dispositions législatives, réglementaires et administratives nationales, mais encore les pratiques administratives, ainsi que tous les actes émanant d'une autorité publique, y compris les incitations¹²²¹. Cette directive divise en outre les mesures d'effet équivalent en deux

Les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres.

¹²¹⁶ Fabrice PICOD, « Restrictions quantitatives », dans A. BARAV, C. PHILIP et C. BOUTAYEB (dir.), *op. cit.*, note 15, p. 966, à la page 966.

¹²¹⁷ G. TESAURO, *loc. cit.*, note 1132, 3.

¹²¹⁸ Denys SIMON, « Article 30 », dans V. CONSTANTINESCO, J.-P. JACQUÉ, R. KOVAR et D. SIMON (dir.), *op. cit.*, note 132, p. 147, à la page 148.

¹²¹⁹ Sur la diversité des mesures nationales auxquelles la Cour a été confrontée, voir la catégorisation effectuée par Jean-Claude MASCLÉ, « Libre circulation des marchandises – Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives », (1997) 11 *JurisClasseur Europe*, fasc. 550, n° 96 à 136, ou par P. OLIVER, *op. cit.*, note 1037, pp. 130-171. Voir aussi, pour des exemples pratiques, J. BOULOUIS et R.-M. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 1045, pp. 20-24, ainsi que les mesures listées aux pages 11 à 16 du document de la Direction générale du Marché Intérieur de la Commission européenne, *Guide pratique relatif aux concepts et à l'application des articles 28-30 du traité CE*, janvier 2001, [en ligne].

http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/goods/docs/art2830/guideart2830_fr.pdf.

¹²²⁰ *Précitée*, note 1036.

¹²²¹ Deuxième considérant de la directive 70/50/CEE, *id.*

grandes catégories – ce qui a été appelé la « *summa divisio* »¹²²² : les mesures spécifiquement applicables aux produits importés et les mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et importés. Rentrent dans la première catégorie les mesures qui font obstacle aux importations, y compris celles qui « rendent les importations plus difficiles ou onéreuses que l'écoulement de la production nationale », ou celles qui favorisent les produits nationaux¹²²³. La doctrine les a nommées les mesures « formellement discriminatoires ». De manière générale, il s'agit de mesures discriminatoires envers les produits importés ou protectrices de la production nationale.

La seconde catégorie concerne les mesures régissant la commercialisation des produits qui peuvent constituer des entraves techniques aux échanges. Elles peuvent être relatives aux produits – telles des normes de composition, d'étiquetage, de conditionnement ou de dénomination – ou aux techniques de commercialisation et de distribution. Elles ont pour caractéristique de s'appliquer également – on dit encore indifféremment – aux produits nationaux comme aux produits importés. D'après l'article 3 de la directive 70/50/CEE, ces mesures ne tombent dans le champ de l'interdiction des mesures d'effet équivalent visée à l'article 30 du traité CEE (actuel article 28 du traité CE) que si leurs « effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce ». Dès lors, cet article a été interprété comme posant une présomption de légalité des mesures indistinctement applicables avec l'article 28 du traité CE¹²²⁴.

En l'absence de définition précise, par la Commission comme par la Cour, la notion de mesure indistinctement applicable a toutefois été plus difficile à cerner et elle a fait l'objet de divergences au sein de la doctrine¹²²⁵. Ce flou conceptuel a été en outre renforcé par

¹²²² D. SIMON, *loc. cit.*, note 1218, 150.

¹²²³ Paragraphes 1 et 2 de l'article 2 de la directive 70/50/CEE, *précitée*, note 1036.

¹²²⁴ P. OLIVER, *op. cit.*, note 1037, p. 89. Pour C. W. A. TIMMERMANS, *loc. cit.*, note 1122, 278, la Commission a ainsi opéré un compromis en considérant comme des mesures d'effet équivalent seulement certaines mesures indistinctement applicables – et non toutes – dans des conditions déterminées.

¹²²⁵ La doctrine majoritaire (dans laquelle se range Denys SIMON, « Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent », *Répertoire de droit communautaire*, Encyclopédie Dalloz, Paris, 1992) assimile les mesures matériellement discriminatoires aux mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et importés. Tandis qu'Alphonso Mattera, défendant l'approche de la Commission, distingue trois catégories : les restrictions formelles (soit les mesures spécifiquement applicables aux produits importés), les restrictions matérielles (soit les mesures apparemment indistinctement applicables mais discriminatoires en fait) et les mesures non discriminatoires (indistinctement applicables mais dont les effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises peuvent être proportionnés ou disproportionnés) : voir A. MATTERA, *op. cit.*, note 1015, pp. 241-244 et A. MATTERA, *loc. cit.*, note 1065, 123-125. L'Avocat général Van Gerven, dans ses conclusions dans l'affaire *Torfaen* (*précitées*, note 1107), p. 3872, définit, quant à lui, les mesures indistinctement applicables comme des mesures non discriminatoires « [...] par leur but ou leur objet, mais qui ont en

l'élargissement, opéré par la Cour, de la portée de l'article 28 du traité CE permettant dès lors d'appréhender, en tant que mesures d'effet équivalent, des mesures indistinctement applicables aussi bien indirectement discriminatoires (dites encore « matériellement discriminatoires » ou discriminatoires en fait) que totalement neutres mais susceptibles d'avoir un effet restrictif sur la libre circulation des marchandises.

On comprendra que le caractère vague de la notion de mesures d'effet équivalent constituait, comme le notait Miguel Poiars Maduro, autant de portes ouvertes à la discrétion judiciaire ¹²²⁶. C'est ce que je vais à présent vérifier.

A. La formule *Dassonville*

Ce n'est qu'en 1974 que la Cour donna à cette notion une véritable définition, dans son célèbre arrêt *Dassonville* du 11 juillet 1974 ¹²²⁷. Selon ce qui a été nommé la « formule *Dassonville* », la mesure d'effet équivalent englobe « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire » ¹²²⁸. Cette définition est particulièrement large puisqu'elle conduit à condamner une mesure nationale alors même que celle-ci n'entrave pas totalement les échanges entre les États membres, mais les rend simplement plus difficiles, et que son effet restrictif sur les échanges entre les États membres n'est qu'éventuel ¹²²⁹. Cette définition est dite aussi objective dans la mesure où seuls les effets de la réglementation nationale sont pris en compte, peu importe son objet ou l'intention poursuivie (discriminatoire ou protectrice, ou ni l'une ni l'autre); la nature de la réglementation ne rentre pas non plus en considération. L'aptitude d'une législation nationale à créer, même indirectement, une entrave aux échanges intracommunautaires suffit *per se* à la qualifier de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative interdite par l'article 28 du traité CE ¹²³⁰. Pour paraphraser Andrée Lajoie, par cette définition extensive de la mesure d'effet équivalent la Cour « s'est réservée sa discrétion perpétuelle » sur « des termes pour

fait des effets plus importants pour les produits importés que pour les produits nationaux ; en d'autres termes, [qui] désavantagent les produits importés par rapport aux produits nationaux.» Ces divergences doctrinales sont elles-mêmes liées à des conceptions fort différentes, entre les auteurs, de la notion de mesure d'effet équivalent : voir à cet égard C. W. A. TIMMERMANS, *loc. cit.*, note 1122, 277-278 ou encore P. OLIVER, *op. cit.*, note 1037, pp. 90-92.

¹²²⁶ M. P. MADURO, *op. cit.*, note 20, p. 18.

¹²²⁷ *Précité*, note 25.

¹²²⁸ *Id.*, au point 5 des motifs, p. 852.

¹²²⁹ Pour des exemples de condamnation d'entraves potentielles, voir les arrêts du 20 février 1975, *Commission/Allemagne*, aff. 12/74, *Rec.* 1975, p. 181, et du 4 février 1988, *Commission/Royaume Uni*, aff. 261/85, *Rec.* 1988, p. 547.

lesquels le constituant avait choisi le flou »¹²³¹. Renaud Dehousse souligne, en outre, que « *in adopting such a generous interpretation of the Community rule, the Court granted itself the right to review a series of provisions which were believed to be outside its purview.* »¹²³²

La Cour est venue préciser par la suite qu'une mesure nationale n'échappait pas à l'interdiction de l'article 28 du traité CE du seul fait que l'entrave créée à l'importation était faible et qu'il existait d'autres possibilités d'écouler les produits importés¹²³³. Autrement dit, peu importait l'intensité des effets restrictifs de la mesure nationale sur le commerce interétatique. La Cour rejetait ainsi ce qui a été appelé la « théorie de minimis » (ou le critère de l'effet sensible)¹²³⁴.

B. Les objectifs poursuivis par la Cour

On notera que cette définition, qui confère une portée extrêmement vaste à l'interdiction visée à l'article 28 du traité CE, est particulièrement favorable aux opérateurs économiques. Outre son caractère extensif et ses termes vagues, elle facilite d'autant la contestation par un opérateur économique d'une mesure nationale en tant que mesure d'effet équivalent. Celui-ci n'a pas à prouver que cette mesure a effectivement ou globalement fait obstacle aux échanges dans la Communauté¹²³⁵. Et la Cour a même reconnu ultérieurement qu'il suffisait qu'un seul opérateur économique soit touché par la mesure nationale restrictive du commerce intracommunautaire pour que celle-ci tombe dans le champ d'application de l'article 28 du traité CE¹²³⁶.

Par cette large définition la Cour souhaitait ainsi contrer, avec le concours des opérateurs économiques, le risque de repli protectionniste des États membres, suite au ralentissement brutal de la croissance économique après le premier choc pétrolier en octobre

¹²³⁰ A. TOUFFAIT, *loc. cit.*, note 1187, 42.

¹²³¹ Andrée Lajoie (*loc. cit.*, note 60, 336) avait formulé ce commentaire dans un contexte différent, celui de l'interprétation, par la Cour suprême du Canada, de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11) (et alors que la Cour avait refusé d'arrêter une définition). Certains rapprochements peuvent être faits entre l'attitude de la Cour de justice des Communautés européennes et celle de la Cour suprême du Canada : voir *infra*, note 1344.

¹²³² R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, p. 74.

¹²³³ Voir l'arrêt du 5 avril 1984, *Van de Haar*, aff. jointes 177 et 178/82, *Rec.* 1984, p. 1797, point 13 des motifs, pp. 1812-1813.

¹²³⁴ Voir notamment, outre l'arrêt *Van de Haar*, les arrêts du 13 mars 1984, *Prantl*, aff. 16/83, *Rec.* 1984, p. 1299, point 20, p. 1326 ; du 14 mars 1985, *Commission/France*, aff. 269/83, *Rec.* 1985, p. 837, point 10, p. 846 ; et du 5 juin 1986, *Commission/Italie*, aff. 103/84, *Rec.* 1986, p. 1759, point 18, p. 1773.

¹²³⁵ Par exemple, le juge A. TOUFFAIT, *loc. cit.*, note 1187, 42.

1973. Elle voulait éviter le « compartimentage » du marché commun en marchés nationaux cloisonnés qui en aurait découlé. D'après l'Avocat général Van Gerven¹²³⁷, la Cour se serait inspirée, pour cette définition, de son arrêt du 30 juin 1966, *Société Technique Minière (L.T.M.)*¹²³⁸, dans lequel elle définit l'expression « affecter le commerce entre États membres » prévue à l'article 81 (ex-article 85) du traité CE qui concerne les accords entre entreprises. Dans cet arrêt, la Cour a jugé qu'un accord entre entreprises peut affecter le commerce interétatique s'il est à craindre qu'il « puisse exercer une influence éventuelle, directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, susceptible d'entraver la réalisation d'un marché unique entre lesdits États. »¹²³⁹ Cet emprunt s'expliquerait, bien que les articles concernés soient très différents¹²⁴⁰, par le fait que, selon l'Avocat général Van Gerven, les articles 28 et 81 poursuivent le même objectif fondamental, à savoir la mise en place et le maintien du marché commun.

L'article 30 du traité CE (à l'époque article 36 du traité CEE) permettait néanmoins de déroger à l'application de l'article 28 du traité CE, en autorisant, sous certaines conditions, une mesure nationale pourtant qualifiée de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative et dès lors, en principe, interdite par l'article 28 du traité CE. L'article 30 du traité CE contient en effet une énumération limitée et exhaustive d'exceptions à l'article 28 du traité CE. Celles-ci concernent les obstacles à la circulation intracommunautaire fondés sur la protection de la moralité publique, de l'ordre et de la sécurité publics, de la santé et de la vie des personnes, animaux et végétaux, et de la propriété industrielle et commerciale. Cet article permet ainsi de sauvegarder les intérêts fondamentaux des États membres – qui sont donc les principaux bénéficiaires de cette disposition¹²⁴¹ – et certains intérêts économiques privés (la protection de la propriété industrielle et commerciale)¹²⁴², à condition toutefois que les mesures nationales (prises pour protéger ces intérêts) ne constituent, selon les dispositions

¹²³⁶ Voir l'arrêt du 16 mai 1989, *Buet*, aff. 382/87, *Rec.* 1989, p. 1235.

¹²³⁷ Voir ses conclusions dans l'arrêt *Torfaen*, précité, note 1062, pp. 3876 et 3877, dans lesquelles il précise la notion de « compartimentage » ou de « cloisonnement » du marché.

¹²³⁸ Arrêt du 30 juin 1966, *L.T.M./M.B.U.*, aff. 56/65, *Rec.* 1966, p. 337. Pour l'ancien juge O. DUE (non membre de la Cour à l'époque de ces affaires) (*loc. cit.*, note 1084, 279), il s'agirait plutôt des affaires du 13 juillet 1966, *Consten et Gründig/Commission*, aff. jointes 56 et 58/64, *Rec.* 1966, p. 299.

¹²³⁹ *Id.*, p. 361.

¹²⁴⁰ La Cour a, par exemple, toujours subordonné l'application des articles 81 et 82 (ex-articles 85 et 86) du traité CE à l'existence d'une affectation sensible du commerce intracommunautaire, alors qu'elle écarte le critère dit *de minimis* (ou de l'effet sensible) dans le cadre de l'article 28 du traité CE. Sur les différences entre ces deux dispositions, voir aussi O. DUE, *loc. cit.*, note 1175, 22.

¹²⁴¹ F. PICOD, *op. cit.*, note 1042, pp. 193, 195-196.

¹²⁴² D'aucuns relèvent que la protection de la propriété industrielle et commerciale sert également l'intérêt général, car elle favorise le progrès économique : voir, par exemple, G. BONET, « Article

de cet article, « ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres »¹²⁴³.

L'article 30 du traité CE n'établit toutefois pas au profit des États membres une réserve de compétence exclusive et définitive¹²⁴⁴. En vertu du principe de l'interprétation restrictive des exceptions, cette disposition a fait l'objet d'une interprétation étroite par la Cour¹²⁴⁵, laquelle a jugé que cet article « ne peut pas être étendu à des objectifs qui n'y sont pas expressément énumérés »¹²⁴⁶. Afin d'éviter toute invocation abusive par les États membres des justifications prévues à cet article, la Cour a également écarté le jeu dérogatoire de l'article 30 du traité CE lorsque la mesure en cause répondait surtout à des objectifs d'ordre économique¹²⁴⁷, y compris budgétaires ou financiers en vue de réduire les dépenses publiques¹²⁴⁸. Aussi les dérogations prévues par l'article 30 du traité CE n'ont-elles pu compenser l'élargissement considérable de la portée de l'article 28 du traité CE introduit par l'arrêt *Dassonville*.

36 », dans V. CONSTANTINESCO, J.-P. JACQUÉ, R. KOVAR, D. SIMON (dir.), *op. cit.*, note 132, p. 177, à la page 189 ; F. PICOD, *op. cit.*, note 1042, pp. 196-197.

¹²⁴³ Pour un exemple de restriction déguisée, voir le célèbre arrêt des « dindes de Noël » du 15 juillet 1982, *Commission/Royaume-Uni*, aff. 40/82, *Rec.* 1982, p. 2793.

¹²⁴⁴ Jean-Claude MASCLET, « Les articles 30, 36 et 100 du traité CEE à la lumière de l'arrêt "Cassis de Dijon" », (1980) *Revue trimestrielle de droit européen* 611, 616-619.

¹²⁴⁵ Voir notamment les arrêts du 25 janvier 1977, *Bauhuis*, aff. 46/76, *Rec.* 1977, p. 5 ; du 17 juin 1981, *Commission/Irlande* (affaire « souvenirs d'Irlande »), aff. 113/80, *Rec.* 1981, p. 1625 ; et du 10 janvier 1985, *Edouard Leclerc/Au blé vert* (dit aussi *Leclerc-livres*), aff. 229/83, *Rec.* 1985, p. 1. Dans l'arrêt *Bauhuis* la Cour a d'ailleurs souligné la nature « exceptionnelle » de la dérogation de l'article 30 du traité CE par rapport au principe de la libre circulation et la nécessité d'en tenir compte dans l'interprétation de cette disposition.

¹²⁴⁶ Voir notamment l'arrêt du 10 janvier 1985, *Leclerc-livres*, précité, note 1245, au point 30, dans lequel la Cour rejette la possibilité de déroger à l'interdiction de l'article 28 du traité CE en invoquant la défense des intérêts des consommateurs ou la protection de la création et de la diversité culturelle dans le domaine du livre. Voir aussi les arrêts du 20 février 1975, *Commission/Allemagne*, précité, note 1229 et du 17 juin 1981, *Commission/Irlande*, précité, note 1245, et les commentaires de J. BOULOUIS et R.-M. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 1045, pp. 27 et 29.

¹²⁴⁷ Dès l'arrêt du 19 décembre 1961, *Commission/Italie*, aff. 7/61, *Rec.* 1961, p. 635, à la page 657, la Cour indiquait que « l'article 36 [...] vise des hypothèses de nature non économique ». La Cour n'a admis qu'une seule exception à cette règle prétorienne dans l'arrêt du 10 juillet 1984, *Campus Oil*, aff. 72/83, *Rec.* 1984, p. 2727 : l'approvisionnement en produits pétroliers, celui-ci posant en l'espèce un sérieux problème de sécurité publique. L'interprétation souple de la notion de sécurité publique adoptée par la Cour dans cet arrêt (voir G. BONET, *loc. cit.*, note 1242, 182) pourrait être liée à la proximité des deux chocs pétroliers.

¹²⁴⁸ Voir les arrêts du 20 mai 1976, *De Peijper*, aff. 104/75, *Rec.* 1976, p. 613 ; du 8 novembre 1979, *Denkavit*, aff. 251/78, *Rec.* 1979, p. 3369 ; ainsi que l'arrêt du 7 février 1984, *Duphar*, précité, note 1193.

Première expression du rôle intégratif de la Cour dans le domaine de la libre circulation des marchandises, la formule *Dassonville*, appliquée à la lettre¹²⁴⁹, est donc incontestablement un instrument de libéralisation des marchés qui bénéficie largement aux importateurs et exportateurs communautaires, lesquels sont habituellement des opérateurs économiques d'une certaine importance. Toutefois, malgré le caractère objectif de la définition *Dassonville* et l'absence dans la formule *Dassonville* de toute référence textuelle au critère de la discrimination, pour plusieurs¹²⁵⁰ (y compris au sein de la Cour et surtout parmi les États membres), cette définition ne visait néanmoins que les réglementations nationales s'appliquant spécifiquement aux produits importés des autres États membres, soit les mesures discriminatoires à l'égard des produits importés. Ceux-là considéraient que les restrictions au commerce intracommunautaire résultant de législations nationales applicables aussi bien aux marchandises nationales qu'importées ne pouvaient être éliminées que par la voie « législative » communautaire, soit le rapprochement des législations nationales prévu à l'article 100 du traité de Rome (actuel article 94 du traité CE)¹²⁵¹. L'amorce du second choc pétrolier et les craintes d'une résurgence du protectionnisme des États membres ont incité la Cour à intervenir à nouveau et à éclaircir ce point. L'élargissement du champ d'application de l'article 28 du traité CE lui a permis d'appréhender clairement les mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés, y compris celles ne présentant aucun caractère protectionniste. C'est l'objet de la jurisprudence *Cassis de Dijon* (du nom du produit en cause dans cette affaire).

Paragraphe 2. L'arrêt *Cassis de Dijon* : entre principe d'équivalence et exigences impératives

L'arrêt *Cassis de Dijon* a constitué un bouleversement sans précédent dans le contrôle communautaire des réglementations commerciales des États membres. Après avoir présenté les changements que cet arrêt introduit, j'en analyserai les déterminants.

¹²⁴⁹ Pour D. CHALMERS, *loc. cit.*, note 18, 275, « [o]n its face, it reflects a philosophy of extreme economic liberalism. »

¹²⁵⁰ L'étendue de la formule *Dassonville* divise la communauté juridique. Pour certains, la définition de la mesure d'effet équivalent donnée par l'arrêt *Dassonville* englobe les réglementations indistinctement applicables aux produits nationaux et importés. Pour d'autres, majoritaires (dont font partie notamment le juge R. JOLIET, cité ultérieurement note 1260, 146 ; E. WHITE, *loc. cit.*, note 1061, 236 ; ou W. P.J. WILS, cité ultérieurement note 1352, 481), c'est l'arrêt du 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, qui étendra la définition *Dassonville* à ces réglementations. La notion elle-même floue des mesures indistinctement applicables (*cf. supra*, page 281) est à l'origine de ces divergences doctrinales.

¹²⁵¹ Voir, par exemple, les conclusions de l'Avocat général A. TRABUCCHI, dans l'arrêt *Dassonville*, *précitées*, note 1105, au point 3, p. 858 ; le juge G. F. MANCINI, *loc. cit.*, note 1191, 127-128 ; ou, pour la doctrine, J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC et J.-B. BLAISE, *op. cit.*, note 1207, p. 206.

A. Les apports de l'arrêt *Cassis de Dijon*

1/ Le principe d'équivalence et de reconnaissance mutuelle

L'arrêt du 20 février 1979, *Cassis de Dijon*¹²⁵², contient deux branches. La première repose sur le « principe d'origine »¹²⁵³ (nommé aussi principe de l'État d'origine) et elle a donné lieu à ce qui a été appelé le principe d'équivalence et de reconnaissance mutuelle¹²⁵⁴. Cette première branche impose aux États membres l'obligation d'accepter sur leurs marchés nationaux les marchandises en provenance des autres États membres. Cela, même si elles ne répondent pas aux prescriptions en vigueur sur le territoire national, dès lors qu'elles sont légalement fabriquées et commercialisées dans leur pays d'origine¹²⁵⁵. La Cour a voulu par là supprimer les obstacles aux échanges intracommunautaires causés par des différences entre les réglementations nationales relatives à la production et à la commercialisation des produits, soit les entraves techniques aux échanges. Les exportateurs étaient en effet obligés d'adapter leurs produits aux exigences de l'État d'accueil, ce qui leur occasionnait des frais supplémentaires pouvant être dissuasifs ou, à tout le moins, restrictifs des échanges intracommunautaires. Depuis *Cassis de Dijon* jusqu'à *Keck et Mithouard*, soit pendant près de quatorze ans, ces exigences nationales en matière de production et de commercialisation, indistinctement applicables aux produits locaux et aux produits importés, ont donc été généralement interprétées comme des mesures d'effet équivalent selon la formule *Dassonville* telle que revue et corrigée par la jurisprudence *Cassis de Dijon*, relevant dès lors en principe de l'interdiction prévue par l'article 28 du traité CE.

¹²⁵² Arrêt du 20 février 1979, *Rewe Zentral* (dit « Cassis de Dijon »), précité, note 26. Sur cet arrêt, voir, parmi l'abondante doctrine, J. BOULOUIS et R.-M. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 1045, p. 12 ; pour des auteurs favorables à cette décision : l'Avocat général Pieter VERLOREN VAN THEMAAT, « La libre circulation des marchandises après l'arrêt "Cassis de Dijon" », (1982) *Cahiers de droit européen*, 123 et, bien entendu, Alfonso MATTERA, « L'arrêt "Cassis de Dijon", une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur », (1980) 23 *Revue du Marché commun* 505. Pour des auteurs critiques : J.-C. MASCLET, *loc. cit.*, note 1244 ; Fausto CAPELLI, « Les malentendus provoqués par l'arrêt "Cassis de Dijon" », (1981) *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 421 ; et un conseiller juridique de la Commission, René BARENTS, « New Developments in Measures Having Equivalent Effects », (1981) 18 *Common Market Law Review* 271.

¹²⁵³ T. DEBARD, B. LE BAUT-FERRARÈSE et C. NOURISSAT, *op. cit.*, note 1126, p. 119.

¹²⁵⁴ Pour une présentation détaillée du principe d'équivalence, voir P. OLIVER, *op. cit.*, note 1037, pp. 114-118.

¹²⁵⁵ Voir, sur l'étendue de cette obligation, D. SIMON, *op. cit.*, note 1225.

2/ La « règle de raison »

Pour faire accepter aux États membres une telle atteinte à leurs compétences législatives résiduelles en matière de production et commercialisation, en leur imposant au nom de l'intégration économique européenne l'équivalence de leurs réglementations, l'arrêt comporte une seconde branche. Celle-ci, nommée « règle de raison »¹²⁵⁶, assouplit la règle de base en introduisant une série de limites à l'interdiction de principe des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives. La Cour, dans l'arrêt *Cassis de Dijon*, énonce en effet :

« [...] les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des **exigences impératives** tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs. » (Caractères gras ajoutés)¹²⁵⁷

Un État membre peut ainsi subordonner l'entrée des produits en provenance d'autres États membres sur son territoire au respect des règles nationales de commercialisation si ces dernières se justifient par un but d'intérêt général légitime. Alors même que ces prescriptions nationales constituent des obstacles aux échanges intracommunautaires, liés aux disparités entre les réglementations nationales, elles sont donc néanmoins licites si elles sont nécessaires aux fins de protection de certaines exigences impératives.

Ce principe d'exigence impérative d'intérêt général vient pallier les insuffisances de l'article 30 (ex-article 36) du traité CE et son interprétation stricte par la Cour¹²⁵⁸. La jurisprudence *Cassis de Dijon* autorise désormais d'autres limitations à la libre circulation des marchandises en prenant notamment en compte deux intérêts légitimes d'importance, inexistant à l'époque de l'élaboration du traité de Rome : la loyauté des transactions commerciales et la protection des consommateurs.

¹²⁵⁶ L'expression est de l'Avocat général P. VERLOREN VAN THEMAAT, *loc. cit.*, note 1252, 124. Sur la « règle de raison », voir aussi Laurence W. GORMLEY, « *Cassis de Dijon* and Communication from the Commission », (1981) 6 *European Law Review* 454, ou, du même auteur, *Prohibiting Restrictions on Trade within the EEC: the Theory and Application of Articles 30-36 of the EEC Treaty*, Amsterdam, 1985, aux pages 51-52.

¹²⁵⁷ Point 8 de l'arrêt *Cassis de Dijon*, précité, note 26, p. 662.

¹²⁵⁸ Pour plus de détails sur ce point, voir V. HATZOPOULOS, *loc. cit.*, note 1214, spéc. 194-195.

Afin de conserver toute la latitude que lui offrait sa création prétorienne des exigences impératives, la Cour s'est toujours gardée d'en définir la portée ¹²⁵⁹, laissant la doctrine se « quereller » à son sujet ¹²⁶⁰. Pour mieux comprendre les libertés que la Cour a parfois prises avec les règles qu'elle avait elle-même posées, il vaut la peine de rappeler brièvement les distinctions qui opposent les deux moyens justificatifs, celui, prétorien, tiré des exigences impératives, et celui relevant de l'article 30 du traité CE. La thèse la plus communément admise actuellement distingue les exigences impératives des chefs d'exceptions prévus à l'article 30 (ex-article 36) du traité CE selon leurs effets ¹²⁶¹. Alors que l'article 30 du traité constitue une mesure exonératoire aux règles de la libre circulation des marchandises, les exigences impératives s'analysent comme des limites à l'interdiction, énoncée à l'article 28 du traité CE, des restrictions quantitatives et des mesures d'effet équivalent, et non comme des exceptions ou des dérogations. En effet, seul l'article 30 du traité permet de justifier une réglementation qualifiée de mesure d'effet équivalent et, dès lors, normalement prohibée par l'article 28 du traité CE. Cet article permet ainsi de justifier une réglementation formellement discriminatoire à l'égard des produits importés. Tandis qu'une exigence impérative conduit à faire échapper la réglementation nationale au champ d'application de l'article 28 du traité CE et elle ne peut admettre qu'une réglementation indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés. La réglementation n'est alors pas qualifiée de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative. Comme le rappelle, en d'autres termes, Vassilis Hatzopoulos, « [...] les deux séries de justifications ont des effets juridiques bien distincts : les réglementations justifiées en vertu d'une exception expresse du traité constituent des *violations justifiées* du droit communautaire, alors que celles qui répondent à quelque exigence impérative/impérieuse *ne constituent pas des violations*. Donc, une logique unique aboutit à des régimes juridiques totalement distincts. » ¹²⁶² Ce qui n'a toutefois pas empêché la Cour d'assimiler à l'occasion ces deux notions, nonobstant leurs différences.

¹²⁵⁹ De la même manière, la Cour n'a jamais explicité les considérations à la base de sa reconnaissance des exigences impératives : V. HATZOPOULOS, *loc. cit.*, note 1214, 202.

¹²⁶⁰ René JOLIET, « La libre circulation des marchandises : l'arrêt *Keck et Mithouard* et les nouvelles orientations de la jurisprudence », (1994) 12 *Journal des Tribunaux – Droit européen* 145, 146. Voir F. PICOD, *op. cit.*, note 1042, pp. 245-247 ou V. HATZOPOULOS, *loc. cit.*, note 1214, 213-214 pour une présentation des différentes positions de la doctrine.

¹²⁶¹ D. SIMON, *loc. cit.*, note 1218, 155-156.

¹²⁶² V. HATZOPOULOS, *loc. cit.*, note 1214, 197.

Pour comprendre comment et pourquoi la Cour a pu formuler de tels principes innovateurs (reconnaissance mutuelle comme exigences impératives), il faut apprécier cet arrêt dans son contexte plus large.

B. L'analyse contextuelle de l'arrêt *Cassis de Dijon*

Cette jurisprudence suscite trois remarques liées au contexte dans lequel l'arrêt *Cassis de Dijon* est intervenu. La première concerne le rôle législatif joué par la Cour avec l'harmonisation jurisprudentielle des législations des États membres. La seconde concerne les auditoires pris en compte par la jurisprudence *Cassis de Dijon*. La troisième est relative à la marge de manœuvre que la Cour s'est ainsi accordée.

1/ Le rôle législatif de la Cour : l'harmonisation jurisprudentielle

Par cette jurisprudence, la Cour s'est octroyé, via l'harmonisation jurisprudentielle des législations des États membres qu'elle instaure, un rôle complémentaire à celui du législateur européen (soit le Conseil, sur initiative de la Commission)¹²⁶³. Il était en effet traditionnellement admis que les obstacles résultant de la disparité des législations (soit les entraves techniques) devaient être acceptés et que seule leur harmonisation législative, au moyen de directives fondées sur l'article 100 du traité CEE (actuel article 94 du traité CE), pouvait les faire disparaître¹²⁶⁴. Or l'harmonisation législative a rapidement montré ses limites, tenant à sa complexité, à sa lenteur et à sa lourdeur, et une nouvelle approche en matière d'harmonisation est apparue de plus en plus nécessaire¹²⁶⁵. La Cour est donc intervenue pour substituer à certains égards, et compléter à d'autres, l'harmonisation législative par celle jurisprudentielle¹²⁶⁶, en posant le principe d'équivalence et de reconnaissance mutuelle des réglementations nationales¹²⁶⁷. Ce principe d'équivalence et de

¹²⁶³ Voir, dans le même sens, R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, pp. 84-88.

¹²⁶⁴ Cf. le considérant 8 de la directive 70/50/CEE, précitée, note 1036, et *supra*, page 286.

¹²⁶⁵ R. KOVAR, *loc. cit.*, note 132, 557.

¹²⁶⁶ Pour une étude plus générale sur le rôle de la Cour, combiné avec celui de la Commission, dans l'élimination des restrictions quantitatives et des mesures d'effet équivalent, voir, par exemple, Alfonso MATTERA, « L'élimination des barrières techniques et la mise en oeuvre de la reconnaissance mutuelle », (1990) *Revue du Marché commun* 80 et, du même auteur, « L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence "Cassis de Dijon" et le principe de la reconnaissance mutuelle », (1992) 4 *Revue du Marché Unique Européen* 13. Voir aussi les commentaires du juge O. DUE, *loc. cit.*, note 1148, 86-87. Pour un point de vue critique, voir Daniel VIGNES (ancien directeur du service juridique du Conseil), « Le rapprochement des législations mérite-t-il encore son nom ? », dans *L'Europe et le droit : mélanges en hommage à Jean Boulouis*, *op. cit.*, note 1211, p. 533, spéc. aux pages 536-538.

¹²⁶⁷ Pour un point de vue d'un avocat général sur la portée de ce principe, son fondement, ses conséquences, ainsi que la jurisprudence et la doctrine qui y sont relatifs, voir les conclusions de

reconnaissance mutuelle oblige les États membres à reconnaître comme équivalentes aux leurs les règles et procédures des autres États membres relatives à la production, mais aussi à l'homologation, au contrôle et à la certification des marchandises ¹²⁶⁸. Comme les États membres ne peuvent plus se prévaloir de leurs spécificités nationales, à moins d'invoquer des exigences impératives à protéger, les disparités nationales se trouvent conséquemment éliminées par leur interdiction.

Associant ainsi son action avec celle – déficiente à l'époque – du législateur européen, la Cour a considérablement accru son rôle, justifiée par les objectifs d'intégration économique et légitimée par l'entier soutien de la Commission. Aux dires de Renaud Dehousse, la Commission a même joué un rôle de premier plan dans cette nouvelle approche en matière d'harmonisation ¹²⁶⁹. C'est elle – et précisément la direction générale du marché intérieur de la Commission – qui a déduit de l'arrêt *Cassis de Dijon* le principe général de reconnaissance mutuelle et lui a assuré sa postérité ¹²⁷⁰. Suite à l'arrêt *Cassis de Dijon*, la Commission a, en effet, entièrement revu son approche en matière d'harmonisation, en limitant notamment cette dernière aux entraves techniques admises en vertu de l'article 30 (ex-article 36) du traité CE ou en vertu de la jurisprudence de la Cour en matière d'exigences impératives. Cette nouvelle approche en matière d'harmonisation technique ¹²⁷¹ a été développée par la Commission dans sa communication interprétative du 3 octobre 1980 relative à l'arrêt *Cassis de Dijon* ¹²⁷² – dont l'auteur ne serait nul autre qu'Alfonso Mattera ¹²⁷³ – et dans sa communication, du 31 janvier 1985, intitulée *Harmonisation technique et normalisation : une nouvelle approche* ¹²⁷⁴. Puis dans son livre blanc sur

l'Avocat général LA PERGOLA, dans l'arrêt du 22 octobre 1998, *Commission/France* (affaire « foie gras »), aff. C-184/96, *Rec.* 1998, p. 6197, pp. 6210-6214.

¹²⁶⁸ Le principe d'équivalence des contrôles et certificats interdit aux États membres d'importation d'effectuer un double contrôle ayant le même objet que celui effectué dans l'État membre d'origine de la marchandise : voir, par exemple, l'arrêt du 28 janvier 1986, *Commission/France*, aff. 188/84, *Rec.* 1986, p. 419.

¹²⁶⁹ Renaud Dehousse s'appuyait notamment sur les développements de Karen J. Alter et Sophie Meunier-Aitsahalia. Pour ces deux auteures (*loc. cit.*, note 1017), la Commission « [...] extracted from the decision those aspects useful for developing a new approach to harmonization policy, to satisfy its own political agenda of completing the internal market and furthering European integration. » (p. 541) « [...] and deliberately ignored the rule of reason proposed by the Court. » (p. 543).

¹²⁷⁰ Les termes « reconnaissance mutuelle » n'apparaissent d'ailleurs pas dans l'arrêt *Cassis de Dijon* : *id.*, 537. Pour plus de précisions sur le rôle qu'a joué la Commission dans le développement du principe de reconnaissance mutuelle, voir R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, pp. 86-88.

¹²⁷¹ Pour des commentaires et des exemples pratiques de cette nouvelle approche, voir A. MATTERA, *op. cit.*, note 1015, pp. 186-197.

¹²⁷² *Précitée*, note 1046.

¹²⁷³ K. J. ALTER et S. MEUNIER-AITSAHALIA, *loc. cit.*, note 1017, 542.

¹²⁷⁴ COM(85) 19.

l'achèvement du marché intérieur du 14 juin 1985¹²⁷⁵, la Commission a, d'une part, allégé le processus d'harmonisation en limitant l'harmonisation aux seules exigences essentielles¹²⁷⁶ et elle a, d'autre part, étendu le principe de reconnaissance à d'autres domaines, dont celui de la libre circulation des services¹²⁷⁷.

Cet activisme de la Cour¹²⁷⁸ pouvait être justifié à la fois par le contexte économique et le contexte politique de l'époque. S'agissant du premier, la Cour souhaitait en effet mettre fin à l'utilisation, de plus en plus fréquente, par les États membres des réglementations techniques comme moyen protectionniste pour faire face à une concurrence étrangère avivée par la récession des années soixante-dix¹²⁷⁹; ce qu'Alfonso Mattera a appelé « le néo-protectionnisme des années 70 »¹²⁸⁰. En ce qui concerne le second, cette période était marquée, pour la construction européenne, par « une véritable stagnation politique »¹²⁸¹. Bien que le Conseil n'était pas tenu d'agir pour réaliser l'harmonisation législative (ni tenu à une obligation de résultat à cet égard), la « carence » de ce dernier – inexistante d'un point de vue strictement légal – a alors servi de prétexte à l'intervention judiciaire. Plusieurs « juges-commentateurs »¹²⁸², une grande part de la doctrine, ainsi que la Commission, ont insisté sur le caractère préoccupant de la situation pour légitimer l'action de la Cour afin de « sauvegarder » l'objectif du marché unifié et conférer ainsi à l'article 28 du traité CE « une portée qui ne s'imposait pas nécessairement », selon les mots du juge Fernand

¹²⁷⁵ *Précité*, note 129.

¹²⁷⁶ R. KOVAR, *loc. cit.*, note 132, 558. Voir aussi Michel WAELBROECK, « L'harmonisation des règles et normes dans la CEE » (1988) *Cahiers de droit européen* 243, 253 et suiv.

¹²⁷⁷ R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, p. 87.

¹²⁷⁸ Le juge Kakouris (*loc. cit.*, notes 22 et 993) n'a aucune hésitation à employer ce terme, donnant ainsi raison indirectement à Hjalte Rasmussen, pour qui la Cour a refusé d'agir en tant qu'arbitre neutre : Hjalte RASMUSSEN, « The Court of Justice of the European Communities and the Process of Integration », dans Edmond ORBAN, *Fédéralisme et Cours Suprêmes*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 199, à la page 211.

¹²⁷⁹ Voir J.-C. MASCLLET, *loc. cit.*, note 1219, n° 20, selon lequel cette multiplication des spécifications techniques commençait à mettre en péril l'unité de marché ; R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, p. 85 ; ou encore Michel WAELBROECK, « Le rôle de la Cour de Justice dans la mise en oeuvre de l'Acte unique européen », (1989) *Cahiers de droit européen* 41, 44-45 et 47-50. Le juge Alphonse TOUFFAIT (*loc. cit.*, note 1187, spéc. 7-8), un des juges ayant participé à la confection de cet arrêt, a aussi insisté sur le problème que posait alors ces nouvelles « barrières » techniques, confirmant ainsi implicitement la volonté de la Cour de les enrayer.

¹²⁸⁰ A. MATTERA, *loc. cit.*, note 1266, 17-20.

¹²⁸¹ F. SCHOCKWEILER (juge à la Cour), *loc. cit.*, note 1075, 76.

¹²⁸² Parmi ces « juges commentateurs », figurent notamment Pierre PESCATORE (voir son article « La carence du législateur communautaire et le devoir du juge », dans Gerhard LÜKE, Georg RESS et Michael R. WILL (dir.), *Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Cologne, Heymanns, 1983, p. 559, aux pages 576-577 (cité par R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, p. 94)) et Constantinos N. KAKOURIS (voir *loc. cit.*, note 22, 396 et note 993, 38). Le juge Kakouris a d'ailleurs fait un parallèle avec la Cour suprême des États-Unis, dont l'activisme est intervenu dans des périodes de paralysie du

Schockweiler¹²⁸³. Pour un exemple de la doctrine, Denys Simon mentionne ainsi que les difficultés techniques, économiques et surtout politiques qu'avait rencontrées le processus d'harmonisation au niveau européen¹²⁸⁴ « avaient abouti à un ralentissement inquiétant du mouvement d'intégration et, dans certains secteurs sensibles, à une véritable paralysie du processus d'élimination des disparités entre les systèmes juridiques nationaux, au risque de laisser subsister des distorsions de concurrence et des entraves à la libre circulation »¹²⁸⁵. À l'inverse, Hjalte Rasmussen s'est insurgé contre l'utilisation de l'argument de la « carence » du Conseil pour justifier l'activisme de la Cour¹²⁸⁶, estimant plutôt que « *[a]n intensely policy-relevant institution, its members sought to promote precisely those values to which the elected politicians gave a low priority.* »¹²⁸⁷. Toujours selon cet auteur, la Cour « est devenue [...] la “mauvaise conscience” infatigable d'une volonté politique d'intégration qui s'est affaiblie au fil des ans. »¹²⁸⁸

Il est clair que la Cour, animée d'un objectif intégratif économique – soit créer des conditions aussi proches que possible de celles prévalant dans un marché intérieur – « a incontestablement joué un rôle “politique” » comme l'a reconnu le juge Fernand Schockweiler¹²⁸⁹. C'est un fait, l'objectif du marché commun a joué un rôle central dans la jurisprudence de la Cour, comme l'illustre les propos du juge Ulrich Everling : « *[t]he Common Market constitutes the starting point for the entire integration process and all attempts at more far-reaching economic and political progress stem from it. Running like a red thread through the whole of the Court's case law is the idea that this core of the Community must remain sacrosanct.* »¹²⁹⁰ Ce fait est également admis par Pierre Pescatore, juge à la Cour de justice de 1967 à 1985, lequel a notamment signé l'arrêt *Cassis de Dijon* et a eu une influence considérable sur la jurisprudence de la Cour¹²⁹¹ : « l'unité économique et

Congrès. Le juge (à l'époque) Ulrich Everling semble être le seul « juge-commentateur » à faire une lecture différente de l'arrêt *Cassis de Dijon* à cet égard : voir U. EVERLING, *loc. cit.*, note 996, 1301.

¹²⁸³ F. SCHOCKWEILER, *loc. cit.*, note 1075, 76.

¹²⁸⁴ Outre les difficultés liées à l'harmonisation elle-même, le juge A. TOUFFAIT (*loc. cit.*, note 1187, 39-40) insiste aussi sur celles liées à l'application des directives (mauvaise ou absence d'exécution).

¹²⁸⁵ D. SIMON, *loc. cit.*, note 405, 562. Voir aussi le juge K. LENAERTS, *loc. cit.*, note 1149, 110.

¹²⁸⁶ Voir H. RASMUSSEN, *loc. cit.*, note 133, 416-418.

¹²⁸⁷ H. RASMUSSEN, *loc. cit.*, note 1278, 211.

¹²⁸⁸ H. RASMUSSEN, *loc. cit.*, note 1186, 201.

¹²⁸⁹ F. SCHOCKWEILER, *loc. cit.*, note 1075, 76.

¹²⁹⁰ U. EVERLING, *loc. cit.*, note 996, 1305.

¹²⁹¹ Voir H. RASMUSSEN, *loc. cit.*, note 1032, 138, ainsi que G. F. MANCINI, *loc. cit.*, note 1191, 125.

juridique, comme objectif suprême, [...] a fourni les thèmes décisifs d'un grand nombre d'arrêts portant sur des problèmes soulevés par la mise en œuvre du marché commun. »¹²⁹²

L'interventionnisme de la Cour a donc reçu l'assentiment immédiat de la Commission et il a été, plus tard, entériné par les États membres avec l'Acte unique européen. Ce dernier introduit dans le traité CEE certains « outils » indispensables à l'achèvement du marché intérieur, dont l'article 100 B du traité CEE qui institutionnalise en quelque sorte le principe d'équivalence posé par la jurisprudence *Cassis de Dijon*¹²⁹³, et l'article 100 A CEE qui prévoit le vote à la majorité qualifiée pour l'harmonisation législative nécessaire à la réalisation du marché unique¹²⁹⁴. Si le changement d'attitude des États membres résulte en partie du nouveau contexte socio-politique¹²⁹⁵, il s'explique aussi pour une large part, s'agissant de l'introduction du vote à la majorité qualifiée, par la crainte de voir la Cour procéder à une mise en balance des intérêts légitimes nationaux avec la libre circulation des marchandises, ou par celle de se voir imposer une discrimination à rebours désavantageant les producteurs nationaux. L'entente politique semblait dès lors préférable (pour les États membres) à un contrôle par la Cour des choix opérés au niveau national¹²⁹⁶. Il est ainsi possible de conclure, avec Renaud Dehousse, que par sa jurisprudence *Cassis de Dijon* la Cour a eu un rôle catalyseur dans la relance de la construction communautaire (mise en oeuvre par le livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur en 1985 et l'Acte unique européen signé en 1986)¹²⁹⁷.

¹²⁹² Pierre PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Leiden, Sijthoff, 1972, p. 81 (cité par M. P. MADURO, *op. cit.*, note 20, p. 23). Voir aussi, les propos du juge Adolphe TOUFFAIT (*loc. cit.*, note 1187, 37)), autre signataire de cet arrêt, pour qui « [l']idée fondamentale du Traité est la création d'un marché intérieur unique [...] devant conduire à la disparition de toutes les barrières existantes au commerce intracommunautaire, et en particulier à une unification de l'ensemble des règles techniques régissant chaque marché national pour pouvoir bénéficier des atouts de l'économie d'échelle, de la restructuration des entreprises et de la planification à long terme. » Et il ajoute, plus loin (*id.*, 44) : « [...] toute la jurisprudence de la Cour révèle que, pour celle-ci, le principe d'unité de marché et son corollaire la libre circulation des marchandises constitue un "principe fondamental" ».

¹²⁹³ Denys SIMON, « Article 100 B », dans V. CONSTANTINESCO, J.-P. JACQUÉ, R. KOVAR, D. SIMON (dir.), *op. cit.*, note 132, p. 573, à la page 575. Pour le juge F. SCHOCKWEILER (*loc. cit.*, note 1075, 76), la Cour a ainsi anticipé les dispositions de l'article 100 B introduit par l'Acte unique européen.

¹²⁹⁴ Pour plus de détails sur ces deux dispositions, voir M. WAELBROECK, *loc. cit.*, note 1279, 53-61.

¹²⁹⁵ Cf. *supra*, note 76 et page 239 et A. MORAVCSIK, *loc. cit.*, note 1022.

¹²⁹⁶ Le juge K. LENAERTS, *loc. cit.*, note 1149, 110-111 ; R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, pp. 90-93.

¹²⁹⁷ R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, p. 88 et pp. 90-93, ainsi que l'article de K. J. ALTER et S. MEUNIER-AITSAHALIA, *loc. cit.*, note 1017.

2/ Les auditoires écoutés

S'agissant des auditoires que la Cour a particulièrement écoutés dans ses nouvelles orientations jurisprudentielles, je constate, en premier lieu, que par cette jurisprudence la Cour conforte essentiellement les positions libre-échangistes de la Commission¹²⁹⁸ et les intérêts des importateurs et exportateurs européens. Certains ont même pu voir dans le principe de l'État d'origine posé par l'arrêt *Cassis de Dijon*, qui implique une libre circulation des produits dans le marché intérieur, un appui à la déréglementation et aux thèses néolibérales¹²⁹⁹. Sur ce point, il est intéressant de relever que la déréglementation n'est pas le fait des États membres de l'Union (contrairement au système fédéral américain) mais découle de l'application des règles communautaires qui annihilent les règles nationales de commercialisation¹³⁰⁰. La réglementation nationale litigieuse relative à la commercialisation des produits devra soit être supprimée par l'État membre, soit être remplacée par une mesure moins attentatoire à la libre circulation des marchandises.

Des associations de consommateurs ont pu craindre que cette nouvelle jurisprudence – et l'interprétation qu'en faisait la Commission – ne conduisent dans les faits à une harmonisation « vers le bas » (autrement dit vers le plus petit dénominateur commun), au détriment de la qualité des produits et des exigences de santé, de sécurité et environnementales¹³⁰¹. Cette interprétation de la jurisprudence *Cassis de Dijon* me semble toutefois excessive. D'une part, elle néglige la seconde branche de cet arrêt, à savoir la reconnaissance par la Cour d'exigences impératives permettant de déroger au principe d'équivalence. D'autre part, une voix autorisée, le juge Adolphe Touffait, qui est un des auteurs de cet arrêt de principe, réfute clairement ces allégations. Cela ne l'empêche pas par ailleurs de reprocher à la Commission (en fait sa direction générale « Marché intérieur ») d'avoir tiré de cet arrêt des conséquences – à savoir l'élargissement du champ d'application de l'article 28 du traité CE et la restriction de l'article 94 du traité CE (ex-article 100 sur l'harmonisation législative) – « tendant à une réduction de l'activité d'harmonisation, qui

¹²⁹⁸ Sur les positions de la Commission, favorable à la libéralisation du commerce intracommunautaire, voir, par exemple, N. REICH, *loc. cit.*, note 1013, 167 et 179.

¹²⁹⁹ Voir, par exemple, y étant favorables, *The Economist* (du 5 juin 1989), cité par R. BAKER et J. BIVIN RAADSCHELDERS, *loc. cit.*, note 1056, 344, ou M. E. STREIT et W. MUSSLER, *loc. cit.*, note 85, spéc. 15, pour lesquels la reconnaissance mutuelle des règles nationales et la concurrence entre celles-ci rendaient dès lors inutile leur harmonisation au niveau communautaire.

¹³⁰⁰ Jean-Claude GAUTRON, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », (1998) 1 *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs* 3, 8.

¹³⁰¹ Voir le juge A. TOUFFAIT, *loc. cit.*, note 1187, 45 et 47, qui estime toutefois ces craintes injustifiées.

assurément n'y figurent pas », ou encore d'avoir eu « [...] une position extrême qui ne découle pas indubitablement des termes [de l'arrêt *Cassis de Dijon*] »¹³⁰².

En deuxième lieu, apparaissent, selon moi, de nouveaux auditoires à travers la justification d'« un but d'intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises »¹³⁰³. La Cour s'est en effet révélée attentive à d'autres auditoires que ceux considérés jusqu'alors. L'acceptation de mesures entravant le commerce intracommunautaire fondées sur la loyauté des transactions commerciales ou la protection des consommateurs fait désormais entrer dans la jurisprudence de la Cour deux nouveaux auditoires, celui des opérateurs économiques de petite taille et celui des consommateurs des États membres. On peut objecter à l'égard de ces derniers que, par sa jurisprudence favorable à l'intégration économique, la Cour s'adressait déjà en fait aux consommateurs européens. Selon Norbert Reich, en effet, « [t]he Court of Justice has tried to define the economic freedoms of the EEC treaty as being also basic rights of [...] consumers, allowing them freedom of choice in all products and services including payments, in the common market. »¹³⁰⁴ Toutefois, les consommateurs étaient alors davantage vus comme les bénéficiaires du libre-échange, alors que la Cour admet, à travers l'exigence impérative tenant à la protection des consommateurs, qu'ils peuvent aussi en être les victimes, dignes dès lors de protection.

En troisième lieu, la Cour tient également compte des positions des autres institutions communautaires et des États membres, ainsi que de leur population. Par sa nouvelle exigence impérative liée à la protection du consommateur, la Cour intègre en fait les orientations adoptées, dans les années soixante-dix, au niveau national par les gouvernements des pays membres (influencés par l'idéologie de l'État-providence) et au niveau communautaire par les Chefs d'État et de gouvernement et la Commission, en faveur d'une prise en considération de la protection des consommateurs¹³⁰⁵. De même, ce n'est pas par hasard si la première

¹³⁰² *Id.*, 45, ainsi que 44.

¹³⁰³ Point 14, p. 664, de l'arrêt *Cassis de Dijon*, précité, note 26.

¹³⁰⁴ N. REICH, *loc. cit.*, note 1013, 165. Pour une position semblable voir aussi Jules STUYCK, « Patterns of Justice in the European Constitutional Charter : Minimum Harmonisation in the Field of Consumer Law », dans L. KRÄMER, H.-W. MICKLITZ et K. TONNER (dir.), *op. cit.*, note 31, p. 279, à la page 280.

¹³⁰⁵ En l'absence dans le traité de Rome de dispositions protectrices de l'intérêt des consommateurs, les Chefs d'État et de gouvernement avaient, lors du sommet de Paris en 1972, exprimé leur désir de développer une politique communautaire de protection des consommateurs. La Commission avait présenté en conséquence son premier programme d'action relatif à la protection des consommateurs en 1975, adopté ensuite par le Conseil (résolution du Conseil du 14 avril 1975 concernant un programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs – JO C 92 du 25.04.1975) : COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

exigence impérative que la Cour ait ajoutée à celles énumérées dans l'arrêt *Cassis de Dijon* concerne la protection de l'environnement¹³⁰⁶. Dans ce domaine, des actions communautaires avaient été mises en œuvre depuis 1972¹³⁰⁷. Comme le mentionne Ole Due (président de la Cour à l'époque et qui siégeait justement dans l'affaire des emballages recyclables), « *[i]n doing so, the Court has accepted the consequences of the growing concern for such protection which has developed everywhere in Europe since the Rome Treaty in 1957 and long before such interests found expression in the Single European Act, 1986.* »¹³⁰⁸ La Cour mettait ainsi sa jurisprudence en matière de libre circulation des marchandises au diapason avec l'évolution des droits nationaux et communautaire. Elle suivait ainsi la tendance générale au sein de la Communauté : *[t]he Community had primarily allocated rights to business, namely a far-reaching right of market access in the entire common market, in order to achieve economic integration as previously defined. It has only recently tried to develop rights protecting diffuse interests [i.e. environmental, consumer, health, equal rights protection] [...] ».*

La jurisprudence *Cassis de Dijon* opère ainsi un compromis entre, d'une part, les attentes des opérateurs économiques européens de grande dimension et celles de la Commission, et, d'autre part, les attentes des États membres, des opérateurs économiques d'importance modeste ou réduite et des consommateurs nationaux. Les uns réclament l'élimination des entraves à la libre circulation des marchandises et des échanges intracommunautaires la plus large possible, les autres une plus grande protection de leurs intérêts légitimes au détriment, le cas échéant, de la libéralisation des échanges intracommunautaires.

L'importance des exigences impératives comme moyen d'assouplir la rigueur d'une application large des règles communautaires sur la libre circulation des marchandises doit

« Consommateurs : introduction », [en ligne]. <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l32000.htm> (mis à jour le 16 août 2006).

¹³⁰⁶ Voir l'arrêt du 5 février 1985, *A.D.B.H.U.* (aff. des huiles usagées), aff. 240/83, *Rec.* 1985, p. 531, dans lequel la Cour a reconnu la protection de l'environnement comme « un des objectifs essentiels de la Communauté », pouvant dès lors justifier certaines limitations au principe de la libre circulation des marchandises. Puis, plus explicitement, la Cour a déclaré dans son arrêt du 20 septembre 1988, *Commission/Danemark* (aff. des emballages recyclables), aff. C-302/86, *Rec.* 1988, p. 4607, au point 8, que « [...] la protection de l'environnement constitue une exigence impérative pouvant limiter l'application de l'article 30 [actuel 28] du traité. » Voir, pour plus d'informations sur la prise en compte de l'environnement comme motif « dérogatoire » des règles de la libre circulation, Patrick THIEFFRY, « Marché intérieur et environnement », (2001) 3 *JurisClasseur Europe* fasc. 1910, spéc. n° 1, 2 et 36.

¹³⁰⁷ Voir COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Environnement : introduction », [en ligne]. <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l28066.htm> (mis à jour le 8 juin 2006).

toutefois être nuancée au regard des exigences posées par la Cour pour leur invocation. Or, à ce titre, la Cour s'est accordé une appréciable marge de manœuvre, non dénuée de considérations politiques.

3/ La liberté d'appréciation de la Cour

Par le jeu des exceptions impératives, la Cour s'est doté d'une marge de manœuvre considérable doublée d'un pouvoir d'appréciation politique non négligeable¹³⁰⁹ et ce, aux deux étapes de l'examen de la justification de la mesure nationale. C'est elle qui décide, en premier lieu, quelle valeur mérite le statut particulier d'« exigence impérative » susceptible de l'emporter sur la libre circulation des marchandises. Il lui appartient, en second lieu, de se prononcer sur la proportionnalité et la nécessité de la mesure nationale au regard du test de proportionnalité en trois volets qu'elle a édifié.

a) les raisons d'intérêt général dignes de protection

La liste des « but[s] d'intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises »¹³¹⁰ indiqués au point 8 de l'arrêt *Cassis de Dijon* n'était pas exhaustive. La Cour pouvait donc l'enrichir à sa guise. Or la reconnaissance par la Cour de nouvelles exigences impératives a un caractère éminemment politique. Comme un observateur le mentionne, la Cour peut légitimer certains choix et en délégitimer d'autres¹³¹¹. Je n'en donnerai pour l'instant que quelques exemples évocateurs. Les deux premières exigences impératives que la Cour a reconnues en dehors de celles évoquées dans l'arrêt *Cassis de Dijon* témoignent de l'amorce au niveau national d'une distanciation par rapport au modèle de l'État-providence et de l'influence grandissante des idées néolibérales en Europe. La Cour a en effet admis en novembre 1983, dans l'arrêt *Roussel*¹³¹², que la lutte contre l'inflation pouvait primer le principe de libre circulation. Elle aurait ensuite reconnu comme objectif d'intérêt général l'assainissement de la gestion financière des régimes de sécurité sociale, en février 1984, dans l'arrêt *Duphar*¹³¹³.

Dans d'autres cas, les exigences impératives que la Cour a énoncées semblent essentiellement destinées à répondre aux critiques des citoyens européens à l'égard d'une

¹³⁰⁸ O. DUE, *loc. cit.*, note 1148, 89.

¹³⁰⁹ Voir notamment le juge K. LENAERTS, *loc. cit.*, note 1149, 109.

¹³¹⁰ Point 14 de l'arrêt *Cassis de Dijon*, *précité*, note 26.

¹³¹¹ R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, p. 82.

¹³¹² Arrêt du 29 novembre 1983, *Roussel*, aff. 180/82, *Rec.* 1983, p. 3849, au point 24.

¹³¹³ *Précité*, note 1193. Toutefois, voir mes commentaires, *infra*, note 1431.

intégration européenne qui ferait la part trop belle au libre-échange. C'est particulièrement vrai pour la protection de l'environnement, auquel est sensible un nombre croissant de citoyens européens. L'attitude de la Cour dans ce domaine n'a d'ailleurs pas toujours été des plus claires et donne l'impression que la Cour cherchait à ménager la chèvre et le chou soit, en l'occurrence, le marché intérieur et la protection de l'environnement¹³¹⁴. Il reste que c'est le seul objectif d'intérêt général à l'égard duquel la Cour a fait preuve de « volontarisme juridique extrême »¹³¹⁵, dans l'arrêt du 9 juillet 1992, *Commission/Belgique* (affaire des déchets wallons)¹³¹⁶, avec une interprétation particulièrement généreuse en faveur de l'environnement¹³¹⁷. Dans cet arrêt, la Cour plénière a appliqué le principe énoncé à l'article 174 (ex-article 130 R), paragraphe 2 du traité CE, selon lequel les dommages causés à l'environnement doivent être corrigés en priorité à la source. Or cet arrêt a été rendu quelques mois après la signature du traité de Maastricht et alors que la ratification de ce traité était laborieuse dans plusieurs États membres¹³¹⁸.

¹³¹⁴ Cela explique les interprétations très contradictoires dont a fait l'objet l'arrêt *Commission/Danemark* (affaire du retraitement des emballages) du 20 septembre 1988 (*précité*, note 1306). En l'espèce, la Cour, réunie en petit plénum, avait approuvé dans son principe, au nom de la protection de l'environnement, le système danois de consigne et de reprise des bouteilles vides. Elle avait, par contre, condamné un élément de ce système applicable aux importateurs. Certains auteurs, tels Hjalte Rasmussen (*op. cit.*, note 1, pp. 239-241) ou Laurence W. Gormley (*loc. cit.*, note 1129, 24), ont considéré cette décision comme très favorable à l'environnement (par exemple, pour Hjalte Rasmussen, p. 240, « [t]he Court's ruling thus unequivocally signalled that the internal market, although a central and crucial objective in the Community context, could in certain circumstances be sacrificed to the benefit of environmental protection. »). D'autres, tels que Miguel Poiaras Maduro (*loc. cit.*, note 1138, 31), Thomas Wilhelmsson (*loc. cit.*, note 31, 182), ou encore Damian Chalmers (*loc. cit.*, note 18, 292), l'ont vu plutôt comme un exemple d'application excessive des dispositions de l'article 28 du traité CE. Les propos de Damian Chalmers (p. 292) illustrent parfaitement ce point de vue : « [t]his judgment has rightly been criticised as engaging in an arbitrary balancing exercise between the principles of free movement of goods and environmental protection which served to weaken environmental protection in the Community. » (ce qui expliquerait, selon lui, que la Cour soit revenue dans l'affaire *Commission/Belgique* (aff. des déchets wallons) à son approche antérieure). La position de la Cour, reconnaissant l'applicabilité l'article 28 du traité CE en l'espèce, peut toutefois trouver une explication dans les contextes jurisprudentiel (après l'arrêt *Cinéthèque* et un an avant l'arrêt *Torfaen*) et politique dans lequel il intervient (voir mes développements, *infra*, pages 327-330).

¹³¹⁵ V. HATZOPOULOS, *loc. cit.*, note 1214, 198-199. Voir aussi P. OLIVER, *op. cit.*, note 1037, p. 113. L. W. GORMLEY, *loc. cit.*, note 1129, 22-24 a particulièrement critiqué cet arrêt, estimant (p. 22) que « [...] coherent reasoning has been sacrificed on the altar of political sensitivity. ».

¹³¹⁶ Arrêt du 9 juillet 1992, *Commission/Belgique* (affaire des déchets wallons), aff. C-2/90, *Rec.* 1992, p. I-4431. La Cour, au prix d'un raisonnement particulièrement tortueux a accepté, dans cet arrêt, la légitimation de la mesure belge en vertu de l'exigence impérative tenant à la protection de l'environnement, alors même que la mesure belge était dans les faits discriminatoire.

¹³¹⁷ R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, pp. 148-149. Voir aussi, H. RASMUSSEN, *op. cit.*, note 1, pp. 241-243.

¹³¹⁸ R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, pp. 148-149 qui cite à cet égard J. SHAW, *European Union Legal Studies in Crisis ? Towards a New Dynamics*, EUI Working Paper RSC n° 95/23, European University Institute, Florence, 1995.

L'admission, à titre d'exigence impérative d'intérêt général, de la protection des usagers et du bon fonctionnement du service public (en l'occurrence le réseau public de communication), dans l'arrêt du 13 décembre 1991, *R.T.T.*¹³¹⁹, me semble répondre au même besoin. Cette nouvelle exigence impérative est apparue alors que la Cour reconnaissait parallèlement à la Commission des pouvoirs particulièrement étendus dans le domaine de la concurrence pour mener à bien la libéralisation de certains services publics¹³²⁰, tandis que les populations de plusieurs pays européens (particulièrement la France, l'Italie, l'Espagne, le Portugal et la Grèce) étaient majoritairement contre.

À l'inverse, la protection du milieu de travail, bien qu'elle soit mentionnée par l'article 100 A du traité CEE, ajouté par l'Acte unique européen en 1986, n'a jamais été expressément reconnue par la Cour comme un motif supérieur d'intérêt général primant la libre circulation des marchandises. Bien que plusieurs auteurs¹³²¹ aient vu dans l'arrêt *Oebel*¹³²² la reconnaissance implicite par la Cour d'une exigence impérative tenant à la protection des travailleurs ou à l'amélioration des conditions de travail, je ne souscris pas à cette thèse et ce, pour deux raisons. La première est d'ordre méthodologique ; la seconde d'ordre politique. S'agissant de la première, la « théorie des exigences impératives » n'est applicable qu'à titre « dérogatoire », soit seulement si la législation nationale constitue, aux yeux de la Cour, une mesure d'effet équivalent ; et la législation est ensuite appréciée au regard de son test de proportionnalité. Or, dans l'arrêt *Oebel* (comme dans les arrêts *Conforama*¹³²³, *Marchandise*¹³²⁴ et *B & Q*¹³²⁵), la Cour, comme nous le verrons un peu plus loin, s'est très nettement distanciée de sa jurisprudence *Dassonville - Cassis de Dijon* et elle s'est justement gardée de qualifier les législations litigieuses de mesures d'effet équivalent. Quant à la seconde raison, je ne pense pas que la Cour, dans l'arrêt *Oebel*, ait voulu faire de la protection des travailleurs ou de l'amélioration des conditions de travail une exigence impérative. Le gouvernement allemand dans l'affaire *Oebel* lui avait pourtant « tendu la

¹³¹⁹ Arrêt du 13 décembre 1991, *Régie des télégraphes et des téléphones (R.T.T.)*, C-18/88, *Rec.* 1991, p. I-5941. Ce faisant, la Cour suivait les suggestions de l'Avocat général Marco DARMON dans ses conclusions présentées le 15 mars 1989, p. I-5957, aux points 13 et 14, p. I-5961.

¹³²⁰ Voir mes développements, *infra*, note 1517.

¹³²¹ Par exemple, D. SIMON, *loc. cit.*, note 1218, 155 ; A. MATTERA, *op. cit.*, note 1015, p. 272, ainsi que l'Avocat général Van Gerven (voir ses conclusions dans l'arrêt *Conforama*, précitées, note 1113, pp. I-1013-1014). Le conseiller juridique de la Commission, P. OLIVER, *loc. cit.*, note 1173, 804, déduit même cette exigence impérative, outre l'arrêt *Oebel*, des arrêts *Conforama* et *B & Q*.

¹³²² Arrêt du 14 juillet 1981, *Oebel*, aff. 155/80, *Rec.* 1981, p. 1993. Cet arrêt est étudié plus loin, *infra*, pages 306 à 310 et 317 à 319.

¹³²³ Arrêt du 28 février 1991, *Conforama*, aff. C-312/89, *Rec.* 1991, p. I-997.

¹³²⁴ Arrêt du 28 février 1991, *Marchandise*, aff. C-332/89, *Rec.* 1991, p. I-1027.

¹³²⁵ *Précité*, note 1092.

perche », en invoquant que sa législation était justifiée par « des raisons de rang supérieur de politique sociale et sanitaire » et qu'elle était nécessaire et proportionnée au but visé¹³²⁶, mais la Cour ne l'a pas suivi. L'Avocat général Capotorti, dans ses conclusions dans cette affaire, estimait également que la réglementation allemande répondait à « l'objectif d'intérêt général d'améliorer les conditions de travail »¹³²⁷. En outre, dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour n'a jamais repris ces objectifs légitimes à titre d'exigences impératives. Il est significatif que dans les arrêts *Conforama* et *Marchandise*, qui portaient pourtant sur des législations protectrices des droits des travailleurs, la Cour ait préféré faire uniquement référence à l'arrêt *Torfaen* plutôt qu'également à l'arrêt *Oebel* et ce, alors même que dans l'arrêt *Marchandise* elle fait mention (à l'égard d'autres dispositions du traité que celles de l'article 28) d'un « objectif de protection sociale » poursuivi par la législation en cause¹³²⁸. Le caractère sensible de cette question (avec notamment l'opposition systématique du Royaume-Uni à toute avancée communautaire dans ce domaine), puis le désintérêt croissant pour ce sujet au niveau européen à partir des années quatre-vingt-dix expliqueraient, à mon avis, en partie le fait que la Cour n'ait jamais fait de la protection des travailleurs une exigence impérative à part entière.

Une fois obtenue l'acceptation par la Cour de l'intérêt légitime avancé par l'État membre en cause pour justifier la mesure nationale restrictive du commerce, encore faut-il que celle-ci satisfasse au test de proportionnalité que la Cour a créé.

b) le test de proportionnalité

La justification de la mesure nationale litigieuse a été très encadrée par la Cour au moyen d'un examen de la proportionnalité de la mesure contestée¹³²⁹. Non seulement cette dernière doit intervenir en l'absence d'harmonisation communautaire exhaustive en la matière et doit s'appliquer indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, mais elle doit encore remplir trois autres conditions (qu'il appartient à l'État membre concerné de démontrer). D'abord, comme vu ci-dessus, la réglementation nationale doit être justifiée : elle doit poursuivre un objectif légitime, au regard du droit communautaire, de

¹³²⁶ Cf. le rapport d'audience de l'arrêt, *précité*, note 1322, p. 2003, ainsi que pp. 1998-1999.

¹³²⁷ Conclusions de l'avocat général Francesco CAPOTORTI, présentées le 27 mai 1981, *Rec.* 1981, p. 2012, à la page 2017.

¹³²⁸ Arrêt du 28 février 1991, *Marchandise*, *précité*, note 1324, au point 19, p. I-1042. Voir, *infra*, note 1408.

¹³²⁹ Cet examen de la proportionnalité de la mesure nationale s'inspire de celui qui prévaut dans le cadre de l'article 30 (ex-article 36) du traité CE : voir J.-C. MASCLET, *loc. cit.*, note 1244, 619-626. Pour des illustrations jurisprudentielles, voir G. BONET, *loc. cit.*, note 1242, 185.

nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises. Autrement dit, elle doit être digne de protection du point de vue du droit communautaire. Ensuite, elle doit être nécessaire à la poursuite de l'objectif légitime visé ¹³³⁰ (on dit aussi qu'elle doit être apte à réaliser cet objectif). Enfin, elle doit être proportionnée à l'objectif poursuivi, c'est-à-dire appropriée et non excessive. Autrement dit, l'objectif en question n'aurait pu être atteint par des moyens moins restrictifs pour les échanges intracommunautaires ¹³³¹. Ce n'est que lorsque ces conditions sont toutes remplies que les entraves que la mesure nationale cause au commerce intracommunautaire sont acceptées.

À travers ce test, la Cour a reconnu qu'elle opérait une mise en balance des intérêts en présence ¹³³², à savoir l'intérêt de la Communauté européenne à la libre circulation des marchandises – et en fait à l'édification d'un véritable marché intérieur – avec les intérêts des États membres visant à protéger des objectifs légitimes ¹³³³. Or, d'une part, ce « *balancing test* » entre les intérêts des États membres et ceux des institutions européennes (et particulièrement de la Commission) en éclipse, selon moi, un autre, celui effectué entre les intérêts des opérateurs économiques de grande envergure et ceux de moindre importance ou ceux des consommateurs des États membres. La Cour s'est toutefois toujours gardée d'étaler

¹³³⁰ Les rapports entre le critère de la nécessité et celui de la proportionnalité sont flous, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence. Ces deux critères sont tantôt confondus, tantôt distingués (voir, par exemple, la position de l'Avocat général Van Gerven dans ses conclusions dans l'arrêt *Conforama* (précitées, note 1113), p. 1007, au point 14, p. 1016). Pour de plus amples informations sur ce point, je renvoie à V. HATZOPOULOS, *loc. cit.*, note 1214, 205.

¹³³¹ On trouve aussi dans la jurisprudence de la Cour la formulation suivante : la réglementation nationale ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif.

¹³³² On trouve d'ailleurs une expression particulièrement claire de ce « *balancing test* » dans l'arrêt *B & Q*, précité, note 1092, au point 15, p. I-6658 : « [l]e contrôle de la proportionnalité d'une réglementation nationale qui poursuit un but légitime au regard du droit communautaire met en balance l'intérêt national à la réalisation de ce but avec l'intérêt communautaire à la libre circulation des marchandises ». Dans l'arrêt *Blesgen*, l'Avocat général G. REISCHL l'avait également décrit dans ses conclusions (précitées, note 1059, p. 1240) dans des termes non équivoques : « [...] la pondération des différents intérêts, prescrite par la jurisprudence, entre l'objectif de la libre circulation des marchandises, d'une part, et les préoccupations en matière de politique sanitaire et sociale poursuivies par la réglementation nationale, d'autre part [...] » (italiques ajoutés).

¹³³³ Le juge U. EVERLING, *loc. cit.*, note 996, 1305-1306 en avait parfaitement conscience et n'a pas craint de l'affirmer publiquement.

au grand jour cette pondération des intérêts ¹³³⁴ qui aurait sérieusement compromis l'image classique de la juridiction impartiale ¹³³⁵ qu'elle a souvent cherché à se donner ¹³³⁶.

D'autre part, dans ce « *balancing test* », l'intérêt communautaire à la réalisation d'un grand marché européen a souvent pesé plus lourd que les intérêts des États membres à la sauvegarde de leur législation nationale motivée par des raisons d'intérêt général. En effet, invoquant la règle générale suivant laquelle une exception doit toujours être interprétée étroitement tandis que le principe (en l'espèce, la libre circulation des marchandises) doit recevoir une application large ¹³³⁷, la Cour a mis en œuvre de manière rigoureuse son test de proportionnalité, laissant dès lors peu de chances aux législations nationales ¹³³⁸, et annihilant à l'occasion l'avantage tiré de l'admission au cas d'espèce d'une nouvelle exigence impérative d'intérêt général ¹³³⁹.

Pour conclure sur cet arrêt majeur, on ne peut que souligner le caractère quelque peu antinomique de la jurisprudence *Cassis de Dijon*, qui, à la fois, a ouvert une porte à un plus grand assouplissement dans l'application de l'interdiction énoncée à l'article 28 du traité CE (avec le concept jurisprudentiel des exigences impératives) – tout en assurant une plus grande intégration économique via le principe de reconnaissance mutuelle – et a semblé la refermer en pratique en raison de la rigueur du test de proportionnalité. Ces ambiguïtés de la jurisprudence *Cassis de Dijon* ont été à l'origine d'importantes divergences dans la doctrine (ainsi qu'au sein de la Cour elle-même) quant à l'interprétation à donner à cette jurisprudence. La très grande majorité des auteurs y ont vu un geste intégrationniste de la Cour pour libéraliser les échanges et ouvrir les marchés nationaux ¹³⁴⁰. D'autres ont insisté

¹³³⁴ La mise en balance des intérêts en présence est loin d'être l'apanage de la seule Cour de justice des Communautés européennes. Sur la pondération judiciaire des intérêts, on lira utilement les articles de Charles Albert MORAND, « Pesée d'intérêts et décisions complexes », dans *La pensée globale des intérêts. Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1996 et « Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles », dans *De la Constitution. Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1996.

¹³³⁵ En effet, procéder à un équilibrage des intérêts c'est prendre un rôle actif dans le jugement, en contradiction donc avec la conception traditionnelle de la fonction judiciaire : M. GOLD, *loc. cit.*, note 36, 12-13.

¹³³⁶ J'apprécierai ce point dans la deuxième section de ce chapitre.

¹³³⁷ Le juge K. LENAERTS, *loc. cit.*, note 1149, 109.

¹³³⁸ Comme le constate V. HATZOPOULOS, *loc. cit.*, note 1214, 205, « [...] dans la vaste majorité des affaires soumises au scrutin de la Cour, les mesures litigieuses ont été censurées comme allant au-delà de ce qui était nécessaire pour atteindre le but poursuivi. »

¹³³⁹ L'arrêt *R.T.T.* en est un bon exemple.

¹³⁴⁰ Voir notamment, *supra*, aux pages 292 et 293. Le juge Josse Mertens de Wilmars, qui avait justement participé à l'élaboration de ce célèbre arrêt, estimait même que la Cour avait alors voulu policer les nouvelles formes de protectionnisme des pays membres influencés par la doctrine de l'État-

davantage sur la seconde branche de cet arrêt. Par exemple, le juge Ulrich Everling a estimé que « *it has largely gone unnoticed that the [Cassis de Dijon] decision contained considerable limitations on the principles which had originally been laid down.* »¹³⁴¹. Selon moi, ces ambiguïtés sont le résultat des difficiles compromis opérés par la Cour pour répondre aux attentes profondément contradictoires de ses auditoires, qu'elle a cherché en outre à concilier par une approche au cas par cas avec son test « de mise en balance ». Le discours judiciaire, particulièrement dans sa branche « règle de raison », s'est ainsi avéré favorable aux États membres et à de nouveaux auditoires : les petits opérateurs économiques, les consommateurs et celui, croissant, des citoyens européens¹³⁴². Tandis que l'examen concret des mesures nationales concernées a généralement conduit à privilégier les intérêts des gros opérateurs économiques et les désirs intégratifs de la Commission. Et – c'est à relever – les réglementations nationales en cause ont été condamnées non pas tant au regard des buts d'intérêt général invoqués¹³⁴³ que des exigences de proportionnalité et de nécessité, afin, selon moi, de sauvegarder la cohérence du discours judiciaire.

Toujours est-il que, face à certains enjeux politiquement délicats, la Cour a été amenée à écarter à quelques reprises – par des raisonnements parfois discutables – cette formulation par trop encombrante dont elle était pourtant l'auteure¹³⁴⁴. C'est ce que je vais à présent apprécier.

providence (se dissimulant notamment sous des considérations de protection du consommateur) : voir J. MERTENS DE WILMARS et J. STEENBERGEN, *loc. cit.*, note 17, 1396.

¹³⁴¹ U. EVERLING, *loc. cit.*, note 996, 1301. Voir, parmi les auteurs « minoritaires », N. REICH, *loc. cit.*, note 1013, 167.

¹³⁴² Pour V. HATZOPOULOS, *loc. cit.*, note 1214, 227, la formulation par la Cour de la « théorie des exigences impératives » trouvait sa raison d'être dans « la nécessité de s'assurer que la libéralisation des échanges voulue par le traité ne se réalise pas au détriment des sujets du droit communautaire, les ressortissants communautaires. »

¹³⁴³ Selon V. HATZOPOULOS, *loc. cit.*, note 1214, 202, la Cour aurait toujours admis la légitimité des intérêts invoqués par les États membres, réservant sa censure pour la seconde étape, soit l'appréciation de la proportionnalité de la mesure nationale prise pour assurer l'objectif légitime poursuivi. Je nuancerais toutefois le premier point de l'affirmation de cet auteur, compte tenu du refus implicite de la Cour d'accueillir à titre d'exigence impérative l'objectif légitime de la protection des travailleurs.

¹³⁴⁴ Il est intéressant de relever le parallèle existant entre le test de proportionnalité issu de la jurisprudence communautaire et celui appliqué par la Cour suprême du Canada, dans le cadre de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* (précitée, note 1231), depuis l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. En effet, tout comme la Cour de justice des Communautés européennes, la Cour suprême du Canada a d'abord opté pour la rigidité, pour s'en distancer ensuite quand les circonstances l'exigeaient à ses yeux. Et, ainsi que la Cour de justice des Communautés européennes, la Cour suprême a notamment cherché à limiter les circonstances dans lesquelles le « test de *Oakes* » aurait dû être appliqué. Voir sur ce point, M. GOLD, *loc. cit.*, note 36, 18 et suiv. Sur l'évolution du « test de *Oakes* » en fonction des domaines concernés, voir l'article d'Andrée LAJOIE et de Henry QUILLINAN, « Emerging Constitutional Norms : Continuous Judicial Amendment of the Constitution – the Proportionality Test as a Moving Target », (1992) 55 *Law and Contemporary Problems* 285, et sur ses modifications au gré de l'interprétation du concept de « société libre et

Paragraphe 3. Une application équivoque aux modalités de vente

Je m'attarderai, dans un premier temps, sur un point particulier de la jurisprudence relative à la libre circulation des marchandises à propos duquel l'attitude de la Cour a fortement varié et qui a fait l'objet du troisième revirement majeur de la Cour dans l'arrêt *Keck et Mithouard*, à savoir les législations portant spécifiquement sur les conditions (ou modalités) de vente. Puis, dans un second temps, je replacerai ces différents courants jurisprudentiels divergents dans le contexte général de la libre circulation des produits et des circonstances de l'époque. Je tenterai ainsi d'expliquer l'absence de cohérence de la jurisprudence de la Cour par la conjoncture socio-économique et politique qui prévalait alors.

A. Des tendances jurisprudentielles apparemment contradictoires

L'attitude de la Cour a varié en fonction de la nature de la réglementation nationale concernée. Pour les législations régissant les caractéristiques des produits, la Cour a suivi strictement sa jurisprudence *Cassis de Dijon*¹³⁴⁵. Par contre, la nature particulière des législations relatives à la commercialisation des produits lui a posé plus de difficultés. En effet, s'agissant de la première catégorie de législations, qui a pour objet les produits eux-mêmes (leur composition, leur étiquetage, leur forme, leur emballage, leur dénomination, etc.), l'application de l'interdiction des mesures d'effet équivalent ne pose pas de réel problème. Les prescriptions imposées par ces législations peuvent constituer des obstacles directs aux échanges intracommunautaires puisqu'elles obligent les exportateurs à adapter leurs produits aux normes nationales. Alors que pour la seconde catégorie de législations, soit les législations qui concernent l'activité commerciale, c'est-à-dire les modalités de vente (qui peut vendre les produits, comment, où et quand), l'effet restrictif sur le commerce intracommunautaire est essentiellement présumé. Aussi la Cour a-t-elle oscillé, à l'égard de ces dernières, entre deux attitudes. La première, la plus fréquente, plus favorable au libre échange, consiste dans l'application pure et simple de sa jurisprudence classique *Dassonville* - *Cassis de Dijon*. La seconde s'analyse comme une variété de solutions qui s'en écartent, allant de la non-application – plus ou moins claire – de la jurisprudence traditionnelle à des

démocratique », voir A. LAJOIE, R. ROBIN, S. GRAMMOND, H. QUILLINAN, L. ROLLAND, S. PERRAULT et A. CHITRIT, *loc. cit.*, note 29, 335-364.

¹³⁴⁵ Voir, par exemple, parmi les affaires les plus célèbres, l'affaire du vinaigre italien : arrêt du 9 décembre 1981, *Commission/Italie*, aff. 193/80, *Rec.* 1981, p. 3019 et arrêt du 15 octobre 1985, *Commission/Italie*, aff. 281/83, *Rec.* 1985, p. 3397 ; l'affaire de la margarine belge : arrêt du 10 novembre 1982, *Rau*, aff. 261/81, *Rec.* 1982, p. 3961 ; l'affaire de la bière allemande : arrêt du 12 mars

accommodements aussi divers que vagues ; soit une jurisprudence « qui n'est certainement pas [...] d'une interprétation systématique aisée » selon les mots de l'Avocat général Tesauro¹³⁴⁶. Je m'attarderai un peu plus longuement sur ces écarts de jurisprudence¹³⁴⁷ du fait, comme nous le verrons ensuite, qu'ils apparaissent comme le résultat de difficiles compromis au sein d'une Cour divisée et qu'ils reflètent, selon moi, les contradictions et incertitudes liées au passage d'une conjoncture à une autre.

1/ Les décisions politiquement délicates ou les écarts de jurisprudence

Pour certaines décisions politiquement délicates et dans lesquelles le lien avec le commerce interétatique était plus difficile à établir, la Cour s'est écartée de son raisonnement habituel. Ce dernier consiste normalement en deux étapes : d'abord la qualification de la législation nationale de mesure d'effet équivalent ou la reconnaissance de son caractère entravant, en appliquant la définition dite « Dassonville » ; ensuite la vérification d'une possible justification de la législation nationale (qualifiée de mesure d'effet équivalent ou jugée « entravante ») au regard soit de l'article 30 du traité (ex-article 36) soit d'une exigence impérative, avec l'appréciation de la proportionnalité de la législation nationale. Dans ces affaires particulières la Cour s'est distanciée de l'application mécanique de la formule *Dassonville* (soit la première étape menant automatiquement à la seconde), en exigeant dans les faits « un lien plus direct entre la mesure nationale prétendument restrictive et l'entrave à la libre circulation »¹³⁴⁸. Par contre, elle s'est toujours refusée à revenir expressément, et largement, sur la définition extensive de la mesure d'effet équivalent qu'elle avait adoptée en 1974¹³⁴⁹. Cela s'est, dès lors, souvent fait au prix de contorsions sur le plan de la rigueur juridique. La Cour soit a omis des étapes dans l'ordonnancement généralement retenu par les arrêts relatifs aux mesures d'effet équivalent¹³⁵⁰, ou les a « mixé »¹³⁵¹, soit a recouru à des

1987, *Commission/Allemagne*, aff. 178/84, *Rec.* 1987, p. 1227 ; l'affaire des pâtes italiennes : arrêt du 14 juillet 1988, *Drei Glocken*, aff. 407/85, *Rec.* 1988, p. 4233.

¹³⁴⁶ Point 11, page I-6804 de ses conclusions dans l'arrêt *Hünermund*, précitées, note 1063.

¹³⁴⁷ Je n'entrerai pas dans le détail des faits de ces arrêts. Leur simple survol suffira à faire ressortir les points pertinents pour la démonstration. Pour de plus amples informations sur ces arrêts, voir, par exemple, les conclusions de l'Avocat général G. TESAURO, dans l'arrêt *Hünermund*, précitées, note 1063, aux points 12 à 17, pp. 6805-6808 ; R. JOLIET, *loc. cit.*, note 1260, 147-148.

¹³⁴⁸ D. SIMON, *loc. cit.*, note 1218, 158.

¹³⁴⁹ Opinion partagée, entre autres, par l'Avocat général Darmon (voir ses conclusions dans l'arrêt du 7 mars 1990, *Krantz*, précitées, note 1114, au point 16, p. 592) et l'Avocat général Van Gerven (voir ses conclusions, présentées le 8 juillet 1992, communes aux arrêts du 16 décembre 1992, *B & Q, Payless et Anders* (précités, note 1092), *Rec.* 1992, p. I-6463, point 14, à la page I-6463).

¹³⁵⁰ La Cour, sans s'interroger au préalable sur la qualification éventuelle de mesure d'effet équivalent de la réglementation nationale litigieuse, a bien souvent, dans ces affaires, directement apprécié la justification de ladite réglementation.

formulations déconcertantes ou à un raisonnement tortueux ou imprécis, ponctué d'ambiguïtés terminologiques. Et son examen des effets restrictifs de la mesure contestée sur le commerce intracommunautaire a été, dans bien des cas, mince, voire absent, et atypique¹³⁵².

Si la pauvreté du raisonnement de la Cour – ce que d'aucuns ont appelé le « laxisme qualificatif » de la Cour – n'est en soi pas inhabituelle, elle traduit régulièrement une mésentente entre les juges, condamnés au principe de l'unanimité des décisions (j'en étudierai les causes dans le paragraphe suivant). Le juge Ole Due (juge à partir de 1979 puis président de la Cour de 1988 à 1994) a souvent critiqué cet état de fait, reconnaissant que « [...] *majority decisions often resulted in poorly reasoned judgments. In some cases the discussion ended in a compromise. And a compromise is difficult to motivate without describing the preceding discussion. But also in other cases there was a tendency to skip the difficulty by way of rather laconic reasoning without great force of conviction.* »¹³⁵³ Le juge Ulrich Everling a également admis, avec circonspection, que la Cour « *has obviously not always succeeded in presenting its judgments as a result of rational determination of the law.* »¹³⁵⁴

Le manque de rigueur juridique présent dans ces affaires semble aussi faire partie d'une certaine politique judiciaire lorsque des sensibilités nationales sont en jeu. Ceci a été bien décrit par Laurence W. Gormley, en ces termes : « *the Court of Justice appears presently reluctant to apply the logical consequences of general and broad principles developed in earlier case-law in a dynamic and teleological manner in areas in which perceived local sensitivities conflict with the interests of a single common market.* »¹³⁵⁵ Et il

¹³⁵¹ L. W. GORMLEY, *loc. cit.*, note 1129, 20, relève ainsi que la Cour, dans certaines de ces affaires, au lieu d'apprécier séparément la question de l'affectation du commerce intracommunautaire et celle de la justification, a « mixé » les deux concepts, opérant ainsi ce que j'appellerai un « raccourci méthodologique ».

¹³⁵² Wouter P. J. WILS (clerc à la Cour de justice), « The Search for the Rule in Article 30 EEC : Much Ado about Nothing ? », (1993) 18 *European Law Review* 475, spéc. 483, explique, quant à lui, les raccourcis démonstratifs ainsi opérés par la Cour dans ces affaires par le test utilisé : dans ces décisions qui s'écartent de la jurisprudence classique, la Cour n'appliquerait plus un « *rule-based test* » exprimant des concepts légaux, mais un « *standard-based test* » s'appuyant sur les faits particuliers des affaires en cause.

¹³⁵³ Ole DUE, « Looking Backwards and Forwards », dans Amicale des référendaires et anciens référendaires de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes, *op. cit.*, note 3, p. 25, à la page 29.

¹³⁵⁴ Cité par H. RASMUSSEN, *op. cit.*, note 45, p. 337.

¹³⁵⁵ L. W. GORMLEY, *loc. cit.*, note 1129, p. 28.

ajoute plus loin : « [...] *the impression is left that coherent reasoning has been sacrificed on the altar of a result which was politically more convenient* »¹³⁵⁶.

Les écarts de la Cour au regard de ses formulations habituelles (telles celles de *Dassonville* ou de sa théorie des exigences impératives) ou par rapport à l'ordre habituel de ses raisonnements pourraient aussi éventuellement s'expliquer en partie par les conclusions généralement critiques des avocats généraux dans ces affaires¹³⁵⁷, et notamment le désir de la Cour de ne pas s'opposer de manière frontale à ses avocats généraux, qu'elle décide de ne pas suivre.

Outre un raisonnement peu orthodoxe par rapport à sa jurisprudence *Dassonville - Cassis de Dijon*, ces affaires se caractérisent par leur motivation. D'une part, la Cour a généralement constaté que les réglementations nationales en cause, concernant les modalités de commercialisation des produits, constituaient des « choix de politique économique et social légitime[s] conforme[s] aux objectifs d'intérêt général poursuivis par le traité »¹³⁵⁸ ou encore l'expression de certains choix politiques et économiques, tenant aux particularités socio-culturelles nationales ou régionales¹³⁵⁹.

D'autre part, la Cour a relevé dans la majorité des cas que : 1) ces réglementations étaient indistinctement applicables, 2) la commercialisation des produits importés d'autres États membres n'était donc, en principe, pas rendue plus difficile que celle des produits nationaux, et 3) elles n'avaient, de plus, pas pour objet de régir les échanges intracommunautaires¹³⁶⁰. Par contre, la conclusion qu'elle en a tirée a différé selon l'objet de la législation en cause. Le cheminement qu'elle a emprunté pour parvenir à ces solutions divergentes peut apparaître à bien des égards comme une suite de tâtonnements, la Cour agissant tantôt en amont, tantôt en aval, ou encore au coeur même du problème. Et ce, nous l'aurons compris, toujours afin d'éviter de condamner ces législations nationales au regard du

¹³⁵⁶ *Id.*

¹³⁵⁷ *Cf. supra*, pages 258-260.

¹³⁵⁸ Point 12, p. 2008, de l'arrêt du 14 juillet 1981, *Oebel*, *précité*, note 1322.

¹³⁵⁹ Voir le point 14 de l'arrêt du 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council*, *précité*, note 1062, p. I-3889 ; les points 11 et 12 respectivement des arrêts du 28 février 1991, *Conforama*, *précité*, note 1323, p. I-997, à la p. I-1025 et *Marchandise*, *précité*, note 1324, p. I-1027, à la p. I-1040-1041 ; le point 11 de l'arrêt du 16 décembre 1992, *B & Q*, *précité*, note 1092, p. I-6658.

¹³⁶⁰ Voir les points 11 et 14 de l'arrêt du 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council*, *précité*, note 1062, pp. I-3888 et I-3889 ; les points 9 et 11 de l'arrêt du 11 juillet 1990, *Quietlynn*, *précité*, note 1062, pp. I-3080 et I-3081 ; les points 8 et 9 de l'arrêt du 28 février 1991, *Conforama*, *précité*, note 1323, pp. I-1024 et I-1025 et les points 9 et 10 de l'arrêt du 28 février 1991, *Marchandise*, *précité*, note 1324, p. I-1040 ; les points 9 et 10 de l'arrêt du 16 décembre 1992, *B & Q*, *précité*, note 1092, p. I-6657.

principe de proportionnalité tel qu'énoncé dans sa jurisprudence *Cassis de Dijon*. Il en a résulté une jurisprudence tant confuse que complexe. Très schématiquement, deux tendances jurisprudentielles se dessinent dans les différentes voies que la Cour a suivies. La première s'attache à l'absence de lien entre la mesure incriminée et le commerce interétatique ; la seconde concerne ce qui a été nommé la « jurisprudence sur le commerce le dimanche ».

a) l'absence de lien avec les échanges intracommunautaires

S'agissant de législations réservant la vente de certains produits à des types de commerces déterminés ou à des heures particulières, la Cour a jugé qu'elles n'avaient aucun lien avec les échanges intracommunautaires et qu'elles n'étaient donc pas de nature à entraver le commerce entre États membres. La commercialisation des produits en cause restait possible par d'autres circuits ou sous d'autres formes de commercialisation. La Cour en a conclu que ces législations nationales se trouvaient hors du champ d'application de l'article 28 du traité CE. C'est le cas particulièrement des arrêts du 14 juillet 1981, *Oebel*¹³⁶¹ (réglementation allemande concernant les heures de travail, de livraison et de vente dans le secteur de la boulangerie et de la pâtisserie), du 31 mars 1982, *Blesgen*¹³⁶² (interdiction belge, dans le cadre de la lutte contre l'alcoolisme, de la vente d'alcool de fort degré pour la consommation sur place dans des endroits déterminés) et, plus tard, du 11 juillet 1990, *Quiethlynn*¹³⁶³ (interdiction britannique de la vente d'articles pornographiques dans des

¹³⁶¹ *Précité*, note 1322. Tant pour la doctrine (voir, par exemple, A. MATTERA, *op. cit.*, note 1015, p. 268) que pour les avocats généraux (voir, par exemple, G. TESAURO dans ses conclusions *précitées*, notes 1117 et 1118, respectivement point 7, p. I-2914 et point 12, p. I-6805), cet arrêt fait partie de ce courant jurisprudentiel, bien qu'en réalité la motivation principale de la Cour ne repose pas sur l'absence de lien avec le commerce intracommunautaire mais sur le fait que les échanges intracommunautaires restaient à tout moment possibles (point 20, p. 2010).

¹³⁶² Aff. 75/81, *Rec.* 1982, p. 1211. Dans cette affaire, plutôt que d'appliquer sa jurisprudence *Cassis de Dijon*, la Cour a fait suivre la formule *Dassonville* de la mention de l'article 3 de la directive 70/50/CEE de la Commission du 22 décembre 1969, *précitée*, note 1036 (d'après lequel constituent des mesures d'effet équivalent « [...] les mesures régissant la commercialisation des produits [...] dont les effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce »). « Tel n'est [...] pas le cas », s'est limitée à dire la Cour, d'une législation « qui ne concerne que la vente en vue de la consommation sur place des alcools de fort degré dans tous les endroits accessibles au public et qui ne concerne pas les autres formes de commercialisation des mêmes boissons. [...] au surplus [...] les restrictions imposées à la vente des boissons spiritueuses concernées *n'ont pas pour effet d'établir une distinction* quelconque selon la nature ou la provenance de celles-ci. » (point 9, p. 1229) (les italiques sont les miens). On notera que nulle part dans l'arrêt la Cour ne qualifie la législation belge de mesure d'effet équivalent, ou ne relève son effet entravant pour le commerce interétatique, ni n'apprécie une quelconque justification ; ce qui a valu à cet arrêt d'être critiqué par certains auteurs pour son manque de clarté (voir, par exemple, L. W. GORMLEY, *loc. cit.*, note 1129, 19-20).

¹³⁶³ *Précité*, note 1062.

boutiques non autorisées)¹³⁶⁴. Ce faisant, en se prononçant en quelque sorte en amont, la Cour évitait de procéder au contrôle de proportionnalité de sa jurisprudence *Cassis de Dijon*. La Cour donnait aussi dans ces arrêts une de ses interprétations les plus étroites de l'article 28 du traité CE¹³⁶⁵.

Dans sa jurisprudence sur le commerce le dimanche, la Cour a opté pour une solution différente.

b) la jurisprudence sur le commerce le dimanche

En ce qui regarde les réglementations restreignant l'ouverture des commerces le dimanche, la Cour a considéré que, quand bien même ces réglementations n'avaient pas pour objet de régir les échanges, elles pouvaient néanmoins avoir des conséquences négatives sur le volume des ventes et, par conséquent, sur celui des importations¹³⁶⁶. Cela laissait entendre que ces réglementations indistinctement applicables relevaient de la formule *Dassonville* et tombaient dès lors, en principe, sous le coup de l'interdiction des mesures d'effet équivalent¹³⁶⁷. Cette position tranche donc avec le précédent courant jurisprudentiel. On relèvera qu'elle est concomitante avec le courant jurisprudentiel majoritaire appliquant *Dassonville - Cassis de Dijon*. De fait, selon Lord Slynn of Hadley, ancien juge à la Cour de justice des Communautés européennes, la Cour, dans l'arrêt *Torfaen*, aurait très bien pu déclarer que la législation en cause se déployait hors du champ de l'article 28 du traité CE¹³⁶⁸. Ainsi que je l'analyserai dans le paragraphe suivant, cette différence d'approche trouve sa source dans le contexte conjoncturel dans lequel ces arrêts interviennent.

¹³⁶⁴ Est parfois cité avec ces arrêts l'arrêt du 25 novembre 1986, *Forêt*, aff. 148/85, *Rec.* 1986, p. 3449, à propos d'une mesure de contingentement de la production de farine considérée par la Cour comme n'ayant « en réalité pas de lien avec l'importation du blé et n'[étant] pas de nature à entraver le commerce entre les États membres » (point 19, p. 3476).

¹³⁶⁵ Dans l'arrêt *Blesgen*, la Cour semble avoir suivi les conclusions de son Avocat général, Gerhard Reischl, qui prônait une interprétation très stricte de l'article 28 du traité CE fondée sur le critère de la discrimination (voir ses conclusions, *précitées*, note 1059, pp. 1235-1238 ; à comparer avec la formule (mise en italique) utilisée par la Cour au point 9 de cet arrêt : *cf.* note 1362).

¹³⁶⁶ Voir le point 8 de l'arrêt du 28 février 1991, *Conforama*, *précité*, note 1323, pp. I-1024 et le point 9 de l'arrêt du 28 février 1991, *Marchandise*, *précité*, note 1324, p. I-1040. Le point 9 de l'arrêt du 16 décembre 1992, *B & Q*, *précité*, note 1092, p. I-6657 est plus nuancé à cet égard et l'arrêt du 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council*, *précité*, note 1062, ne contient pas cette précision.

¹³⁶⁷ À l'appui de cette opinion, voir le point 17 des conclusions de l'Avocat général Van Gerven dans l'arrêt *B & Q*, *précitées*, note 1349, p. I-6473.

¹³⁶⁸ Lord Slynn of Hadley était alors connu sous le nom de Sir Gordon Slynn. Pour rappel, il a été avocat général de 1981 à 1988, puis juge de 1988 à 1992, à la Cour de justice des Communautés européennes. Pour lui, la différence d'approche adoptée par la Cour, entre cette affaire et l'arrêt *Quietlynn* de la même époque, est difficilement conciliable : Lord SLYNN of HADLEY, « They Call

Pour l'instant, retenons que ce type particulier de réglementations, empreintes de considérations sociales, a mis la Cour profondément mal à l'aise. Dans un premier temps, dans l'arrêt du 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council*¹³⁶⁹, le premier arrêt en la matière, la Cour était confrontée aux commentaires et aux conclusions de la Commission et de l'Avocat général Van Gerven qui, chacun à leur manière, limitaient la portée de la formule *Dassonville*¹³⁷⁰. S'ajoutaient en outre le caractère politique des questions qui étaient en jeu¹³⁷¹, et la tentative des opérateurs économiques en question (grosses chaînes commerciales) d'utiliser la voie judiciaire pour obtenir l'invalidation de la loi nationale alors que son abolition par la voie politique s'avérait difficile à arracher¹³⁷². Rien d'étonnant donc que la Cour de justice se soit « déresponsabilisée » entièrement et à un double égard : au niveau du fondement d'abord et au niveau du résultat ensuite. En effet, d'une part, se plaçant directement sur le plan de la justification¹³⁷³, la Cour a préféré référer, comme dans son arrêt *Blegen*, à la formule de la Commission énoncée à l'article 3 de la directive 70/50/CEE du 22 décembre 1969. Pour rappel, cette formule, « abstraite » selon les mots mêmes du juge Joliet¹³⁷⁴, s'énonce ainsi : constituent des mesures d'effet équivalent « les mesures régissant la commercialisation des produits [...] dont les effets restrictifs sur la libre circulation des

It "Teleological" », (1994) *Denning Law Journal* 225, 235. L'arrêt *Quietlynn* s'explique toutefois par des particularités qui lui sont propres : voir, *infra*, la note 1418.

¹³⁶⁹ *Précité*, note 1062.

¹³⁷⁰ Voir pour la position de la Commission (représentée par Eric L. White dans cette affaire), *supra*, page 247 et pour les conclusions de l'Avocat général Van Gerven (*précitées*, note 1107), *supra*, page 259.

¹³⁷¹ Voir *supra*, page 254. S'y ajoute le fait, indiqué par l'Avocat général Van Gerven dans ses conclusions dans les affaires *B & Q*, *Payless* et *Anders*, *précitées*, note 1349, au point 4, p. 1-6464, que l'interdiction dominicale imposée par le *Shops Act* de 1950, « exacerbe les passions ». L'opinion publique britannique était en effet très divisée – et largement sollicitée par les protagonistes des deux camps (voir Paul DIAMOND, « Dishonourable Defences : The Use of Injunctions and the EEC Treaty ; Case Study of the Shops Acts 1950 », (1991) 54 *The Modern Law Review* 72, 76-77) – sur le maintien ou non de cette législation. Un tiers de la population se prononçait en sa faveur, deux tiers s'y opposaient. La formulation de la Cour selon laquelle « [...] les réglementations nationales régissant les horaires de vente au détail [...] constituent [...] l'expression de certains choix politiques et économiques en ce qu'elles visent à assurer une répartition des heures de travail et de repos adaptée aux particularités socioculturelles nationales ou régionales dont l'appréciation appartient, dans l'état actuel du droit communautaire, aux États membres » (point 14 de l'arrêt, p. 3889) n'est certainement pas étrangère à cet état de fait.

¹³⁷² Sur l'utilisation tactique de l'article 28 du traité CE dans la saga sur le shopping du dimanche, voir Richard RAWLINGS, « The Eurolaw Game : Some Deductions from a Saga », (1993) 20 *Journal of Law and Society* 309, 311-315. Voir aussi P. DIAMOND, *loc. cit.*, note 1371, 79 et suiv.

¹³⁷³ Voir, dans le même sens, l'ancien juge et président de la Cour de justice, O. DUE, *loc. cit.*, note 1175, 26.

¹³⁷⁴ R. JOLIET, *loc. cit.*, note 1260, 146-147.

marchandises dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce »¹³⁷⁵. D'autre part, la Cour a renvoyé à la juridiction nationale le soin de vérifier si les effets de la législation en cause excédaient ou non le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce, estimant que cet examen relevait de l'appréciation des faits laquelle appartient aux tribunaux nationaux. L'apprécier elle-même aurait pu la conduire éventuellement à la déclarer non conforme audit article¹³⁷⁶. En ne se prononçant pas en aval, la Cour reportait ainsi sur la juridiction nationale l'imputabilité politique de l'invalidité éventuelle de la législation nationale, effectivement constatée par la suite par cette dernière. Cette solution avait toutefois pour inconvénient majeur d'occasionner des divergences jurisprudentielles importantes au niveau national¹³⁷⁷ ; elle fut donc abandonnée par la Cour¹³⁷⁸.

Dans un second temps, dans les arrêts qui ont suivi, la Cour a agi au coeur même du problème, en procédant à l'examen du caractère proportionné de la réglementation, mais de manière plus affirmative que démonstrative dans les deux premières affaires, et de manière atypique dans la dernière. S'agissant de la troisième affaire, la Cour a introduit un assouplissement dans le cadre même du contrôle des restrictions alléguées. Dans les deux premiers arrêts, du 28 février 1991, *Conforama* et *Marchandise*¹³⁷⁹, rendus par la Cour en formation plénière¹³⁸⁰, la Cour a repris la formulation « raccourcie » du test de proportionnalité qu'elle avait employée dans les arrêts *Cinéthèque*¹³⁸¹ et *Torfaen Borough Council*¹³⁸². Cette formulation subordonne la compatibilité d'une mesure nationale avec le

¹³⁷⁵ Article 3 de la directive 70/50/CEE, *précitée*, note 1036. Pour une analyse de la doctrine de la Commission, de l'article 3 de la directive 70/50/CEE et de la théorie des « effets restrictifs », voir A. MATTERA, *op. cit.*, note 1015, pp. 253-256.

¹³⁷⁶ On relèvera néanmoins que la motivation de l'arrêt semblait plutôt conduire à la conformité au regard du droit communautaire du *United Kingdom Shops Act*. La juridiction nationale a choisi plutôt de la condamner en vertu de l'article 28 du traité CE.

¹³⁷⁷ Voir le point 3, p. 6464, des conclusions de l'Avocat général Van Gerven, *précitées*, note 1349. Et ce, particulièrement en sol britannique : voir R. RAWLINGS, *loc. cit.*, note 1372, 317-320 ; C. BARNARD, *loc. cit.*, note 1174, 454 ; J. STEINER, *loc. cit.*, note 1096, 760-762 ; A. ARNULL, *loc. cit.*, note 1143, 112.

¹³⁷⁸ La Cour s'en explique dans le point 14 de l'arrêt du 16 décembre 1992, *B & Q*, *précité*, note 1092, p. 6658, suite à une seconde demande préjudicielle de la part de la House of Lords, avec, sans contredit, la volonté de mettre fin à ce qui a été appelé la « saga sur le shopping du dimanche ».

¹³⁷⁹ *Précités*, notes 1323 et 1324. L'arrêt *Conforama* portait sur une réglementation du travail française et l'arrêt *Marchandise* sur une réglementation du travail belge, interdisant le travail le dimanche (ou après 12 h).

¹³⁸⁰ Comme l'indique K. MORTELMANS, *loc. cit.*, note 1112, 132, « [t]his provides an indication that these cases may result in a decision of principle ». Toutefois, sept juges seulement (au lieu des neuf normalement pour le « petit plénum ») siégeaient dans ces deux affaires.

¹³⁸¹ Arrêt du 11 juillet 1985, aff. jointes 60 et 61/84, *Rec.* 1985, p. 2605, point 22, p. 2626.

¹³⁸² Pour A. MATTERA, *op. cit.*, note 1015, p. 266, cette formulation ne serait toutefois qu'une variante de celle employée par la Cour dans sa jurisprudence *Cassis de Dijon*. De même, l'Avocat général Van Gerven, dans ses conclusions dans l'arrêt *B & Q*, *précitées*, note 1349, point 30, p. I-6482, l'analyse selon les trois conditions classiques du principe de proportionnalité.

principe de libre circulation des marchandises prévu par le traité à seulement deux conditions : a) les entraves éventuelles qu'elle cause aux échanges communautaires ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'objectif visé ; b) cet objectif doit être justifié au regard du droit communautaire. La Cour, dans ces deux affaires, a admis que les réglementations nationales en cause poursuivaient un but légitime¹³⁸³, dont l'appréciation appartenait, dans l'état actuel du droit communautaire, aux États membres¹³⁸⁴. Par contre, la Cour s'est contentée d'affirmer, sans plus de vérifications, que « [...] les effets restrictifs sur les échanges qui peuvent éventuellement découler d'une telle réglementation n'apparaissent pas comme excessifs au regard du but poursuivi. »¹³⁸⁵ Dans l'arrêt du 16 décembre 1992, *B & Q*, la Cour plénière (réunie en petit plénum) est ensuite venue préciser les critères qu'elle applique dans le cadre du contrôle de proportionnalité : « [...] pour vérifier que les effets restrictifs de la réglementation en cause sur les échanges intracommunautaires ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé, il importe d'examiner si ces effets sont directs, indirects ou simplement hypothétiques »¹³⁸⁶. Cette formule laisse certes entière la nécessité pour la Cour d'effectuer l'examen de la mesure en cause, mais elle facilite considérablement la satisfaction des critères usuels de ce contrôle. En effet, comme le relève Giuseppe Tesauro dans ses conclusions dans l'arrêt *Hünernmund* du 15 décembre 1993 :

« [u]ne telle approche semble donc impliquer un contrôle uniquement marginal des dispositions concernées, contrôle ayant pour objet le caractère raisonnable de la mesure en question, et plus précisément son adéquation par rapport aux (éventuels) effets restrictifs. En d'autres termes, au lieu de procéder à un examen « classique » destiné à vérifier si la réglementation en question répond à des exigences impératives et si les mesures choisies sont proportionnées par rapport à l'objectif poursuivi, la Cour semble rechercher l'existence d'une cause justificative au regard des effets sur les échanges intracommunautaires qui pourraient éventuellement résulter de cette disposition. »¹³⁸⁷

¹³⁸³ Cf. *supra*, note 1359.

¹³⁸⁴ Point 11 de l'arrêt *Conforama*, précité, note 1323, p. 1025 et point 12 de l'arrêt *Marchandise*, précité, note 1324, pp. 1040 et 1041. Dans l'arrêt du 16 décembre 1992, *B & Q*, précité, note 1092, la Cour précisera plutôt (au point 11, p. 6658) qu'« [i] appartient aux États membres d'effectuer ces choix dans le respect des exigences découlant du droit communautaire, et notamment du principe de proportionnalité. »

¹³⁸⁵ Point 12 de l'arrêt *Conforama*, précité, note 1323, p. 1025 et point 13 de l'arrêt *Marchandise*, précité, note 1324, p. 1041.

¹³⁸⁶ *Précité*, note 1062, au point 15 des motifs, pp. 6658-6659.

¹³⁸⁷ Conclusions de l'Avocat général G. TESAURO, précitées, note 1118, au point 15, p. 6807.

Certains auteurs ont vu dans cette décision, rendue moins d'un an avant l'arrêt *Keck et Mithouard*, les prémices du changement jurisprudentiel ¹³⁸⁸. Ole Due, qui présidait la Cour dans ses deux arrêts, semble leur donner en partie raison, lui qui reconnaît que la Cour cherchait à travers cette formule à réécrire la définition *Dassonville* ¹³⁸⁹.

2/ Les décisions en faveur de la libéralisation des marchés

Parallèlement aux courants jurisprudentiels qui s'écartent des balises de la jurisprudence *Dassonville - Cassis de Dijon*, le courant majoritaire a continué à l'appliquer dans des situations qui pouvaient apparaître relativement comparables. Toutefois, contrairement aux affaires précédentes, étaient en cause des méthodes de vente ou de promotion des ventes nullement (ou nettement moins) liées à des choix de politique économique ou sociale. Les législations concernées ont donc fait l'objet d'un examen de leur proportionnalité dans le cadre de l'appréciation par la Cour de leur justification. La motivation de ces arrêts traduit une vision beaucoup plus libre-échangiste de la part de la Cour. Portant un regard plus général sur l'ensemble de la jurisprudence de la Cour en matière de mesures d'effet équivalent, un auteur a d'ailleurs affirmé que la Cour avait facilité « de façon décisive la réalisation du marché unique européen » ¹³⁹⁰. Or ces arrêts interviennent justement alors que le Conseil européen insistait à l'époque, tant auprès des États membres que des institutions européennes, pour que soit accéléré l'achèvement du marché intérieur ¹³⁹¹.

L'arrêt qui constitue le point de référence de ce courant jurisprudentiel est l'arrêt du 15 décembre 1982, *Oosthoek* ¹³⁹², dans lequel la Cour a jugé, à propos d'une interdiction néerlandaise de la vente avec prime :

« [qu']ne législation qui limite ou interdit certaines formes de publicité et certains moyens de promotion des ventes, bien qu'elle ne conditionne pas directement les importations, peut être de nature à restreindre le volume de

¹³⁸⁸ Voir notamment R. KOVAR, *loc. cit.*, note 1119, 222, pour qui la formule employée par la Cour au point 15 de l'arrêt *B & Q* annoncerait en fait une des considérations de l'arrêt *Keck et Mithouard*, à l'effet que la mesure nationale ne gêne pas la commercialisation des produits importés davantage que celle des produits nationaux.

¹³⁸⁹ Voir O. DUE, *loc. cit.*, note 1175, 27, ainsi que 28.

¹³⁹⁰ Fausto CAPELLI, « Les malentendus provoqués par l'arrêt "Cassis de Dijon", vingt ans après », (1996) 402 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 678, 681.

¹³⁹¹ Voir, *supra*, page 34.

¹³⁹² Aff. 286/81, *Rec.* 1982, p. 4575. La Cour a néanmoins admis que cette législation était justifiée par l'exigence impérative liée à la protection des consommateurs et à la loyauté des transactions commerciales et qu'elle était proportionnée à cet objectif.

celles-ci par le fait qu'elle affecte les possibilités de commercialisation pour les produits importés. On ne saurait exclure la possibilité que le fait, pour un opérateur concerné, d'être contraint soit d'adopter des systèmes différents de publicité ou de promotion des ventes en fonction des États membres concernés, soit d'abandonner un système qu'il juge particulièrement efficace, puisse constituer un obstacle aux importations même si une telle législation s'applique indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés. »¹³⁹³

Cette décision a servi de référence, quelques années plus tard, dans les arrêts du 16 mai 1986, *Buet*¹³⁹⁴ (interdiction française de la vente à domicile de matériel pédagogique) ; du 21 mars 1991, *Delattre*¹³⁹⁵ et *Monteil et Samanni*¹³⁹⁶ (législations françaises et belges réservant la vente des médicaments et de produits de la parapharmacie aux pharmaciens) ; du 30 avril 1991, *Boscher*¹³⁹⁷ (vente aux enchères soumise à une inscription préalable) ; du 25 mai 1993, *LPO*¹³⁹⁸ (législation française réservant la vente des verres de contact aux opticiens). Et la Cour a également soumis au test de proportionnalité des réglementations qui interdisaient certaines formes de publicité, dans les arrêts du 7 mars 1990, *GB-INNO-BM*¹³⁹⁹ (interdiction luxembourgeoise d'indiquer la durée de l'offre et l'ancien prix dans une

¹³⁹³ *Id.*, point 15, pp. 4587-4588.

¹³⁹⁴ *Précité*, note 1236. La législation française a également été justifiée par l'exigence impérative de protection des consommateurs et, bien qu'il s'agissait d'une interdiction totale, la Cour a néanmoins jugé qu'elle n'était pas disproportionnée dans la mesure où l'octroi aux consommateurs d'un droit de résiliation ne suffisait pas, dans ce secteur, à les protéger.

¹³⁹⁵ Aff. C-369/88, *Rec.* 1991, p. I-1487.

¹³⁹⁶ Aff. C-60/89, *Rec.* 1991, p. I-1547. Dans ces deux arrêts, la Cour a estimé que le monopole, conféré aux pharmaciens d'officine, pour la distribution de médicaments était une entrave justifiée au sens de la directive 65/65/CEE du Conseil, du 26 janvier 1965, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux spécialités pharmaceutiques (JO L 22 du 09.02.1965). Par contre, la Cour n'a pas voulu se prononcer elle-même – sans doute en raison du caractère sensible que cette question revêt dans l'Hexagone – à l'égard des produits parapharmaceutiques. Elle a laissé aux juges nationaux la tâche de « vérifier si le monopole conféré aux pharmaciens pour leur commercialisation est nécessaire à la protection de la santé publique ou des consommateurs et si ces deux objectifs ne peuvent pas être atteints par des mesures moins restrictives du commerce intracommunautaire. » (point 60 de l'arrêt *Delattre*, p. I-1542).

¹³⁹⁷ Aff. C-239/90, *Rec.* 1991, p. I-2023. Cette législation française a été condamnée par la Cour en vertu de l'article 28 du traité CE. Elle n'a pu être justifiée par l'exigence impérative tenant à la protection des consommateurs, ni par des raisons d'ordre public au titre de l'article 30 du traité CE, ces objectifs pouvant être assurés par des mesures ayant des effets moins restrictifs sur les échanges intracommunautaires.

¹³⁹⁸ Arrêt du 25 mai 1993, *Société Laboratoire de Prothèses Oculaires (LPO)*, aff. C-271/92, *Rec.* 1993, p. I-2899. Cet arrêt ne cite pas l'arrêt *Oosthoek*, mais les arrêts *Delattre* et *Monteil* qui concernaient plus spécifiquement la canalisation des ventes. La législation française a été interdite par l'article 28 du traité CE mais elle a été justifiée, en vertu de l'article 30 du traité CE, pour des raisons tenant à la protection de la santé publique. L'Avocat général Tesauro avait notamment insisté dans cette affaire sur le caractère indirect et neutre des effets restrictifs de cette législation (voir spéc. point 13, p. I-2917, de ses conclusions, *précitées*, note 1117).

¹³⁹⁹ Aff. C-362/88, *Rec.* 1990, p. I-667. Cette mesure n'a pu être justifiée par la protection des consommateurs, l'information des consommateurs constituant justement, selon la Cour, une des exigences principales de cette protection.

publicité commerciale concernant une offre spéciale d'achat) ; du 12 décembre 1990, *SARPP*¹⁴⁰⁰ (législation française interdisant, dans l'étiquetage et l'emballage des édulcorants de synthèse, ainsi que dans la publicité de ce produit, toute indication évoquant le mot sucre ou ses caractéristiques) ; du 25 juillet 1991, *Aragonesa*¹⁴⁰¹ (interdiction sur le territoire de la Catalogne de la publicité sur les boissons alcooliques à partir d'un certain titre alcoométrique) ; et du 18 mai 1993, *Yves Rocher*¹⁴⁰² (concernant l'interdiction allemande de toute publicité accrocheuse utilisant les comparaisons des prix).

La jurisprudence de la Cour relative à l'article 28 du traité CE est donc traversée, durant la décennie des années quatre-vingts et jusqu'au début des années quatre-vingt-dix, par de multiples courants qui semblent irréconciliables. En effet, ainsi que le souligne J. Steiner, « GB INNO-BM, Torfaen, and Conforama et *Merchandise suggest that measures which result in some reduction in the volume of imports of a particular product will bring Article 30 [actuel 28] into play. Yet the rules in Blesgen, Oebel, Forest, and Quietlynn too were capable of effecting some reduction in the volume of imports overall, although evidence was not adduced to that effect. They too affected marketing opportunities for the imported products. Conversely, the reasoning in Blesgen, Oebel, and Quietlynn that trade between Member States "remained possible at all times" could equally have applied in Torfaen and Conforama. The ambivalence of the Court in this area and its tendency to a broad interpretation of Article 30 [28] is understandable.* »¹⁴⁰³ Et l'Avocat général Tesauo avouait, dans ses conclusions dans l'arrêt *Hünermund*, ne pas parvenir « à distinguer le moindre élément qui permette d'expliquer l'approche différente utilisée par la Cour » dans

¹⁴⁰⁰ Aff. C-241/89, *Rec.* 1990, p. I-4695. La législation française a été qualifiée par la Cour de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative interdite par l'article 28 du traité CE. La Cour n'a pas accueilli les motifs justificatifs invoqués tenant à la concurrence déloyale ou à la protection de la santé publique.

¹⁴⁰¹ Arrêt du 25 juillet 1991, *Aragonesa de Publicidad Exterior et Publivia*, aff. jointes C-1/90 et C-176/90, *Rec.* 1991, p. I-4151. Cette interdiction a été admise en vertu de la protection de la santé publique prévue à l'article 30 du traité CE.

¹⁴⁰² Aff. C-126/91, *Rec.* 1993, p. I-2361. La législation allemande a été considérée par la Cour, suivant en cela les conclusions de l'Avocat général Darmon, comme non proportionnée aux objectifs poursuivis, soit la protection des consommateurs et la loyauté des transactions commerciales. En effet, d'une part, la protection des consommateurs pouvait être atteinte par des mesures restreignant d'une manière moindre les échanges intracommunautaires. D'autre part, les comparaisons des prix exactes ne faussaient en rien les conditions de la concurrence.

¹⁴⁰³ J. STEINER, *loc. cit.*, note 1096, 757-758 (notes de bas de pages omises). L'Avocat général Darmon, dans ses conclusions dans l'arrêt *Krantz* (*précitées*, note 1114, pt 15, p. 592) avait également relevé la similarité des législations nationales en cause dans les arrêts *Blesgen* et *Forêt*, d'un côté, et dans les arrêts *Cinéthèque* (apprécié plus loin) et *Torfaen*, de l'autre, et leur traitement différent par la Cour.

ces différents arrêts¹⁴⁰⁴. J'avancerai toutefois une explication reposant sur l'élément conjoncturel.

B. Le contexte conjoncturel comme élément explicatif

1/ Les pouvoirs réglementaires résiduels des États membres comme limites au domaine d'application de l'interdiction des mesures d'effet équivalent

a) le courant jurisprudentiel issu de l'arrêt *Oebel*

Les arrêts *Oebel* et *Blesgen* semblent intégrer les préoccupations, davantage sociales, de l'époque. Il n'est pas anodin, selon moi, que le terme « choix social » apparaisse en 1981 dans l'arrêt *Oebel*¹⁴⁰⁵ à une époque où la vague néolibérale n'a pas encore, hormis le Royaume-Uni de Margaret Thatcher, touché les pays européens¹⁴⁰⁶. Et la Cour n'hésite pas à faire référence à l'amélioration des conditions de travail¹⁴⁰⁷. Si l'on compare cette formulation avec celle employée par la suite dans la jurisprudence sur le commerce le dimanche, à partir de 1989, les différences bien que subtiles sont néanmoins révélatrices. Elles traduisent le passage du temps et plus précisément la substitution d'un courant idéologique par un autre. Dans ces derniers arrêts, s'étalant de la fin 1989 à la fin 1992 – alors que les États membres rompent avec les politiques redistributives de l'État-providence – le terme « choix social » disparaît des motifs relatifs à la justification de la mesure

¹⁴⁰⁴ Point 23, p. I-6811 de ses conclusions *précitées*, note 1063. Il ajoutait : « [e]n effet, nous observons que tant l'interdiction de vente d'articles pornographiques dans des établissements non autorisés que celle de médicaments en dehors des pharmacies se traduisent par une canalisation des ventes. Et de même, aussi bien la mesure attaquée dans l'affaire *Oebel* que celles visées dans les affaires concernant l'ouverture des magasins le dimanche impliquent l'impossibilité de vendre à des heures déterminées [...] ».

¹⁴⁰⁵ Au point 12, p. 2008, de l'arrêt du 14 juillet 1981, *Oebel*, *précité*, note 1322, la Cour affirme en effet : « [o]n ne saurait contester que l'interdiction de fabrication avant quatre heures du matin dans le secteur de la boulangerie et de la pâtisserie, [...], constitue un *choix* de politique économique et *sociale* légitime conforme aux objectifs d'intérêt général poursuivis par le traité. » (italiques ajoutés).

¹⁴⁰⁶ On notera que, dans l'affaire *Oebel*, le gouvernement allemand, pour défendre sa législation, invoquait l'argument « d'une humanisation bien comprise du travail » (*cf.* le rapport d'audience de l'arrêt, *précité*, note 1322, p. 1998); une argumentation caractéristique de l'époque de l'État-providence. Il en va de même pour l'argument du gouvernement français. Ce dernier soutenait que « [l]es règles relatives à la libre circulation des produits ne sauraient avoir pour effet de compromettre directement ou indirectement la réalisation des objectifs sociaux du traité [référence aux chapitres du traité consacrés à la politique sociale] comme ce serait le cas si une réglementation du travail protectrice des salariés pouvait être déclarée inapplicable au nom des prescriptions des article 30 [actuel 28] et suivants du traité. » (*cf.* le rapport d'audience de l'arrêt, *précité*, note 1358, p. 2004).

¹⁴⁰⁷ Au point 12, p. 2008, de l'arrêt du 14 juillet 1981, *Oebel*, *précité*, note 1322, la Cour constate en effet que la législation allemande « [...] vise à améliorer les conditions de travail dans un secteur notoirement sensible qui est caractérisé, du point de vue du processus de production, par des

nationale¹⁴⁰⁸ et ce, bien qu'il eût été, particulièrement dans les arrêts *Conforama* et *Marchandise*¹⁴⁰⁹, plus approprié que le terme « choix politiques et économiques ». La Cour ne fait également plus mention des conditions de travail, préférant référer à des « particularités socio-culturelles nationales ou régionales »¹⁴¹⁰.

L'ancien juge et président de la Cour de justice, Ole Due, note, pour sa part, que ces arrêts, fondés sur des motivations *ad hoc*, « semblaient [...] indiquer que la Cour était à la recherche d'un critère permettant d'échapper aux conséquences d'une application extensive de la définition Dassonville »¹⁴¹¹ (et notamment au test de proportionnalité de la jurisprudence *Cassis de Dijon*¹⁴¹²). On relève chez la Commission¹⁴¹³, dans l'affaire *Oebel*, le même souci de protéger une telle réglementation nationale d'une application trop étendue de l'article 28 du traité CE. La Commission soulève en effet l'absurdité d'une qualification de la législation allemande de mesure d'effet équivalent : « [i]l faudrait [alors] considérer qu'en définitive toute réglementation du temps de travail restreint ou est de nature à restreindre l'activité économique »¹⁴¹⁴. Ces différentes considérations expliquent peut-être pourquoi certains auteurs ont interprété l'arrêt *Oebel* comme énonçant une nouvelle exigence

particularités tenant tant à la qualité des produits qu'aux habitudes des consommateurs. » (italiques ajoutés).

¹⁴⁰⁸ Dans l'arrêt *Marchandise*, précité, note 1324, p. I-1042, au point 19, à la question de savoir si la législation britannique devait également être appréciée au regard des articles 46 à 55 du traité CE (anciens articles 59 à 66 du traité CEE), la Cour a mentionné qu'il s'agissait d'« une réglementation concernant les modalités d'exercice des activités de vente au détail qui poursui[va]it un *objectif de protection sociale* » (italiques ajoutés), devant dès lors être examinée au regard de l'article 28 du traité CE. Mais elle s'est gardée de faire de cet « objectif de protection sociale » une cause de justification dans le cadre de l'article 28 du traité.

¹⁴⁰⁹ À la différence des arrêts *Torfaen*, puis *B & Q*, *Payless* et *Anders*, dans lesquels était en cause la législation britannique régissant les heures d'ouverture des commerces de détail, les arrêts *Conforama* et *Marchandise* portaient sur des réglementations du travail française et belge interdisant l'emploi de travailleurs salariés le dimanche (ou après 12 h). La chaîne commerciale *Conforama* était d'ailleurs poursuivie par le syndicat français CGT pour le non-respect des dispositions concernées du code du travail français.

¹⁴¹⁰ Dans ces arrêts, précités, note 1359, la Cour précise qu'il s'agit de choix politiques et économiques en ce que les réglementations nationales qui restreignent l'ouverture des magasins le dimanche « visent à assurer une répartition des heures de travail et de repos adaptée aux particularités socio-culturelles nationales ou régionales. »

¹⁴¹¹ O. DUE, *loc. cit.*, note 1084, 280.

¹⁴¹² O. DUE, *loc. cit.*, note 1175, 24-25. Il est intéressant de relever que pour l'ancien juge, qui présidait la Cour lorsque celle-ci a rendu son célèbre arrêt *Keck et Mithouard*, ces décisions allaient clairement dans la même direction que ce dernier arrêt.

¹⁴¹³ La Commission était alors représentée par le conseiller juridique Rolf Wägenbaur en qualité d'agent.

¹⁴¹⁴ La Commission estime plutôt que la législation nationale n'excède pas les effets propres d'une réglementation de commerce, conformément à l'article 3 de sa directive 70/50/CEE, précitée, note 1036 (*cf.* le rapport d'audience de l'arrêt, précité, note 1358, p. 2004).

impérative tenant à la protection des travailleurs ou à l'amélioration des conditions de travail ¹⁴¹⁵.

Dans l'arrêt *Blesgen*, sans toutefois le reprendre à son compte dans la motivation de l'arrêt, la Cour a rappelé longuement – et uniquement – l'argument du gouvernement belge selon lequel sa législation constituait « un choix de politique sociale légitime ». Et la référence expresse à l'article 3 de la directive 70/50/CEE de la Commission ¹⁴¹⁶ peut s'interpréter comme un rappel de la présomption de légalité avec l'article 28 du traité CE que la Commission attache aux mesures indistinctement applicables ¹⁴¹⁷.

Le nombre limité des arrêts relevant de ce courant jurisprudentiel n'enlève en rien de son importance, car les arrêts *Oebel* et *Blesgen* ont été rendus par la Cour plénière ¹⁴¹⁸. Ces arrêts, avec l'arrêt *Quietlynn*, ont été, de plus, très souvent cités par la suite par les avocats généraux « dissidents ». Par ailleurs, l'admission de considérations sociales est également présente à cette époque dans la jurisprudence de la Cour relative à la libre circulation des services ¹⁴¹⁹. Certes on pourrait objecter que l'arrêt *Oosthoek*, favorable au libre-échange intracommunautaire, a été prononcé la même année que l'arrêt *Blesgen*, mais la solution alors choisie par la Cour pourrait s'expliquer par l'absence d'enjeux sociaux en l'espèce.

¹⁴¹⁵ Voir, *supra*, note 1321 et mes commentaires pages 300-301.

¹⁴¹⁶ Cf., *supra*, note 1362.

¹⁴¹⁷ R. KOVAR, *loc. cit.*, note 1119, 216. Sur la présomption de légalité que la Commission reconnaît à ce type de législation, voir *supra*, page 281.

¹⁴¹⁸ À neuf et onze juges respectivement, soit en petit et grand plénum. Par comparaison, les arrêts *Forêt* et *Quietlynn* ont été rendus à cinq juges (respectivement par la cinquième et sixième chambre). Il s'agit d'arrêts d'importance secondaire. Le suivi de la « solution *Oebel-Blesgen* » dans l'arrêt *Quietlynn* peut se comprendre au regard des conclusions de l'Avocat général Lenz (*précitées*, note 1115) – presque reprises mots pour mots par la Cour – et de la position critique de la Commission (représentée par son agent E. White : voir *supra*, page 247). Le fait que cet arrêt soit entièrement basé sur les arrêts *Oebel* et *Blesgen* lui a d'ailleurs valu d'être critiqué par Peter Olivier (*op. cit.*, note 1037, p. 99), ainsi que par Laurence W. Gormley (*loc. cit.*, note 1143, 828-830), auteur favorable à une interprétation large de l'article 28 du traité CE.

¹⁴¹⁹ L'Avocat général Van Gerven, dans ses conclusions dans l'arrêt *B & Q* (*précitées*, note 1349, point 15, p. I-6472), cite deux exemples : l'arrêt *Koestler* (du 24 octobre 1978, aff. 15/78, *Rec.* 1978, p. 1971, point 5), dans lequel la Cour a admis « pour des raisons tenant à l'ordre social » une législation qui excluait les poursuites judiciaires fondées sur une créance de jeu, et l'arrêt *Webb* (du 17 décembre 1981, aff. 279/80, *Rec.* 1981, p. 3305, points 18 et 19), dans lequel la Cour a jugé admissible, car constituant un choix politique légitime effectué dans l'intérêt général, un régime d'autorisation pour la mise à disposition de main-d'œuvre sur le territoire d'un État membre afin de préserver les « bonnes relations sur le marché de l'emploi » ou « les intérêts légitimes des travailleurs concernés ».

b) la délimitation du champ d'application de l'article 28 du traité CE par le critère de la discrimination

Dans l'arrêt *Blesgen* la Cour avait aussi appliqué, bien que de manière plutôt équivoque, le critère de la discrimination comme limite à la portée de l'article 28 du traité CE ¹⁴²⁰. On retrouve une approche semblable, mais à l'égard, cette fois, de mesures ne régissant pas la commercialisation des produits, vis-à-vis des régimes de prix contrôlés. En effet, la doctrine s'entend, dans l'ensemble, pour dire que les réglementations nationales de fixation des prix ont fait l'objet d'une application restreinte de la formule *Dassonville*, fondée sur le critère de la discrimination ¹⁴²¹. De manière générale, la Cour a ainsi considéré que les dispositions nationales en matière de prix, applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, ne constituaient pas en soi des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives. Il n'en allait autrement que si elles discriminaient matériellement les produits importés, en rendant l'écoulement des produits importés impossible ou plus difficile que celui des produits nationaux ¹⁴²². Cette jurisprudence, commencée dans les années soixante-dix, a été maintenue par la Cour durant les décennies suivantes. La sensibilité particulière de ce type de réglementations au regard de l'exercice de la souveraineté nationale est sans doute à l'origine de cette solution jurisprudentielle qui leur est propre ¹⁴²³.

Le recours au critère de la discrimination, très explicite cette fois, dans l'arrêt *Duphar* du 7 février 1984 ¹⁴²⁴, peut également être déterminé par cette raison. Était en cause, dans cette affaire, le domaine politiquement délicat de la sécurité sociale et, plus précisément, une mesure néerlandaise d'assainissement du budget de la sécurité sociale. Cette mesure interdisait de rembourser certains médicaments alors que l'essentiel de la consommation médicamenteuse était importé. La Cour, siégeant en formation plénière, a estimé, d'une part,

¹⁴²⁰ Voir *supra*, notes 1362 et 1365.

¹⁴²¹ Voir, par exemple, C. W. A. TIMMERMANS, *loc. cit.*, note 1122, 283 ; J. BOULOUIS et R.-M. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 1045, pp. 20-21 ; F. PICOD, *op. cit.*, note 1042, pp. 163-173 ; P. OLIVER, *op. cit.*, note 1037, p. 95, ainsi que les conclusions de l'Avocat général G. TESAURO dans l'arrêt *Hünermund*, précitées, note 1063, pp. I-6805 et I-6806.

¹⁴²² Voir, par exemple, les arrêts du 16 novembre 1977, *GB-Inno/ATAB*, aff. 13/77, *Rec.* 1977, p. 2115 ; du 24 janvier 1978, *Van Tiggele*, aff. 82/77, *Rec.* 1978, p. 25 ; du 6 novembre 1979, *Danis*, aff. 16-20/79, *Rec.* 1979, p. 3327.

¹⁴²³ Voir, à l'appui de ce point de vue, Damian CHALMERS, « Repackaging the Internal Market – The Ramifications of the *Keck* Judgment », (1994) *European Law Review* 385, 388-389, qui relève que « [...] traditionally, price controls have been perceived to form an integral part of the economic policies of the Member States ».

¹⁴²⁴ Précité, note 1248.

qu'« il faut reconnaître que le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale et pour prendre, en particulier, des dispositions destinées à régler la consommation de produits pharmaceutiques dans l'intérêt de l'équilibre financier de leurs régimes d'assurance de soins de santé. »¹⁴²⁵ La Cour a considéré, d'autre part, que si de telles dispositions « peuvent influencer indirectement les possibilités d'importation », néanmoins « une législation du type de celle en cause ne saurait être considérée en elle-même comme constituant une restriction à la liberté d'importation garantie par l'article 30 [actuel 28] du traité [...] si la détermination des médicaments exclus a lieu sans discrimination en ce qui concerne l'origine des produits »¹⁴²⁶. Les positions de l'Avocat général Mancini ou de la Commission¹⁴²⁷ dans cette affaire traduisent également une volonté évidente de ne pas faire tomber cette législation dans le champ de l'interdiction des mesures d'effet équivalent, au besoin en prenant certaines libertés avec l'interprétation restrictive donnée par la Cour à l'article 30 (ex-article 36) du traité CE¹⁴²⁸.

Cet arrêt a été interprété de manière très variable. Si certains l'ont rapproché des arrêts *Oebel* et *Blesgen* et de la jurisprudence sur le régime des prix¹⁴²⁹, d'autres, au contraire, y ont vu l'application de l'article 28 du traité CE au domaine de la sécurité sociale¹⁴³⁰. Pour d'autres encore la Cour a reconnu implicitement une exigence impérative tenant à l'assainissement des finances publiques¹⁴³¹. Selon moi, cet arrêt constitue en quelque sorte un condensé des oppositions idéologiques alors présentes au milieu des années quatre-

¹⁴²⁵ *Id.*, point 16, p. 541.

¹⁴²⁶ *Id.*, points 18, 20 et 22, pp. 541 et 542.

¹⁴²⁷ La Commission (représentée par le conseiller juridique Rolf Wägenbaur en qualité d'agent) estimait que la législation néerlandaise constituait une mesure d'effet équivalent, mais qu'elle était justifiée par une exigence impérative, soit la nécessité d'assainir la gestion financière des régimes de sécurité sociale (voir, *id.*, point 13, p. 539).

¹⁴²⁸ L'Avocat général Guiseppe Federico MANCINI, dans ses conclusions présentées le 14 septembre 1983 dans l'arrêt *Duphar*, *Rec.* 1984, p. 546, au point 5, pp. 549-552, avait proposé à la Cour d'admettre cette législation, poursuivant pourtant un objectif économique (soit l'assainissement du budget de la sécurité sociale), en vertu de la protection de la santé publique prévue à l'article 30 du traité CE, objectif également poursuivi par la législation néerlandaise. L'Avocat général arguait du fait qu'une interprétation trop rigoureuse de l'article 30 du traité CE aurait pour effet de faire de la protection de la santé publique « une mystification ». La Cour ne l'a toutefois pas suivi sur ce point : voir *supra*, page 285.

¹⁴²⁹ Voir D. CHALMERS, *loc. cit.*, note 18, 276-277 et 285.

¹⁴³⁰ Voir, par exemple, Laurence IDOT, (juin 1998) *Europe comm.* 191 (à propos des arrêts *Decker* et *Kohll* vus dans le cadre de la jurisprudence post-*Keck* et *Mithouard*).

¹⁴³¹ Voir, par exemple, A. MATTERA, *op. cit.*, note 1015, p. 273 ; D. SIMON, *loc. cit.*, note 1218, 155, note 39 ; F. PICOD, *op. cit.*, note 1042, p. 266. Je ne partage toutefois pas cette interprétation. La Cour semble plutôt avoir voulu éviter de procéder au test de proportionnalité (comme l'implique la théorie des exigences impératives) en recourant au critère de la discrimination. N. BERNARD, *loc. cit.*, note 1167, est du même avis.

vingts. D'un côté, la Cour opte pour une interprétation étroite de l'article 28 du traité CE, basée sur la discrimination, afin d'admettre une telle législation au regard des règles sur la libre circulation. De l'autre, l'assainissement des finances publiques – élevé par certains auteurs au statut d'exigence impérative – relève plutôt d'une logique néolibérale et illustre la tendance au désengagement de l'État ¹⁴³². On notera à cet égard qu'à peine plus de deux mois plus tôt, dans l'arrêt *Roussel* ¹⁴³³, la Cour avait reconnu à titre d'exigence impérative la lutte contre l'inflation, autre dogme néolibéral. L'arrêt *Duphar* m'apparaît donc être à la charnière de deux époques.

c) les auditoires entendus par la Cour

Si l'on s'attarde aux auditoires concernés par ces arrêts, on constate que la Cour, dans ces décisions, est attentive, à des degrés variables, aux choix économiques et sociaux des États membres. Elle prend en outre en considération les ressortissants communautaires et ce, particulièrement dans leur statut de travailleurs protégés, ainsi que les opérateurs économiques de petite taille. Ces deux auditoires sont alors privilégiés sur celui des opérateurs de grande dimension ¹⁴³⁴.

Peu de temps après, le large degré d'appréciation laissé aux États membres relativement à leurs compétences réglementaires, qui caractérise les arrêts *Oebel* et *Blesgen*, sera très clairement abandonné, malgré les tentatives de certains avocats généraux de le ressusciter à l'occasion.

2/ La portée extensive de l'article 28 du traité CE comme instrument au service du marché unique

La première atteinte à la position jurisprudentielle adoptée par la Cour dans ses arrêts *Oebel* et *Blesgen* se concrétise, selon moi, avec l'explicite rejet de la « théorie de minimis » dans les arrêts *Prantl* du 13 mars 1984 et *Van de Haar* du 5 avril 1984 ¹⁴³⁵.

¹⁴³² F. PICOD, *op. cit.*, note 1042, p. 266 note d'ailleurs que « [c]ette préoccupation visant l'équilibre financier est [depuis la signature du traité de Maastricht et non au moment de l'arrêt *Duphar*] d'autant plus légitime au regard du droit communautaire que les États membres se sont engagés, en vertu du traité sur l'Union européenne, à éviter de manière générale "les déficits publics excessifs". »

¹⁴³³ *Précité*, note 1312.

¹⁴³⁴ Dans l'affaire *Oebel*, la législation allemande cherchait à protéger le secteur artisanal de la boulangerie de la vive concurrence que lui faisait l'industrie dans ce domaine.

¹⁴³⁵ *Précités*, notes 1234 et 1233. Le point 13 des motifs de l'arrêt *Van de Haar*, pp. 1812-1813, selon lequel « [l]orsqu'une mesure nationale est susceptible d'entraver les importations, elle doit être qualifiée de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative, même si l'entrave est faible et s'il

La seconde, et principale, atteinte au courant jurisprudentiel issu des arrêts *Oebel* et *Blesgen* réside dans le champ d'application extrêmement large donné par la Cour à l'article 28 du traité CE. Cela s'est fait en deux étapes, qui s'analyse chacune comme une extension de la portée de l'interdiction des mesures d'effet équivalent. La première étape intervient en juillet 1985, avec l'arrêt *Cinéthèque*, et reste dans le cadre de la jurisprudence classique *Dassonville - Cassis de Dijon*. La seconde se réalise quelques années plus tard, avec l'arrêt *Torfaen* en novembre 1989, et s'écarte des points de référence habituels. Toutefois, avant d'aborder plus en détails ces deux étapes, je m'attarderai sur une importante décision rendue par la Cour six mois plus tôt. Ce jugement traduit le ralliement de la Cour ou, à tout le moins, d'un nombre important de juges européens, à la nouvelle idéologie. Il s'agit de l'arrêt du 10 janvier 1985, *Edouard Leclerc/Au blé vert*, appelé aussi *Leclerc-livres*¹⁴³⁶, délibéré en formation plénière (petit plénum), qui introduit un certain rapprochement entre les règles communautaires de la libre circulation et celles de la concurrence au profit du marché intérieur.

a) le rapprochement des règles de la libre circulation et de la concurrence en faveur du marché intérieur : l'arrêt *Leclerc-livres*

L'arrêt *Leclerc-livres* concernait la réglementation française sur le prix du livre : par la « Loi Lang », la France imposait aux éditeurs de fixer le prix de vente au détail de chaque livre et aux librairies de respecter ce prix (avec un possible rabais allant jusqu'à 5 %). Dans cet arrêt, d'une part, la Cour a posé un principe qui, pour certains, « porte atteinte au cœur même de la souveraineté étatique en matière d'intervention économique »¹⁴³⁷. D'autre part, la Cour a fait prévaloir la libre concurrence sur la protection de la culture. Je n'entrerai pas dans le détail des faits de cette décision¹⁴³⁸, pour indiquer simplement que la Cour a admis

existe d'autres possibilités d'écoulement des produits importés » (italiques ajoutés), semble contredire particulièrement la solution des arrêts *Blesgen* et *Quietlynn*.

¹⁴³⁶ Arrêt du 10 janvier 1985, *Edouard Leclerc/Au blé vert* (dit aussi *Leclerc-livres*), précité, note 1245.

¹⁴³⁷ Pedro CABRAL, *Réglementations étatiques anticoncurrentielles : l'activité normative des États membres de la Communauté européenne face aux articles 3 g), 5 et 85 du Traité* (p. 32 du texte publié à l'adresse Internet suivante : <http://www.gddc.pt/atividade-editorial/pdfs-publicacoes/7374-a.pdf>; ce texte reprend pour l'essentiel le mémoire de DEA de l'auteur, présenté en mai 1997). Plus nuancé, M. WAELBROECK, *loc. cit.*, note 1035, 1303, juge néanmoins que « [l']arrêt *Leclerc* du 10 janvier 1985 a clairement établi le principe selon lequel la combinaison de l'article 3 (f) et de l'article 5 [actuel article 10], alinéa 2 avec les articles 85 et 86 [actuels 81 et 82] du traité entraîne l'interdiction pour les États membres d'utiliser leurs pouvoirs d'intervention en matière économique de manière à porter atteinte à l'effet utile des règles de concurrence. »

¹⁴³⁸ Voir, pour plus d'informations sur cet arrêt, le juge Yves GALMOT et le référendaire à la Cour de justice Jacques BIANCARELLI, « Les réglementations nationales de prix au regard du droit

dans cet arrêt la possibilité d'appliquer à l'action des États les articles 81 et 82 [ex-articles 85 et 86], soit les règles communautaires de concurrence applicables aux entreprises, conjointement avec l'article 10 [ex-article 5] du traité CE (obligation de loyauté communautaire)¹⁴³⁹. De plus, elle s'interrogeait – sans y répondre – sur la question de savoir si une législation nationale qui rend inutiles des comportements d'entreprises du type interdit par l'article 81 (ex-article 85) du traité CE porte atteinte à l'effet utile de cet article et est par conséquent contraire à l'article 10 (ex-article 5)¹⁴⁴⁰. La Commission estimait pourtant dans cette affaire que les articles 3, sous f), 10 [ex-article 5] et 81 [ex-article 85] du traité ne devaient pas être interprétés comme privant les États membres de tout pouvoir dans le domaine économique en leur interdisant d'intervenir dans le libre jeu de la concurrence. Pour la Commission, « toute mesure de l'État en matière économique aurait pour effet de fausser la concurrence. Estimer que l'article 5 [actuel 10] interdit de telles mesures équivaldrait à considérer que les États ne peuvent plus légiférer dans le domaine économique. »¹⁴⁴¹ La compatibilité de la réglementation française avec le traité ne devait, dès lors, être appréciée que sous l'angle de l'article 28 du traité selon la Commission¹⁴⁴². Ce point de vue a été par ailleurs amplement développé par le conseiller juridique à la Commission, Giuliano Marengo, pour lequel la conception qui sous-tend l'interprétation ainsi donnée par la Cour « entre en

communautaire », (1985) 2 *Revue trimestrielle de droit européen* 269, 297-306 ; le juge René JOLIET, « Réglementations étatiques anticoncurrentielles et droit communautaire », (1988) *Cahiers de droit européen* 363, 367-371 ; Michel WAELBROECK, « Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE », dans F. CAPOTORTI, C.-D. EHLERMANN, J. FROWEIN, F. JACOBS, R. JOLIET, T. KOOPMANS et R. KOVAR (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration : Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, p. 781, aux pages 790-797.

¹⁴³⁹ Ce faisant la Cour reprend une solution qu'elle avait déjà admise dans l'arrêt *GB-Inno/ATAB*, précité, note 1422, contrairement à l'opinion exprimée par l'Avocat général de cette affaire, Gerhard REISCHL (voir ses conclusions présentées le 21 septembre 1977, *Rec.* 1977, p. 2153, spéc. pp. 2166 et 2167). Or, non seulement cet arrêt était resté isolé, mais encore la Cour était revenue à plusieurs reprises sur ses positions antérieures (soit la non-application aux États membres des règles de concurrence concernant le comportement des entreprises). Elle avait été particulièrement explicite à cet égard dans son arrêt *Van de Haar*, précité, note 1233, point 24, pp. 1815 et 1816, que vient par conséquent contredire, moins d'un an plus tard, l'arrêt *Leclerc-livre* (au point 13). Voir, sur la jurisprudence postérieure à l'arrêt *GB-Inno/ATAB*, Y. GALMOT et J. BIANCARELLI, *loc. cit.*, note 1438, 293-296 ; ainsi que P. CABRAL, *loc. cit.*, note 1437, 21.

¹⁴⁴⁰ Point 15 de l'arrêt *Leclerc-livres*, précité, note 1245. Aussi certains ont-ils interprété cet arrêt comme une reconnaissance implicite par la Cour de l'applicabilité de l'article 81, lu conjointement avec les articles 3 f) et 10 du traité, aux mesures étatiques restrictives de la concurrence en l'absence même de tout comportement anticoncurrentiel des entreprises. Pour P. CABRAL, *loc. cit.*, note 1437, 31, par exemple, le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Leclerc-livres* va très loin : « [i]l paraît maintenant suffisant, pour que la mesure puisse être considérée comme contraire au droit communautaire de la concurrence, d'établir une sorte de rapport de substitution entre la mesure étatique et une potentielle entente dans le secteur en cause, sans qu'aucun lien entre le comportement des entreprises et la réglementation nationale ou même l'existence de cette entente ne soient exigés. »

¹⁴⁴¹ Arrêt *Leclerc-livres*, précité, note 1245, p. 22 (présentation des observations de la Commission).

¹⁴⁴² Voir *id.*, le point 12 de l'arrêt *Leclerc-livres*, qui rappelle le point de vue de la Commission.

conflit avec la neutralité du traité à l'égard des choix de doctrine économique de la part des États membres. Ceux-ci ne sont pas tenus par le traité de donner la préférence au libéralisme économique par rapport au dirigisme public. »¹⁴⁴³ Pour Giuliano Marenco, on ne pouvait en outre mettre sur le même pied les États et les entreprises : les premiers, lorsqu'ils restreignent la concurrence le font dans l'intérêt du public, alors que les secondes n'agissent que dans leur propre intérêt et dans un but de profit¹⁴⁴⁴. Giuliano Marenco s'est ainsi fortement opposé à la position adoptée par la Cour et défendue notamment par le juge Pierre Pescatore¹⁴⁴⁵. Il vaut la peine de reproduire ici ses commentaires : « *Judge Pescatore's theory purports to deprive Member States of their regulatory powers in economic matters. This theory carries with it two sets of values, one relating to the need to accelerate the political integration of Western Europe, the other involving a preference for laissez-faire over government economic interventionism (the first presumably being Judge Pescatore's prime motivation).* »¹⁴⁴⁶ Par ailleurs, « et le fait mérite d'être relevé [comme le souligne le juge René Joliet], la Commission [à l'époque] n'a jamais pris l'initiative d'attaquer directement un État en raison d'une réglementation anticoncurrentielle. »¹⁴⁴⁷

Sont également révélatrices des considérations idéologiques sous-jacentes dans cette affaire les conclusions de l'Avocat général Marco Darmon, lequel avait clairement pris position contre l'application de la libre concurrence dans le secteur spécifique du livre. En effet, après avoir insisté sur le fait que le domaine de la politique culturelle relevait des compétences propres des États membres, l'Avocat général constatait une volonté dans les États membres comme au Parlement européen de soustraire les livres « au jeu des forces du marché libre » afin de « [...] préserver le livre et, à travers lui, la création littéraire, donc la culture des pays qui composent la Communauté. On ne peut dès lors aborder un tel enjeu en

¹⁴⁴³ Voir Giuliano MARENCO, « Le traité interdit-il aux États membres de restreindre la concurrence ? », (1986) *Cahiers de droit européen* 285, 294.

¹⁴⁴⁴ Giuliano MARENCO, « Mesures étatiques et liberté de concurrence », (1984) *Revue trimestrielle de droit européen* 527, 534.

¹⁴⁴⁵ Voir Pierre PESCATORE, « Public and Private Aspects of European Community Competition Law », (1987) 10 *Fordham International Law Journal* 373. Pierre Pescatore était juge à l'époque de l'arrêt *Leclerc-livres*. Bien qu'il n'ait pas siégé dans cette affaire, il approuvait néanmoins la solution adoptée par la Cour. Ont également soutenu la position de la Cour dans leurs écrits, le juge Yves Galmot (voir Y. GALMOT et J. BIANCARELLI, *loc. cit.*, note 1438, 299-305) et le juge René Joliet (voir, *loc. cit.*, note 1438, 370-371).

¹⁴⁴⁶ Giuliano MARENCO, « Competition Between National Economies and Competition Between Business – A Reponse to Judge Pescatore », (1987) 10 *Fordham International Law Journal* 420, spéc. 442.

¹⁴⁴⁷ R. JOLIET, *loc. cit.*, note 1438, 364. Le juge nous apprend par contre que la Commission, dans son *Quinzième rapport sur la politique de concurrence* (Bruxelles, 1985, p. 103) (préparé par la Direction générale « Concurrence »), avait exprimé son intention de faire en sorte que le principe de la libre concurrence soit respecté par les États membres.

simples termes de marché. Le choix est donc à faire entre un risque hypothétique d'ordre économique et un risque certain de nature culturelle. »¹⁴⁴⁸ Or il est intéressant de relever que la Cour a insisté au contraire sur l'objectif, visé aux articles 2 et 3 du traité, de « la création d'un marché où les marchandises circulent librement dans des conditions de concurrence non faussées », cet objectif étant, selon la Cour, assuré tant par les règles relatives à la libre circulation des produits (applicables aux États membres) que par les règles de concurrence¹⁴⁴⁹. En l'espèce, la Cour n'a toutefois pas condamné la législation française en application des règles de concurrence¹⁴⁵⁰, mais plutôt en vertu de l'article 28 du traité CE¹⁴⁵¹. Aussi Giuliano Marengo a-t-il vu dans l'interrogation de la Cour sur la portée des articles 81 et 10 du traité CE « une concession faite à une opinion minoritaire de la Cour, tenant pour ainsi dire lieu de *dissenting opinion* »¹⁴⁵².

Pour conclure sur l'arrêt *Leclerc-livres*, cette décision met à nu les oppositions palpables au sein de la Cour ainsi qu'entre celle-ci, d'un côté, et la Commission et l'Avocat général, de l'autre, les arguments de ces derniers appartenant à une époque qui s'achève. Il reste que cette décision, particulièrement favorable au marché intérieur, intervient parallèlement à l'annonce faite par le président de la Commission, Jacques Delors, de son intention d'accélérer la réalisation du marché unique¹⁴⁵³. Ce soutien discret de la Cour à la

¹⁴⁴⁸ Conclusions de l'Avocat général Marco DARMON, présentées le 3 octobre 1984, dans l'arrêt *Leclerc-livres*, *Rec.* 1985, p. 2, aux pp. 15 et 16.

¹⁴⁴⁹ Point 9 de l'arrêt *Leclerc-livres*, *précité*, note 1245.

¹⁴⁵⁰ Tout en réaffirmant (au point 14 de l'arrêt) le principe énoncé dans l'arrêt *GB-Inno/ATAB*, selon lequel les États membres ne devaient pas, par les réglementations qu'ils édictent, priver d'effet utile les règles de concurrence applicables aux entreprises, la Cour a préféré ne pas se prononcer sur l'application en l'espèce de ce principe (problématique en l'absence d'accords entre entreprises). La Cour a notamment prétexté l'absence de politique communautaire de concurrence dans le secteur des livres – dont la mise en place relève de la responsabilité de la Commission – que les États membres auraient été alors tenus de respecter (voir les points 18 à 20 des motifs de l'arrêt). Dans une affaire parallèle, l'arrêt du 29 janvier 1985, *Cullet/Leclerc (Leclerc-essence)*, aff. 231/83, *Rec.* 1985, p. 305, c'est le caractère davantage étatique de la législation (qui imposait des prix minimums pour l'essence) qui avait conduit à faire échapper ladite législation à l'application des articles 81 et 82 du traité CE.

¹⁴⁵¹ Sur ce point, la Cour, en accord avec la Commission, a jugé que la réglementation française imposant un prix minimal de vente aux livres édités dans un autre État membre (selon un système légèrement différent de celui prévu pour les livres édités en France) désavantageait les importations : les importateurs, ne pouvant pratiquer des prix moins élevés, seraient ainsi privés de la possibilité de pénétrer le marché français au moyen de la concurrence par les prix (point 21 de l'arrêt) (on notera que la situation était sensiblement la même pour les producteurs nationaux, mais un État membre peut désavantager ses producteurs, non les importateurs européens). Étant jugée discriminatoire, la législation française ne pouvait dès lors plus être justifiée par une exigence impérative tenant à la protection culturelle. Sur les raisons de cette décision sévère, voir Y. GALMOT et J. BIANCARELLI, *loc. cit.*, note 1438, 290-291. La Cour a également refusé une telle justification dans le cadre de l'article 30 (ex-article 36) du traité CE : voir *supra*, note 1246.

¹⁴⁵² G. MARENCO, *loc. cit.*, note 1443, 297. Voir, pour une réfutation de cette assertion, R. JOLIET, *loc. cit.*, note 1438, 370-371.

¹⁴⁵³ Voir *supra*, page 33 et note 127.

cause du marché intérieur s'est poursuivi ensuite avec l'élargissement de la portée de l'article 28 du traité CE.

b) la première extension de la portée de la prohibition des mesures d'effet équivalent : l'arrêt *Cinéthèque*

Moins d'un mois après la publication par la Commission de son livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur, l'arrêt *Cinéthèque* du 11 juillet 1985¹⁴⁵⁴ a ouvert une première brèche dans l'encadrement très informel dont faisait l'objet l'étendue de l'interdiction des mesures d'effet équivalent. Pour la première fois, la Cour, réunie également en petit plénum, a admis l'applicabilité de l'article 28 du traité CE à une législation totalement neutre à l'égard des produits importés et nationaux¹⁴⁵⁵. Était en cause une législation française qui, pour protéger la création artistique, imposait un délai d'un an avant de pouvoir commercialiser un film sous forme de vidéocassettes. L'Avocat général Sir Gordon Slynn faisait valoir, pour écarter l'application de l'article 28 du traité CE, que l'importateur de vidéocassettes était sur un pied d'égalité avec le revendeur national¹⁴⁵⁶ et que les distributeurs nationaux comme étrangers étaient soumis aux mêmes conditions commerciales. La Commission y voyait néanmoins une entrave aux échanges

¹⁴⁵⁴ *Précité*, note 1381.

¹⁴⁵⁵ Jusqu'à cet arrêt, l'application de l'article 28 du traité CE à une législation nationale totalement neutre dans ses effets restrictifs au regard de la provenance des marchandises faisait l'objet de controverses au sein de la doctrine. Un courant doctrinal, minoritaire, interprétait la jurisprudence *Cassis de Dijon* comme continuant à subordonner l'interdiction des mesures d'effet équivalent à l'existence d'une discrimination (pour des représentants de ce courant, voir essentiellement G. MARENCO, *loc. cit.*, note 1143, 296 et suiv. ; E. L. WHITE, *loc. cit.*, note 1061, 235 ; Michel WAELBROECK, « Mesures d'effet équivalent, discrimination formelle et matérielle dans la jurisprudence de la Cour de Justice », dans *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, t. 2, Anvers, Kluwer, 1983, pp. 1329-1343 (voir aussi, *loc. cit.*, note 1035, 1307-1308) ; Lucette DEFALQUE, « Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises », (1987) *Cahiers de droit européen* 471). La jurisprudence de la Cour donnait raison à ce courant minoritaire jusqu'au prononcé de l'arrêt *Cinéthèque* : voir l'ancien juge O. DUE, *loc. cit.*, note 1084, 280 et la jurisprudence citée. Pour le courant doctrinal majoritaire, depuis au moins l'arrêt *Cassis de Dijon*, le critère déterminant pour l'application de l'article 28 du traité CE était celui de l'entrave (ou de l'obstacle) aux échanges. La réglementation nationale n'avait pas à être discriminatoire ou protectionniste pour être qualifiée de mesure d'effet équivalent par la Cour ; il suffisait qu'elle ait un effet restrictif, même faible ou potentiel, sur les échanges entre les États membres. Voir, par exemple, D. MARTIN (administrateur à la Commission), « "Discriminations", "entraves" et "raisons impérieuses" dans le traité CE : trois concepts en quête d'identité », (1998) *Cahiers de droit européen* 261 et 561, spéc. 267, 274. D'ailleurs Vassilis HATZOPOULOS, *loc. cit.*, note 1214, 230-231, voit dans la « théorie des exigences impératives » la contrepartie indispensable à la sauvegarde de l'intérêt général dès lors que l'application de l'article 28 du traité CE repose sur le critère de l'entrave (et non plus sur celui de la discrimination).

¹⁴⁵⁶ Selon une formule qui est restée célèbre : « [l]e facteur qui amènera un revendeur en France à ne pas acheter à un distributeur français d'appareils vidéo (incapacité de vendre ou de louer) est identique

intracommunautaires de vidéocassettes, mais que des objectifs d'ordre culturel pouvaient légitimer. La Cour, tout en admettant la nature indistinctement applicable de la législation française et le fait qu'elle n'avait ni pour objet de régir les échanges, ni pour effet de favoriser la production nationale, a acquiescé à l'argument de la Commission. Elle a estimé que l'interdiction des mesures d'effet équivalent était en principe applicable, pour justifier, dans un second temps, la législation nationale en reconnaissant comme un objectif légitime la protection de la création cinématographique. La législation nationale tombait donc sous l'emprise de l'article 28 du traité CE, non parce que l'entrave éventuelle à la libre circulation résultait de divergences entre les législations des États membres (hypothèse envisagée par la jurisprudence *Cassis de Dijon*), mais en raison d'une réduction, fût-elle minime ou potentielle, de la possibilité de commercer (et plus précisément de vendre).

Aussi, analysant cette décision ainsi qu'une série d'arrêts¹⁴⁵⁷ ayant en commun d'interpréter l'article 28 du traité CE comme s'appliquant à des réglementations formellement et matériellement indistinctement applicables (et d'être rendus, excepté l'arrêt *Buet*, par la Cour en formation plénière, en petit plénum), l'Avocat général Van Gerven y a vu une nouvelle application de la règle *Dassonville* reposant sur le critère implicite de l'accès au marché. Dès lors que la réglementation nationale pouvait avoir pour effet de rendre l'accès au marché national plus difficile pour les entreprises des autres États membres, elle constituait une mesure d'effet équivalent¹⁴⁵⁸. Un critère donc étroitement lié au concept du marché unique, au moment où était lancé « l'objectif 1992 » pour l'achèvement du marché unique. D'ailleurs pour Wouter P. J. Wils, « [...] *the progressive abandonment, [particulièrement visible depuis l'arrêt Cinéthèque], of any clear rules which could limit the scope of application of Article 30 [actuel article 28] can be understood as reflecting an increase in the Community's state of integration.* »¹⁴⁵⁹

à celui qui le conduirait à ne pas acheter à un distributeur dans un autre État membre. » (p. 2612 de ses conclusions, *précitées*, note 1108).

¹⁴⁵⁷ Les arrêts du 23 février 1988, *Commission/France* (ou affaire des succédanés de lait en poudre et de lait concentré), aff. 216/84, *Rec.* 1988, p. 793 ; du 17 mai 1988, *Warner Brothers*, aff. 158/86, *Rec.* 1988, p. 2605 ; du 16 mai 1989, *Buet*, *précité*, note 1236 ; du 18 mai 1989, *Royal Pharmaceutical Society*, aff. 266 et 267/87, *Rec.* 1989, p. 1295. Sur ces arrêts, voir aussi M. WAELBROECK, *loc. cit.*, note 1035, 1308-1309.

¹⁴⁵⁸ Conclusions de l'Avocat général W. VAN GERVEN, dans l'arrêt *Torfaen*, *précitées*, note 1107, pp. 3875-3876, et voir *supra*, page 259.

¹⁴⁵⁹ W. P. J. WILS, *loc. cit.*, note 1352, 476 et 482.

c) le second élargissement du domaine d'application de l'article 28 du traité CE : la jurisprudence sur le commerce le dimanche

Dans l'arrêt *Torfaen* du 23 novembre 1989, la Cour a procédé à un second élargissement du champ d'application de la prohibition des mesures d'effet équivalent prévue à l'article 28 du traité CE. Elle l'a fait de manière particulièrement implicite¹⁴⁶⁰, l'application de principe de cette disposition ne se déduisant que du fait que la Cour vérifie, après un rappel de l'arrêt *Cinéthèque*, la justification de la législation sur les horaires d'ouverture des commerces le dimanche ; or un tel contrôle n'a lieu d'être qu'en cas de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative¹⁴⁶¹. Et, comme nous l'avons vu, elle l'effectue en dehors du cadre de la jurisprudence *Dassonville - Cassis de Dijon*¹⁴⁶². La Cour emploie, en outre, une formule justificative très générale¹⁴⁶³, se rapportant à « certains choix politiques et économiques tenant aux particularités socio-culturelles nationales ou régionales »¹⁴⁶⁴, qui s'accompagne d'un contrôle allégé (que certains ont même qualifié de « relâché »¹⁴⁶⁵) de la légitimité de la mesure et de sa proportionnalité.

En raison de ses particularités, cet arrêt a fait l'objet d'interprétations doctrinales extrêmement variées. Pour certains auteurs, l'arrêt *Torfaen* reflétait une certaine prudence de la part de la Cour¹⁴⁶⁶, et la solution adoptée puis développée dans la jurisprudence sur le commerce le dimanche préparait la « solution Keck »¹⁴⁶⁷. Pour d'autres, on atteignait avec cet arrêt les limites extrêmes de l'extension potentielle du champ d'application de l'article 28

¹⁴⁶⁰ Voir, par exemple, les commentaires de l'Avocat général W. VAN GERVEN, dans ses conclusions dans l'arrêt *Conforama*, précitées, note 1113, point 6, p. 1010, ou de J. STEINER, *loc. cit.*, note 1096, 757.

¹⁴⁶¹ Contrairement à l'arrêt *Cinéthèque*, la Cour ne reconnaît à aucun moment le caractère entravant de la législation nationale, mais elle apprécie néanmoins sa justification – en s'appuyant sur l'arrêt *Oebel* qui avait pourtant écarté l'application de l'article 28 du traité CE – et son caractère proportionné – en référant à l'article 3 de la directive 70/50/CEE de la Commission.

¹⁴⁶² C. BARNARD, *loc. cit.*, note 1174, 457, relève ainsi l'insistance de la Cour à référer aux termes de l'article 3 de la directive 70/50/CEE de la Commission et son refus de « parler dans le langage » de *Dassonville - Cassis de Dijon* et des exigences impératives.

¹⁴⁶³ Sur la nature particulière de cette formulation par rapport aux exigences impératives « classiques », voir notamment les conclusions de l'Avocat général W. VAN GERVEN, dans l'arrêt *Conforama*, précitées, note 1113, point 10, p. 1-1014, et F. PICOD, *op. cit.*, note 1042, pp. 263-266.

¹⁴⁶⁴ Références citées à la note 1359.

¹⁴⁶⁵ W.-H. ROTH, *loc. cit.*, note 1167, 850 dont les termes exacts sont : « a somewhat "loose" proportionality test ».

¹⁴⁶⁶ Pour un représentant de ce courant doctrinal, voir R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, pp. 112-113 et 148. Voir aussi, pour une interprétation à contre-courant de cet arrêt, L. W. GORMLEY, *loc. cit.*, note 1129, 28.

¹⁴⁶⁷ Voir R. KOVAR, *loc. cit.*, note 1119, 220 et 222 pour les arrêts *Conforama* et *Marchandise* ainsi que *B & Q*, et, dans une moindre mesure, C. BARNARD, *loc. cit.*, note 1174, 458-459, qui voit la jurisprudence sur le commerce le dimanche comme la recherche par la Cour d'une troisième voie.

du traité CE commencée avec l'arrêt *Cinéthèque*¹⁴⁶⁸. Plus aucune mesure nationale concernant la commercialisation des ventes ne semblait en effet pouvoir échapper au couperet de l'article 28 du traité CE.

Cet arrêt est particulièrement intéressant lorsqu'il est analysé dans son contexte plus large, lequel permet d'en éclairer les multiples facettes et contradictions. Parmi les éléments que l'on peut ainsi dégager, j'observe que, d'un côté, le refus de la Cour de définir *a priori* la portée et les limites de l'article 28 du traité CE, comme le lui demandait son Avocat général¹⁴⁶⁹, conférant ainsi à cette disposition une capacité d'emprise maximale, coïncidait avec l'entrée en fonction d'une nouvelle Commission. Cette nouvelle Commission, nommée le 16 décembre 1988 par des gouvernements nationaux qui se trouvaient alors majoritairement à droite sur l'échiquier politique, restait présidé par Jacques Delors, mais ce dernier était affaibli politiquement avec un collègue plus conservateur, et notamment une sous-direction aux mains de deux néolibéraux¹⁴⁷⁰.

D'un autre côté, la prise en compte par la Cour de certains choix politiques et économiques liés au contexte socio-culturel national intervenait alors que la *Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs*¹⁴⁷¹ était sur le point d'être adoptée¹⁴⁷². Et le contrôle « très superficiel »¹⁴⁷³ de la conformité de la mesure à l'article 28 du traité CE, encore assoupli par la suite avec la formulation de l'arrêt *B & Q*¹⁴⁷⁴, permettait d'admettre néanmoins la mesure litigieuse au regard des règles de la libre circulation, comme le lui demandaient notamment la Commission dans cette affaire et l'Avocat général Van Gerven. Cela permettait, du même coup, d'éviter une déréglementation au niveau national dans ce domaine¹⁴⁷⁵ que la population ne désirait pas¹⁴⁷⁶.

¹⁴⁶⁸ M. WAELBROECK, *loc. cit.*, note 1035, 1308-1309. H. RASMUSSEN, estime, quant à lui, dans son second ouvrage de 1998, *op. cit.*, note 45, p. 298, que la Cour dans cette décision « [...] metamorphosed the scope of the prohibition laid down by Article 30 against national measures producing quota-like effects in intra-Community trade and commerce into a regulatory monster of incredible proportions ».

¹⁴⁶⁹ Au point 26, pp. 3879 et 3880 des conclusions de l'Avocat général W. VAN GERVEN, dans l'arrêt *Torfaen*, précitées, note 1107.

¹⁴⁷⁰ Cf., *supra*, note 185.

¹⁴⁷¹ Cf., *supra*, page 20.

¹⁴⁷² D'après P. DIAMOND, *loc. cit.*, note 1371, 78, il semblerait que la Cour n'ait pas été indifférente à l'existence de cette Charte lors de l'arrêt *Conforama*.

¹⁴⁷³ N. BERNARD, *loc. cit.*, note 1167, 21-22.

¹⁴⁷⁴ Voir, *supra*, page 313.

¹⁴⁷⁵ Comme le souligne C. BARNARD, *loc. cit.*, note 1174, 459, « [w]hat is clear from the decision in *Stoke-on-Trent [B & Q]* is that the *Shops Act* is compatible with Article 30. This meant that the British Parliament was free to select the form of legislation it considered most appropriate when reforming

La Cour s'est toutefois gardée, comme dans l'arrêt *Oebel*¹⁴⁷⁷, de reconnaître une nouvelle exigence impérative reposant sur une cause justificative précise comme la protection des travailleurs. La partie demanderesse au principal, approuvée par l'Avocat général Van Gerven, le lui avait pourtant suggéré¹⁴⁷⁸. L'admission d'une nouvelle exigence impérative n'est en effet pas anodine puisqu'elle confère à l'objectif légitime en cause une indéniable reconnaissance prétorienne de la valeur de l'objectif poursuivi et de sa primauté sur la libre circulation des marchandises. On comprend qu'à l'époque la Cour n'ait pas voulu s'engager dans cette voie, alors qu'il lui avait été facile d'admettre comme motifs justificatifs l'environnement¹⁴⁷⁹ et la protection de la production cinématographique¹⁴⁸⁰, de nature moins polémique. Par ailleurs, soumettre ce type de réglementations à son test rigoureux de proportionnalité s'avérait politiquement périlleux pour la Cour¹⁴⁸¹, d'autant qu'il existait des législations plus libérales dans d'autres États membres.

L'arrêt *Royal Pharmaceutical Society* du 18 mai 1989¹⁴⁸², rendu six mois avant l'arrêt *Torfaen*, fournit un autre exemple des dissensions présentes à cette époque entre les différents intervenants dans la procédure contentieuse communautaire. Dans cette affaire, était en cause une règle déontologique interdisant aux pharmaciens de délivrer, sauf urgence, un médicament, même équivalent, d'une autre marque que celui prescrit. Cette règle

the Shops Act, rather than being forced down the road of total deregulation in order to comply with its European obligations. »

¹⁴⁷⁶ Voir R. RAWLINGS, *loc. cit.*, note 1372, 311.

¹⁴⁷⁷ Voir, *supra*, note 1321 et mes commentaires pages 300-301.

¹⁴⁷⁸ Le Conseil municipal de Torfaen (partie demanderesse au principal) avait invoqué à titre subsidiaire, dans l'affaire *Torfaen*, des exigences impératives tenant à l'amélioration des conditions de travail et à la protection du bien-être et de la santé des travailleurs (*cf.* le rapport d'audience de l'arrêt, *précité*, note 1062, p. 3856). De son côté, l'Avocat général W. VAN GERVEN avait reconnu le bien-fondé de cette prétention dans ses conclusions, *précitées*, note 1107, au point 30, p. 3881 : « [L]a protection du milieu de travail (expressément citée à l'article 100 A du traité CEE) et de la santé et du bien-être des travailleurs salariés ou indépendants (une sous-catégorie de la « santé des personnes », dont il est question à l'article 36 [actuel 30]) peut incontestablement être considérée comme une exigence impérative. » Puis, dans les affaires *Conforama* et *Marchandise*, l'obligation de donner aux travailleurs salariés leur repos hebdomadaire le dimanche constituait, selon le gouvernement français, « l'expression d'une politique sociale protectrice des salariés » et, pour la Commission, un « objectif légitime de protection sociale » (pp. I-1002 et 1005 du rapport d'audience de l'arrêt *Conforama* et p. I-1032 du rapport d'audience de l'arrêt *Marchandise*, *précités*, note 1324).

¹⁴⁷⁹ Voir toutefois, *supra*, note 1314, les interprétations très contradictoires dont a fait l'objet l'arrêt *Commission/Danemark* (affaire du retraitement des emballages) du 20 septembre 1988 (*précité*, note 1306).

¹⁴⁸⁰ L'approbation d'une nouvelle exigence impérative dans l'arrêt *Cinéthèque* était en outre le choix le plus aisé pour la Cour, l'autre alternative – proposée par l'Avocat général Sir Gordon Slynn – étant de restreindre la portée de la prohibition des mesures d'effet équivalent.

¹⁴⁸¹ Voir, dans le même sens, N. BERNARD, *loc. cit.*, note 1167, 21-22.

¹⁴⁸² *Précité*, note 1109, p. 1295

déontologique mettait ainsi fin à la pratique de « substitution » de certains pharmaciens ¹⁴⁸³. Compte tenu de la tendance naturelle des médecins à prescrire des médicaments dont la marque leur était familière, soit celle utilisée au Royaume-Uni, il en a résulté une diminution drastique des importations de médicaments (lesquelles ont pratiquement cessé) dans cet État membre. Pour l'Avocat général Darmon était en jeu la liberté de prescription des médecins, menacée par des considérations essentiellement mercantiles ¹⁴⁸⁴. Aussi suggérait-il à la Cour de déclarer que la règle déontologique britannique ne constituait pas en elle-même une mesure d'effet équivalent. La Commission arrivait à la conclusion inverse, en alléguant que la règle normale du commerce voulait que le patient puisse accepter un autre produit que celui prescrit ¹⁴⁸⁵. Et elle estimait que la disposition déontologique ne pouvait être justifiée, car d'autres mesures moins restrictives pour le commerce auraient pu être adoptées. La Cour, tout en ne suivant pas le point de vue de son Avocat général, a néanmoins admis la légitimité de cette disposition déontologique au regard de la protection de la santé publique prévue à l'article 30 du traité CE.

Suite aux réactions particulièrement hostiles que l'arrêt *Torfaen* a provoquées au sein de la doctrine ¹⁴⁸⁶, la Cour semble avoir préféré par la suite, hormis pour sa jurisprudence sur le commerce le dimanche, s'en tenir à sa démarche habituelle, soit une réponse assise sur la jurisprudence *Dassonville - Cassis de Dijon* ¹⁴⁸⁷. Quitte à faire jouer plus largement les motifs jurisprudentiels de justification (soit les exigences impératives) pour reconnaître la compatibilité des mesures nationales en cause ¹⁴⁸⁸. Il est en effet significatif à cet égard que dans la moitié des cas les réglementations nationales concernant les modalités de vente aient été admises dans ses affaires (dans les arrêts *Delattre* et *Monteil et Samanni* (pour les

¹⁴⁸³ Une pratique avantageuse pour les pharmaciens lorsqu'il s'agissait de médicaments importés de marque différente, car le pharmacien était remboursé sur la base du tarif prévu pour le médicament national. Le pharmacien obtenait ainsi un bénéfice substantiel, incitant dès lors à la « substitution », comme le notait l'Avocat général M. DARMON, dans ses conclusions, *précitées*, note 1109, point 9, p. 1312.

¹⁴⁸⁴ Voir notamment les points 23 et 24, p. 1315 et le point 34, p. 1317 de ses conclusions, *précitées*, note 1109.

¹⁴⁸⁵ Voir cet argument critiqué par l'Avocat général M. DARMON, point 24, p. 1315 de ses conclusions, *précitées*, note 1109.

¹⁴⁸⁶ La grande majorité des auteurs lui ont en fait surtout reproché de laisser au juge national l'appréciation de la proportionnalité de la mesure nationale, source de bien des divergences jurisprudentielles au niveau national, ainsi que le manque de rigueur juridique de la Cour dans cet arrêt.

¹⁴⁸⁷ Voir les arrêts cités, *supra*, aux pages 315-316, faisant partie du courant jurisprudentiel majoritaire interprétant largement la portée de l'interdiction des mesures d'effet équivalent.

¹⁴⁸⁸ Déjà dans l'arrêt *Buet* (*précité*, note 1236), soit six mois avant l'arrêt *Torfaen*, la Cour avait fait preuve de compréhension à l'égard de la réglementation française particulièrement restrictive puisqu'il s'agissait d'une interdiction totale (*cf.*, *supra*, note 1394).

médicaments)¹⁴⁸⁹, *LPO*¹⁴⁹⁰ et *Aragonesa*¹⁴⁹¹), ou que la Cour ait préféré laisser aux juridictions nationales le soin de décider de la délicate question de la proportionnalité de la mesure nationale, comme dans les arrêts *Delattre et Monteil et Samanni* (s'agissant des produits parapharmaceutiques)¹⁴⁹². Le juge René Joliet explique d'ailleurs ce renvoi de la Cour au juge national par l'embarras de cette dernière face aux appréciations que le test de proportionnalité impliquait¹⁴⁹³.

Dans l'arrêt du 7 mars 1990, *GB-INNO-BM*¹⁴⁹⁴, la Cour a fait un pas de plus en faveur du marché unique en direction cette fois-ci non seulement des entreprises mais aussi des individus consommateurs¹⁴⁹⁵. En l'espèce, le lien avec les courants d'échanges intracommunautaires était plus indirect, car les importations/exportations n'étaient pas le fait d'opérateurs économiques mais des consommateurs résidant dans des zones transfrontalières et qui se rendaient dans l'État membre voisin pour acheter¹⁴⁹⁶. La motivation du point 15 de l'arrêt *Oosthoek* n'était donc pas applicable au cas d'espèce. La Cour a préféré invoquer la liberté des consommateurs (à comprendre comme une liberté d'achat), entendue largement. Après avoir affirmé que la libre circulation des marchandises concernait non seulement le commerce professionnel, mais également les particuliers, la Cour a ajouté que cette libre circulation des marchandises « implique, notamment dans les régions frontalières, que les consommateurs résidant dans un État membre puissent se rendre librement sur le territoire d'un autre État membre en vue de s'y approvisionner dans les mêmes conditions que la population locale. Cette liberté des consommateurs est compromise lorsque l'accès à la publicité disponible dans le pays d'achat leur est refusé. »¹⁴⁹⁷ Et la Cour a jugé que le règlement grand-ducal ne pouvait être justifié par l'exigence impérative tenant à la protection des consommateurs, l'information des consommateurs étant justement une des exigences

¹⁴⁸⁹ Voir ces arrêts, *précités*, notes 1395 et 1396.

¹⁴⁹⁰ Voir cet arrêt, *précité*, note 1398.

¹⁴⁹¹ Voir cet arrêt, *précité*, note 1401 (pour une admission en vertu de l'article 30 du traité CE).

¹⁴⁹² Voir ces arrêts, *précités*, notes 1395 et 1396 et mes commentaires.

¹⁴⁹³ R. JOLIET, *précité*, note 1260, p. 148.

¹⁴⁹⁴ *Précité*, note 1399.

¹⁴⁹⁵ Elisa ALEXANDRIDOU, « Advertising in the Internal Market – A Few Remarks », dans L. KRÄMER, H.-W. MICKLITZ et K. TONNER (dir.), *op. cit.*, note 31, p. 409, à la page 412.

¹⁴⁹⁶ Pour un bref résumé des faits, une société belge, exploitante de supermarchés, avait distribué des dépliants publicitaires sur les territoires belge et du Grand-Duché. Or, si l'information publicitaire contenue dans ces dépliants était conforme aux règles belges, elle était contraire à un règlement grand-ducal qui interdisait d'indiquer dans la publicité commerciale, relative à une offre spéciale d'achat, la durée de l'offre et l'ancien prix.

¹⁴⁹⁷ Point 8, p. I-686 de l'arrêt *GB-INNO-BM*, *précité*, note 1399.

principales de cette protection ¹⁴⁹⁸. Cette décision vient ainsi appuyer les efforts alors faits par la Commission pour « vendre » à la population européenne l'idée du grand marché communautaire, supposé profiter aussi bien aux entreprises qu'aux consommateurs. En outre, comme le relève avec justesse Miguel Poiars Maduro, dans cette affaire comme dans celles relatives à l'ouverture des magasins le dimanche, le lien avec le commerce est de plus en plus distant et la vraie question devient le degré d'intervention de l'État dans le commerce ¹⁴⁹⁹. D'autres auteurs se sont aussi interrogés à cette époque sur la neutralité des dispositions du traité CE (et de leur interprétation par la Cour) à l'égard des politiques économiques des États membres. Le professeur Michel Waelbroeck concluait ainsi, au regard de la jurisprudence de la Cour, à partir de 1985, dans le domaine tant de la concurrence ¹⁵⁰⁰ que de la libre circulation des marchandises, que « les dispositions du traité CEE, telles qu'elles sont interprétées par la Commission et par la Cour de justice, exercent un effet "libérateur" sur l'économie. » Toutefois, selon cet auteur, « [l]e néolibéralisme qui apparaît dans les décisions de la Commission et de la Cour n'a [...] pas un caractère dogmatique. » ¹⁵⁰¹ Pour ma part, sans aller jusqu'à conférer un caractère dogmatique à la jurisprudence de la Cour, elle me paraît néanmoins pénétrée de l'idéologie néolibérale naissante.

Il reste que si la Cour semble de plus en plus vouloir faire de l'article 28 du traité CE une « *economic due process clause* » ¹⁵⁰² et être davantage réceptive aux nouveaux courants de pensée, le résultat concret d'un grand nombre de ces jugements – soit la compatibilité en fin de compte des mesures nationales litigieuses avec le droit communautaire – suggère de possibles oppositions internes. La Cour apparaît en effet divisée, comme en témoigne un arrêt rendu, par la deuxième chambre, le même jour que l'arrêt *GB-INNO-BM*. Cet arrêt, au contraire de l'arrêt *GB-INNO-BM* et des jugements dans la mouvance de l'arrêt *Cinéthèque*, fixe une limite claire au champ d'application de l'article 28 du traité CE. Il s'agit de l'arrêt *Krantz* ¹⁵⁰³, à l'origine de ce qui a été appelée la théorie de l'atteinte aléatoire et indirecte. La

¹⁴⁹⁸ La Cour ira dans le même sens dans l'arrêt *Yves Rocher* du 18 mai 1993 (*précité*, note 1402). Pour E. ALEXANDRIDOU, *loc. cit.*, note 1495, 414, ces deux arrêts démontrent l'importance que la Cour accorde à la publicité et à la promotion des ventes pour l'intégration du marché intérieur, ainsi qu'à l'intérêt des consommateurs à être informés.

¹⁴⁹⁹ M. P. MADURO, *loc. cit.*, note 1138, 31.

¹⁵⁰⁰ Voir notamment, *infra*, note 1517.

¹⁵⁰¹ M. WAELBROECK, *loc. cit.*, note 1035, 1310.

¹⁵⁰² Selon l'expression employée par M. P. MADURO, *op. cit.*, note 20.

¹⁵⁰³ Arrêt du 7 mars 1990, *Krantz*, aff. C-69/88, *Rec.* 1990, p. I-583, à son point 11, p. I-597. Était en cause une législation néerlandaise qui permettait, en cas de non-paiement de l'impôt, la saisie par le Trésor public de biens vendus à tempérament et avec réserve de propriété et ce, même si ces biens provenaient d'un fournisseur établi dans un autre État membre.

Cour, dans cet arrêt, puis à nouveau dans l'arrêt du 13 octobre 1993, *Motorradcenter*¹⁵⁰⁴ – donc un mois avant l'arrêt *Keck et Mithouard* du 24 novembre 1993 – est parvenue au même résultat final que dans les arrêts *Oebel* et *Blegen* (soit une législation nationale qui n'entre pas dans le domaine de l'article 28 du traité CE et qui échappe par conséquent au test de proportionnalité), mais par une voie quelque peu différente et en restant dans la lignée de l'arrêt *Dassonville*. La deuxième chambre a ainsi jugé relativement à des mesures nationales qui avaient la même incidence sur les produits nationaux que sur ceux importés, et n'ayant pas pour objet de régir les échanges, que leurs éventuels effets restrictifs sur les importations étaient trop aléatoires et indirects pour que ces mesures puissent être considérées comme aptes à entraver le commerce entre les États membres. Cette solution est en fait un calque de celle prônée dans les conclusions très critiques de l'Avocat général Darmon¹⁵⁰⁵. Compte tenu de l'importance de cette décision « non-conformiste », il vaut la peine de s'attarder sur la composition de la deuxième chambre dans cet arrêt. Les juges qui ont signé cet arrêt sont au nombre de trois : Fernand A. Schockweiler (à titre de président de chambre), Guiseppe Federico Mancini¹⁵⁰⁶, et Thomas Francis O'Higgins.

Il est particulièrement difficile de tirer des enseignements de la composition de la Cour. En effet, tenter de déceler, à travers l'analyse de la composition de la Cour dans chaque arrêt, les positions respectives des juges, est une entreprise non seulement extrêmement ardue – compte tenu du secret du délibéré et de l'absence d'opinions dissidentes – mais aussi bien périlleuse, le risque d'erreurs étant particulièrement élevé¹⁵⁰⁷. Peuvent parfois être d'une certaine aide, à cet égard, les publications des juges (généralement – mais pas nécessairement – une fois leur mandat achevé), reflétant, à l'occasion, leur opinion sur un point précis ou sur une jurisprudence¹⁵⁰⁸. La couleur politique des gouvernements qui les ont nommés peut également constituer un indice, à utiliser toutefois avec beaucoup de prudence. Les recoupements effectués à partir de la comparaison entre les décisions finales et la composition de la Cour seront aussi plus pertinents lorsqu'il s'agira d'un arrêt qui s'écarte de

¹⁵⁰⁴ Arrêt du 13 octobre 1993, *Motorradcenter*, aff. C-93/92, *Rec.* 1993, p. I-5009, à son point 12, p. I-5021, qui concernait une obligation précontractuelle générale d'information imposée par le droit allemand à titre de mesure protectrice des consommateurs.

¹⁵⁰⁵ *Précitées*, note 1114.

¹⁵⁰⁶ On notera qu'en tant qu'Avocat général, Guiseppe Federico Mancini semblait déjà attacher une certaine importance aux compétences législatives résiduelles des États membres en matière de commercialisation : voir ses positions dans l'arrêt *Duphar*, *supra*, page 321 et note 1428.

¹⁵⁰⁷ En effet, comme le note Renaud DEHOUSSE, (*op. cit.*, note 2, p. 93) « [é]tant donné le secret qui entoure les délibérations de la Cour, on en est réduit aux conjectures quant aux motifs qui ont poussé les juges à trancher dans un sens plutôt que dans un autre. »

la jurisprudence et qui a été rendu par un petit nombre de juges (comme dans l'arrêt *Krantz*). Il reste qu'en cette matière, on ne peut malheureusement que livrer des impressions. Aussi serais-je portée à penser, à partir de l'analyse de la composition de la Cour portant sur plus d'une cinquantaine d'arrêts et des éléments d'information que j'ai pu recueillir, que durant les années quatre-vingts, le résultat de chaque décision semblait davantage lié à la composition de la Cour. Les juges en faveur d'une interprétation restrictive semblent être majoritaires dans les arrêts allant en ce sens et minoritaires dans les arrêts conduisant à une application large de l'article 28 du traité CE. Alors qu'à partir de l'arrêt *Torfaen*, fin 1989, et jusqu'à l'arrêt *Keck et Mithouard*, fin 1993, la composition de la Cour ne permet plus d'expliquer les tendances contradictoires de sa jurisprudence, un grand nombre de décisions soutenant une application large de l'article 28 du traité CE ayant été confectionné par une majorité de juges auparavant en faveur d'une interprétation restrictive de cette disposition, comme si le courant idéologique dominant, véhiculé (et renforcé) par les attentes des auditoires, avait gagné la Cour.

d) les auditoires privilégiés par la Cour

S'agissant des auditoires, on est d'abord frappé, dans ces affaires s'échelonnant sur la deuxième moitié des années quatre-vingts, par l'importance des dissensions internes à la Commission, présentes aussi bien au sein de son service juridique qu'entre ses directions générales (« Marché intérieur » et celle en charge de la politique sociale particulièrement). En donnant une portée extensive à l'article 28 du traité CE, la Cour a fait clairement prévaloir les intérêts de la direction générale « Marché intérieur » de la Commission, même si la jurisprudence sur le commerce du dimanche reste attentive aux préoccupations socio-culturelles des États membres et de leur population et, dans une moindre mesure, aux considérations sociales encore présentes chez certains membres de la Commission (dont son président). La Cour a aussi, du même coup, répondu aux attentes du Conseil, exprimées notamment lors de l'adoption de l'Acte unique européen en février 1986¹⁵⁰⁹ ; un Conseil qui,

¹⁵⁰⁸ Toutefois, les écrits et les conférences des juges ont le plus souvent pour objet de cautionner le travail de la Cour. Voir les exemples mentionnés par H. SCHEPEL et R. WESSELING, *loc. cit.*, note 1087, 178-179.

¹⁵⁰⁹ Si l'Acte unique européen est essentiellement tourné vers l'économie (et particulièrement la réalisation du marché intérieur), il donne aussi une impulsion à la politique sociale européenne, en augmentant les compétences de la Communauté en ce domaine (avec notamment l'adoption à la majorité qualifiée des directives en matière de santé et sécurité des travailleurs), en promouvant le dialogue social, et en mettant l'accent sur la nécessité de la cohésion économique et sociale. Il comprend aussi des dispositions environnementales. La réalisation du marché unique reste néanmoins la priorité, qui l'emporte sur la protection de l'environnement, des consommateurs, etc. : voir N. REICH, *loc. cit.*, note 1013, 159.

à partir de 1985, sera de plus en plus dominé par des gouvernements nationaux libéraux ou conservateurs.

L'auditoire des petits opérateurs économiques a, quant à lui, perdu l'attention qu'il avait réussi à obtenir de la Cour les années précédentes. Sa prise en compte par la Cour n'intervient, à nouveau, qu'au niveau de la justification, donc après que la Cour ait mis en balance leurs intérêts légitimes avec les exigences de la libre circulation des marchandises ¹⁵¹⁰. Le juge Yves Galmot traduit bien le sentiment qui semble désormais animer la Cour à cet égard, au moins depuis l'arrêt *Leclerc-livres* : « il est bien difficile de prétendre qu'une réglementation nationale fixant un régime de prix minima au détail qui vise, par nature, à protéger des catégories socio-professionnelles menacées, peut avoir pour objet ou pour effet de protéger la protection des consommateurs ou la loyauté des échanges commerciaux. » ¹⁵¹¹ La législation française sur le prix du livre avait justement pour but de protéger les petites librairies spécialisées contre la concurrence dommageable des grands distributeurs. Dans l'affaire *Yves Rocher* ¹⁵¹², l'interdiction allemande de comparaison des prix, qualifiée par la Cour de mesure d'effet équivalent, cherchait également à protéger les petits commerçants contre les méthodes publicitaires (souvent plus agressives) employées par les grandes entreprises de détail du commerce alimentaire ¹⁵¹³.

L'importance accordée par la Cour à la libéralisation du commerce intracommunautaire en vue de l'achèvement du marché unique et de la suppression des frontières nationales prévus pour le 1^{er} janvier 1993 profite dès lors principalement aux opérateurs économiques européens d'une certaine envergure. Ils peuvent notamment conserver leurs méthodes de commercialisation lorsqu'ils exportent. En effet, « même en ne défavorisant pas directement et spécifiquement les produits importés, une réglementation nationale peut constituer une mesure d'effet équivalent dès lors qu'en interdisant l'utilisation d'une méthode de vente [ou une forme de publicité] déterminée [...], elle est de nature à rendre *plus difficile et/ou moins rentable l'accès au marché pour les opérateurs du secteur* [y

¹⁵¹⁰ C'était particulièrement le cas dans la jurisprudence sur le commerce le dimanche. Ce type de législation a, ainsi que l'écrit F. PICOD, *op. cit.*, note 1042, p. 249, « [...] souvent pour effet, sinon pour objet, de protéger le petit commerce contre les grandes surfaces. »

¹⁵¹¹ Y. GALMOT et J. BIANCARELLI, *loc. cit.*, note 1438, 291. Le juge Yves Galmot et le référendaire à la Cour de justice, Jacques Biancarelli, me semblent toutefois confondre ici protection des consommateurs et prix avantageux pour ces derniers, et loyauté des relations commerciales et libre concurrence.

¹⁵¹² *Précitée*, note 1402.

¹⁵¹³ René JOLIET, « Droit de la concurrence déloyale et libre circulation des marchandises – La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », dans Bernard DUTOIT (dir.), *Un*

compris lorsqu'un seul (et unique) opérateur est touché] [...] [et les contraint] à renoncer à une méthode légalement utilisée par eux dans l'État membre d'origine. »¹⁵¹⁴ Cette période correspond aussi à celle de la transformation par la Cour de l'article 28 du traité CE en « an "economic due process" clause protecting market freedom from public intervention »¹⁵¹⁵ ; soit une période faste pour les compagnies nationales, telles que GB-INNO-GM, Leclerc ou les commerces impliqués dans le non-respect du *Shops Act*, qui cherchaient non à obtenir un accès au marché d'un autre État membre mais à faire tomber des législations nationales n'ayant pas pour objet de régir les échanges intracommunautaires mais qui restreignaient leur liberté de commercer¹⁵¹⁶.

C'est donc l'auditoire de la Commission, dans ses revendications visant à une plus grande liberté commerciale et à une large concurrence¹⁵¹⁷, qui a eu le plus de poids à cette époque dans la jurisprudence de la Cour. Cet auditoire l'emporte également sur celui des avocats généraux plus critiques. Les États membres, pris individuellement, font par contre

droit européen de la concurrence déloyale en formation? Actes du colloque de Lausanne, « Collection Comparativa », Genève, Comparativa, 1994, p. 29, à la page 45.

¹⁵¹⁴ G. TESAURO, conclusions dans l'arrêt *Hünernmund*, précitées, note 1063, points 16 et 17, pp. I-6808 et I-6809 (les italiques font partie de la citation originale).

¹⁵¹⁵ M. P. MADURO, *op. cit.*, note 20, p. 63.

¹⁵¹⁶ Voir *id.*, pp. 63-66.

¹⁵¹⁷ Au début des années quatre-vingt-dix, la Cour sera particulièrement sensible à l'impératif d'une concurrence non faussée, tel que mis en avant par la Commission à cette époque, tant vis-à-vis des aides d'État que des monopoles nationaux. Pour M. WAELBROECK, *loc. cit.*, note 1035, 1303, « [o]n constate, [dans la jurisprudence de la Cour relative aux aides étatiques], un parti pris certain en faveur de l'économie de marché. Les investissements publics ne sont certes pas interdits, mais ils doivent s'effectuer dans des conditions permettant d'assurer que la concurrence avec les entreprises privées ne soit pas faussée. Des pans entiers de l'arsenal de l'interventionnisme étatique viennent ainsi de s'écrouler. » À l'égard des monopoles nationaux, la Commission obtiendra de la Cour une augmentation considérable de ses pouvoirs, qui de supervision se transformeront en un pouvoir normatif, et d'un contrôle de l'exercice des droits exclusifs passeront à un contrôle de l'existence même de ces droits et ce, afin de faciliter la libéralisation des secteurs concernés (notamment les télécommunications). Voir notamment les arrêts du 19 mars 1991, *Commission/France* (affaire des terminaux de télécommunications), aff. 202/88, *Rec.* 1991, p. I-1223 ; du 12 février 1992, *Pays-Bas et PTT/Commission*, aff. C-48/90 et C-66/90, *Rec.* 1992, p. I-565 ; du 17 novembre 1992, *Espagne, Belgique et Italie/Commission* (Directive « Terminaux »), aff. jointes C-271/90, C-281/90 et C-289/90, *Rec.* 1992, p. I-5833. Cette évolution jurisprudentielle s'est faite, une fois encore, contre l'avis des Avocats généraux Tesaro et Darmon : voir les conclusions du premier, présentées le 13 février 1990, dans l'affaire des terminaux de télécommunications, *Rec.* 1991, p. I-1239 ; les positions du second dans une autre affaire (conclusions dans l'arrêt *R.T.T.* du 13 décembre 1991, précitées, note 1319), ainsi que dans son article Marco DARMON et Bernard MONGIN (référéndaire à la Cour de justice), « Les monopoles en matière de télécommunications et la jurisprudence récente de la Cour », dans M. PEREZ GONZALEZ (dir.), *op. cit.*, note 1035, p. 839, spéc. aux pages 846-853. Dans cet article, l'Avocat général Darmon dénonce à demi-mot l'instrumentalisation de l'article 86 (ex-article 90), paragraphe 3 du traité CE comme moyen de déréglementation. Pour une analyse de la jurisprudence de la Cour relative aux monopoles nationaux, voir aussi M. WAELBROECK, *loc. cit.*, note 1035, 1303-1307.

figure de perdants avec des pouvoirs d'intervention en matière économique qui vont en s'amenuisant.

Cette situation ne perdurera toutefois pas. Le traité de Maastricht et sa difficile ratification ont mis en évidence une légitimité fragilisée de la Cour, contestée tant de l'intérieur du système juridictionnel européen – par la désapprobation tenace de plusieurs avocats généraux de sa jurisprudence – que par les destinataires des règles communautaires, les États membres et leur population. La Cour se devait d'agir et, dans ces circonstances, une attitude de réserve judiciaire – laquelle ne signifie pas pour autant absence de position¹⁵¹⁸ – a pu apparaître à la Cour comme la meilleure des solutions. La Cour s'est donc résolue, dans l'arrêt *Keck et Mithouard*, à changer radicalement d'option sous une apparente non-intervention, bouleversant du même coup le poids respectif des auditoires.

SECTION II – L'ARRÊT *KECK ET MITHOUARD* : UNE DÉCISION À L'ÉNONCÉ IMPARTIAL MAIS AUX IMPLICATIONS CALCULÉES

Les faits à l'origine de l'arrêt *Keck et Mithouard*¹⁵¹⁹ étaient relativement simples. Deux commerçants, installés dans la région de Strasbourg, étaient poursuivis pénalement pour violation de la réglementation française interdisant la revente à perte. Ils soulevaient pour leur défense, devant le tribunal de grande instance de Strasbourg, l'incompatibilité de la législation nationale avec les dispositions du traité CE et notamment celles de l'article 28. Cette juridiction a décidé de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes afin d'être éclairée sur la suite à donner au litige.

Cette question préjudicielle intervenait, comme nous l'avons vu, dans un contexte politiquement difficile, mais l'élément véritablement déclencheur du revirement jurisprudentiel résidait, en fait, dans les conclusions de l'Avocat général Tesauro dans une affaire parallèle, l'affaire *Hünernmund*. Ce dernier, en effet, commençait ses conclusions avec un premier point sous forme interrogatoire qui cachait difficilement une critique déguisée :

« L'article 30 du traité CEE [actuel article 28 du traité CE] est-il une disposition de libéralisation des échanges intracommunautaires ou une

¹⁵¹⁸ Cf., à cet égard, pour la Cour suprême du Canada, mais valable pour toute haute juridiction, l'article d'Andrée LAJOIE, « Schachter, ou la retenue judiciaire comme antithèse de la neutralité », dans *Droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux : aspects canadiens et européens : Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Strasbourg, 1992, Cowansville, Québec, Yvon Blais, 1993, p. 525.

¹⁵¹⁹ *Précité*, note 24.

disposition destinée plus généralement à promouvoir le libre exercice de l'activité commerciale dans chaque État membre ? »¹⁵²⁰

L'Avocat général insistait ensuite (en l'évoquant à non moins de six reprises¹⁵²¹) sur la question de la pertinence de l'application dudit article et de la formule *Dassonville* à des mesures qui, limitant ou interdisant certaines modalités de commercialisation de certains produits, pouvaient *éventuellement* entraîner une diminution générale des ventes et, de ce seul fait, réduire conséquemment et tout aussi *éventuellement* les importations. Or il s'agissait de situations où les produits importés et les produits nationaux étaient soumis à un régime identique et dans lesquelles la disparité des législations nationales (l'hypothèse de *Cassis de Dijon* avec l'application du principe de reconnaissance mutuelle) ne jouait aucun rôle puisque la restriction à l'activité commerciale aurait existé également en présence de législations identiques, soit « en l'absence donc de toute difficulté pour la circulation des produits visés à l'intérieur de la Communauté [...] »¹⁵²². C'était le cas de législations interdisant de façon générale la revente à perte, comme dans les affaires *Keck et Mithouard*, ou de réglementations réservant la vente d'articles déterminés à une catégorie particulière d'opérateurs (les médicaments aux pharmaciens, par exemple), comme dans l'arrêt *Hünermund*, ainsi que de bien des législations nationales soumises à la Cour depuis plus de quatorze ans et ayant fait l'objet de réponses jurisprudentielles fort différentes, comme nous l'avons vu précédemment. Aussi l'Avocat général Tesauro s'interrogeait-il très explicitement en ces termes : « [c]et effet de réduction des échanges – lointain, indirect et éventuel, en tout état de cause seulement présumé – suffit-il pour que la mesure relève des dispositions de l'article 30 [actuel article 28] ? »¹⁵²³ Il est clair que s'il en était ainsi l'article 28 du traité CE ne servirait pas tant la libre circulation des marchandises entre les États membres que le droit individuel de commercer au bénéfice non seulement des exportateurs et importateurs européens, mais aussi des commerçants locaux, le plus souvent dans une situation purement nationale, hors donc, en principe, du champ d'application du droit communautaire.

Les conclusions de l'Avocat général Tesauro ont été présentées à la Cour le 27 octobre 1993, parallèlement au déroulement de la procédure dans l'arrêt *Keck et Mithouard*. Il est possible que l'Avocat général Tesauro ait senti un changement d'attitude de la Cour et ait estimé que le moment était propice à de nouvelles orientations jurisprudentielles, et qu'il

¹⁵²⁰ Premier point des conclusions de l'Avocat général G. TESAURO, *précitées*, note 1063, p. 6800.

¹⁵²¹ *Id.*, au point 7, p. 6803, au point 11, p. 6804, au point 19, p. 6809, au point 20, p. 6810, au point 24, p. 6812, et au point 28, p. 6814.

¹⁵²² *Id.*, au point 28, p. 6814.

¹⁵²³ *Id.*, au point 8, p. 6803.

ait ainsi voulu « frapper un grand coup ». La Cour avait en effet, de manière peu usitée, décidé de transférer les affaires jointes *Keck et Mithouard* de la deuxième chambre à la Cour en formation plénière ¹⁵²⁴. Elle avait aussi rouvert la procédure orale, le 9 décembre 1992, et les questions qu'elle avait alors posées aux parties reflétaient déjà sa volonté de reconsidérer sa jurisprudence ¹⁵²⁵. Une volonté que l'Avocat général de cette affaire, Walter Van Gerven, avait sans doute également perçue puisque ses secondes conclusions viennent contredire ses premières. Ses premières conclusions, présentées à la Cour le 18 novembre 1992, condamnaient le gouvernement français, tandis que ses secondes, du 28 avril 1993, autorisaient la législation nationale contestée ¹⁵²⁶. Il est donc bien probable que l'Avocat général Van Gerven n'ait pas été seulement sensible à certaines critiques et suggestions doctrinales visant à réduire le champ d'application de l'article 28 du traité CE ¹⁵²⁷, mais qu'il ait aussi pressenti une Cour davantage ouverte à un réexamen de sa jurisprudence.

Très succinctement (j'y reviendrai amplement par la suite), ce réexamen jurisprudentiel – aussi appelé la « solution Keck » – tient dans l'introduction d'une distinction claire entre deux types de réglementations de vente auxquels la Cour a attaché des effets juridiques différents. Seules les réglementations portant sur les conditions auxquelles doivent répondre les produits (telles que leur composition, leur étiquetage, leur forme, leur poids, leur présentation, leur dénomination, etc.) restent assujetties à la jurisprudence classique *Dassonville - Cassis de Dijon* (selon le point 15 des motifs de l'arrêt). Les réglementations qui interdisent ou limitent certaines modalités de vente (qui peut vendre les produits, comment, où et quand) échappent désormais à l'emprise de l'article 28 du traité CE, dès lors qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs économiques et qu'elles affectent de la même manière la commercialisation des produits nationaux et importés (selon le point 16 de l'arrêt *Keck et Mithouard*) ¹⁵²⁸.

¹⁵²⁴ En vertu de l'article 95, paragraphe 3, du règlement de procédure du 19 juin 1991.

¹⁵²⁵ Ces questions portaient en effet principalement sur l'impact effectif des effets économiques de la revente à perte sur les échanges intracommunautaires, ainsi que sur leur caractère discriminatoire à l'égard des produits importés. Voir le point 12 du rapport d'audience de l'arrêt *Keck et Mithouard*, précité, note 22, p. I-6102. Une des questions posées portant sur l'existence d'effets « directs, indirects ou simplement hypothétiques » (comme formulés dans l'arrêt *B & Q*, précité, note 1092), certains en ont toutefois déduit que la Cour ne semblait vouloir que préciser sa jurisprudence sur le commerce le dimanche : D. THÉOPHILE et C. GIOLITO, *loc. cit.*, note 1172, 9.

¹⁵²⁶ Voir les conclusions de l'Avocat général Walter VAN GERVEN dans l'arrêt du 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jointes C-267/91 et C- 268/91, *Rec.* 1993, p. I-6110 pour ses premières conclusions et p. I-6117 pour ses secondes.

¹⁵²⁷ Suggestions dont il fait état à la note 16 de ses secondes conclusions, précitées, note 1526, p. 6121.

¹⁵²⁸ Pour rappel, la décision *Keck et Mithouard* est reproduite en annexe.

Opérer ce changement jurisprudentiel constituait toutefois pour la Cour un tour de force à la fois juridique et politique. Il lui fallait convaincre l'auditoire juridique de la nécessité de ce revirement (et de la justesse des solutions apportées) ; tâche ardue devant un auditoire particulièrement attaché au principe de la sécurité juridique et dès lors rétif par nature face aux changements. Et la Cour devait parvenir, sous le couvert de la neutralité juridique, à une solution qui satisfasse les considérations de politique judiciaire qui sous-tendaient la réévaluation de sa jurisprudence, soit un discret retrait apte à conforter sa légitimité. Pour ce faire, la Cour a été particulièrement attentive à la formulation des motifs de cet arrêt et à se présenter comme une institution neutre. La décision de la Cour est empreinte d'une grande diplomatie et la nouvelle lecture de l'article 28 du traité CE qu'elle propose apparaît comme un modèle d'objectivité. Aussi le recours à l'analyse rhétorique s'avère-t-il particulièrement utile dans ce contexte tant pour mettre en lumière l'attitude adoptée par la Cour dans cet arrêt que pour en dégager l'aspect plus politique. J'apprécierai, dans un premier paragraphe, la mise en avant par la Cour, particulièrement à l'attention de l'auditoire juridique, du formalisme de la fonction judiciaire. Dans un deuxième paragraphe, j'analyserai de quelle manière la Cour s'est déresponsabilisée face à la nécessité dans laquelle elle se trouvait de réorienter sa jurisprudence, opération essentiellement destinée à préserver son autorité. J'étudierai enfin, dans un dernier paragraphe, l'attitude de réserve judiciaire que la Cour a adoptée au moyen de la limitation de la portée de l'article 28 du traité CE, tout en se réservant une liberté d'appréciation non négligeable. Ce « retrait judiciaire »¹⁵²⁹ de la Cour répond plus particulièrement aux attentes des États membres, des citoyens européens, de certains de ses avocats généraux et, plus indirectement, des petits opérateurs économiques et des consommateurs.

Je tiens à signaler ici que l'analyse qui suit sur l'arrêt *Keck et Mithouard* m'est propre et n'emprunte, sauf références indiquées spécifiquement, à aucun des auteurs mentionnés ailleurs dans ces pages¹⁵³⁰.

Paragraphe 1. L'expression du formalisme de la fonction judiciaire

À la lecture de l'arrêt *Keck et Mithouard*, la Cour se présente comme une juridiction suprême soucieuse de sanctionner l'interprétation de l'article 28 du traité CE la plus conforme au traité, et contrainte pour cette fin à reconsidérer et à préciser sa jurisprudence en

¹⁵²⁹ Comme l'ont nommé R. WAINWRIGTH et V. MELGAR, *loc. cit.*, note 1173, 538.

matière de libre circulation des marchandises. L'apparente extériorité de la Cour ne résiste toutefois pas à un examen plus approfondi de sa manière de décider. Utilisé comme paravent – « ce qui protège en cachant »¹⁵³¹ dans le langage courant – le recours à l'extériorité¹⁵³² permet à la Cour de se présenter sous un rôle qui calque le plus possible la conception traditionnelle de la fonction judiciaire¹⁵³³. Par cette mise en avant du formalisme de la fonction judiciaire, la Cour cherchait ainsi à se placer à l'abri de toute critique.

L'aspect formaliste de la fonction judiciaire confère aux institutions juridiques une apparence d'impartialité et de légitimité qui rassure leurs auditoires. C'est l'image classique du jugement dans lequel la Cour n'a qu'un rôle passif et neutre¹⁵³⁴, celui d'arbitrer les prétentions défendues par chacune des parties¹⁵³⁵. Or tant les institutions européennes que les gouvernements nationaux et leurs ressortissants escomptaient, à l'époque, de la part de la Cour, une attitude (et une jurisprudence) qui se rapprochait davantage de cette conception traditionnelle de la fonction judiciaire que de celle qui l'avait caractérisée pendant les deux décennies précédant l'arrêt *Keck et Mithouard*¹⁵³⁶. Aussi l'utilisation, dans l'arrêt *Keck et*

¹⁵³⁰ Notamment, *supra*, pages 268-269. Il reste évidemment possible que mes déductions ou opinions rejoignent celles exprimées par d'autres auteurs.

¹⁵³¹ Définition du dictionnaire *Le petit Robert 1*, de Paul ROBERT, Paris, Le Robert, 1985, p. 1356.

¹⁵³² L'usage de l'extériorité comme technique rhétorique peut se rapprocher de ce que Mark Gold (*loc. cit.*, note 36, 14) appelle « la rhétorique de la légitimation ». Dans cet article et un précédent : « The Mask of Objectivity : Politics and Rhetoric in the Supreme Court of Canada », (1985) 7 *Supreme Court Law Review* 455, l'auteur s'attache à démontrer les procédés rhétoriques utilisés par la Cour suprême du Canada, respectivement dans l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* et dans une décision politiquement célèbre, l'affaire *Re A.G. Quebec v. A.G. Canada*. Ces techniques rhétoriques juridiques étant largement utilisées par la Cour de justice des Communautés européennes, je m'y référerai fréquemment.

¹⁵³³ Dans le même ordre d'idées, certains auteurs ont employé l'image du masque (*cf.* A.-M. BURLEY et W. MATTLI, *loc. cit.*, note 10, 72-73) ou du bouclier (*cf.* H. RASMUSSEN, *loc. cit.*, note 133, 416) pour illustrer l'utilisation par la Cour de justice des Communautés européennes du droit et du raisonnement juridique comme moyen de cacher la promotion de certains objectifs politiques derrière l'image du juge neutre et légitime. D'autres (dont R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, p. 124 et suiv.) insistent davantage sur la mise en avant par la Cour de son rôle de simple interprète du droit pour asseoir sa légitimité. Sur les contradictions de cette fiction, voir, outre les auteurs ci-mentionnés, les commentaires d'un ancien président et juge à la Cour de justice des Communautés européennes, Andreas M. DONNER, « Miroir du juge », dans F. CAPOTORTI, C.-D. EHLERMANN, J. FROWEIN, F. JACOBS, R. JOLIET, T. KOOPMANS et R. KOVAR (dir.), *op. cit.*, note 1438, p. 195, spéc. 197.

¹⁵³⁴ Sur la question précise de la neutralité judiciaire, voir notamment J. H. H. WEILER, *loc. cit.*, note 7, 525 ; R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, p. 124.

¹⁵³⁵ M. GOLD, *loc. cit.*, note 1532, 494.

¹⁵³⁶ Il faut toutefois distinguer à cet égard l'attitude adoptée par la Cour et les solutions jurisprudentielles alors décidées. En effet, même dans les périodes de fort interventionnisme judiciaire, la Cour a toujours été attentive, afin de préserver sa légitimité, au caractère formaliste de ses décisions et à se présenter comme une simple interprète du droit : voir, par exemple, R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 1, pp. 125-127 ou l'ouvrage de J. BENGOTXEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice : towards a European Jurisprudence*, *op. cit.*, note 1152. Pour le domaine de la libre circulation des marchandises, voir M. P. MADURO, *op. cit.*, note 20, pp. 10-11 et 20-25. Les juges

Mithouard, de divers procédés rhétoriques renforçant le caractère formaliste de la fonction de juger avait-elle un double objet : conforter les auditoires de la Cour qu'elle agissait légitimement et obtenir leur adhésion quant à la nécessité d'un revirement.

A. L'image de la fonction traditionnelle de la Cour de justice des Communautés européennes

Selon l'article 220 (ex-article 164) du traité CE, « [l]a Cour de justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité ». C'est particulièrement sur cette fonction de garante d'une correcte application du traité CE, mais aussi sur l'image classique de la fonction judiciaire en général, que la Cour s'est appuyée pour opérer la révision de sa jurisprudence.

En premier lieu, au point 14 de l'arrêt – qui constitue la pièce maîtresse de l'énoncé des motifs et toute la charpente de la justification par la Cour de son revirement – la Cour a dénoncé l'utilisation abusive par les opérateurs économiques de l'article 28 du traité CE, en des termes qu'il convient de rapporter :

« Étant donné que les opérateurs économiques invoquent de plus en plus l'article 30 [actuel article 28] du traité pour contester toute espèce de réglementations qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si elles ne visent pas les produits en provenance d'autres États membres, la Cour estime nécessaire de réexaminer et de préciser sa jurisprudence en la matière. »¹⁵³⁷

En soulevant l'incompatibilité¹⁵³⁸ entre le comportement des opérateurs économiques et l'article 28 du traité CE – une incompatibilité qui vient ainsi de l'extérieur, et non de sa propre jurisprudence – la Cour se plaçait dans la position confortable de devoir

européens ont souvent justifié le recours par la Cour au formalisme juridique par la spécificité du système judiciaire communautaire et notamment le fait que les décisions de la Cour doivent s'imposer à des juridictions nationales et à des États membres appartenant à des cultures juridiques différentes. Sur ce point, voir le juge G. F. MANCINI, *loc. cit.*, note 1191, spéc. 122-125, ainsi que son autre article, Giuseppe Federico MANCINI et David T. KEELING, « Language, Culture and Politics in the Life of the European Court of Justice », (1995) 1 *Columbia Journal of European Law* 397, 399-403 ; ainsi que l'ancien juge O. DUE, *loc. cit.*, note 1084, 273-274, qui cite également l'ancien juge Ulrich EVERLING, « Reflexions on the Reasoning in the Judgments of the Court of Justice of the European Communities », dans *Festschrift til Ole Due*, Copenhague, Gads Forlag, 1994, p. 55.

¹⁵³⁷ Arrêt *Keck et Mithouard*, précité, note 22, point 14 des motifs, p. 6131.

¹⁵³⁸ L'argument de l'incompatibilité consiste à réfuter une thèse ou une position, en l'occurrence celle des opérateurs économiques qui revendiquent une application large de l'article 28 du traité CE, en montrant qu'elle est incompatible avec une autre thèse en présence, en l'espèce celle du respect de la lettre dudit article, et que leur application simultanée à une même réalité mène à un conflit obligeant à un choix : C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 32, pp. 263 et 269.

lever une telle incompatibilité ; une obligation qui lui semblait imposée tant par l'article 220 du traité CE que par des faits externes : l'attitude condamnable des opérateurs économiques. La Cour réduisait ainsi la question en litige à un simple problème d'application de l'article 28 du traité CE dont il était de sa fonction de remédier. L'intérêt et la légitimité de son intervention étaient en outre encore renforcés par la mise en avant furtive de l'intention des opérateurs économiques de détourner ledit article.

Le choix par la Cour de cet argument comme élément central de sa motivation était en outre judicieux pour une autre raison : le comportement des opérateurs économiques avait été largement dénoncé tant par la doctrine ¹⁵³⁹ que par certains de ses avocats généraux ¹⁵⁴⁰. Cela légitimait d'autant l'intervention de la Cour pour le faire cesser, tout en répondant aux attentes de ces deux auditoires.

En second lieu, la Cour s'est retranchée derrière la conception classique de la fonction judiciaire entendue au sens large. En effet, comme toute instance juridictionnelle, la Cour doit statuer sur un litige. Aussi, en se prévalant du caractère neutre et passif du rôle du juge qui arbitre des prétentions contraires, la Cour apparaissait extérieure au différend opposant les parties et indifférente aux enjeux en cause. On ne sera donc pas étonné de constater les efforts de la Cour pour replacer la question préjudicielle dans son cadre initial : un litige entre le gouvernement français et deux commerçants, MM. Keck et Mithouard. Ces derniers étaient ainsi désignés spécifiquement et nommément au point 3 de l'arrêt, lors de « l'entrée en la matière », mais aussi indirectement et plus globalement au point 14 – soit au point central de l'exposé des motifs – sous le vocable « opérateurs économiques ». Ce rappel discret aux parties à ce stade permettait à la Cour de rappeler subtilement son rôle d'arbitre neutre et le pourquoi de son intervention.

¹⁵³⁹ Outre les auteurs cités, *supra*, aux notes 1207 et 1210, voir aussi Karen J. Alter qui constatait : « [...] vast majority of preliminary ruling cases attacking national laws were not investigated by exporters trying to enter new market, but rather by importers, national firms, and domestic interest groups trying to gain advantage over their competitors, gain tax refunds, create escapes from restrictive national legislation, or change national policy. » (Karen. J. ALTER, « The European Court's Political Power – The Emergence of an Authoritative International Court in the European Union », (1996) *West European Politics* 458, citée par H. RASMUSSEN, *op. cit.*, note 45, p. 380). Voir également K. MORTELMANS, *loc. cit.*, note 1112, 116, pour qui « [a]rticle 30 of the EEC [actuel article 28 du traité CE] [...] has proved an effective weapon, particularly in criminal proceedings and in cases involving unfair competition. »

¹⁵⁴⁰ Notamment les Avocats généraux Tesauro et Darmon : voir, *infra*, page 357.

B. Le recours à l'objectivité

L'objectivité est intimement liée à la notion d'impartialité. Elle est essentiellement destinée à faire admettre la justesse de la position prise par la Cour par ceux qui vont y être soumis. Aussi, en l'espèce, visait-elle de prime abord les gouvernements nationaux et, à un moindre degré, les opérateurs économiques. En outre, associée avec un souci de clarté, elle touchait également l'auditoire juridique. Il était donc normal que la Cour, pour asseoir sa crédibilité dans ce revirement de jurisprudence majeur, ait cherché à faire montre de son objectivité. Celle-ci se manifeste à trois niveaux : d'abord dans l'établissement d'une distinction catégorique entre les différents types de réglementations nationales, distinction qui repose sur des critères objectifs, ensuite dans l'imposition de conditions encadrant la limitation apportée par l'arrêt *Keck et Mithouard* à l'application de l'article 28 du traité CE, et enfin dans les effets des nouvelles orientations jurisprudentielles.

Au premier niveau, la Cour a fondé sa nouvelle interprétation de l'article 28 du traité CE sur une distinction essentielle entre, d'une part, les dispositions réglementant les conditions auxquelles doivent répondre les produits (visées au point 15) et, d'autre part, les dispositions réglementant les modalités de vente (visées au point 16 des motifs). Comme tout le revirement tient en ces deux points, je juge utile de les reproduire ici :

Point 15 :

« Il y a lieu de rappeler à cet égard que, conformément à la jurisprudence Cassis de Dijon (arrêt du 20 février 1979, *Rewe-Zentral*, 120/78, Rec. p. 649), constituent des mesures d'effet équivalent, interdites par l'article 30 [actuel article 28], les obstacles à la libre circulation des marchandises résultant, en l'absence d'harmonisation des législations, de l'application à des marchandises en provenance d'autres États membres, où elles sont légalement fabriquées et commercialisées, de règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises (telles que celles qui concernent leur dénomination, leur forme, leurs dimensions, leur poids, leur composition, leur présentation, leur étiquetage, leur conditionnement), même si ces règles sont indistinctement applicables à tous les produits, dès lors que cette application ne peut être justifiée par un but d'intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises. »¹⁵⁴¹

Point 16 :

« En revanche, il y a lieu de considérer que, contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici, n'est pas apte à entraver directement ou indirectement,

¹⁵⁴¹ Arrêt *Keck et Mithouard*, précité, note 22, point 15 des motifs, p. 6131.

actuellement ou potentiellement le commerce entre les États membres, au sens de la jurisprudence Dassonville (arrêt du 11 juillet 1974, 8/74, Rec. p. 837), l'application à des produits en provenance d'autres États membres de dispositions qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres. »¹⁵⁴²

Compte tenu des conséquences opposées qui sont attachées à ces deux catégories – la première demeure en principe interdite, la seconde est désormais exclue du champ d'application de l'article 28 du traité CE – cette distinction devait paraître la plus évidente et la plus objective possible. La Cour a donc choisi de la faire reposer sur une différence de nature plutôt que de degré d'atteinte aux échanges intracommunautaires¹⁵⁴³.

C'est un fait, ce critère répond au mieux aux objectifs visés. D'abord, il semble neutre, puisque la conformité d'une législation ne dépend plus que de la nature de celle-ci ; elle est directement liée à sa qualification (en tant que législation relative aux modalités de vente ou, au contraire, relative aux produits). À l'égard des « modalités de vente », la Cour n'a donc plus, en principe, à examiner si un objectif légitime peut justifier la réglementation en cause ou son caractère proportionné, mais seulement si les conditions prévues au point 16 sont remplies. Sa marge de manoeuvre semble avoir ainsi fondue comme neige au soleil¹⁵⁴⁴, renforçant ainsi le caractère objectif de la solution adoptée.

Ensuite, cette catégorisation en deux groupes des mesures relatives à la commercialisation des marchandises apparaît tout à fait logique¹⁵⁴⁵ : les réglementations qui

¹⁵⁴² *Id.*, point 16.

¹⁵⁴³ La Cour aurait pu, en effet, choisir d'admettre désormais la « théorie de *minimis* » (qui repose sur l'intensité des effets restrictifs de la mesure sur les échanges) qu'elle a toujours refusée. Mais, outre le fait qu'elle aurait ainsi désavoué explicitement toute sa jurisprudence antérieure, cette théorie est d'application difficile (voir à cet égard les conclusions de l'Avocat général Tesouro, dans l'arrêt *Hünernund*, précitées, note 1063, pp. I-6810-6811, qui parle de *probatio diabolica*). La Cour aurait également pu élargir l'application de la théorie de l'effet aléatoire et indirect (qui apprécie le lien de causalité entre la mesure litigieuse et ses éventuels effets restrictifs), mais cette théorie est plus subjective. Enfin, la Cour aurait pu poursuivre dans la voie tracée par l'arrêt *B & Q* (*cf.*, *supra*, page 313), mais, comme le reconnaît le juge Ole Due (*loc. cit.*, note 1175, 27) (qui présidait la Cour dans cet arrêt comme dans l'arrêt *Keck et Mithouard*), la nouvelle distinction que cet arrêt introduisait entre les différents types d'effets sur le commerce intracommunautaire était elle aussi difficile à appliquer.

¹⁵⁴⁴ Nous verrons un peu plus loin qu'il n'en est point ainsi. C'est pourquoi certains auteurs ont parlé de « la clarté apparente » de cette distinction : E. MORGAN DE RIVERY et G. LE BRETON, *loc. cit.*, note 1172, 6.

¹⁵⁴⁵ Cette réduction à deux hypothèses seulement des réglementations de vente a toutefois été reprochée à la Cour comme étant artificielle, trop rigide ou encore source d'incertitude pour les mesures ne rentrant dans aucune de ces deux catégories (mesures de la « zone grise ») : par exemple, Fabrice PICOD, « La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges »,

touchent directement les produits doivent être conformes à l'article 28 du traité CE ; celles qui ne les concernent qu'indirectement n'ont pas lieu de tomber sous le coup des règles communautaires sur la libre circulation des marchandises. Puis, le caractère objectif et formel¹⁵⁴⁶ de ce critère obscurcit sa source, le fait que la Cour en soit l'auteure¹⁵⁴⁷. Cela renforce encore davantage l'aspect cohérent, qui va de soi, de la démarcation établie.

Enfin, cette distinction semble d'appréhension plus aisée¹⁵⁴⁸, d'autant que la Cour a pris soin de bien détailler la première catégorie, celle qui reste soumise à sa jurisprudence antérieure. La Cour désirait ici rationaliser sa jurisprudence¹⁵⁴⁹ et, par une méthode littérale, mettre l'accent sur la clarté du message pour faciliter l'application de la distinction qu'elle venait d'établir. C'est le rôle classique de clarification du droit, qui incombent aux juridictions supérieures, qui était ainsi mis en avant – à l'attention principalement de la communauté juridique (doctrine, avocats généraux¹⁵⁵⁰, tribunaux nationaux, praticiens) – et qui venait conforter, par son caractère traditionnel, l'objectivité de sa nouvelle classification. La Cour répondait ainsi aux demandes de son auditoire juridique, lequel aspirait à l'édification d'une jurisprudence plus systématique et rationnelle, garante d'une plus grande sécurité des rapports juridiques¹⁵⁵¹. Cette classification par catégorie des réglementations de vente n'était en outre pas totalement inconnue de cet auditoire juridique, ni de la

(1998) 34 n° 2 *Revue trimestrielle de droit européen* 169,172-177 ; A. MATTERA, *loc. cit.*, note 1065, 147 ; E. MORGAN DE RIVERY et G. LE BRETON, *loc. cit.*, note 1172, 8.

¹⁵⁴⁶ Voir N. REICH, *loc. cit.*, note 30, 468 et 465, qui reproche par ailleurs à la Cour son approche formaliste et son abandon, par conséquent, de la doctrine de l'effet utile.

¹⁵⁴⁷ Comme M. GOLD, *loc. cit.*, note 1532, 495-496, l'a déjà constaté à l'égard de la Cour suprême du Canada (mais cela est également tout à fait applicable à la Cour de justice des Communautés européennes) : « [...] *the insistence of the need for objective standards serves the rhetorical function of obscuring the fact that these "objective standards" were supported by neither authority nor principle, but were the creation of the Court itself* ».

¹⁵⁴⁸ Dans la pratique elle l'est moins, ce qui lui a valu des critiques provenant de certains avocats généraux et praticiens et d'une part de la doctrine.

¹⁵⁴⁹ Anne RIGAUX, « Nouvel épisode de la difficile qualification de mesures d'effet équivalent : le sort des abeilles brunes de Læsø (chron. 4) », (mars 1999) *Europe* 7, 7 (à propos de l'arrêt *Ditlev Bluhme* du 3 décembre 1998), qui explique le revirement de jurisprudence par cet objectif de la Cour, ainsi que par sa volonté de limiter l'engorgement du prétoire communautaire. Voir aussi sur ce dernier point, de la même auteure, « La jurisprudence Keck et Mithouard à l'épreuve des règles nationales de publicité (Rapide bilan à propos de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Gourmet International Products) (chron. n° 4) », (mai 2001) *Europe* 5, 6, ainsi que « Symphonie déconcertante ou Keckophonie ? (chron. n° 13) », (novembre 2003) *Europe* 7, 9 (à propos de l'arrêt *Morellato* du 18 septembre 2003).

¹⁵⁵⁰ Il est intéressant de constater à cet égard que l'Avocat général G. TESAURO, au point 25 de ses conclusions, *précitées*, note 1063, p. 6812, avait justement insisté sur « [...] le besoin de clarification à travers l'indication de critères les plus précis et moins équivoques possible [...] » et qu'il avait proposé, à ses points 8 et 9, pp. 6803-6804, la distinction choisie par la Cour.

¹⁵⁵¹ Voir, *supra*, pages 255 et 265.

Commission, puisqu'elle emprunte à la catégorisation proposée par le conseiller juridique à la Commission, Éric L. White ¹⁵⁵².

Au deuxième niveau, la Cour a enfermé dans certaines conditions la nouvelle limite à l'application de l'article 28 du traité CE ainsi établie. En effet, la seconde catégorie de mesures ne relève pas de l'article 28 du traité CE, et échappe du même coup à la jurisprudence classique *Dassonville - Cassis de Dijon*, que si leur application n'est pas de nature à empêcher l'accès au marché des produits en provenance d'autres États ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux (point 17 des motifs) et ce, au regard des deux conditions énoncées au point 16. La première condition indique que ces mesures doivent s'appliquer à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national. La deuxième condition précise que les mesures doivent affecter de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et des produits importés des autres États membres. Par ces conditions, la Cour voulait démontrer par là que, tout en optant pour l'assouplissement de sa jurisprudence, elle comptait continuer à assumer son rôle de gardienne du traité en veillant au respect de leurs obligations par les États membres. La Cour cherchait ainsi à rassurer essentiellement l'auditoire des institutions communautaires et celui des opérateurs économiques.

Au troisième niveau, le résultat ainsi obtenu peut paraître justifié et objectif à deux égards : d'un point de vue téléologique et d'un point de vue éthique ¹⁵⁵³. D'une part, une telle limitation du champ d'application de l'article 28 du traité CE aux seules mesures nationales à caractère protectionniste – lesquelles sont désormais les réglementations qui relèvent de la première catégorie et celles de la seconde lorsqu'elles ne remplissent pas les conditions requises – peut apparaître, selon le juge René Joliet, « plus conforme au système de l'article 30 [actuel article 28] » ¹⁵⁵⁴ que les positions de la jurisprudence antérieure. Le juge fondait son raisonnement sur le fait que l'article 28 du traité CE visait en premier lieu les restrictions quantitatives (par définition protectionnistes) pour en déduire que son extension aux mesures d'effet équivalent devait également refléter cet élément (soit le caractère protectionniste des mesures en cause). L'auditoire spécialiste en droit communautaire était supposé être particulièrement sensible à ce point : l'assouplissement de la jurisprudence de la Cour

¹⁵⁵² Voir, *supra*, page 247.

¹⁵⁵³ L'argument téléologique ainsi que l'argument éthique sont soulevés – et il est important de le préciser – par le juge René Joliet dans sa publication (*loc. cit.*, note 1260) consacrée à l'arrêt *Keck et Mithouard* et aux raisons qui ont motivé la Cour à opérer un revirement jurisprudentiel. Ces arguments ne sont pas exploités par la Cour elle-même dans sa décision (sur le pourquoi, voir, *infra*, page 359).

¹⁵⁵⁴ R. JOLIET, *loc. cit.*, note 1260, 150.

satisfaisait également ses attentes. D'autre part, cette nouvelle lecture de l'article 28 du traité CE place les produits nationaux et les produits importés sur un pied d'égalité¹⁵⁵⁵. L'ancienne protégeait davantage les seconds, qui tombaient dans le champ du droit communautaire. Ils profitaient ainsi d'un avantage indu sur les premiers (appelé discrimination à rebours) puisqu'ils pouvaient être écoulés plus facilement sur le marché d'exportation que les produits locaux eux-mêmes. Avec l'arrêt *Keck et Mithouard*, se trouvent dès lors à bénéficier indirectement de cette évolution jurisprudentielle les opérateurs économiques nationaux, y compris les producteurs nationaux, désormais à égalité avec les importateurs.

C. L'usage de la syntaxe et du vocabulaire

La construction d'une phrase et le vocabulaire utilisé sont souvent loin d'être innocents. Leur formulation peut avoir pour but de souligner ou, au contraire, de dissimuler leur auteur, suivant l'intérêt de ce dernier. Par exemple, la forme passive sera utilisée pour masquer la responsabilité de l'intervenant dans une prise de position. La syntaxe et le vocabulaire constituent ainsi des outils rhétoriques dont la Cour a également fait usage¹⁵⁵⁶.

La mise en avant de la Cour – par elle-même – était particulièrement flagrante dans l'annonce du réexamen de sa jurisprudence. En effet, l'arrêt *Keck et Mithouard* constitue certainement une des modifications jurisprudentielles les plus explicites¹⁵⁵⁷. L'emploi de formulations telles que « la Cour estime nécessaire de réexaminer et de préciser sa jurisprudence en la matière »¹⁵⁵⁸ ou « [e]n revanche, [...], contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici »¹⁵⁵⁹ contribue à affirmer la « maternité » de la Cour sur cette évolution jurisprudentielle. Une revendication aussi claire d'un revirement est pour ainsi dire une première dans la jurisprudence de la Cour¹⁵⁶⁰. Par là, la Cour visait deux objectifs. Le

¹⁵⁵⁵ Voir, sur cet argument éthique, également le juge R. JOLIET, *loc. cit.*, note 1260, 149. Voir aussi, *supra*, page 327, la position de l'Avocat général Sir Gordon Slynn, dans l'arrêt *Cinéthèque*, qui avait motivé son approche différente.

¹⁵⁵⁶ Pour une étude plus complète de la rhétorique de la syntaxe, voir M. GOLD, *loc. cit.*, note 1532, 497-502.

¹⁵⁵⁷ Anne RIGAUX et Denys SIMON, [commentaire de l'arrêt *Keck et Mithouard*], (janvier 1994) *Europe comm.* 12.

¹⁵⁵⁸ Arrêt *Keck et Mithouard*, *précité*, note 22, point 14 des motifs, p. 6131.

¹⁵⁵⁹ *Id.*, point 16.

¹⁵⁶⁰ Par comparaison, dans l'arrêt *Cassis de Dijon* la nouvelle approche adoptée par la Cour ne se déduisait que de manière incidente des motifs : M. P. MADURO, *op. cit.*, note 20, p. 10, note 14 et K. J. ALTER et S. MEUNIER-AITSAHALIA, *loc. cit.*, note 1017, 539. Il n'y a que dans l'arrêt *Hag II* (arrêt du 17 octobre 1990, aff. C-10/89, *Rec.* 1990, p. I-3711, au point 10 des motifs, p. 3757) que la Cour ait annoncé explicitement un revirement jurisprudentiel (en ces termes : « la Cour estime nécessaire de reconsidérer l'interprétation retenue ») (*cf.* R. JOLIET, *loc. cit.*, note 1260, 148), mais cela, pas de manière aussi appuyée.

premier était de répondre aux sollicitations de la doctrine et des avocats généraux¹⁵⁶¹ pour un revirement explicite. Le second objectif était de rappeler sa position au sommet de la hiérarchie juridictionnelle européenne : en se déclarant ouvertement initiatrice de cette relecture de l'article 28 du traité CE, la Cour réaffirmait son importance, en établissant sa propre autorité¹⁵⁶², quelque peu malmenée lors des circonstances entourant la signature et la ratification du traité de Maastricht, et elle invitait les tribunaux nationaux à suivre sa nouvelle jurisprudence.

À l'inverse, par l'utilisation de formules abstraites et dépersonnalisées et l'emploi de la forme passive, la Cour adoptait parallèlement une attitude détachée par rapport à son rôle en tant que tel dans le revirement ; une attitude habituelle propre à rassurer des auditoires éventuellement décontenancés par cette remise en question de la jurisprudence établie. Cela apparaît d'abord dans les phrases suivantes : « [i]l y a lieu cependant de se demander »¹⁵⁶³ au lieu d'être formulée ainsi : « la Cour se demande cependant » ; ou « contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici »¹⁵⁶⁴ plutôt que « contrairement à ce que la Cour a jugé jusqu'ici ». Ensuite, le fait de commencer les points cruciaux de son jugement – dans lesquels la Cour prend position – par des formules anodines ou classiques telles que « [i]l est vrai que »¹⁵⁶⁵, et particulièrement ses deux points 15 et 16 respectivement par « [i]l y a lieu de rappeler »¹⁵⁶⁶ ou « il y a lieu de considérer que »¹⁵⁶⁷ pour confirmer son ancienne jurisprudence dans le premier cas et la réviser dans le second, permettait également à la Cour de marquer une distance vis-à-vis de son « discours ». Enfin, même dans sa conclusion la Cour a refusé d'assumer réellement l'imputabilité du résultat auquel elle parvient, en préférant recourir à la formule neutre : « [i]l y a donc lieu de répondre à la juridiction nationale que l'article 30 du traité CEE [actuel article 28 du traité CE] doit être interprété en ce sens [...] »¹⁵⁶⁸, plutôt que de dire : « [l]a Cour répond donc à la juridiction nationale qu'elle interprète l'article 30 du traité CEE [actuel article 28 du traité CE] en ce sens [...] ».

¹⁵⁶¹ Voir, par exemple, les demandes en ce sens des avocats généraux G. TESAURO (point 26 de ses conclusions, *précitées*, note 1063, p. 6813) et W. VAN GERVEN (point 8, *in fine*, de ses secondes conclusions, *précitées*, note 1526, p. 6121).

¹⁵⁶² Sur l'utilisation de la syntaxe comme moyen de rehausser l'autorité d'une Cour, voir M. GOLD, *loc. cit.*, note 1532, 500, à propos de la Cour suprême du Canada. Alfonso Mattera estime, à l'inverse, que cette affirmation claire du revirement, et particulièrement « contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici », affaiblit la crédibilité de l'ensemble de la jurisprudence antérieure de la Cour (et on peut penser dès lors son autorité) : A. MATTERA, *loc. cit.*, note 1065, 146-147.

¹⁵⁶³ Arrêt *Keck et Mithouard*, *précité*, note 22, point 13 des motifs, p. 6130.

¹⁵⁶⁴ *Id.*, point 16, p. 6131.

¹⁵⁶⁵ *Id.*, point 13, p. 6130.

¹⁵⁶⁶ *Id.*, point 15, p. 6131.

¹⁵⁶⁷ *Id.*, point 16.

¹⁵⁶⁸ *Id.*, point 18, p. 6132.

Ce style impersonnel (mais néanmoins usuel) visait, en premier lieu, à banaliser le revirement opéré en recourant à des formules classiques. En deuxième lieu, il avait pour objectif d'obscurcir la responsabilité de la Cour dans cette révision jurisprudentielle. Et c'est un fait, la Cour avait tout intérêt à renforcer l'impression que les causes de cette relecture de l'article 28 du traité CE lui étaient complètement étrangères et que les seuls acteurs réels du jugement étaient les parties. En troisième lieu, était visée une certaine distanciation de la Cour par rapport à sa jurisprudence antérieure. C'est pourquoi ce revirement ne porte jamais son nom, la Cour préférant judicieusement parler de réexamen et de précision de sa jurisprudence¹⁵⁶⁹. La Cour se gardait ainsi de désavouer ouvertement la jurisprudence qu'elle avait elle-même établie – une jurisprudence dont on avait amplement démontré les incohérences et contradictions¹⁵⁷⁰ – pour éviter de se discréditer. En dernier lieu, cette formulation dépersonne la Cour. Elle apparaît comme une institution neutre, anonyme, impersonnelle et, dès lors, affranchie de toute opinion personnelle. Cela affermit le caractère objectif du jugement et renvoie à l'image classique du juge indépendant.

D. La fiction de la continuité

Afin de favoriser l'acceptation de ce changement d'orientation jurisprudentielle par la communauté juridique, la Cour a fait de larges emprunts aux suggestions que lui faisait parallèlement l'Avocat général Tesauro dans l'affaire *Hünermund*¹⁵⁷¹ ainsi qu'à celles que lui avaient formulées ces dernières années certains de ses avocats généraux, et particulièrement l'Avocat général Van Gerven¹⁵⁷². La Cour a aussi multiplié, dans les motifs de l'arrêt, les références, expresses comme implicites, à sa jurisprudence antérieure, pour imprimer à l'ensemble de sa décision l'impression d'une certaine continuité, et non d'une rupture, afin d'atténuer l'impact négatif que peut avoir sur les esprits un revirement jurisprudentiel. La Cour a ainsi cherché à ce que sa nouvelle solution s'intègre harmonieusement, si l'on peut dire, avec celles qu'elle préconisait antérieurement.

¹⁵⁶⁹ *Id.*, au point 14, p. 6131. Le terme « réexaminer » est d'ailleurs qualifié de litote par le juge R. JOLIET, *loc. cit.*, note 1260, 148.

¹⁵⁷⁰ Voir, par exemple, l'Avocat général G. TESAURO qui, dans ses conclusions, présente le cadre jurisprudentiel en matière de libre circulation des marchandises de façon à en démontrer les contradictions et le manque de cohérence, en recourant respectivement à la technique de l'incompatibilité (*cf. supra*, note 1538) et à la démonstration de l'absence de règle de justice (*cf. infra*, note 1633). Sur ces deux procédés rhétoriques que sont l'incompatibilité et la règle de justice, voir C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 32, respectivement pp. 262-276 et 294-297.

¹⁵⁷¹ Le libellé de plusieurs des motifs de l'arrêt semble directement inspiré par les conclusions de l'Avocat général Tesauro et particulièrement les points 8 et 9, p. I-6803, le point 10, p. I-6804, et le point 25, pp. I-6812 et I-6813 de ses conclusions dans l'affaire *Hünermund*, *précitées*, note 1063.

¹⁵⁷² Voir, *supra*, page 260 et note 1120.

D'abord, la Cour, avant de procéder à la motivation du dispositif, rappelle au préalable, suivant en cela une pratique courante ¹⁵⁷³, le prescrit de l'article 28 du traité CE et la définition *Dassonville* (précédée de la formule « [s]elon une jurisprudence constante »), au point 11 des motifs. Puis, au point 12, d'une part, la Cour constate que la réglementation nationale interdit « de façon générale » la revente à perte. On ne peut s'empêcher de recouper cette mention avec l'opinion exprimée par la Commission, par la voix de son agent et conseiller juridique Éric L. White, selon laquelle les législations nationales qui régissent, de façon générale et neutre, les circonstances dans lesquelles les produits peuvent être vendus, ne relèvent pas de l'article 28 du traité CE ¹⁵⁷⁴. D'autre part, la Cour précise que la législation litigieuse « n'a pas pour objet de régir les échanges de marchandises entre les États membres ». Or cette précision est une constante dans pratiquement tous les arrêts s'écartant de la « ligne jurisprudentielle » habituelle de *Dassonville - Cassis de Dijon* ¹⁵⁷⁵.

Ensuite, n'est pas non plus fortuit le fait que la Cour rappelle, au point 13, comme dans ses arrêts relatifs à l'ouverture des commerces le dimanche ¹⁵⁷⁶, qu'une telle réglementation est « susceptible » de restreindre le volume des ventes et, par conséquent, celui des importations, et qu'elle ajoute : « dans la mesure où elle prive les opérateurs d'une méthode de promotion des ventes », ce qui m'apparaît être une référence à la jurisprudence issue de l'arrêt *Oosthoek* ¹⁵⁷⁷. Le lecteur attentif relèvera toutefois que le terme « susceptible » est un ajout de la Cour par rapport à sa jurisprudence sur le commerce le dimanche et pour cause : il prépare la dernière phrase du point 13 des motifs, laquelle prend le contre-pied de l'arrêt *Oosthoek* et annonce en fait le revirement : « [i]l y a lieu *cependant* de se demander si cette éventualité suffit pour qualifier la législation en cause de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation. » ¹⁵⁷⁸.

Enfin, la Cour prend soin dans les points déterminants 15 et 16 des motifs, de référer expressément aux arrêts *Cassis de Dijon* et *Dassonville* (pour s'en écarter dans ce second cas). Richard Wainwright et Virginia Melgar relèvent par ailleurs que la brève description faite par la Cour des réglementations qui portent sur les conditions auxquelles doivent

¹⁵⁷³ A. MATTERA, *loc. cit.*, note 1065, 143.

¹⁵⁷⁴ Voir notamment la position de la Commission, représentée par son conseiller juridique Éric L. White, présentée dans le rapport d'audience de l'arrêt *Quiethlynn*, précitée, note 1062, p. I-3067.

¹⁵⁷⁵ *Cf.*, *supra*, page 308 et note 1360.

¹⁵⁷⁶ *Cf.*, *supra*, page 310 et note 1366. Voir aussi sur ce point les commentaires de C. BARNARD, *loc. cit.*, note 1174, 459.

¹⁵⁷⁷ *Cf.*, *supra*, pages 314-316.

¹⁵⁷⁸ Point 13 des motifs de l'arrêt *Keck et Mithouard*, précité, note 22 (italiques ajoutés).

répondre les marchandises (au point 15 des motifs) s'inspire de l'article 3 de la directive 70/50/CEE de la Commission ¹⁵⁷⁹.

Paragraphe 2. La « déresponsabilisation » de la Cour

La Cour voulait éviter d'assumer l'entière (et périlleuse) responsabilité du « coup de barre » donné à ses orientations jurisprudentielles. C'est pourquoi elle a associé la rhétorique de l'objectivité (combinée avec l'usage de la syntaxe et du vocabulaire) – qu'elle utilise pour se distancier du revirement dont elle est l'auteure – avec une autre méthode rhétorique : celle de la suppression.

La rhétorique de la suppression consiste à faire ressortir certains éléments ou faits pour en camoufler d'autres ¹⁵⁸⁰ qui auraient pour conséquence, s'ils étaient connus, d'attirer les soupçons sur l'impartialité de la décision ou de diminuer l'adhésion que la Cour pourrait obtenir sans eux. C'est donc un moyen de laisser dans l'ombre les choix de fond de la Cour ou certaines justifications moins glorieuses – ou tout simplement moins pertinentes au regard de l'objectif recherché : obtenir une adhésion la plus large possible – tout en parvenant aux fins visées. En l'espèce, la Cour a donc, d'une part, dissimulé sa responsabilité dans ce changement jurisprudentiel en l'imputant à d'autres qu'elle et, d'autre part, tu certains arguments qu'elle aurait pu par ailleurs invoquer.

A. L'argument pragmatique : le recours excessif à l'article 28 du traité CE

Tout en affirmant sa responsabilité quant à son action dans le revirement, soit la décision de l'opérer, la Cour a dégagé sa responsabilité quant aux causes de son revirement. Elle l'a fait par un argument pragmatique ainsi utilisé : face à l'usage abusif de l'article 28 du traité CE par les opérateurs économiques, la Cour se voyait tenue d'agir. Le point 14 de sa décision a dès lors pour seul objet de rejeter la faute de son renversement de jurisprudence sur les opérateurs économiques ¹⁵⁸¹. Ne dit-elle pas au dit point : « [é]tant donné que les opérateurs économiques invoquent de plus en plus l'article 30 [actuel article 28] du traité

¹⁵⁷⁹ R. WAINWRIGTH et V. MELGAR, *loc. cit.*, note 1173, 539.

¹⁵⁸⁰ M. GOLD, *loc. cit.*, note 1532, 490.

¹⁵⁸¹ Certains commentateurs semblent ne pas avoir été dupes de cette stratégie de la Cour : Anne Rigaux et Denys Simon (*loc. cit.*, note 1557, comm. 12), font part de leur étonnement « [...] devant l'étrange aveu figurant au point 14 de l'arrêt, qui révèle une curieuse conception de la fonction juridictionnelle [...] ».

pour contester toute espèce de réglementations [...] la Cour estime nécessaire de réexaminer et de préciser sa jurisprudence en la matière » ¹⁵⁸² ?

Cet argument pragmatique, en dehors de son rôle rhétorique qui concerne l'ensemble des auditoires de la Cour, visait en fait essentiellement les opérateurs économiques d'importance modeste ou réduite et les citoyens européens. Vis-à-vis des premiers, il sous-entendait en effet, et semblait prôner, une certaine égalité entre les opérateurs économiques ¹⁵⁸³. À l'égard des seconds (ainsi que de certains gouvernements nationaux), il permettait habilement à la Cour de rejeter sur les opérateurs économiques le reproche grandissant qui lui était adressé, soit de faire le jeu du libéralisme économique. Au soutien de cette proposition, il y a lieu de mentionner les propos forts édifiants du juge Joliet :

« L'article 30 [actuel article 28] est un instrument de libéralisation des échanges entre États membres et rien d'autre. *Ce n'est pas un instrument de dérégulation de l'économie* : autrement dit, ce n'est pas une arme dans le combat que mènent les entreprises contre les réglementations les plus diverses qui, dans chacun de nos États, régissent leur activité commerciale. Telle est la leçon de l'arrêt *Keck et Mithouard*. » ¹⁵⁸⁴

Il faut toutefois préciser que l'Avocat général Tesauro avait notamment dirigé ses critiques sur ce point précis. Il éclaircissait son virulent premier point par les explications suivantes : « à y bien regarder, la réduction [des ventes] invoquée *ne dépend pas d'une disparité des législations nationales*, mais seulement de la circonstance que les autorités nationales (d'un, de plusieurs ou de tous les pays de la CEE) ont adopté une réglementation moins *libérale* que celle qu'espéraient les opérateurs intéressés » ¹⁵⁸⁵. Aussi, il dénonçait l'utilisation pervertie dont faisait l'objet l'article 28 du traité CE : « en effet, l'article 30 [actuel article 28] en viendrait à être invoqué et utilisé non pour les objectifs qui lui sont propres mais pour permettre à certains opérateurs de se soustraire à l'application de *dispositions nationales* qui, en régissant une activité déterminée, *restreignent la liberté commerciale* » ¹⁵⁸⁶. Et il concluait son argumentation en ces termes :

« Nous estimons [...] que l'article 30 [actuel article 28] a pour objectif de garantir la libre circulation des marchandises, afin de constituer un marché unique et intégré, en éliminant donc les mesures nationales qui de quelque

¹⁵⁸² Arrêt *Keck et Mithouard*, précité, note 22, point 14 des motifs, p. 6131.

¹⁵⁸³ Cf., *supra*, à la page 350.

¹⁵⁸⁴ R. JOLIET, *loc. cit.*, note 1260, 151 (les références aux notes de bas de page ont été omises ; les italiques ont été ajoutés).

¹⁵⁸⁵ Conclusions de G. TESAURO, précitées, note 1118, point 11, p. 6804 (les italiques font partie de la citation).

¹⁵⁸⁶ *Id.*, point 27, p. 6813.

façon que ce soit créent un obstacle ou même de simples difficultés dans les mouvements de produits ; *et non pas d'interdire les mesures les plus disparates afin d'assurer la plus forte expansion possible, en définitive, du commerce.* »¹⁵⁸⁷

Toutefois, même si l'argument pragmatique peut être vu comme une simple réponse aux positions de l'Avocat général Tesauro dans l'affaire *Hünermund*, il n'en reste pas moins qu'il constitue la seule justification avancée par la Cour pour la modification de sa jurisprudence et, à ce titre, il mérite une attention toute particulière. En effet, en canalisant toute l'attention du lecteur sur l'attitude des opérateurs économiques, la Cour cherchait avant tout à faire peser la responsabilité du changement jurisprudentiel sur ces derniers, pour dissimuler la sienne propre. Pour y parvenir, la Cour a eu recours à d'autres procédés rhétoriques qu'elle a combinés avec la technique de la suppression. Ces moyens rhétoriques sont l'usage de la syntaxe, ainsi que l'atténuation et la dépréciation des prétentions adverses des deux commerçants incriminés.

L'usage de la syntaxe s'apprécie d'abord dans l'emploi de la locution « étant donné que », au point 14 des motifs. Par cette locution la Cour cherchait à établir une relation transitive d'implication¹⁵⁸⁸ entre l'invocation de plus en plus fréquente et abusive de l'article 28 du traité CE par les opérateurs économiques et la nécessité dans laquelle la Cour se trouvait de devoir réexaminer et préciser sa jurisprudence en la matière. Cette relation de conséquence logique amplifiait ainsi davantage la non-responsabilité de la Cour. Ensuite, la Cour visait, toujours à son point 14, « les » opérateurs économiques et non « certains », ce qui pourtant aurait correspondu davantage à la réalité. Cela permettait à la Cour de les appréhender dans leur globalité et de grossir ainsi la gravité de l'atteinte faite au traité. Une telle approche conférait à la Cour le « beau rôle », celui d'intervenir pour faire cesser un comportement condamnable et, évidemment – autre avantage certain – légitimait d'autant plus son intervention. Enfin, la formulation employée dans le même point : « pour contester toute espèce de réglementation [...], même si [...] » laissait également sous-entendre un abus

¹⁵⁸⁷ *Id.*, point 28, p. 6814 (italiques ajoutés). Les points 26 et 27 de ses conclusions, pp. 6813-6814, invitent la Cour à revoir sa jurisprudence pour faire cesser le recours excessif à l'article 28 du traité CE. Je détaillerai ces points par la suite.

¹⁵⁸⁸ Pour davantage de précisions sur les arguments de transitivité, voir C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 32, pp. 305 et suiv., et spécifiquement sur la relation d'implication ou de conséquence logique, pp. 309-310.

de la part des opérateurs économiques, lequel impliquait le besoin d'un retour à la normale ¹⁵⁸⁹.

S'agissant de la seconde méthode rhétorique, soit l'atténuation et la dépréciation des prétentions adverses, la formulation indiquée ci-dessus ainsi que l'expression « les *éventuels* effets anticoncurrentiels de la réglementation en cause » ¹⁵⁹⁰ tendaient, quant à eux, à dénigrer les arguments avancés en défense par MM. Keck et Mithouard, les opérateurs économiques en cause. L'utilité du dénigrement dans l'argumentation a été fort bien démontrée par le professeur Mark Gold : en réduisant la crédibilité des prétentions adverses, on rehausse conséquemment la position adoptée par la Cour et on la justifie aux yeux des auditoires ¹⁵⁹¹.

Ainsi, de manière très subtile, le déploiement de cet argument pragmatique permettait à la Cour d'éviter de se voir reprocher d'être à la source du changement jurisprudentiel – à titre d'auteur de celui-ci – mais aussi d'être à l'origine de l'invocation excessive de l'article 28 du traité CE par les opérateurs économiques. En effet, en raison de la jurisprudence confuse de la Cour en la matière et de son application très large du principe de l'interdiction des mesures d'effet équivalent, les opérateurs économiques étaient « encouragés à attaquer sur la base de l'article 30 les mesures les plus disparates (restreignant, bien entendu, leur liberté commerciale), du seul fait qu'on ne peut a priori pas exclure qu'elles aient une quelconque incidence sur les importations » ¹⁵⁹². Cet argument de l'Avocat général Tesouro rejoint celui exprimé quelques années plus tôt par l'Avocat général Darmon dans l'arrêt *Krantz* :

« [l]a très large définition de la mesure d'effet équivalent formulée dans l'arrêt *Dassonville* sert, depuis 1974, de référence constante à votre jurisprudence en la matière. *Le caractère en lui-même extensif de cette définition et le souci que vous avez manifesté, au travers de vos arrêts, de n'en pas réduire la portée expliquent largement* les tentatives des opérateurs économiques de faire analyser comme étant d'effet équivalent les mesures les plus variées, dès qu'un effet sur les importations, aussi indirect et aussi tenu soit-il, ne peut être tout à fait exclu. » ¹⁵⁹³

¹⁵⁸⁹ Sur l'utilisation de l'abus comme moyen argumentatif, voir C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 32, pp. 441-443.

¹⁵⁹⁰ Arrêt *Keck et Mithouard*, précité, note 22, point 9 des motifs, p. 6130. Les italiques sont les miens.

¹⁵⁹¹ Pour une analyse plus approfondie de la rhétorique du dénigrement, voir M. GOLD, *loc. cit.*, note 36, 26-28.

¹⁵⁹² Conclusions de G. TESAURO, précitées, note 1118, au point 25, p. 6812.

¹⁵⁹³ Point 16 des conclusions de l'Avocat général Marco DARMON, précitées, note 1114, p. 592 (les italiques sont les miens).

B. Les arguments laissés dans l'ombre

L'utilisation de l'argument pragmatique comme seule justification ouvertement présentée par la Cour pour reconsidérer sa jurisprudence met en relief un autre usage de la rhétorique de la suppression. Lui adjoindre d'autres arguments aurait en effet pu l'affaiblir¹⁵⁹⁴, d'autant que les autres arguments qu'il aurait été également possible d'invoquer à l'appui de sa décision étaient dangereux, car ils risquaient de discréditer sa jurisprudence antérieure. Il était donc préférable pour la Cour de les laisser sous-entendus pour éviter de devoir les employer¹⁵⁹⁵.

Par exemple, tandis que l'Avocat général Tesauro était beaucoup plus explicite quant à la transformation de l'article 28 du traité CE, qui d'une disposition d'intégration des marchés nationaux est devenue un outil du libéralisme économique à l'intérieur de chaque État membre, la Cour a opté pour une simple allusion à cet aspect, dans son point 14, afin de ne pas éveiller les soupçons sur ses choix de fond.

L'Avocat général avait également signalé à la Cour le risque d'une dénaturation d'autres dispositions du traité, celles relatives à la circulation des services et à la liberté d'établissement, par l'utilisation actuelle de l'article 28 du traité CE¹⁵⁹⁶. Cette argumentation par l'incompatibilité des thèses¹⁵⁹⁷ l'amenait ainsi à demander à la Cour de résoudre ces incompatibilités par le procédé logique¹⁵⁹⁸. Or admettre cet argument, c'était faire également ressortir, incidemment, un autre effet négatif de la jurisprudence contestée de la Cour en matière de circulation des marchandises. Il n'est donc pas surprenant que la Cour ait plutôt préféré une approche la faisant apparaître la plus irresponsable possible de l'obligation dans laquelle elle se trouvait de réexaminer sa jurisprudence.

N'a pas non plus été repris par la Cour l'argument téléologique soulevé à maintes reprises par l'Avocat général Tesauro, selon lequel l'emploi de l'article 28 du traité CE par

¹⁵⁹⁴ L'ampleur de l'argumentation et ses dangers ont été parfaitement démontrés par C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 32, pp. 628-643. Ces auteurs indiquent notamment, p. 640, qu'« [i]ndépendamment de toute incompatibilité entre eux ou avec les opinions de l'auditoire, une cohorte d'arguments fait croire que l'on n'a une confiance suffisante en aucun d'eux ».

¹⁵⁹⁵ Sur cette technique argumentative dans le cadre de l'interaction des arguments : C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 32, pp. 644- 645.

¹⁵⁹⁶ Conclusions de G. TESAURO, *précitées*, note 1118, point 27, p. 6813.

¹⁵⁹⁷ Sur l'incompatibilité, voir *supra*, note 1538.

¹⁵⁹⁸ Le procédé logique consiste à prévoir à l'avance les manières d'éliminer les incompatibilités nées de l'application de règles, lois ou normes également admises : C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 32, p. 265.

les opérateurs économiques méconnaissait les objectifs qui lui ont été attribués ; ce qui conduisait l'Avocat général à préconiser un revirement de jurisprudence, puisque « ce revirement replacerait l'article 30 [actuel article 28] [...] dans sa fonction naturelle et en éviterait une utilisation, à notre avis, tout à fait impropre »¹⁵⁹⁹. Derrière ces mots, l'Avocat général utilisait l'argument du dépassement. Pour le professeur Perelman, cette argumentation consiste à défendre un comportement que l'on serait tenté de blâmer (en l'occurrence un changement jurisprudentiel qui, d'un point de vue systématique, porte atteinte à la sécurité des rapports juridiques) en le plaçant dans le prolongement de ce que l'auditoire (la Cour pour l'Avocat général) approuve et admire (soit l'interprétation téléologique, le respect des buts du traité)¹⁶⁰⁰. Toutefois, reprendre ouvertement à son compte cette argumentation téléologique et de dépassement aurait été hasardeux pour la Cour. D'une part, cela l'aurait impliquée davantage dans la révision jurisprudentielle à titre d'artisan de cette dernière. D'autre part, et surtout, la Cour a eu très souvent recours, dans le passé, à l'argument téléologique et systématique pour imposer sa jurisprudence audacieuse aux États membres¹⁶⁰¹. Ce dernier avait, par conséquent, quelque peu perdu de sa crédibilité et pouvait dès lors apparaître un peu suranné.

Une autre explication à la motivation relativement lapidaire de l'arrêt *Keck et Mithouard* – que la doctrine a largement critiquée – peut aussi être trouvée dans ce que l'ancien juge Ole Due a appelé « les arguments disparus »¹⁶⁰². Dans un article fort utile pour comprendre la motivation des décisions de la Cour de justice des Communautés européennes, l'ancien juge Ole Due a eu cette remarque particulièrement éclairante :

« [p]our tout juge, il importe notamment de trouver la bonne solution aux problèmes concrètement posés par l'affaire pendante devant lui. Lorsque cette solution a été trouvée, mais qu'il s'avère très difficile de s'entendre sur la motivation, il est tentant de faire tomber un argument soulevant des difficultés particulières, même si c'est celui qui a emporté la conviction de certains juges. Une motivation incomplète pourrait donc être le prix du consensus ou de la majorité souhaitable. »¹⁶⁰³

¹⁵⁹⁹ Conclusions de G. TESAURO, *précitées*, note 1118, point 26, p. 6813.

¹⁶⁰⁰ C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 32, p. 387.

¹⁶⁰¹ Voir par exemple l'arrêt du 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, *précité*, note 1073 et l'arrêt du 15 juillet 1964, *Costa/ENEL*, *précité*, note 1070, dans lesquels la Cour a reconnu respectivement l'effet direct et la primauté du droit européen, « en considération des buts et du système du traité », par un rejet de l'argument de texte invoqué par les États membres en cause.

¹⁶⁰² O. DUE, *loc. cit.*, note 1084, 274.

¹⁶⁰³ *Id.*, 275.

Autrement dit, des dissensions internes à la Cour pourraient également être à la source de l'unicité de l'argument énoncé au point 14 des motifs sur lequel se concentre l'essentiel de la justification avancée par la Cour pour son réexamen jurisprudentiel.

Affirmer son impartialité, mettre en avant sa fonction traditionnelle de juger, suggérer sa non-responsabilité dans les choix effectués, et insister sur l'usage inapproprié de l'article 28 du traité CE par les opérateurs économiques, étaient autant de moyens rhétoriques destinés à annihiler tout l'aspect politique de la décision. La Cour cherchait en effet à faire oublier à ses auditoires le réel pourquoi de son renversement jurisprudentiel, soit son désir de se retirer d'un terrain de plus en plus glissant politiquement et de plus en plus dommageable pour sa légitimité, autrement dit d'opérer un « repli » judiciaire ¹⁶⁰⁴.

Paragraphe 3. Le « repli » judiciaire

Par la « solution Keck » et la limitation de l'étendue de l'interdiction des mesures d'effet équivalent qu'elle apporte, la Cour visait deux objectifs. Le premier était de se départir du délicat examen de la proportionnalité des réglementations portant sur les méthodes de commercialisation des produits, les plus sensibles politiquement. Le second était de se délester du fardeau de l'implication politique et de reporter ainsi sur les États membres la responsabilité de leurs choix socio-économiques.

A. La réduction du contrôle communautaire

Les efforts rhétoriques de la Cour et ses précautions relativement au formalisme de sa décision, destinés principalement à la communauté juridique, n'ont pas eu les effets escomptés ¹⁶⁰⁵. Aussi, constatant l'incompréhension que ce revirement jurisprudentiel avait suscitée chez un grand nombre, plusieurs juges ont décidé de sortir de leur réserve pour expliquer plus ouvertement, parfois même avec une étonnante franchise, les raisons qui avaient motivé la nouvelle approche de la Cour ¹⁶⁰⁶, au risque de faire sortir la Cour de son apparente extériorité.

¹⁶⁰⁴ Ces termes empruntent à la formule employée par Renaud Dehousse d'un « pouvoir judiciaire en repli » : R. DEHOUSSE, *op. cit.*, note 2, p. 129.

¹⁶⁰⁵ Voir, pour les reproches de la doctrine et des praticiens, *supra*, pages 268-269.

¹⁶⁰⁶ Il est d'ailleurs très révélateur à cet égard que la première explication de la jurisprudence *Keck et Mithouard* donnée par un membre de la Cour ait été adressée à l'auditoire des tribunaux nationaux et même plus spécifiquement aux juridictions supérieures des États membres. Il s'agissait de l'exposé présenté par le juge René Joliet lors de la visite des magistrats des Cours suprêmes à la Cour de justice le 6 juin 1994 (lequel exposé a ensuite été publié : voir *loc. cit.*, note 1260). Or, les juridictions

1/ La limitation du champ d'application de l'article 28 du traité CE

La portée extensive que la Cour avait conférée à l'interdiction des mesures d'effet équivalent prévue à l'article 28 du traité CE avait pour conséquence de soumettre au contrôle de la Cour toutes sortes de législations nationales dont les effets entravant sur le commerce intracommunautaire étaient parfois loin d'être évidents et, à tout le moins, pouvaient être considérés comme « marginaux »¹⁶⁰⁷. Compte tenu de la nature particulière de ce contrôle, consistant en un « *balancing test* », l'examen par la Cour de la justification de la mesure nationale la conduisait nécessairement à faire des choix politiques, difficilement conciliables avec sa fonction d'arbitre neutre, qui l'exposaient par conséquent aux critiques. La sévérité de son test de proportionnalité aggravait encore davantage ce problème.

Dès 1989, l'Avocat général Van Gerven, dans ses conclusions dans l'affaire *Torfaen*, avait expressément mis en garde la Cour contre ce risque. La Cour, disait-il, « devra inévitablement de plus en plus apprécier le caractère raisonnable des options politiques des États membres dans les très nombreux domaines où il n'est pas question d'une discrimination ou d'un désavantage, direct ou indirect, matériel ou juridique, des produits importés »¹⁶⁰⁸. Mais la Cour n'était, à l'époque, pas disposée à l'écouter, son attention étant, comme nous l'avons vu, tournée vers les préoccupations d'autres auditoires auxquels elle accordait plus de poids. À l'époque des affaires *Keck et Mithouard* la situation était tout autre.

La Cour aurait pu choisir, face aux questions que lui posait le juge *a quo* dans ces affaires, d'assouplir le contrôle communautaire à l'égard des causes de justification, en admettant notamment de nouvelles exigences impératives¹⁶⁰⁹. Moins d'un an avant l'arrêt *Keck et Mithouard*, l'Avocat général Van Gerven lui avait d'ailleurs proposé, dans ses conclusions dans l'arrêt *B & Q*, de reconnaître, comme nouvelles exigences impératives, « des exigences qui sont conformes aux buts ou intérêts spécifiques pouvant être déduits d'autres dispositions des traités de la Communauté – en particulier après les modifications apportées par l'Acte unique – et qui concernent plus spécifiquement la politique économique

supérieures sont des alliées précieuses dans la bonne mise en œuvre de la jurisprudence de la Cour de justice.

¹⁶⁰⁷ R. WAINWRIGHT et V. MELGAR, *loc. cit.*, note 1173, 538.

¹⁶⁰⁸ Point 26 des conclusions de l'Avocat général W. VAN GERVEN, *précitées*, note 1107, p. 3880. L'Avocat général Van Gerven donnait notamment en exemple les réglementations nationales imposant des limitations de vitesse sur les routes.

¹⁶⁰⁹ Cette solution avait également été envisagée par l'Avocat général Van Gerven dans ses conclusions dans l'arrêt *Torfaen* (*précitées*, note 1107, au point 26, p. 3880), mais il l'avait rejetée à

et sociale (entre autres l'amélioration du milieu de travail), la cohésion sociale et économique, la recherche et le développement technologique, la protection et l'amélioration de l'environnement »¹⁶¹⁰. Or, d'une part, cette solution ne résolvait en rien le problème mentionné plus haut auquel était confrontée la Cour et, d'autre part, la Cour n'était sans doute pas plus prête politiquement qu'il y a un an à s'engager dans cette voie¹⁶¹¹. La nécessité d'affirmer sa légitimité lui imposait d'agir plus drastiquement, au niveau du contrôle juridictionnel lui-même, en effectuant une retraite en un lieu plus sûr. C'est ce qu'elle a fait sous la forme d'une habile distinction entre règles relatives aux caractéristiques des produits et celles relatives aux modalités de vente, lui permettant de se libérer du délicat test de proportionnalité issu de la jurisprudence *Cassis de Dijon* vis-à-vis des mesures nationales non discriminatoires régissant la commercialisation des marchandises, soit les mesures nationales les plus problématiques au regard des enjeux en question¹⁶¹² et des choix politiques qu'elle était amenée à faire.

L'auditoire juridique, toutefois, ne semble pas avoir été dupe de l'effort de la Cour pour justifier son revirement jurisprudentiel tout en passant sous silence ses véritables motivations, comme en témoigne la remarque de l'avocat général Van Gerven, dans ses conclusions dans un arrêt ultérieur. Pour ce dernier, « [d]ans l'arrêt *Keck et Mithouard*, la Cour ne dit pas *pourquoi* l'interdiction de principe énoncée à l'article 30 du traité CEE [actuel article 28 du traité CE] affecte désormais d'une manière différente les prescriptions relatives aux produits, d'une part, et les réglementations qui, [...], concernent une méthode de promotion des ventes, d'autre part »¹⁶¹³.

C'est essentiellement pour répondre à cette question et défendre la position de la Cour face au concert de protestations doctrinales que l'arrêt *Keck et Mithouard* avait soulevé que certains juges ont accepté de lever le voile de la rhétorique juridique et ont été d'une inhabituelle franchise. Ces juges, en effet, ont admis que cet examen de la justification des législations nationales litigieuses conduisait inévitablement la Cour à apprécier

l'époque, craignant qu'elle ne conduise, dans les faits, à créer des compétences réservées aux États membres.

¹⁶¹⁰ Point 23, pp. I-6477 et I-6478 des conclusions de l'Avocat général Van Gerven, dans l'arrêt *B & Q*, précitées, note 1349.

¹⁶¹¹ Voir, *supra*, mes commentaires page 301.

¹⁶¹² Comme le mentionne K. MORTELMANS, *loc. cit.*, note 1112, 116, « [i]n the case of legislation on market circumstances, public authorities act as arbiter between the various parties involved : i.e. big businesses versus smaller businesses, the employer versus his employees and the salesman versus the consumer. »

¹⁶¹³ Point 20 des conclusions de l'avocat général W. VAN GERVEN, dans l'arrêt du 2 juin 1994, *Tankstation et Boermans*, précitées, note 1133, p. 2214.

« l’opportunité des législations nationales »¹⁶¹⁴ et à censurer les choix politiques faits par le législateur national¹⁶¹⁵, alors qu’il s’agissait de « mesures de police générale du commerce et même de politique sociale et culturelle »¹⁶¹⁶, entraînant dès lors la Cour au-delà de sa compétence¹⁶¹⁷. Il est à noter que le juge Joliet avait exprimé ses réserves vis-à-vis du rôle de la Cour dans l’examen des législations nationales au regard de son test de proportionnalité, alors même – et c’est à souligner – que les affaires jointes *Keck et Mithouard* étaient encore pendantes devant la Cour. Il s’interrogeait ainsi : « une tendance à contrôler systématiquement des règles nationales “indistinctement applicables” ne risque-t-elle pas [...] de conduire, par un effet d’engrenage, sur un terrain où la décision ne peut être prise que par le législateur ? », puis il ajoutait : « [a]ppartient-il au juge de faire un choix entre un système d’autorisation et un système d’interdiction de la publicité comparative, alors que les droits nationaux qui s’opposent sont le reflet d’options radicalement différentes. »¹⁶¹⁸ Ce commentaire me conduit à aborder l’autre objectif visé par la Cour, soit la neutralité politique.

2/ Le choix de la neutralité politique

La relation que la Cour a toujours entretenue avec le contexte conjoncturel du moment et ses auditoires transparaît dans la remarque suivante, relative à l’activisme de la Cour, et formulée par une voix autorisée, celle du juge Constantin N. Kakouris :

« Dans le domaine de l’agriculture, le traité CEE a établi les principes d’une politique interventionniste. Dans le domaine du commerce et de l’industrie, il a opté pour un type d’économie libéral, selon les conceptions qui régnaient à l’époque dans les six États membres d’origine. Mais, par la suite, les conceptions ont évolué dans de nombreux États vers des tendances socialistes. Et, plus tard, il se pourrait que, par le vote des peuples, les tendances libérales prévalent à nouveau. *La jurisprudence de la Cour ne devrait donc pas avoir pour effet de figer les règles du droit communautaire vers un seul type de vie économique* en empêchant les développements, mais, au contraire d’assurer par une interprétation dynamique et non “fossilisée” du traité, la liberté au législateur communautaire d’arrêter de nouvelles réglementations. [...] [l]e juge doit se tenir à l’écart des courants politiques

¹⁶¹⁴ R. JOLIET, *loc. cit.*, note 1260, 146.

¹⁶¹⁵ O. DUE, *loc. cit.*, note 1175, 23.

¹⁶¹⁶ F. SCHOCKWEILER, *loc. cit.*, note 1075, 78.

¹⁶¹⁷ *Id.*

¹⁶¹⁸ R. JOLIET, *loc. cit.*, note 1513, 65 et 66.

du moment et des fluctuations de l'opinion publique, *tout en devant en tenir compte.* »¹⁶¹⁹

C'est cette implication politique de la Cour qui était de plus en plus désapprouvée, certains allant même accuser cette dernière d'appuyer le courant néolibéral en Europe. C'est pourquoi le juge Fernand Schockweiler parle désormais de la « retenue [de la Cour] en face d'options politiques »¹⁶²⁰. Mais la palme de la transparence revient incontestablement au juge René Joliet, qui s'exprimait ainsi :

« À la base de la distinction entre les règles relatives aux caractéristiques des produits et celles relatives aux modalités de vente, il y a également – pourquoi le cacher ? – une considération de politique judiciaire. L'extension de la jurisprudence *Cassis de Dijon* au-delà des règles relatives aux caractéristiques des produits conduisait la Cour à contrôler les réglementations nationales les plus diverses, ne présentant aucun lien avec les importations, et à opérer des choix purement politiques. Ainsi, au nom de quoi la Cour pouvait-elle donner la préférence à la conception libérale du droit de la concurrence déloyale, préconisée par la doctrine allemande, sur la conception plus orientée par une politique économique destinée à protéger certaines catégories d'opérateurs économiques, qui est celle retenue par le droit français et par le droit belge ? Pouvions-nous, à nous treize, prétendre détenir plus de sagesse et d'intelligence que tous les gouvernements et les parlements nationaux de la Communauté ? »¹⁶²¹

Cette attitude de réserve judiciaire que la Cour a décidé d'adopter à l'égard des modalités de vente n'a pas que des conséquences sur la réduction du contrôle communautaire sur les législations nationales. Elle conduit aussi à redonner aux États membres un plus grand pouvoir pour réglementer l'activité commerciale, ainsi qu'un choix plus réel de leurs politiques économiques et sociales en ce domaine. Elle opère aussi, dès lors, en quelque sorte, un déplacement de responsabilité. Ce faisant, la Cour, fort habilement, fait en effet porter sur leurs vrais auteurs, les États membres, la responsabilité des choix de politique économique qu'ils adoptent vis-à-vis de leurs citoyens, ainsi que la responsabilité de leurs différends au niveau du Conseil. C'est peut-être ainsi qu'il faut comprendre les propos du juge René Joliet, outre le fait qu'ils visaient également à présenter une Cour se cantonnant dans sa fonction judiciaire traditionnelle et à rassurer ses auditoires de son respect de

¹⁶¹⁹ C. N. KAKOURIS, *loc. cit.*, note 22, 398 et 399 (notes de bas de pages omises et italiques ajoutés). Cet article semble avoir été écrit avant l'arrêt *Keck et Mithouard*, auquel il ne fait nullement référence.

¹⁶²⁰ F. SCHOCKWEILER, *loc. cit.*, note 1075, 78.

¹⁶²¹ R. JOLIET, *loc. cit.*, note 1260, 149 (notes de bas de page omises).

l'équilibre institutionnel instauré par le traité (un traité qui intègre de plus, depuis Maastricht, le principe de subsidiarité ¹⁶²²) :

« Chaque institution de la Communauté doit agir dans les limites de ses attributions. Tel est le prescrit de l'article 4 [actuel article 7] du traité de la Communauté européenne. L'harmonisation des règles est une tâche qui relève du législateur, et non de la Cour. » ¹⁶²³

Vis-à-vis de la Commission, ce rappel par le juge René Joliet des fonctions respectives de chaque institution européenne s'analyse toutefois davantage comme une justification de la Cour pour ne plus intervenir en faveur du libéralisme économique. Cela, tout en démontrant parallèlement, par le maintien partiel de sa jurisprudence traditionnelle *Dassonville - Cassis de Dijon* à l'égard des réglementations relevant de la première catégorie – considérées comme les plus entravantes pour les échanges intracommunautaires – que les objectifs intégratifs économiques du traité n'étaient pas délaissés pour autant. Par ailleurs, même à l'égard de la seconde catégorie, la Cour a conservé une certaine marge de manœuvre.

B. Le maintien d'une certaine marge de manoeuvre de la Cour

Cette nouvelle délimitation du champ d'application de l'article 28 du traité CE ne signifie pas pour autant absence de contrôle juridictionnel – comme certains ont pu le penser – mais plutôt réduction de celui-ci, qui d'un « balancing test » se rapproche davantage d'un test reposant sur la discrimination ¹⁶²⁴. Or, ces deux tests ont des conséquences opposées s'agissant de la légitimité de la Cour et du contrôle communautaire : comme le note Miguel Poiaras Maduro, plus on se déplace du test de la discrimination vers celui de la pondération des intérêts, plus est soulevée la question de la légitimité de la Cour. D'un autre côté, plus la Cour recourt au test de la discrimination, plus le risque est grand d'avoir des mesures étatiques affectant le commerce qui échappent à son contrôle ¹⁶²⁵. Il est clair que la Cour, dans l'arrêt *Keck et Mithouard*, a opté pour un renforcement de sa légitimité au détriment d'un contrôle juridictionnel large. Certains auteurs ont ainsi rapproché cette application du

¹⁶²² Pour certains auteurs, la décision *Keck et Mithouard* se comprend essentiellement à la lumière du principe de subsidiarité et de l'intérêt politique que ce principe suscitait alors : voir, par exemple, L. W. GORMLEY, *loc. cit.*, note 1169, 67 ; E. MORGAN DE RIVERY et G. LE BRETON, *loc. cit.*, note 1172, 9-10 ; J.-C. GAUTRON, *loc. cit.*, note 1300, 7-8. N. REICH, *loc. cit.*, note 30, 477, s'interroge, quant à lui, sur la coïncidence de l'arrêt *Keck et Mithouard*, ainsi que des arrêts *Meng et Audi* (cités note 1649) avec l'entrée en vigueur du traité de Maastricht et de son article 3 B (actuel article 5).

¹⁶²³ R. JOLIET, *loc. cit.*, note 1260, 151.

¹⁶²⁴ Pour P. Oliver (*op. cit.*, note 1037, 114), le critère de la discrimination devient d'ailleurs le critère déterminant dans l'arrêt *Keck et Mithouard*. Voir aussi M. TODINO et T. LÜDER, *loc. cit.*, note 1107, 173 ; F. PICOD, *loc. cit.*, note 1545, 178-179.

critère de la discrimination à l'égard des réglementations portant sur les modalités de vente, de la jurisprudence sur le régime des prix ou de celle développée depuis l'arrêt *Groenveld*¹⁶²⁶ relativement à l'article 29 (ex-article 34) du traité CE interdisant les mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'exportation¹⁶²⁷.

Il faut toutefois se garder de conclure à une diminution radicale des pouvoirs de la Cour. Celle-ci s'est en effet réservée une marge de manoeuvre appréciable en évitant de définir (ce qui lui a été d'ailleurs largement reproché par la doctrine) ce qu'elle entendait par « modalités de vente », pour la seconde catégorie de mesures maintenant permise, à son point 16. Cela contrairement à la position de l'Avocat général Tesauro qui en avait déjà amorcé une définition¹⁶²⁸, et contrairement également à sa propre attitude à l'égard de la première catégorie de mesures qui demeure soumise à l'entier contrôle de la Cour¹⁶²⁹. Cette approche permet à la Cour de se laisser l'entière discrétion pour décider, à l'avenir, selon les circonstances – et les auditoires à satisfaire – quelle mesure relève de la première catégorie et quelle de la seconde.

Cette manière de procéder, en distinguant deux groupes dans un même ensemble pour des fins différentes, est connue en rhétorique sous l'appellation de « la division du tout en ses parties »¹⁶³⁰. Le tout, en l'occurrence, est formé par l'ensemble des réglementations nationales en matière de production et de commercialisation des marchandises. Les parties sont constituées des deux catégories de mesures énoncées respectivement aux attendus 15 et 16 de l'arrêt. Les premières ont pour objet les produits eux-mêmes. Elles sont considérées

¹⁶²⁵ M. P. MADURO, *loc. cit.*, note 1138, 39.

¹⁶²⁶ Arrêt du 8 novembre 1979, *Groenveld*, aff. 15/79, *Rec.* 1979, p. 3409. Alors qu'auparavant les articles 28 et 29 du traité CE étaient interprétés de la même manière, cet arrêt a introduit une différence de régime entre les mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation et les mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'exportation. Les mesures nationales ne tombent désormais sous l'emprise de l'article 29 du traité CE que lorsqu'elles sont protectionnistes ou discriminatoires. Cette différence de régime entre les deux articles a été très critiquée par la doctrine (voir, par exemple, A. MATTERA, *op. cit.*, note 1015, p. 515-518) et certains avocats généraux (voir, par exemple, les conclusions de l'Avocat général Francesco CAPOPORTI dans l'arrêt *Oebel*, *précitées*, note 1327, pp. 2015-2017). Cette différence de traitement s'estomperait donc avec l'arrêt *Keck et Mithouard* à l'égard des réglementations concernant les modalités de vente.

¹⁶²⁷ Par exemple, J. STUYCK, *loc. cit.*, note 1172, 446-447.

¹⁶²⁸ Sur la base des questions suivantes : qui peut vendre les produits, où, quand, comment : points 9 et 11 des conclusions de G. TESAURO, *précitées*, note 1118, respectivement pp. 6803 et 6804.

¹⁶²⁹ La Cour a en effet défini, au point 15 de son arrêt *Keck et Mithouard*, *précité*, note 22, p. 6131, ce que l'on devait entendre par « conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises ». Pour rappel, il s'agit de conditions « [...] telles que celles qui concernent leur dénomination, leur forme, leurs dimensions, leur poids, leur composition, leur présentation, leur étiquetage, leur conditionnement [...] ». Si cette définition est formulée de manière à ne pas être exhaustive, il n'en demeure pas moins qu'elle englobe en fait toutes les hypothèses possibles.

¹⁶³⁰ Sur cette notion : C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 32, pp. 315-325.

comme entravant la libre circulation des marchandises et sont dès lors interdites par l'article 28 du traité CE, à moins d'être justifiées soit par un des intérêts publics fondamentaux visés à l'article 30 du traité CE, soit par la théorie des exigences impératives, et si elle répondent aux conditions de nécessité et de proportionnalité. Elles restent donc soumises à la jurisprudence classique *Dassonville - Cassis de Dijon* et à l'application du « *balancing test* ». Les secondes concernent les méthodes de commercialisation des produits. Elles sont désormais vues comme n'affectant pas en principe la libre circulation des marchandises, excepté lorsqu'elles sont discriminatoires (par application du critère de la discrimination). Elles sont soustraites au champ d'application de l'article 28 du traité CE et au contrôle de la Cour ¹⁶³¹.

La distinction entre ces deux catégories repose sur deux identités différentes. La première catégorie est fondée sur une identité complète : c'est une identité par définition ¹⁶³² ; alors que la seconde s'établit sur une identité seulement partielle : c'est une identité par la règle de justice ¹⁶³³. Cette distinction n'est pas anodine : la définition conduit à une simple opération d'application, soit identifier ce qui est défini avec ce qui le définit. Tandis que la règle de justice implique une qualification, un choix : en l'espèce, celui de décider si la réglementation en cause est assimilable, ou non, à une mesure concernant les modalités de vente et doit donc être, ou ne pas être, intégrée dans cette même catégorie pour recevoir un traitement identique. En outre, le contenu incertain de cette seconde catégorie a un autre intérêt : une réglementation nationale portant sur les modalités de vente va pouvoir être perçue, au gré des besoins, soit comme étant identifiée audit groupe, par un argument *a pari*, soit, au contraire, comme en étant exclue, par un argument *a contrario* ¹⁶³⁴. La Cour dispose donc d'une indéniable marge d'appréciation dans la seconde catégorie qui, rappelons-le, vient limiter en principe son pouvoir d'intervention. Une marge de manoeuvre qu'elle annonce d'ailleurs à demi-mot, par l'emploi du pronom « certaines » modalités de vente, indiquant par là que toutes les réglementations nationales relevant de cette catégorie ne bénéficieront pas de ce traitement de faveur. S'y ajoute en outre la précision selon laquelle ces nouvelles orientations jurisprudentielles ne concernent que les dispositions nationales « qui limitent ou

¹⁶³¹ Voir, par exemple, A. RIGAUX et D. SIMON, *loc. cit.*, note 1168, comm. 136.

¹⁶³² Voir, sur la technique argumentative de l'identification par la définition, C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 32, pp. 282-288.

¹⁶³³ « La règle de justice exige l'application d'un traitement identique à des êtres ou à des situations que l'on intègre à une même catégorie. » : C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 32, p. 294.

¹⁶³⁴ Sur le rôle des arguments *a pari* et *a contrario* dans le rapport entre les parties formant un tout, voir C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 32, p. 325. Brièvement, l'argument *a pari*, considéré comme une identification, sert à l'application de la règle par son extension au cas ;

interdisent » certaines modalités de vente. La Cour se laisse ainsi une entière discrétion pour décider, au cas par cas, du contenu de cette catégorie et des mesures nationales qui échapperont concrètement au contrôle communautaire. Ce fait a d'ailleurs été reconnu par deux juges qui siégeaient lors des affaires *Keck et Mithouard* (dont un à titre de président de la Cour)¹⁶³⁵, suite aux reproches tenant au manque de précision de la distinction opérée comme de la notion de « modalités de vente », de la part de certains avocat généraux¹⁶³⁶ comme de la doctrine¹⁶³⁷.

Et la liberté d'appréciation de la Cour ne s'arrête pas là : face à une législation qui, tout en appartenant *a priori* à la seconde catégorie de mesures, apparaîtrait aux yeux de la Cour par trop entravante pour le commerce intracommunautaire, la Cour dispose d'une batterie d'options pour lui refuser néanmoins le bénéfice de ce que certains auteurs ont appelé « l'immunité générale attachée aux réglementations relatives aux modalités de vente »¹⁶³⁸. D'une part, la Cour peut agir au niveau des conditions auxquelles elle a subordonné cette immunité, exigeant que les dispositions nationales « s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et [...] affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres »¹⁶³⁹. Or ces conditions, dont la formulation est inédite, restent à clarifier¹⁶⁴⁰, laissant là encore à la Cour une grande liberté d'appréciation. La Cour pourrait ainsi – si elle le souhaitait – revenir à son ancienne rigueur en matière de restrictions

tandis que l'argument *a contrario*, considéré comme une division, sert, au contraire, à la non-application de la règle par sa distinction avec le cas.

¹⁶³⁵ Voir O. DUE, *loc. cit.*, note 1084, 281, et *loc. cit.*, note 1175, 28, ainsi que F. SCHOCKWEILER, *loc. cit.*, note 1075, 78.

¹⁶³⁶ Voir, par exemple, le commentaire de l'Avocat général W. VAN GERVEN, au point 17 de ses conclusions dans l'arrêt *Tankstation et Boermans*, précitées, note 1133, p. I-2212, pour lequel on ne peut délimiter de manière précise ces deux catégories de mesures nationales, relatives tant à la distinction opérée entre les mesures de commercialisation qu'au critère de discrimination. Il a réitéré ce reproche dans son article « Articles 30, 48, 52 and 59 after Keck & Mithouard, and Protection of Rights Arising from Directives after Faccini Dori », (1996) 2 *Columbia Journal of European Law* 217). Voir aussi les critiques de l'Avocat général F. G. JACOBS, dans ses conclusions dans l'arrêt *Leclerc-Siplec*, précitées, note 1124, aux points 38-40, pp. I-194-195.

¹⁶³⁷ Voir, par exemple, A. MATTERA, *loc. cit.*, note 1065, 147 ; ou R. REICH, *loc. cit.*, note 30, 470-472, qui relevait en outre le caractère tout à fait nouveau de la notion de « modalités de vente » tant pour le droit communautaire que pour les droits nationaux. Ces reproches ont d'ailleurs été adressés à la Cour pendant plusieurs années, comme l'illustrent notamment les critiques, en 1998, de F. PICOD, *loc. cit.*, note 1545, 174-176.

¹⁶³⁸ Fabien LAGONDET et Denys SIMON, [commentaire de l'arrêt *Ortscheit*], (janvier 1995) *Europe comm.* 14. Voir aussi antérieurement Denys SIMON, [commentaire de l'arrêt *Hünernmund*], (février 1994) *Europe comm.* 55.

¹⁶³⁹ Point 16 de l'arrêt *Keck et Mithouard*, précité, note 22, p. I-6131.

¹⁶⁴⁰ Voir par exemple M. TODINO et T. LÜDER, *loc. cit.*, note 1063, 179 en ce qui concerne le critère de la discrimination. Voir aussi les interrogations à cet égard de l'Avocat général Van Gerven dans ses conclusions dans l'arrêt *Tankstation et Boermans*, précitées, note 1133, aux points 21 à 24.

au commerce par une interprétation large du concept de discrimination ¹⁶⁴¹. D'autre part, elle peut également, comme il vient d'être démontré, jouer presque à sa guise au niveau des catégories ¹⁶⁴². Par ailleurs, la Cour peut agir en amont, en décidant que la réglementation en cause a pour objet de régir les échanges de marchandises entre les États membres ¹⁶⁴³ et qu'elle entrave donc directement la commercialisation des marchandises ¹⁶⁴⁴. Indéniablement, la marge d'appréciation de la Cour, contrairement aux apparences, est loin d'être affaiblie à l'issue de cette nouvelle jurisprudence. La jurisprudence post-Keck corroborera cette impression. Il faut en outre garder à l'esprit que cette immunité jurisprudentielle ne bénéficiant qu'à la seconde catégorie de mesures, les pouvoirs de contrôle de la Cour sont maintenus intacts pour la première catégorie de mesures ¹⁶⁴⁵, ainsi que pour celles relevant de la seconde mais ne remplissant pas les conditions exigées.

C. Les auditoires pris en compte

Le troisième courant jurisprudentiel de la Cour relatif à l'interdiction des restrictions quantitatives et des mesures d'effet équivalent, né de l'arrêt *Keck et Mithouard*, protège la Cour des foudres de l'opinion publique, tout en bénéficiant à l'auditoire des opérateurs économiques d'envergure modeste, avec une certaine attention à l'égard des consommateurs des États membres. Elle y parvient par le maintien des réglementations les protégeant, qui échappent désormais au champ d'application de l'article 28 du traité CE dès lors qu'elles

¹⁶⁴¹ D. WAELBROECK, *loc. cit.*, note 1172, 164-165.

¹⁶⁴² Les réglementations relatives à la publicité des produits en sont un bon exemple. Comme nous le verrons dans la section suivante, la Cour a jugé que ces dernières relevaient en principe de la seconde catégorie : arrêts du 15 décembre 1993, *Hünernund*, aff. C-292/92, *Rec.* 1993, p. I-6787 et du 9 février 1995, *Leclerc-Siplec*, aff. C-412/93, *Rec.* 1995, p. I-179, mais qu'elles pouvaient aussi tomber dans la première lorsque, par exemple, la publicité était incorporée à l'emballage du produit : arrêt du 6 juillet 1995, *Mars*, aff. C-470/93, *Rec.* 1995, p. I-1923. Voir également l'arrêt du 26 juin 1997, *Familiapress*, aff. C-368/95, *Rec.* 1997, p. I-3689, dans lequel la Cour a estimé qu'une législation, bien que visant une méthode de promotion des ventes, portait en fait sur le contenu même des produits et entraînait dès lors dans la première catégorie.

¹⁶⁴³ On rappellera que, dans l'arrêt *Keck et Mithouard*, la Cour avait au contraire constaté, dès les prémices de son argumentation, au point 12 de l'arrêt, *précité*, note 22, p. 6130, que la législation en cause, laquelle interdisait de manière générale la revente à perte, n'avait pas pour objet de régir les échanges de marchandises entre les États membres. L'ancien juge (et président de la Cour) Ole Due semble ouvert à une telle interprétation qui s'appuierait alors clairement sur l'objet de la réglementation : voir O. DUE, *loc. cit.*, note 1175, 28.

¹⁶⁴⁴ Voir l'interprétation qu'a fait de l'arrêt du 15 décembre 1993, *Ligur Carni*, aff. jointes C-277/91, C-318/91 et C-319/91, *Rec.* 1993, p. I-6621, Denys SIMON, [commentaire de l'arrêt *Ligur Carni*], (février 1994) *Europe comm.* 56, qui en déduit que la réglementation en cause (en matière de transport) « [...] a pour objet de "régir les échanges" au sens de l'arrêt Keck [...] ».

¹⁶⁴⁵ Pour des applications de sa jurisprudence « classique », voir, par exemple, les arrêts du 14 juillet 1994, *Van Der Veldt*, aff. C-17/93, *Rec.* 1994, p. I-3537 (dans cette affaire, la Cour n'a pas jugé utile – contrairement à son avocat général – de se référer au point 15 de l'arrêt *Keck et Mithouard*) et du 13 mars 1997, *Morellato*, aff. C-358/95, *Rec.* 1997, p. I-1431.

n'avantagent pas le marché national et qu'elles concernent les modalités de vente. L'exemple qu'a donné l'ancien juge et président de la Cour, Ole Due, pour justifier la nouvelle approche de la Cour, est particulièrement révélateur à cet égard : face au problème de la disparition des commerces de quartier, en raison de la concurrence féroce des grandes surfaces, certains États membres ont décidé d'agir pour contrecarrer le phénomène en adoptant des mesures aux motivations très variables (allant de la prise en compte des consommateurs âgés sans voiture à la protection de la classe moyenne) ; tandis que d'autres États membres préféraient s'en remettre au principe de la libre concurrence et que d'autres encore déréglementaient. « *Should the Court decide on the question whether the objective indicated constitutes a justification in the sense of the Cassis de Dijon method ?* » se demandait-il alors ¹⁶⁴⁶.

La Cour atteint ce résultat de manière très adroite, car le revirement opéré semble davantage destiné aux auditoires classiques de la Cour : la communauté juridique, d'une part, et les États membres et les autres institutions européennes, d'autre part. En effet, la clarté et l'objectivité de cette relecture de l'article 28 du traité CE sont avant tout destinées aux juristes – et à un moindre degré aux États membres – tandis que l'adhésion de ces derniers et des institutions européennes est surtout recherchée différemment, plus politiquement, par une limitation par la Cour de son pouvoir d'intervention.

Que la Cour ait mis autant d'attention à rassurer la communauté juridique et qu'elle se soit si largement inspirée des conclusions de ses avocats généraux (notamment celles de l'Avocat général Tesauero) pour formuler une nouvelle lecture de l'article 28 du traité CE n'a rien de surprenant : l'appui de cet auditoire était indispensable à une transition en douceur d'une jurisprudence interventionniste dans le domaine de la libre circulation des marchandises à une attitude de réserve judiciaire. Les efforts de la Cour pour correspondre davantage à l'image classique de la fonction judiciaire, particulièrement aux yeux de l'auditoire des juridictions nationales, semblent avoir porté leurs fruits à en juger par l'affirmation de Paul Kirchhof, professeur et membre de la Cour constitutionnelle allemande, selon laquelle les « *actions of the Court of Justice today are those of a traditional jurisdiction* » ¹⁶⁴⁷. Le bilan est tout autre à l'égard de la doctrine qui, dominée, il faut le dire, en grande partie par Alfonso Mattera (haut fonctionnaire de la direction générale du marché intérieur de la Commission), a largement manifesté son désaccord à ces nouvelles orientations jurisprudentielles, leur reprochant essentiellement leur manque de clarté.

¹⁶⁴⁶ O. DUE, *loc. cit.*, note 1175, 27.

¹⁶⁴⁷ Propos cités par H. RASMUSSEN, *op. cit.*, note 45, p. 29, et tirés d'une conférence donnée lors de la Table ronde organisée le 12 mai 1995 par le *European Policy Forum -Frankfurter Institut*.

En fin de compte, le grand perdant de la relecture de l'article 28 du traité CE est clairement l'auditoire des opérateurs économiques de grande dimension, le principal bénéficiaire du libéralisme économique et, jusqu'alors, le plus avantagé par la jurisprudence communautaire. Il faut toutefois nuancer à cet égard. D'une part, en maintenant le contrôle communautaire classique (reposant sur la jurisprudence *Dassonville - Cassis de Dijon*) sur les mesures nationales relatives aux produits eux-mêmes, la Cour continue à s'assurer que l'accès aux marchés des autres États membres pour les produits importés reste économiquement intéressant. Ce qui profite aux opérateurs de grande envergure comme aux petits exportateurs et producteurs¹⁶⁴⁸. D'autre part, la Cour avait essentiellement en vue de faire cesser les revendications d'opérateurs économiques *nationaux* (qui étaient généralement des personnes morales d'une certaine ampleur) qui cherchaient à faire condamner en vertu de l'article 28 du traité CE des réglementations *nationales* qui, principalement au nom de choix économiques ou politiques, dont la loyauté des transactions commerciales et la protection des consommateurs, limitaient *leur* liberté commerciale.

Il n'est pas fortuit à cet égard que la Cour ait freiné, au même moment, dans le cadre des règles communautaires de la concurrence, le trop grand appétit des opérateurs économiques, dans les arrêts du 17 novembre 1993, *Meng, Reiff et Ohra*¹⁶⁴⁹. En effet, sans doute encouragés par une jurisprudence qui leur était particulièrement favorable, les opérateurs économiques (nationaux) cherchaient dans ces affaires à faire entériner par la Cour leur interprétation extensive des articles 10 (ex-article 5) et 3, sous f), combinés avec l'article 81 (ex-article 85) du traité CE, permettant de sanctionner, en l'absence même de tout lien avec des comportements anticoncurrentiels d'entreprises, des mesures étatiques qui réglementaient l'activité des entreprises et qui avaient des effets restrictifs sur la concurrence. Or, le même jour que dans les affaires *Keck et Mithouard*, la Cour a pareillement ordonné la réouverture des débats dans ces affaires et elle a posé six questions aux parties au principal, à la Commission ainsi qu'à tous les États membres¹⁶⁵⁰. Ces questions comme leurs réponses sont fort instructives. Les questions laissaient transparaître le malaise de la Cour. De manière peu habituelle, elles portaient notamment sur des points qu'il lui appartenait de trancher, tels les critères à prendre en compte ou les justifications pouvant être admises. La Cour offrait ainsi aux États membres une réelle opportunité de débattre des questions que soulevaient, au

¹⁶⁴⁸ Voir l'ancien juge O. DUE, *loc. cit.*, note 1175, 26.

¹⁶⁴⁹ Arrêts du 17 novembre 1993, *Meng*, aff. C-2/91, *Rec.* 1993, p. I-5751 ; *Reiff*, aff. C-185/91, *Rec.* 1993, p. I-5801 ; *Orha*, aff. C-245/91, *Rec.* 1993, p. I-5851.

¹⁶⁵⁰ Voir les rapports d'audience des arrêts *Meng*, *précité*, note 1649, pp. I-5759-5771 et *Orha*, *précité*, note 1649, pp. I-5867-5870.

regard des règles communautaires de la concurrence, les réglementations étatiques concernant l'activité économique des entreprises. Les sensibilités nationales vis-à-vis des prérogatives des États membres en matière de politique économique et du principe de subsidiarité ont pu motiver une telle attitude de la Cour. D'ailleurs, s'agissant des réponses, plusieurs États membres avaient exprimé leur inquiétude face à un empiètement du droit communautaire (et de la Cour) sur leur domaine de compétence, comme en témoigne l'argument du gouvernement danois selon lequel l'élargissement du champ d'application des articles 3, f), 10 (ex-article 5) et 81 (ex-article 85) du traité CE entraînerait « une ingérence du système juridictionnel communautaire dans la compétence législative nationale »¹⁶⁵¹. Même la Commission admettait qu'une interprétation extensive de ces dispositions « conférerait aux règles de concurrence une place prééminente par rapport aux autres normes s'adressant aux États membres, et les obligerait à justifier leur politique économique au regard du droit communautaire. Ces conséquences seraient contraires au principe de subsidiarité consacré dans le traité sur l'Union européenne. »¹⁶⁵² Les avocats généraux dans ces affaires avaient tous deux également mis en avant les inconvénients d'une telle interprétation qui notamment soumettrait au contrôle communautaire toute mesure nationale relative à l'exercice de l'activité économique des entreprises – puisque ce type de mesures a par nature des effets restrictifs sur la concurrence – et qui serait génératrice d'insécurité juridique¹⁶⁵³. Compte tenu de ces circonstances et de la volonté de la Cour d'initier un « retrait judiciaire » (réalisé une semaine plus tard dans le domaine de la libre circulation des marchandises), le refus de la Cour de suivre l'argumentation défendue par les opérateurs économiques s'expliquait donc aisément. Elle a préféré, comme le lui conseillaient ses avocats généraux, s'en tenir – tout en les précisant – aux principes énoncés dans son arrêt *Van Eycke*¹⁶⁵⁴. Aussi certains commentateurs ont-ils interprété cette série de décisions

¹⁶⁵¹ Page I-5759 du rapport d'audience de l'arrêt *Meng*, précité, note 1649.

¹⁶⁵² *Id.*, page I-5760.

¹⁶⁵³ Voir les conclusions de l'Avocat général G. TESAURO, présentées le 14 juillet 1993, dans les affaires *Meng* et *Orha*, *Rec.* 1993, p. I-5773, au point 27, p. I-5787, et celles de l'Avocat général Marco DARMON, présentées également le 14 juillet 1993, dans l'affaire *Reiff*, *Rec.* 1993, p. I-5823, au point 34, p. I-5827, et aux points 57 à 76, pp. I-5830-5833.

¹⁶⁵⁴ Arrêt du 21 septembre 1988, *Van Eycke*, aff. 267/86, *Rec.* 1988, p. 44769. Cette décision a complété et « codifié » la jurisprudence antérieure : voir l'excellent résumé jurisprudentiel de l'Avocat général G. TESAURO, aux points 8 à 17, pp. I-5776-5781, de ses conclusions, précitées, note 1653. Il est significatif à cet égard que la Cour ait choisi d'ignorer, dans ces trois affaires, son arrêt *Leclerc-livres* : voir sur ce point B. VAN DER ESCH, « Loyauté fédérale et subsidiarité à propos des arrêts du 17 novembre 1993 dans les affaires C-2/91 (*Meng*), C-245/91 (*Ohra*) et C-185/91 (*Reiff*) », (1994) *Cahiers de droit européen* 523, 532. Pour une autre analyse des arrêts *Meng*, *Reiff* et *Orha*, voir aussi Albrecht BACH, [commentaire des arrêts *Meng*, *Reiff* et *Ohra*], (1994) n° 31 *Common Market Law Review*, 1357.

comme exprimant de la part de la Cour le rejet implicite d'une constitution économique communautaire ¹⁶⁵⁵, laquelle aurait essentiellement profité aux opérateurs économiques.

Un autre « perdant » de ce retrait judiciaire est incontestablement la Commission, qui perd un allié en la Cour dans son dessein d'obtenir un marché intérieur libre d'entraves et ouvert à la libre concurrence.

La Cour a ainsi réussi un tour de maître en déguisant, sous des abords neutres et un apparent désengagement des options économiques, une décision hautement politique. Comme tout changement, même parfaitement justifié par son auteur, doit être accepté pour être suivi, la Cour a veillé à ce que chaque auditoire – ou presque – reçoive « sa part du gâteau » dans ses nouvelles orientations jurisprudentielles. Toutefois, il était difficile pour la Cour à la fois de se désengager, tout en se ménageant une certaine marge de manœuvre, et de mettre en avant des propositions innovatrices, tout en tentant de répondre aux exigences de clarté de l'auditoire juridique. Cela explique pour une grande part l'accueil mitigé dont l'arrêt *Keck et Mithouard* a fait l'objet.

Ces difficultés vont poursuivre la Cour dans son application de la « solution Keck ». Pendant les premières années de cette jurisprudence, la Cour a cherché à les contourner par une application « mécanique » de cette solution. Elle le fera ensuite au prix d'un abandon de sa réserve judiciaire et d'un encadrement de cette nouvelle jurisprudence.

SECTION III – LA JURISPRUDENCE POST-KECK ET MITHOUARD : UNE REPRISE PROGRESSIVE ET NON LINÉAIRE DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL AU PROFIT DU MARCHÉ UNIQUE

Deux périodes très contrastées peuvent être dégagées de la jurisprudence post-*Keck et Mithouard*. La première s'analyse comme une confirmation appuyée de la « solution Keck » jusqu'en 1996 ; la seconde comme une tentative de la Cour de se défaire progressivement d'une solution jurisprudentielle devenue encombrante. La première période semble essentiellement liée au besoin de la Cour d'asseoir sa nouvelle jurisprudence peu appréciée de l'auditoire spécialisé. Le « retrait judiciaire » qu'elle a ainsi opéré lui permettait en outre de garder une certaine distance – propice à une commode neutralité – alors que la

¹⁶⁵⁵ N. REICH, *loc. cit.*, note 30, 479-485, qui tempère toutefois l'existence d'une telle constitution.

contestation sociale se faisait sentir¹⁶⁵⁶ durant les années de consécration des idées néolibérales aux niveaux européen et national.

La seconde période est beaucoup moins homogène que la première. Elle fait apparaître une Cour plus sensible au contexte conjoncturel et aux attentes de ses auditoires. Ce qui donnera une jurisprudence complexe et davantage fluctuante (au gré des évolutions constatées sur le plan politique européen), où les compromis effectués par la Cour se font plus présents.

Paragraphe 1. L'affirmation appuyée de la « solution Keck » jusqu'en 1996

Durant les deux premières années suivant l'arrêt *Keck et Mithouard*¹⁶⁵⁷, la Cour s'est appliquée à conforter ses nouvelles orientations jurisprudentielles, conférant ainsi à sa jurisprudence relative à l'article 28 du traité CE une inhabituelle unité, qui tranche avec les années antérieures à « Keck » et les années ultérieures, à partir de 1997. L'affirmation de la jurisprudence *Keck et Mithouard* s'est faite de manière appuyée – ce que d'aucuns ont appelé une application « mécanique »¹⁶⁵⁸ de la « solution Keck » – et large, à savoir même lorsque son invocation n'était pas nécessaire. Et si une solution différente a pu, à l'occasion, apparaître parallèlement, elle a maintenu le désengagement politique de la Cour.

A. L'application mécanique de la jurisprudence *Keck et Mithouard*

Alors que son revirement jurisprudentiel avait créé toute une commotion au sein de la communauté juridique, et particulièrement dans la doctrine, on aurait pu s'attendre de la part de la Cour qu'elle fournisse davantage de précisions, à l'occasion d'arrêts ultérieurs, sur sa nouvelle jurisprudence. Les questions ne manquaient en effet pas, que ce soit à l'égard de la catégorisation opérée entre les deux types de réglementations nationales imposant des conditions de commercialisation (applicables soit aux produits soit aux modalités de vente)

¹⁶⁵⁶ Pour rappel, pas moins de onze manifestations de grande envergure se sont tenues dans les différents pays composant l'Union européenne durant cette période : six pour la seule année 1994, quatre en 1995 et deux lors de la première moitié de l'année 1996.

¹⁶⁵⁷ *Précité*, note 24.

¹⁶⁵⁸ Anne RIGAUX et Denys SIMON, [commentaire des arrêts *Punto Casa* et *Tankstation et Boermans*], (août-septembre 1994) *Europe comm.* 314, reprenant ainsi, vis-à-vis de la jurisprudence *Keck et Mithouard*, les termes que l'Avocat général Van Gerven avait employés à propos de l'application de la formule *Dassonville* (*cf., supra*, page 258, note 1107). Ces deux auteurs ont à plusieurs reprises critiqué la transposition mécanique de la « solution Keck » dans plusieurs arrêts rendus par la Cour en 1994, 1995 et 1996.

ou à l'égard des conditions (indiquées aux points 16 et 17 de l'arrêt *Keck et Mithouard*) à remplir pour échapper à l'interdiction de l'article 28 du traité CE, pour la seconde catégorie de mesures. Mais la Cour semble avoir préféré s'en tenir à une réaffirmation claire de la « solution Keck » dans son principe, pour consolider les bases de ses nouvelles orientations jurisprudentielles¹⁶⁵⁹, plutôt que d'apporter de nouvelles précisions susceptibles d'être à l'origine de nouvelles discussions. Aussi certains ont-ils qualifié ces années directement post-*Keck* d'application « mécanique » de la « solution Keck », jugeant que la Cour se limitait à reproduire les attendus « rituels » (les points 16 et 17 de l'arrêt *Keck et Mithouard*, et parfois seulement le point 16) – encore nommés les « hypothèses Keck »¹⁶⁶⁰ – sans plus d'explication et sans aucun contrôle des conditions qu'elle avait elle-même posées auxdits points¹⁶⁶¹.

Cette attitude de la Cour était compréhensible dans des affaires ne présentant aucune difficulté et dans lesquelles l'application de la nouvelle jurisprudence allait, pour ainsi dire, de soi. C'était le cas pour deux réglementations concernant la publicité des produits¹⁶⁶², la Cour indiquant ainsi que les réglementations relatives à la publicité relevaient de la catégorie des « modalités de ventes »¹⁶⁶³. Il en allait de même pour des réglementations relatives aux horaires d'ouverture des commerces¹⁶⁶⁴ – la jurisprudence *Keck et Mithouard* se substituant

¹⁶⁵⁹ Seulement une minorité d'auteurs l'a compris. Voir, par exemple, P. OLIVER (membre du service juridique de la Commission), *loc. cit.*, note 1135, 203, pour lequel le fait que la Cour ait systématiquement suivi l'approche établie dans l'arrêt *Keck et Mithouard* « a eu l'effet bénéfique de rétablir un certain calme. »

¹⁶⁶⁰ Voir Anne RIGAUX, [commentaire de l'arrêt *Commission/Grèce*, aff. C-391/92], (août-septembre 1995) *Europe comm.* 298.

¹⁶⁶¹ Ce manque d'éclaircissement de ses nouvelles orientations jurisprudentielles lui a été reproché par certains avocats généraux (voir, par exemple les conclusions de l'Avocat général Georges COSMAS, présentées le 23 mars 1995, dans l'arrêt du 11 août 1995, *Belgapom*, aff. C-63/94, *Rec.* 1995, p. I-2469, au point 26, p. I-2478) comme par la doctrine (notamment les auteurs A. RIGAUX et D. SIMON) et les praticiens (voir, par exemple, E. MORGAN DE RIVERY et G. LE BRETON, *loc. cit.*, note 1172, 7). Pour une opinion différente, voir R. KOVAR, *loc. cit.*, note 1119, 239-240, ou Christophe PECNARD et Christophe HENIN, « Keck et Mithouard, deux ans après : le nouvel emballage de la libre circulation des marchandises », (1996) n° 3 *Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal*, 371, spéc. 384.

¹⁶⁶² Voir l'arrêt du 15 décembre, *Hünermund*, précité, note 1642, p. I-6787, dans lequel était en cause une règle déontologique allemande interdisant aux pharmaciens de faire de la publicité de produits parapharmaceutiques en dehors de l'officine, et l'arrêt du 9 février 1995, *Leclerc-Siplec*, précité, note 1642, p. I-179 à propos d'une interdiction de publicité télévisée dans le secteur de la distribution. Dans cette dernière affaire, l'Avocat général F. G. JACOBS avait critiqué la « solution Keck » (*cf.*, *supra*, note 1134) et il proposait de lui substituer un critère de minimis encadré, mais il arrivait néanmoins au même résultat juridique : la mesure en cause ne tombait pas sous le coup de l'interdiction des mesures d'effet équivalent.

¹⁶⁶³ D. SIMON, *loc. cit.*, note 1638, comm. 55 (à propos de l'arrêt *Hünermund*) ; A. RIGAUX et D. SIMON, *loc. cit.*, note 1168, comm. 137 (à propos de l'arrêt *Leclerc-Siplec*).

¹⁶⁶⁴ Arrêts du 2 juin 1994, *Punto Casa*, aff. jointes C-69 et C-258/93, *Rec.* 1994, p. 2355 (concernant une interdiction pour les magasins de détail d'ouvrir le dimanche en Italie), et *Tankstation et*

ainsi aux différentes approches suivies par la Cour à propos de la fermeture des magasins le dimanche ¹⁶⁶⁵ – ou encore pour une interdiction de la vente avec marge bénéficiaire extrêmement réduite ¹⁶⁶⁶.

Par contre, la transposition mécanique de la « solution Keck » par la Cour, et son attitude qui a pu apparaître à certains frileuse sur le plan de la motivation comme du contrôle, était plus difficilement justifiable dans deux affaires dans lesquelles les avocats généraux avaient écarté l'application de ses nouvelles orientations jurisprudentielles : les affaires *Commission/Grèce* ¹⁶⁶⁷ et *Banchero II* ¹⁶⁶⁸. Il s'agissait de situations de monopoles de distribution, lesquelles ont semblé poser plus de difficultés à la Cour. La Cour a, en effet, appliqué soit sa jurisprudence classique *Dassonville* ¹⁶⁶⁹ – alors même que l'Avocat général y avait vu un cas d'application de la jurisprudence *Keck et Mithouard* ¹⁶⁷⁰ – soit, dans les deux affaires précédemment mentionnées, sa « solution Keck » contrairement aux avocats généraux. Dans la première affaire, relative au monopole de distribution des pharmaciens du lait transformé du premier âge en Grèce, l'Avocat général Lenz s'appuyait sur le fait que la Grèce ne produisait pas de lait transformé du premier âge pour conclure que la condition de l'affectation (égale, en droit comme en fait, de la commercialisation des produits nationaux et

Boermans, aff. jointes C-401 et C-402/92, *Rec.* 1994, p. I-2199 (portant sur une réglementation néerlandaise limitant les heures d'ouverture des magasins dans les stations-service) ; jurisprudence réaffirmée dans l'arrêt du 20 juin 1996, *Semeraro Casa Uno*, aff. jointes C-418 à C-421/93, C-460 à C-462/93, C-464/93, C-9 à C-11/94, C-14 et C-15/94, C-23 et C-24/94, *Rec.* 1996, p. I-2975 (sur des questions préjudicielles en substance identiques à celles posées dans l'arrêt *Punto Casa* et provenant de la même juridiction nationale).

¹⁶⁶⁵ Voir *supra*, pages 310-314.

¹⁶⁶⁶ Arrêt du 11 août 1995, *Belgapom*, aff. C-63/94, *Rec.* 1995, p. I-2467.

¹⁶⁶⁷ Arrêt du 29 juin 1995, *Commission/Grèce*, aff. C-391/92, *Rec.* 1995, p. 1621.

¹⁶⁶⁸ Arrêt du 14 décembre 1995, *Banchero II*, aff. C-387/93, *Rec.* 1995, p. I-4663.

¹⁶⁶⁹ Arrêt du 5 octobre 1994, *Centre d'insémination de la Crespelle*, aff. C-323/93, *Rec.* 1994, p. I-5077. Étaient en cause les monopoles français d'insémination artificielle bovine qui imposaient une obligation aux importateurs de livrer les semences bovines à un centre de mise en place et de production agréé. La motivation de cet arrêt est toutefois particulièrement alambiquée et non exempte d'incohérences : voir pour une critique de cet arrêt, Denys SIMON et F. G., [commentaire de l'arrêt *Centre d'insémination de la Crespelle*], (décembre 1994) *Europe comm.* 460. En outre, la Cour laisse entendre que la réglementation nationale serait néanmoins licite au regard des articles 28 et 30 (ex-articles 30 et 36) du traité CE, tout en renvoyant au juge national l'appréciation d'une éventuelle discrimination pratique plutôt que de procéder elle-même à l'examen de la mesure litigieuse. Voir également dans le même sens l'arrêt du 7 décembre 1995, *Gervais*, aff. C-17/94, *Rec.* 1995, p. I-4353 (concernant une réglementation qui réservait les activités d'insémination des bovins à certains groupes professionnels ou à certaines entreprises).

¹⁶⁷⁰ Voir les conclusions de l'Avocat général Claus Christian GULMANN, présentées le 4 mai 1994, dans l'arrêt du 5 octobre 1994, *Centre d'insémination de la Crespelle*, précité, note 1669, *Rec.* 1994, p. I-5080. La réglementation française ne semblait pourtant entrer dans aucune des deux catégories définies dans l'arrêt *Keck et Mithouard*. Comme le soulignent D. SIMON et F. G., *loc. cit.*, note 1669, comm. 460, il eut été utile « que la Cour s'explique sur les raisons qui l'ont conduite à s'écarter du raisonnement suggéré par son avocat général ».

importés) posée au point 16 de l'arrêt *Keck et Mithouard* n'était pas remplie, la réglementation hellénique n'affectant en fait que la commercialisation des produits importés. En outre, l'Avocat général Lenz excluait les monopoles de vente des « certaines » modalités de vente échappant au domaine d'application de l'article 28 du traité CE au regard de la jurisprudence *Keck et Mithouard*. Ce dernier accordait de plus une grande importance au point 17 des motifs de cette décision, soit l'accès au marché ¹⁶⁷¹. La Cour, sans apprécier concrètement l'effet « en fait » de la réglementation hellénique, s'est limitée à indiquer qu'une mesure ne pouvait être considérée comme discriminatoire que si elle protégeait une production nationale similaire aux produits importés ou en rapport de concurrence entre eux ¹⁶⁷². Dans la seconde affaire, qui concernait le monopole de vente au détail des tabacs manufacturés en Italie, l'Avocat général Elmer, suivant en cela une piste ouverte par l'Avocat général Lenz ¹⁶⁷³, cherchait lui aussi à restreindre l'étendue de la « solution Keck » à l'égard des monopoles qui canalisent les ventes. Pour ce dernier, la jurisprudence *Keck et Mithouard* ne s'appliquait qu'aux réglementations qui portaient sur le commerce en général et non sur un produit spécifique (en l'espèce le tabac) ¹⁶⁷⁴. La Cour, après avoir rejeté cet argument, s'est toutefois attachée dans cet arrêt à démontrer que les conditions qu'elle avait posées au point 16 des motifs de l'arrêt *Keck et Mithouard* étaient remplies ¹⁶⁷⁵. Il est à relever en outre que le choix de la Cour d'appliquer dans ces deux affaires sa jurisprudence *Keck et Mithouard* avait d'autant plus de force que la Cour s'était prononcée en assemblée plénière.

Durant les deux années postérieures à son revirement jurisprudentiel, dans deux cas seulement la Cour a jugé que la mesure nationale litigieuse ne pouvait bénéficier de la nouvelle immunité qu'elle avait créée, soit parce qu'elle était discriminatoire ¹⁶⁷⁶, soit parce qu'elle s'analysait davantage comme une mesure relevant de la première catégorie ¹⁶⁷⁷.

¹⁶⁷¹ Au point 18, p. I-1629, de ses conclusions, *précitées*, note 1135, il considère que « [l]e critère déterminant pour la qualification réside dans l'effet restrictif de l'accès au marché pour les produits d'importation. » Si cet argument n'a pas eu de poids en l'occurrence, il sera davantage exploité ultérieurement (*cf.*, *infra*, pages 412 à 419).

¹⁶⁷² Point 18 des motifs de l'arrêt, *précité*, note 1667, p. I-1648. Cet arrêt a soulevé de nombreuses critiques de la part de la doctrine. Voir, par exemple, A. RIGAUX, *loc. cit.*, note 1660, comm. 298 ; Laurence IDOT, [commentaire de l'arrêt *Commission/Grèce*], (1996) 33 *Common Market Law Review* 125, spéc. 118-121 et 124 ; E. MORGAN DE RIVERY et G. LE BRETON, *loc. cit.*, note 1172, 7-8 ; F. PICOD, *loc. cit.*, note 1545, 180 ; ou encore F. CAPELLI, *loc. cit.*, note 1390, 686-688.

¹⁶⁷³ Voir le point 19, p. I-1629, des conclusions de l'Avocat général O. LENZ dans l'arrêt *Commission/Grèce*, *précitées*, note 1135.

¹⁶⁷⁴ Voir les points 35 et 36, pp. I-4677-4678, de ses conclusions, *précitées*, note 1135.

¹⁶⁷⁵ Cette décision a également fait l'objet de plusieurs commentaires critiques de la doctrine. Voir, par exemple, Fabien LAGONDET, [commentaire de l'arrêt *Banchero II*], (février 1996) *Europe comm.* 71 ; E. MORGAN DE RIVERY et G. LE BRETON, *loc. cit.*, note 1172, 7.

¹⁶⁷⁶ Arrêt du 10 novembre 1994, *Ortscheit*, aff. C-320/93, *Rec.* 1994, p. I-5243 qui concernait une interdiction allemande de faire de la publicité applicable aux seuls médicaments étrangers. Il est à

B. Le rappel large de la jurisprudence *Keck et Mithouard*

Le besoin de la Cour d'ancrer l'arrêt *Keck et Mithouard* dans les esprits – Anne Rigaux parle de « rappel à vocation manifestement pédagogique »¹⁶⁷⁸ – et de démontrer sa volonté de maintenir cette jurisprudence l'a incitée à y faire référence même lorsque cela ne s'imposait pas. On peut distinguer deux situations à cet égard. En premier lieu, la Cour y a fait référence vis-à-vis de la première catégorie de mesures, celles relatives aux produits eux-mêmes qui restaient soumises à sa jurisprudence classique *Dassonville - Cassis de Dijon*, avec un rappel explicite¹⁶⁷⁹ ou implicite¹⁶⁸⁰ au point 15 des motifs de l'arrêt *Keck et Mithouard*. Or, comme la Cour l'a précisé plus tard – à un moment où elle semblait beaucoup moins préoccupée à assurer la pérennité de la jurisprudence *Keck et Mithouard* – « il convient de constater que l'arrêt *Keck et Mithouard*, [...], vise uniquement des dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente et non des législations nationales qui ont pour objet de régir les échanges de marchandises entre les États membres (point 12 de l'arrêt) ou qui sont relatives aux conditions auxquelles doivent répondre les marchandises en question (point 15 de l'arrêt). »¹⁶⁸¹

En second lieu, la Cour y a fait référence en dehors du champ de la libre circulation des marchandises : d'abord dans le domaine de la libre prestation de services, dans l'arrêt *Alpine Investments*¹⁶⁸² en mai 1995, puis dans le domaine de la libre circulation des personnes, dans l'arrêt *Bosman* en décembre 1995¹⁶⁸³. Dans ces deux cas, la Cour, qui répondait à l'argument invoqué en défense de l'applicabilité de la jurisprudence *Keck et Mithouard*, avait toutefois estimé que la condition de l'accès au marché (précisée au point 17

noter que la Cour avait alors appliqué seulement son test de proportionnalité pour admettre cette mesure en vertu de l'article 30 du traité CE, et plus précisément de la santé publique (voir pour plus de détails sur ce point F. LAGONDET et D. SIMON, *loc. cit.*, note 1638, comm. 14).

¹⁶⁷⁷ Arrêt du 6 juillet 1995, *Mars*, précité, note 1642, à propos d'une interdiction qui frappait la publicité figurant sur l'emballage du produit. Suivant en cela les suggestions de son avocat général P. LÉGER (conclusions précitées, note 1135), la Cour a jugé que la mesure en cause tombait en fait dans la première catégorie de mesures (concernant les conditions auxquelles doivent répondre les marchandises).

¹⁶⁷⁸ A. RIGAUX, *loc. cit.*, note 1549 (relatif à l'arrêt *Gourmet*), 6.

¹⁶⁷⁹ Arrêts du 2 février 1994, *Verband Sozialer Wettbewerb* (ou *Clinique*), C-315/92, *Rec.* 1994, p. I-317 ; du 1^{er} juin 1994, *Commission/Allemagne* (affaire des instruments médicaux), aff. C-317/92, *Rec.* 1994, p. I-2039 ; du 26 octobre 1995, *Commission/Allemagne* (affaire des denrées alimentaires), aff. C-51/94, *Rec.* 1995, p. I-3617.

¹⁶⁸⁰ Arrêts du 9 août 1994, *Meyhui*, aff. C-51/93, *Rec.* 1994, p. I-3879 ; du 15 septembre 1994, *Houtwipper*, aff. C-293/93, *Rec.* 1994, p. I-4249.

¹⁶⁸¹ Point 13 de l'arrêt du 23 octobre 1997, *Commission/Italie*, aff. C-158/94, *Rec.* 1997, p. 5789. Les italiques ont été ajoutés.

¹⁶⁸² Arrêt du 10 mai 1995, *Alpine Investments*, C-384/93, *Rec.* 1995, p. I-1141.

¹⁶⁸³ Arrêt du 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, *Rec.* 1995, p. I-4921.

de l'arrêt *Keck et Mithouard*) n'était pas remplie. Il en a résulté une certaine confusion dans la doctrine sur l'interprétation à donner à ces deux arrêts. Pour certains, la Cour souhaitait par là adopter une interprétation uniforme des différentes dispositions du traité en matière de libre circulation ¹⁶⁸⁴. Pour d'autres, au contraire, la Cour se démarquait dans ses deux affaires de sa jurisprudence *Keck et Mithouard* ¹⁶⁸⁵. Pour d'autres encore, la Cour apportait des précisions à cette jurisprudence ¹⁶⁸⁶.

C. Le maintien du désengagement de la Cour

Dans les hypothèses où la jurisprudence *Keck et Mithouard* ne pouvait s'appliquer, soit en dehors des deux catégories énumérées aux points 15 et 16 des motifs de cette décision, la Cour a emprunté deux voies. La première maintient la jurisprudence classique à l'égard des législations nationales qui font obstacle à l'importation des marchandises provenant d'autres États membres ¹⁶⁸⁷, rassurant ainsi en partie la doctrine inquiète ¹⁶⁸⁸. La seconde, en s'appuyant sur la jurisprudence *Krantz* ¹⁶⁸⁹, poursuit le désengagement que la Cour avait initié dans des situations où l'atteinte aux échanges était trop aléatoire ou indirecte ¹⁶⁹⁰ - ce

¹⁶⁸⁴ Voir l'opinion de l'Avocat général Michael B. ELMER, dans ses conclusions, présentées le 4 mars 1997, dans l'arrêt du 23 octobre 1997, *Franzen*, aff. C-189/95, *Rec.* 1997, p. I-5911, point 62, pp. I-5933-5934 ; M. P. MADURO, *op. cit.*, note 20, p. 101. Voir aussi Daniel FASQUELLE, [commentaire de l'arrêt *Alpine Investments*], (1995) n° 4 *Bulletin Joly Bourse et Produits financiers* 297, sur l'extension « implicite mais certaine » de la jurisprudence *Keck et Mithouard* à la libre prestation de services.

¹⁶⁸⁵ Voir les commentaires de N. BERNARD, *loc. cit.*, note 1167, 22-25. Voir aussi S. WEATHERILL, *loc. cit.*, note 1168, 891-894 et 901 ; L. IDOT, *loc. cit.*, note 1672, 12-123 ; G. TESAURO, *loc. cit.*, note 1132, 7. Ultérieurement, la Cour a, selon Jules Stuyck, confirmé que la jurisprudence *Keck et Mithouard* ne s'appliquait pas à la libre prestation de services, dans les arrêts *De Agostini et Gourmet* (analysés plus loin) : Jules STUYCK, « Gourmet : une nouvelle brèche dans la jurisprudence "Keck" ? », (2002) *Cahiers de droit européen* 683, 685, 699-700, 705.

¹⁶⁸⁶ Voir les intéressants développements de David O'KEEFFE et Paul OSBORNE, « L'arrêt Bosman : un arrêt important pour le bon fonctionnement du Marché unique européen », (1996) 1 *Revue du Marché Unique Européen* 17, 27-29.

¹⁶⁸⁷ Voir les arrêts du 15 décembre 1993, *Ligur Carni*, précité, note 1644 (obligation imposée aux importateurs de viande fraîche d'utiliser l'abattoir communal pour le transport et la livraison des viandes) ; du 22 juin 1994, *Deutsches Milch-Kontor I*, aff. C-426/92, *Rec.* 1994, p. I-2757 (exigence d'un contrôle sanitaire à la frontière) ; du 22 juin 1994, *IHT*, aff. C-9/93, *Rec.* 1994, p. I-2789 (dans le domaine de la propriété industrielle et commerciale) ; du 13 juillet 1994, *Commission/Allemagne*, aff. C-131/93, *Rec.* p. I-3303 (interdiction totale d'importer des écrevisses).

¹⁶⁸⁸ Voir par exemple L. GORMLEY, *loc. cit.*, note 1169, 67.

¹⁶⁸⁹ Voir *supra*, page 334.

¹⁶⁹⁰ Voir les arrêts du 14 juillet 1994, *Peralta*, aff. C-379/92, *Rec.* 1994, p. I-3453 (à propos d'une interdiction du dégazage en haute mer) (rendu par la Cour en formation plénière, en petit plénum) ; du 5 octobre 1995, *Centro Servizi Spediporto*, aff. C-96/94, *Rec.* 1995, p. I-2883 (concernant des règles de tarification des transports routiers) ; du 17 octobre 1995, *DIP*, aff. jointes C-140 à C-142/94, *Rec.* 1995, p. I-3257 (était en cause un régime d'autorisation pour l'ouverture d'un commerce de détail, dont la qualification en tant que modalité de vente était controversée) ; et du 30 novembre 1995, *Esso Espanola*, aff. C-134/94, *Rec.* 1995, p. I-4223 (concernant une exigence d'approvisionnement d'un nombre minimal d'îles imposée à ceux qui souhaitent faire le commerce de produits pétroliers dans un

que d'aucuns ont appelé la « troisième voie »¹⁶⁹¹. Ce faisant, la Cour montrait ainsi qu'elle n'avait pas abandonné sa surveillance sur les réglementations nationales restrictives des échanges intracommunautaires. Mais elle allégeait parallèlement son contrôle – qui se limite alors à apprécier l'impact effectif de la mesure nationale¹⁶⁹² et évite ainsi la délicate appréciation de la proportionnalité de la mesure – vis-à-vis des dispositions nationales dont les effets entravant sur le commerce entre les États membres étaient pour ainsi dire marginaux. On relèvera que cette dernière voie a été adoptée généralement en petit nombre (en chambre de trois ou cinq juges) et semble surtout être le fait de certains juges. Un bref aperçu de la composition des chambres dans ces arrêts fait en effet apparaître la présence très fréquente du juge Hirsch et constante (excepté dans le dernier arrêt) des juges Fernand A. Schockweiler et Guiseppa Federico Mancini, deux juges qui sont à l'origine de la théorie de l'effet aléatoire et indirect.

Pour conclure sur cette période directement post-*Keck*, on retiendra la position prudente de la Cour vis-à-vis tant de la doctrine que des États membres, qui se traduit par une motivation de ces décisions souvent très économe, pour éviter d'exposer la Cour à de nouvelles critiques, et une certaine réticence de cette dernière à reconnaître des discriminations de fait¹⁶⁹³. Il est intéressant de souligner en outre l'attitude de la Cour vis-à-vis de ses interlocuteurs directs (avocat général, Commission, juge national et gouvernement national impliqué) durant cette période « d'imposition » de sa jurisprudence *Keck et Mithouard*. D'une part, alors que plusieurs de ses avocats généraux exprimaient des réserves à l'égard de ce revirement jurisprudentiel et que la Commission paraissait parfois ne pas vouloir admettre son existence en continuant à s'appuyer sur la jurisprudence antérieure¹⁶⁹⁴, la Cour fait davantage référence, quantitativement et qualitativement, aux positions de ces derniers. En effet, elle mentionne régulièrement leurs observations, parfois même de manière élogieuse et très ciblée¹⁶⁹⁵. D'un autre côté, la Cour fait aussi état des arguments opposés

archipel d'un État membre) ; auxquels s'ajoutera plus tard l'arrêt du 18 juin 1998, *Corsica Ferries*, aff. C-266/96, *Rec.* 1998, p. I-3949.

¹⁶⁹¹ Anne RIGAUX, [commentaire de l'arrêt *Peralta*], (octobre 1994) *Europe comm.* 364.

¹⁶⁹² F. LAGONDET, *loc. cit.*, note 1675, comm. 71.

¹⁶⁹³ F. PICOD, *loc. cit.*, note 1545, 179-181.

¹⁶⁹⁴ Par exemple, dans les affaires *Commission/Grèce et Banchemo II*, dans lesquelles la Commission fondait son argumentation sur les arrêts *Delattre et Monteil et Samanni*.

¹⁶⁹⁵ Par exemple, dans l'arrêt *Ortscheit* (*précité*, note 1676, point 19, p. I-5265), la Cour indique : « comme l'a relevé à juste titre l'Avocat général au point 23 de ses conclusions ». Voir aussi l'arrêt du 20 juin 1996, *Semeraro Casa Uno*, *précité*, note 1664, dans lequel la Cour fait des emprunts textuels aux conclusions de l'Avocat général Georges COSMAS (présentées le 25 janvier 1996, p. I-2991), sans le citer toutefois (par exemple le point 24 de l'arrêt, p. I-3007, reprend les points 14 et 15, p. I-2986 des conclusions de l'Avocat général).

présentés par le juge *a quo*¹⁶⁹⁶ (ou la Commission, ou encore un État membre intervenant), généralement, dans ce cas, pour mieux les récuser. La Cour semble ainsi se comporter comme si elle cherchait à compenser les défaillances au niveau de sa motivation (soit l'absence de plus amples informations sur la mise en œuvre pratique de ses nouvelles orientations jurisprudentielles) par une plus grande place accordée dans les motifs aux positions des auditoires directs. Pour s'assurer de l'application (davantage quantitative que qualitative) de sa « solution Keck », il était compréhensible que la Cour ait pu vouloir conforter son auditoire juridique direct (qui se trouve donc privilégié sur l'auditoire juridique indirect, soit la doctrine). Si la Cour maintiendra cette dernière attitude dans les années ultérieures¹⁶⁹⁷, en multipliant notamment les renvois aux conclusions de ses avocats généraux, il en ira autrement du mobile qui la détermine, qui lui évoluera. Ces références s'analyseront alors davantage comme des appuis à un encadrement progressif de sa jurisprudence *Keck et Mithouard*.

Paragraphe 2. L'encadrement progressif de la « solution Keck » à partir de 1997

À partir de 1997, la jurisprudence de la Cour apparaît davantage en relation avec le contexte conjoncturel dans lequel elle intervient. Si, idéologiquement, la pensée néolibérale est bien ancrée dans les politiques européennes, la situation politique au niveau national connaîtra, elle, de grands changements. On aurait pu penser que l'alternance politique des gouvernements nationaux affecterait peu ou prou la jurisprudence de la Cour. Les tendances contradictoires qui ont marqué la jurisprudence de la Cour à cette époque me conduisent toutefois à penser que la Cour y a été sensible. Une analyse plus fine, et chronologique, de cette décennie fait ressortir ce qui pourrait en être l'élément explicatif. Il réside selon moi, essentiellement dans le « facteur auditoire », et plus précisément dans le plus grand poids des États membres au sein de l'Union européenne. Lors des « années Delors », la Commission avait su s'imposer aux États membres pour faire avancer la construction européenne et mener à terme quelques grands projets tels que le marché intérieur et la monnaie unique. Dans ses ambitions intégratives, elle avait trouvé une alliée en la Cour. La perte d'influence de la

¹⁶⁹⁶ Par exemple dans l'arrêt *Semeraro Casa Uno*, précité, note 1664, face à une juridiction nationale apparemment à l'écoute des arguments des grands centres commerciaux et réfractaire à l'application de la jurisprudence *Keck et Mithouard*.

¹⁶⁹⁷ Par exemple, dans l'arrêt du 3 décembre 1998, *Ditlev Bluhme*, aff. C-67/97, *Rec.* 1998, p. I-8033, la Cour réfère encore à un point particulier des conclusions de l'Avocat général ; une référence qui peut d'ailleurs être interprétée comme un renvoi compte tenu de la brièveté de la motivation de la Cour sur la question de droit discutée : A. RIGAUX, *loc. cit.*, note 1549, 8.

Commission dans les années ultérieures, pour ne pas dire sa faiblesse, a renforcé corrélativement le poids des États membres au sein de l'Union européenne. Cette décennie étant marquée par de grands changements politiques au niveau national, ces derniers auront, compte tenu du poids accru des États membres, également des impacts sur les orientations jurisprudentielles de la Cour. Cette décennie a en outre connu deux révisions des textes constitutifs (avec le traité d'Amsterdam en 1997 et le traité de Nice en 2001) et l'échec d'une troisième plus ambitieuse (le traité établissant une Constitution pour l'Europe en 2004). Ces différents éléments ont teinté chacun à leur manière la jurisprudence de la Cour.

Trois mouvements scandent cette décennie jurisprudentielle au rythme des évolutions politiques. Le premier marque le retour de l'interventionnisme judiciaire en faveur du libre-échange, entre 1997 et la fin de 1998, dans un contexte de consécration des idées néolibérales aux niveaux européen et national. Le deuxième s'entend comme un discret retrait de la Cour entre la fin de 1998 et 2000, durant la « parenthèse de l'Europe rose ». Le troisième sonne à nouveau le retour du libéralisme et s'accompagne d'un certain activisme judiciaire, alors que l'Europe « virait au bleu », avec une prise en compte accrue, par la Cour, de l'auditoire des citoyens européens, à partir de 2001.

A. Le retour de l'interventionnisme de la Cour en faveur de la libre circulation des marchandises entre 1997 et fin 1998

La Cour pouvait difficilement faire plus longtemps abstraction du contexte politique européen (gagné par le néolibéralisme) et des critiques (comme des attentes) de plusieurs de ses auditoires. L'auditoire des États membres, rassuré par deux années de confirmation d'une jurisprudence qui lui était favorable, paraissait, dans l'ensemble, plus enclin à une réaffirmation jurisprudentielle du libre-échange, alors que plusieurs préceptes néolibéraux étaient enchâssés dans le traité d'Amsterdam et dans le pacte de stabilité et de croissance. La Commission, une bonne partie de la doctrine et, plus implicitement, certains avocats généraux (on pense essentiellement aux avocats généraux Francis Geoffrey Jacobs, Michael B. Elmer et Carl Otto Lenz) continuaient d'espérer un retour de la Cour à de meilleures dispositions à l'égard du marché intérieur, tandis que l'attention des citoyens européens était centrée sur le traité d'Amsterdam et la politique européenne de l'emploi.

La Cour a donc pris acte de ce nouvel état d'esprit. Elle a, d'une part, par une série d'arrêts, réhabilité implicitement l'interventionnisme judiciaire au profit du libre-échange intracommunautaire, par une interprétation audacieuse du champ d'application des règles sur

la libre circulation des marchandises. D'autre part, elle a cherché à circonscrire la « solution Keck » désormais perçue comme encombrante.

Il est à noter que cette période – et tout particulièrement de juillet 1997 à avril 1998 – apparaît comme une véritable « période de plénière », avec un nombre impressionnant d'arrêts rendus, dans le domaine de la libre circulation des marchandises, par la Cour en formation plénière (en petit ou grand plénum), comme si la Cour avait voulu éviter toute controverse sur sa nouvelle attitude en envoyant le signal fort qu'elle se démarquait clairement des « années Keck » et qu'elle amorçait une nouvelle phase jurisprudentielle.

1/ La réhabilitation du rôle actif de la Cour pour promouvoir le libre-échange intracommunautaire

À l'occasion de quatre importants arrêts la Cour a favorisé le libre-échange à travers l'Union européenne et a renoué avec l'interventionnisme qui l'avait caractérisée jusqu'à l'arrêt *Keck et Mithouard*. Elle l'a fait, si l'on peut dire, « à la marge », sans toucher à la notion de la mesure d'effet équivalent ni renverser sa jurisprudence *Keck et Mithouard*. Or ce retour de la Cour à une attitude pro-intégrationniste coïncide avec une volonté affirmée au niveau politique de renforcer l'efficacité du marché intérieur, avec des propositions à cet effet initiées par la Commission dès octobre 1996 et soutenues par les Conseils européens d'Amsterdam de juin 1997 et de Luxembourg de novembre et décembre 1997¹⁶⁹⁸.

a) l'extension du champ d'application territorial de l'article 28 du traité CE par la réduction de la notion de situation interne : l'arrêt *Pistre*

Dans l'arrêt *Pistre* du 7 mai 1997¹⁶⁹⁹, la Cour a étendu l'application territoriale de l'article 28 du traité CE. L'article 28 du traité CE prévoit l'interdiction des restrictions quantitatives à l'importation et de toutes mesures d'effet équivalent *entre les États membres*. Son application, comme celle des autres règles de libre circulation est subordonnée à l'existence d'une entrave au commerce intracommunautaire et elle implique par conséquent un élément d'extranéité. Aussi la Cour avait-elle jugé que l'article 28 du traité CE ne pouvait être appliqué à une situation purement interne à un État membre¹⁷⁰⁰. Comme le remarque

¹⁶⁹⁸ Voir *supra*, page 134 et note 572.

¹⁶⁹⁹ Aff. jointes C-321/94 à C-324/94, *Rec.* 1997, p. I-2343.

¹⁷⁰⁰ Il s'agit d'une jurisprudence constante établie par les arrêts du juillet 1980, *Commission/France*, aff. C-152/78, *Rec.* 1980, p. 2299, points 11-14 ; du 14 décembre 1982, *Waterkeyn*, aff. jointes 314 à 316/81 et 83/82, *Rec.* 1982, p. 4337, points 9-12 ; et du 15 décembre 1982, *Oosthoek, précité*, note 1392, points 7-9. Cette jurisprudence a été précisée (en faveur d'une applicabilité plus large de l'article

Rébecca-Emmanuèla Papadopoulou, la notion de « situation purement interne » constitue « une notion-clé dans ce domaine, dans la mesure où elle introduit un critère permettant d'exclure – ou, a contrario, de reconnaître – l'applicabilité des dispositions sur la libre circulation. »¹⁷⁰¹ Or c'est précisément cette dernière notion que la Cour a interprétée de manière particulièrement réductrice dans sa décision *Pistre*, poursuivant ainsi une tendance qu'elle avait déjà amorcée dans le domaine des obstacles tarifaires aux échanges (droits de douane et des taxes d'effet équivalent) avec notamment l'arrêt *Lancry*¹⁷⁰². De la sorte, la Cour confirmait l'impression de l'Avocat général Tesauro, selon laquelle l'arrêt *Lancry* constituait le début d'un plus large processus et que « *the concept of a purely internal situation is starting to appear somewhat outdated* »¹⁷⁰³.

Dans les affaires sous commentaire les faits des litiges au principal se limitaient au territoire national : les poursuites avaient été engagées contre des ressortissants français et elles concernaient des produits (de salaison) français commercialisés sur le territoire français (par une société française, sous la dénomination « montagne » sans en avoir l'autorisation). Il s'agissait donc d'un litige français relativement à un produit français, mais qui pouvait potentiellement favoriser les producteurs locaux. Le gouvernement français mais aussi la Commission et l'Avocat général¹⁷⁰⁴ estimaient par conséquent que l'on était en présence d'une situation purement interne. La Cour a néanmoins jugé que :

« [...] s'il est vrai que l'application d'une mesure nationale n'ayant effectivement aucun lien avec l'importation des marchandises ne relève pas du domaine de l'article 30 [actuel 28] du traité (arrêt du 15 décembre 1982, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, 286/81, Rec. p. 4575, point 9), cette dernière disposition ne peut toutefois pas être écartée pour la seule raison

28 du traité CE) notamment dans l'arrêt du 14 juillet 1988, *Smanor*, aff. 298/87, Rec. 1988, p. 4489, point 8. Pour plus de précisions sur la notion de « situation purement interne », voir Rébecca-Emmanuèla PAPADOPOULOU, « Situations purement internes et droit communautaire », (2002) *Cahiers de droit européen* 95, 98-113.

¹⁷⁰¹ *Id.*, 97.

¹⁷⁰² Voir l'arrêt du 16 juillet 1992, *Legros*, aff. C-163/90, Rec. 1992, p. I-658 et surtout l'arrêt du 9 août 1994, *Lancry*, aff. C-363/94, C-407 à C-411/94, Rec. 1994, p. I-3957, ainsi que les commentaires d'Anne RIGAUX et Denys SIMON, [commentaire de l'arrêt *Lancry*], (octobre 1994) *Europe comm.* 361 ; Marco SLOTBOOM, « L'application du traité CE au commerce intra-étatique, le cas de l'octroi de mer », (1996) *Cahiers de droit européen*, 1 ; R.-E. PAPADOPOULOU, *loc. cit.*, note 1700, 101-102 ; G. TESAURO, *loc. cit.*, note 1132, 10-12. La Cour justifiait dans l'arrêt *Lancry* ses nouvelles orientations jurisprudentielles par l'unicité du territoire douanier communautaire. Aussi Denys SIMON et Fabien LAGONDET, « Libre circulation des marchandises et situations purement internes : chronique d'une mort annoncée (chron. n° 9) », (juillet 97) *Europe* 7, 8, estimaient-ils que cette solution était également transposable au domaine des obstacles non tarifaires en invoquant l'unicité du marché intérieur.

¹⁷⁰³ G. TESAURO, *loc. cit.*, note 1132, 16.

¹⁷⁰⁴ Voir les conclusions de l'Avocat général F. JACOBS, présentées le 24 octobre 1996, dans ces affaires, Rec. 1997, p. 2346, aux points 33 à 42, pp. I-2355-2359.

que, dans le cas concret soumis à la juridiction nationale, tous les éléments sont cantonnés à l'intérieur d'un seul État membre.

En effet, dans une telle situation, l'application de la mesure nationale peut également avoir des effets sur la libre circulation des marchandises entre États membres, notamment lorsque la mesure en cause favorise la commercialisation des marchandises d'origine nationale au détriment des marchandises importées. Dans de telles circonstances, l'application de la mesure, serait-elle limitée aux seuls producteurs nationaux, crée et maintient par elle-même une différence de traitement entre ces deux catégories de marchandises entravant, au moins potentiellement, le commerce intracommunautaire. »¹⁷⁰⁵

Ce faisant, la Cour a ainsi opéré selon Denys Simon et Fabien Lagonet, une « véritable "révolution conceptuelle" en matière de situation purement interne » : « une réglementation nationale s'appliquant [...] exclusivement aux produits nationaux pourrait constituer une mesure d'effet équivalent dès lors qu'elle serait simplement susceptible d'affecter potentiellement les importations et les exportations. [...] cette évolution jurisprudentielle n'élimine pas totalement la notion de situations purement internes mais [...] en n'exigeant qu'un "élément d'extranéité virtuel", elle généralise "virtuellement" l'applicabilité de l'article 30 [actuel 28] y compris quand le litige au principal ne porte "réellement" que sur des échanges purement nationaux »¹⁷⁰⁶. Ces auteurs relèvent dès lors la contrariété qu'il en résulte « entre les mouvements observés à propos de la notion de mesure d'effet équivalent à travers la jurisprudence récente de la Cour : la présente affaire illustre une extension incontestable de la portée de l'article 30 [actuel 28] à l'égard des réglementations commerciales des États membres alors qu'inversement la logique de la filière jurisprudentielle inaugurée par l'arrêt *Keck et Mithouard* semblait tendre plutôt à une réduction du champ d'application du même article 30 [actuel 28] »¹⁷⁰⁷. Cette solution a été pourtant confirmée par la Cour dans l'arrêt du 22 octobre 1998, *Commission/France* (affaire du foie gras)¹⁷⁰⁸, indiquant par là une volonté claire de la Cour de se démarquer de « l'époque Keck ». Rébecca-Emmanuela Papadopoulou tire d'ailleurs une conclusion fort intéressante de l'arrêt *Pistre*. À son avis, cette décision est particulièrement favorable aux opérateurs économiques qui se voient reconnaître le droit d'invoquer l'article 28 du traité CE, même en l'absence de tout élément d'extranéité, dès lors que la mesure nationale est

¹⁷⁰⁵ Points 44 et 45 de l'arrêt *Pistre*, précité, note 1699, pp. I-2374 et 2375.

¹⁷⁰⁶ D. SIMON et F. LAGONDET, *loc. cit.*, note 1702, 8. R.-E. PAPADOPOULOU, *loc. cit.*, note 1700, 108-110, estime toutefois que cette analyse est quelque peu exagérée. Voir aussi les interrogations de P. OLIVER, *loc. cit.*, note 1173, 787-788, à propos de cet arrêt.

¹⁷⁰⁷ D. SIMON et F. LAGONDET, *loc. cit.*, note 1702, 9.

¹⁷⁰⁸ Aff. C-184/96, *Rec.* 1998, p. 6197, point 17. Voir *infra*, page 394.

« susceptible d'être appliquée aux produits importés d'autres États membres »¹⁷⁰⁹. J'en déduis donc qu'après avoir été partiellement abandonné par la Cour avec sa « solution Keck », l'auditoire des opérateurs économiques semble retomber à nouveau dans les bonnes grâces de la Cour à la faveur d'un contexte conjoncturel qui lui est particulièrement propice. Le deuxième arrêt de cette série de décisions qui conforte le libre-échange vient corroborer cette analyse.

b) l'extension de la portée de l'article 28 du traité CE par l'élargissement des conditions d'imputabilité des États membres : l'affaire des fraises

Dans l'arrêt *Commission/France* du 9 décembre 1997 (affaire des fraises)¹⁷¹⁰, la Cour a à nouveau élargi la portée de l'article 28 du traité CE, en agissant cette fois-ci sur un autre critère de l'applicabilité de cette disposition. Selon une jurisprudence établie, seules des mesures étatiques peuvent être condamnées en vertu de l'article 28 du traité CE¹⁷¹¹. Par une interprétation audacieuse, la Cour a considérablement étendu à la fois les conditions d'imputabilité à l'État membre d'actes restrictifs au commerce intracommunautaire¹⁷¹² et la nature des éléments constitutifs d'une violation des règles relatives à la libre circulation. Dans cette affaire, la Commission avait introduit un recours en manquement contre la France lui reprochant de ne pas avoir agi pour faire cesser des actes de vandalisme régulièrement commis (depuis près de dix ans) par les agriculteurs français à l'encontre des produits agricoles (notamment des fraises) en provenance essentiellement d'Espagne. Les faits reprochés concernaient donc des actes de particuliers entravant la libre circulation des produits agricoles et l'omission de l'État membre d'y mettre fin.

Il est symptomatique que la Cour ait rappelé au préalable, avant de procéder à la motivation du dispositif, que la libre circulation des marchandises était un principe fondamental du traité tel qu'établi par les articles 3, sous c) et 14 (ex-article 7 A), alinéa 2 du

¹⁷⁰⁹ Point 48 de l'arrêt *Pistre*, précité, note 1699, p. I-2375. R.-E. PAPADOPOULOU, *loc. cit.*, note 1700, 108 et 110.

¹⁷¹⁰ Aff. C-265/95, *Rec.* 1997, p. I-6959.

¹⁷¹¹ Ce point a d'abord été précisé par la Commission dans sa directive 70/50/CEE du 22 décembre 1969, précitée, note 1036, à son article 2. Le caractère étatique d'une mesure a toutefois été apprécié largement par la Cour, qui a admis qu'une mesure pouvait avoir ce caractère, dans certaines conditions, même lorsqu'elle avait été prise par un organisme ou une entreprise : voir, sur les critères utilisés par la Cour pour juger du caractère étatique d'une réglementation, F. PICOD, *op. cit.*, note 1042, pp. 57-66.

¹⁷¹² Voir toutefois sur ce point les précisions apportées par Anne RIGAUX et Denys SIMON, [commentaire de l'arrêt *Commission/France*, aff. C-265/95], (février 1998) *Europe comm.* 55.

traité CE relatif au marché intérieur¹⁷¹³ et mis en œuvre par l'article 28 du traité CE. Elle en a déduit qu'« en tant que moyen indispensable à la réalisation du marché sans frontières intérieures », l'article 28 du traité CE ne prohibe pas seulement les mesures d'origine étatique (soit les actes positifs) restrictives du commerce entre les États membres, mais également le fait pour un État membre de s'abstenir d'agir (soit un acte négatif) pour faire cesser des entraves à la libre circulation des marchandises dues à des causes qui ne sont pas d'origine étatique¹⁷¹⁴. La Cour faisait ainsi de l'abstention d'agir de la part de l'État membre une entrave en elle-même aux échanges intracommunautaires – et une cause de violation des règles relatives à la libre circulation – au même titre qu'un acte positif. « L'article 30 [actuel article 28] impose donc aux États membres non seulement de ne pas adopter eux-mêmes des actes ou des comportements susceptibles de constituer un obstacle aux échanges, mais également, en liaison avec l'article 5 [actuel article 10 prévoyant une obligation de loyauté communautaire] du traité, de prendre toutes mesures nécessaires et appropriées pour assurer sur leur territoire le respect de cette liberté fondamentale »¹⁷¹⁵. En outre, la Cour a apprécié de manière particulièrement approfondie le caractère nécessaire et approprié des mesures prises par la France pour faire respecter le principe de la libre circulation sur son territoire¹⁷¹⁶, tranchant ainsi très nettement avec son attitude de retrait adoptée quatre ans auparavant. En effet, tout en reconnaissant aux États membres, seuls compétents pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure, une marge d'appréciation pour décider des mesures à prendre, la Cour a longuement détaillé les manquements de l'État français à cet égard¹⁷¹⁷.

¹⁷¹³ Pour rappel, l'article 3, sous c) dispose que l'action de la Communauté comporte un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. L'article 14 prévoit que le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du traité.

¹⁷¹⁴ Points 30 et 31 de l'arrêt *Commission/France*, précité, note 1710.

¹⁷¹⁵ *Id.*, point 32 des motifs. Louis DUBOUIS, « La guerre de la fraise : l'impuissance publique sous la toise du droit communautaire », (1998) 14 n° 1 *Revue française de droit administratif* 120, 121 y voit ainsi un principe nouveau : l'obligation pour l'État d'assurer sur son territoire le respect de la libre circulation des marchandises. Il constate également (p. 123) la transposition, au domaine de la libre circulation des marchandises, du raisonnement développé par la Cour, sur la base de l'article 10, en matière du droit de la concurrence relativement à l'effet utile des dispositions du traité CE (notamment dans l'arrêt *Leclerc-livres*, précité, note 1245).

¹⁷¹⁶ Dans le même sens, voir A. RIGAUD et D. SIMON, *loc. cit.*, note 1712, comm. 55. Aussi certains auteurs se sont-ils interrogés sur l'étendue du devoir des États membres (obligation de moyen ou de résultat ? : L. DUBOUIS, *loc. cit.*, note 1715, 124-125) et sur le niveau de vérification de la Cour du caractère approprié des mesures adoptées : Koen MUYLLE, « Angry Farmers and Passive Policemen : Private Conduct and the Free Movement of Goods », (1998) 23 *European Law Review* 467, 471-474.

¹⁷¹⁷ Voir les points 39 à 53 des motifs de l'arrêt.

On notera qu'à la différence de la précédente affaire, la Cour avait l'entier soutien de la Commission et de l'Avocat général ¹⁷¹⁸ et elle n'a pas caché à qui s'adressait cette nouvelle orientation jurisprudentielle, les États membres étant tenus de garantir la liberté des échanges intracommunautaires « dans l'intérêt de tous les opérateurs économiques » ¹⁷¹⁹. C'est un fait, cet arrêt peut avoir des conséquences particulièrement étendues s'agissant du libre-échange, puisque les États membres pourront voir leur responsabilité engagée dès lors qu'ils n'interviendront pas pour prévenir ou réprimer des comportements d'opérateurs économiques affectant la libre circulation des marchandises ¹⁷²⁰. Cette décision a reçu l'approbation de plusieurs commentateurs, généralement critiques envers la jurisprudence *Keck et Mithouard* et le retrait judiciaire de la Cour ¹⁷²¹. Le regain d'activisme judiciaire de la Cour de justice en a inquiété d'autres, pour qui « [t]he Court could thus become even more entangled in policy debates concerning budgetary appropriations, the allocation of scarce resources and public order measures which affect the free movement of goods or another fundamental Community right » ¹⁷²².

Ce qui est remarquable avec cette décision de la Cour de justice c'est qu'elle répond tout à fait aux attentes de la Commission (soutenue par la suite par le Conseil européen). En effet, ainsi que le mentionne Rodolphe Muñoz, « [c]et arrêt va clairement dans le sens de la proposition de règlement faite par la Commission [le 18 novembre 1997, au Conseil et au Parlement européen] » ¹⁷²³. Alfonso Mattera renchérit : « [c]et arrêt contient [...] une série de principes qui guideront les discussions interinstitutionnelles sur le mécanisme d'intervention

¹⁷¹⁸ Voir les conclusions de l'Avocat général Carl Otto LENZ, présentées le 9 juillet 1997, dans cet arrêt, *Rec.* 1997, p. I-6961.

¹⁷¹⁹ *Id.*, point 56 des motifs.

¹⁷²⁰ A. RIGAUX et D. SIMON, *loc. cit.*, note 1712, comm. 55. Ces auteurs se sont dès lors demandé jusqu'où ira cette jurisprudence, en donnant comme exemples une campagne de promotion en faveur des produits nationaux lancée par une personne privée ou la méconnaissance des droits de propriété industrielle par des opérateurs économiques privés.

¹⁷²¹ Voir *id.*, comm. 55. Louis GONZÁLEZ VAQUÉ, « La jurisprudence relative à l'article 28 CE (ex article 30) après l'arrêt "Keck et Mithouard" », (2000) 2 *Revue du Droit de l'Union Européenne* 395, 401, a ainsi estimé qu'il s'agissait de l'arrêt le plus important et le plus innovateur des arrêts dans ce domaine postérieurs à l'arrêt *Keck et Mithouard*.

¹⁷²² K. MUYLLE, *loc. cit.*, note 1716, 474.

¹⁷²³ Rodolphe MUÑOZ, « Comment pallier les manquements du recours en manquement ? (chron. n° 2) », (février 1999) *Europe* 4, 4. Cette proposition de règlement, du 18 novembre 1997, s'intitulait « l'instauration d'un mécanisme d'intervention de la Commission pour l'élimination de certaines entraves aux échanges » (COM(97) 619). Rodolphe Muñoz résume brièvement l'historique de cette proposition. Les faits en cause dans l'affaire des fraises (soit les violences des agriculteurs français à l'encontre des produits agricoles notamment espagnols) seraient d'ailleurs à l'origine de cette proposition de la Commission (un délai de douze ans s'étant écoulé depuis le dépôt de la plainte de la Commission et le prononcé de la décision de la Cour) : Alfonso MATTERA, « Un instrument

proposé »¹⁷²⁴. La Cour a ainsi contribué par son activisme à l'adoption du règlement du Conseil n° 2679/98 du Conseil du 7 décembre 1998, relatif au fonctionnement du marché intérieur pour ce qui est de la libre circulation des marchandises entre les États membres¹⁷²⁵, par un Conseil qui y était pourtant tiède¹⁷²⁶.

c) les premiers pas vers la libéralisation des soins de santé : les arrêts *Decker et Kohll*

Les arrêts *Decker* et *Kohll*¹⁷²⁷ concernaient l'application des règles de libre circulation – la libre circulation des marchandises dans le premier arrêt et la libre prestation de services dans le second – au domaine très sensible de la sécurité sociale. Était en cause l'exigence d'une autorisation préalable, prévue par le système d'assurance-maladie luxembourgeois, pour le remboursement des frais médicaux (paire de lunettes dans le premier cas, traitement d'orthodontie dans le second) engagés à l'extérieur du territoire du Grand-Duché. Compte tenu de l'importance du domaine concerné, un grand nombre d'États membres étaient intervenus dans ces deux affaires. Plusieurs États membres estimaient que la matière de la sécurité sociale relevait de leur compétence propre et échappait dès lors à l'emprise des règles communautaires de libre circulation¹⁷²⁸. La Cour a refusé de faire sien ce point de vue pour affirmer, au contraire, l'application du « principe fondamental de libre circulation » au domaine de la sécurité sociale¹⁷²⁹, tout en reconnaissant la compétence des

d'intervention rapide pour sauvegarder l'unicité du Marché intérieur : le règlement 2679/98 – De nouveaux pouvoirs pour la "Commission Prodi" », (1999) 2 *Revue du Marché Unique Européen* 9, 9.

¹⁷²⁴ A. MATTERA, *loc. cit.*, note 1723, 13.

¹⁷²⁵ *Précité*, note 572. Pour une présentation détaillée de ce règlement, voir l'article d'Alfonso MATTERA (*id.*).

¹⁷²⁶ Voir, pour plus de précisions sur ce point, R. MUÑOZ, *loc. cit.*, note 1723, 4.

¹⁷²⁷ Arrêts du 28 avril 1998, *Decker*, aff. C-120/95, *Rec.* 1998, p. I-1831 et *Kohll*, aff. C-158/96, *Rec.* 1998, p. 1931. Certains aspects de ces arrêts, secondaires au regard de cette étude (tel l'article 22 du règlement n° 1408/71), n'ont pas été abordés. Pour une présentation plus complète de ses deux arrêts, voir Sean VAN RAEPENBUSCH, « Le libre choix par les citoyens européens des produits médicaux et des prestations de soins, conséquence sociale du marché intérieur – Note sous les arrêts du 28 avril 1998, *Decker*, C-120/95 et *Kohll*, C-158/96 », (1998) *Cahiers de droit européen* 683 ; Prodromos MAVRIDIS, « Libéralisation des soins de santé en Europe : un premier diagnostic », (1998) 3 *Revue du Marché Unique Européen* 145 ; Anthony WHELAN et Anthony SCHOUTEN, [commentaires des arrêts *Decker* et *Kohll*], (1999) 1 *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs* 90 (essentiellement sur la question de la justification de la réglementation incriminée).

¹⁷²⁸ Cette position était partagée par le Luxembourg, la France, la Belgique, le Royaume-Uni, la Grèce et le Danemark. Les gouvernements allemand, espagnol, néerlandais et autrichien considéraient, pour leur part, que les dispositions du traité relatives à la libre circulation ne s'opposaient de toute façon pas au maintien de la réglementation luxembourgeoise : voir les points 18 et 20 de l'arrêt *Decker* et les points 13 et 16 de l'arrêt *Kohll*, *précités*, note 1727.

¹⁷²⁹ Points 20 à 25 de l'arrêt *Decker* et points 16 à 21 de l'arrêt *Kohll*, *précités*, note 1727.

États membres pour organiser leurs systèmes de sécurité sociale ¹⁷³⁰. On notera que la Cour a pris soin, pour fortifier sa position, de référer aux conclusions de son Avocat général ¹⁷³¹. La Cour a ensuite déclaré contraire aux règles de la libre circulation des marchandises et de la libre prestation de services, au regard de son effet dissuasif sur l'achat de produits médicaux ou l'octroi de soins de santé dans un autre État membre, l'autorisation préalable pour le remboursement des frais médicaux engagés dans cet autre État membre. Elle a par ailleurs admis une nouvelle exigence impérative (ou raison impérieuse pour le domaine de la libre prestation de services) tenant à « un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale » ¹⁷³². Ce risque n'était toutefois pas établi en l'espèce.

Deux grandes tendances se dégagent des interprétations auxquelles ont donné lieu ces deux arrêts. Pour certains, l'émoi qu'ils ont provoqué, particulièrement en Allemagne, était injustifié ¹⁷³³, l'arrêt *Decker* se situant dans le prolongement de l'arrêt *Duphar* qui avait déjà implicitement admis l'applicabilité de l'article 28 du traité au domaine de la sécurité sociale ¹⁷³⁴. Pour d'autres, les implications des arrêts *Decker* et *Kohll* étaient, au contraire, particulièrement importantes. On aurait pu tirer de l'arrêt *Humbel* du 27 septembre 1988 ¹⁷³⁵ (relatif à l'enseignement public) un principe général voulant qu'une activité sans but lucratif qui fait partie des missions de service public de l'État soit assimilée à une activité non économique (échappant dès lors aux règles sur la libre circulation du traité CE) ; un tel

¹⁷³⁰ Et ce, selon une jurisprudence constante : l'arrêt *Duphar*, précité, note 1193, point 16, confirmé par l'arrêt du 17 juin 1997, *Sodemare*, aff. C-70/95, *Rec.* 1997, p. I-3395, point 27.

¹⁷³¹ La Cour s'était ainsi appuyée sur les points 17 à 25 des conclusions de l'Avocat général Giuseppe TESAURO, présentées le 16 septembre 1997 (conclusions communes aux deux affaires), *Rec.* 1998, I-1834, pp. I-1842-1847. Pour l'Avocat général, hormis le cas particulier où l'application du droit communautaire (tel que les règles de concurrence) mettait en péril la survie des régimes de sécurité sociale, les États membres étaient tenus de respecter le droit communautaire même dans l'exercice de leur compétence réservée en matière de sécurité sociale (voir notamment le point 22 de ses conclusions).

¹⁷³² Point 39 de l'arrêt *Decker* et point 41 de l'arrêt *Kohll*, précités, note 1727. Dans le second arrêt, aux points 50 et 51, la Cour reconnaît en outre la légitimité, en vertu de l'article 46 du traité CE, de l'objectif de maintenir un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous et du maintien d'une capacité de soins ou d'une compétence médicale essentielle sur le territoire national.

¹⁷³³ L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *loc. cit.*, note 1721, 16. Pedro CABRAL, « Cross-border Medical Care in the European Union – Bringing down a First Wall », (1999) 24 *European Law Review* 387, 392-393 reproche même à la Cour d'avoir adopté une approche minimaliste (par rapport au règlement n° 1408/71) plutôt que de reconnaître plus largement encore les droits des citoyens européens à l'accès aux soins à travers l'Europe.

¹⁷³⁴ Voir, par exemple, pour ce point de vue, L. IDOT, *loc. cit.*, note 1430, comm. 191. La Cour s'appuie en effet sur l'arrêt *Duphar* pour conclure que le fait que la mesure en cause relève du domaine de la sécurité sociale n'est pas de nature à exclure l'application de l'article 28 du traité CE (points 24 et 25 de l'arrêt *Decker*, précité, note 1727). Une conclusion semblable vaut dans le domaine de la libre prestation de services : voir les points 20 et 21 de l'arrêt *Kohll*, précité, note 1727 et Richard GIESEN, [commentaire des arrêts *Decker* et *Kohll*], (1999) 36 *Common Market Law Review* 841, 843.

¹⁷³⁵ Aff. 263/86, *Rec.* 1988, p. 5365.

principe aurait pu également être valable pour les soins de santé dans le cadre de la protection sociale. Les arrêts *Decker* et *Kohll* écartent définitivement cette hypothèse en assimilant les services de santé à des activités économiques quand bien même ils seraient pris en charge par les assurances sociales des États membres ¹⁷³⁶.

Je pencherai pour ma part pour une position intermédiaire. Certes, dans l'arrêt *Duphar*, la mesure en cause (exclusion de certains médicaments du régime de remboursement pour assainir la gestion financière du régime de sécurité sociale danois) pouvait tomber, selon la Cour, dans le champ d'application de l'article 28 du traité CE, mais elle avait aussi en l'espèce subordonné l'application de cet article au caractère discriminatoire de la mesure (dont l'appréciation a été laissée à la juridiction nationale). Le gouvernement danois était donc libre d'aménager à sa guise son système de sécurité sociale dès lors qu'il le faisait de manière non discriminatoire. Dans les arrêts *Decker* et *Kohll*, c'est une caractéristique même des systèmes de sécurité sociale nationaux qui est condamnée, obligeant les États membres à réaménager leur régime de remboursement, sauf en cas d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale. Aussi j'appuie l'opinion de Marie-Dominique Furet, selon laquelle la jurisprudence *Kohll* et *Decker* « a fortement accéléré la formation d'une Europe de la santé », et le lancement de la carte européenne du patient en juin 2004 en serait une conséquence directe ¹⁷³⁷. Selon cette auteure, « [l]a jurisprudence *Kohll* et *Decker* a [...] ouvert la voie à la mise en place d'une véritable politique de santé publique communautaire dont la stratégie de Lisbonne a accéléré la mise en œuvre. » ¹⁷³⁸ Force est de reconnaître que la jurisprudence de la Cour ¹⁷³⁹ est venue, selon moi, une fois encore appuyer les efforts menés par la Commission sur le plan politique, pour favoriser dans ce cas-ci la libéralisation des soins de santé en Europe. La Commission avait amorcé ce mouvement dans ses

¹⁷³⁶ Marie-Dominique FURET, « Les conséquences en termes de santé publique des arrêts *Kohll* et *Decker* sur la construction de l'Europe de la santé », (2005) 487 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 253, 254.

¹⁷³⁷ *Id.*, spéc. 253, 260.

¹⁷³⁸ *Id.*, 263, ainsi que 260-263.

¹⁷³⁹ La Cour a confirmé sa jurisprudence *Kohll* dans le domaine de la libre prestation de services dans l'arrêt du 12 juillet 2001, *Peerbooms*, aff. C-157-99, *Rec.* 2001, p. I-5473 et la Cour a dû se prononcer à plusieurs reprises en 2003 sur la validité au regard du droit communautaire de l'exigence d'une autorisation préalable pour le remboursement des soins reçus dans un autre État membre. Pour une présentation de cette jurisprudence, voir M.-D. FURET, *loc. cit.*, note 1736, 253, 257, 258-259, ainsi que Vassilis G. HATZOPOULOS, « Killing National Health and Insurance Systems but Healing Patients? The European Market for Health Care Services after the Judgments of the ECJ in *Vanbraekel* and *Peerbooms* », (2002) 39 *Common Market Law Review* 683.

communications de 1995, 1997 et 1999 sur la protection sociale ¹⁷⁴⁰ et l'avait véritablement lancé, dans la lignée de la stratégie de Lisbonne ¹⁷⁴¹, à partir de 2001 ¹⁷⁴².

Le thème directeur de cette jurisprudence (partagé par la Commission puis le Conseil européen à partir de 2002) est très clairement le citoyen européen – et plus précisément le consommateur de soins de santé – auquel on veut offrir la possibilité de se faire soigner dans l'État membre de son choix et vis-à-vis duquel on veut faire du marché unique une réalité tangible. Le commentaire de Laurence W. Gormley m'apparaît tout à fait pertinent à ce sujet : « *[i]n a period in which the expectations of Community citizens and industry about the much-proclaimed benefits of the Community's single internal market are high, the role of the Court of Justice [...] in giving effect to those freedoms becomes ever more central to ensuring that those benefits are not illusory.* » ¹⁷⁴³

On retrouve les mêmes considérations chez l'Avocat général Tesauo. Ce dernier semble s'être converti aux valeurs dominantes, avec une position dans ses conclusions dans ces affaires beaucoup plus libre-échangiste que celle défendue à d'autres occasions ¹⁷⁴⁴. L'Avocat général Tesauo insistait ainsi sur le caractère inachevé du marché unique que

¹⁷⁴⁰ Dans sa communication de 1995 sur l'avenir de la protection sociale (*précitée*, note 311), la Commission préconisait déjà des changements dans l'organisation des systèmes nationaux de soins de santé. Dans sa communication de 1997 sur la modernisation de la protection sociale (*précitée*, note 311), elle proposait notamment le recours à l'assurance individuelle pour les soins des personnes âgées (*cf.*, *supra*, note 319) et elle incitait les États membres à améliorer l'efficacité des systèmes de santé. Parallèlement, à partir de 1996, les grandes orientations des politiques économiques des États membres ont insisté sur la nécessité de maîtriser les dépenses de santé. Dans sa communication de 1999 sur une stratégie concertée pour moderniser la protection sociale (*précitée*, note 327), la Commission a repris ce thème de la limitation des coûts des soins de santé, auquel elle a adjoint l'objectif d'une amélioration de la qualité des soins.

¹⁷⁴¹ *Cf. supra*, page 118.

¹⁷⁴² Voir la communication de la Commission en décembre 2001 sur l'avenir des soins de santé et des soins pour les personnes âgées (*précitée*, note 546), qui a fait suite au Conseil européen de Göteborg de juin 2001 et a précédé le Conseil européen de Barcelone de mars 2002 (*cf.*, *supra*, page 128). La communication de la Commission de mars 2003 sur le renforcement de la dimension sociale de la stratégie de Lisbonne (*précitée*, note 494) mentionnait (pp. 9 et 16) les études en cours, dans le cadre de la Convention européenne et dans le cadre du groupe de réflexion à haut niveau sur la mobilité des patients et les soins de santé, en vue d'appliquer les principes du marché intérieur dans le domaine des soins de santé. La Commission a ensuite adopté la communication du 20 avril 2004, intitulée « suivi du processus de réflexion à haut niveau sur la mobilité des patients et l'évolution des soins de santé dans l'Union européenne » (COM(2003) 261), puis la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 30 avril 2004, intitulée *Santé en ligne - améliorer les soins de santé pour les citoyens européens : plan d'action pour un espace européen de la santé en ligne* (COM(2004) 356). Dans sa communication du 20 avril 2004 sur la modernisation de la protection sociale pour les soins de santé et les soins de longue durée (*précitée*, note 859), elle préconisait l'adoption de la méthode ouverte de coordination au secteur de la santé et des soins de longue durée (*cf.*, *supra*, page 200).

¹⁷⁴³ L. W. GORMLEY, *loc. cit.*, note 1129, 12.

mettaient en relief les dispositions nationales, puisque « le citoyen communautaire » ne pouvait obtenir, sauf à renoncer au remboursement des frais médicaux, des prestations médicales que sur le territoire de l'État membre où il était assuré. Et il condamnait cette situation qui décourageait « la libre circulation des malades »¹⁷⁴⁵.

Il reste que les nouvelles causes justificatives admises par la Cour – bien qu'elles soient limitées dans les faits puisqu'elles ne jouent qu'en cas d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale – démontrent une tentative de la Cour de concilier les attentes des uns et des autres et une volonté de cette dernière de ne pas libéraliser les soins de santé « à n'importe quel prix »¹⁷⁴⁶.

d) l'insertion d'une clause de reconnaissance mutuelle : l'affaire du foie gras

L'arrêt du 22 novembre 1998, *Commission/France* (affaire du foie gras)¹⁷⁴⁷, constitue un autre exemple, particulièrement éloquent, de satisfaction par la Cour des requêtes de la Commission. Le litige concernait un décret français réservant la dénomination « foie gras » aux préparations à base de foie gras répondant aux exigences de composition et de qualité fixées par ce décret. La Commission estimait qu'une telle réglementation pouvait potentiellement entraver la libre circulation des préparations à base de foie gras et elle reprochait à la France de n'avoir pas inclus dans son décret une clause de reconnaissance mutuelle permettant la commercialisation sur le territoire français desdits produits légalement commercialisés dans les autres États membres. La Commission exigeait en effet que toute nouvelle réglementation technique adoptée par les États membres comprenne une telle clause de reconnaissance mutuelle. La France invoquait pour sa défense le caractère très théorique et hypothétique du manquement qui lui était reproché compte tenu du faible niveau de la production de foie gras dans les autres États membres, de l'absence dans ces autres États membres de réglementation spécifique aux préparations à base de foie gras et du fait que celles importées étaient conformes aux exigences françaises¹⁷⁴⁸. L'Avocat général déduisait de ces deux derniers arguments que la démarche de la Commission était prématurée et que la

¹⁷⁴⁴ Voir, par exemple, ses conclusions dans l'arrêt *LPO*, *précitées*, note 1063, qui concernait également le domaine médical.

¹⁷⁴⁵ Point 1 de ses conclusions, *précitées*, note 1731, p. I-1834.

¹⁷⁴⁶ R. GIESEN, *loc. cit.*, note 1734, 850.

¹⁷⁴⁷ *Précité*, note 1708.

¹⁷⁴⁸ Point 14 des motifs de l'arrêt, *précité*, note 1708. Cela n'était pas dû au hasard, comme le relève l'Avocat général A. M. LA PERGOLA, dans ses conclusions dans cette affaire, *précitées*, note 1267, à son point 34, p. I-6214), le foie gras étant un produit indissociablement lié à la tradition gastronomique française.

fonction préventive de la clause de reconnaissance mutuelle exigée par la Commission ne pouvait être admise dans le cadre d'un recours en manquement ¹⁷⁴⁹.

La Cour acquiesça néanmoins aux demandes de la Commission. Tout en rappelant sa formule *Dassonville* et en confirmant l'arrêt *Pistre* (puisque en l'occurrence il n'y avait aucun cas concret de restrictions aux échanges interétatiques), la Cour a qualifié la réglementation française de mesure d'effet équivalent en raison de ses effets potentiellement entravant pour le commerce intracommunautaire. Elle a jugé le décret français non proportionné aux exigences impératives tenant à la protection des consommateurs et à la répression des fraudes, ces objectifs pouvant être atteints par une mesure restreignant d'une manière moindre les échanges intracommunautaires (soit un étiquetage adéquat). La Cour a conclu :

« [...] il y a lieu de constater que, en adoptant le décret sans y inclure une clause de reconnaissance mutuelle pour les produits en provenance d'un État membre et répondant aux règles édictées par cet État, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 30 [actuel 28] du traité. » ¹⁷⁵⁰

Plusieurs reproches ont été formulés à l'encontre de cette obligation de prévoir une telle clause dans les réglementations commerciales nationales : son fondement juridique formel serait discutable, elle serait superfétatoire compte tenu de la jurisprudence *Cassis de Dijon* (qui pose déjà le principe de reconnaissance mutuelle), et sa portée serait loin d'être évidente en l'absence, comme en l'espèce, de législations réglementant la fabrication et la commercialisation du foie gras dans les autres États membres ¹⁷⁵¹. Si cet arrêt n'a pas eu l'heur de plaire aux amateurs de foie gras ¹⁷⁵², il a été, sans grande surprise, très bien accueilli par la Commission ¹⁷⁵³. On peut raisonnablement penser que cet arrêt n'est pas étranger au

¹⁷⁴⁹ Points 35 et 36 des conclusions de l'Avocat général A. M. LA PERGOLA, *précitées*, note 1267, p. I-6215.

¹⁷⁵⁰ Point 28 de cet arrêt, *précité*, note 1708.

¹⁷⁵¹ Anne RIGAUX et Denys SIMON, [commentaire de l'arrêt *Commission/France*, aff. C-184/96], (décembre 1998) *Europe comm.* 399.

¹⁷⁵² A. RIGAUX et D. SIMON (*id.*) parlent de « scandale gastronomique ».

¹⁷⁵³ Voir Alfonso MATTERA, « L'arrêt "Foie gras" du 22 octobre 1998 : porteur d'une nouvelle impulsion pour le perfectionnement du Marché unique européen », (1998) 4 *Revue du Marché Unique Européen* 113, spéc. 119-124 ; Louis GONZÁLEZ VAQUÉ, « Faut-il insérer des clauses de reconnaissance mutuelle dans les législations internes ? À propos de l'arrêt "Foie gras" rendu par la Cour de justice des Communautés européennes », (1999) 58 *Journal des tribunaux - Droit européen* 87.

regain d'attention accordé au niveau politique européen au principe de reconnaissance mutuelle ¹⁷⁵⁴.

Pour conclure sur cette série d'arrêts, la Cour a adopté, en contradiction complète avec celle qui avait prévalu depuis l'arrêt *Keck et Mithouard*, une interprétation résolument dynamique de l'article 28 du traité CE, voire même, pour certains, centralisatrice dans ses effets au regard de la répartition des compétences entre les deux ordres de gouvernement (notamment dans les arrêts *Decker et Kohll*) ¹⁷⁵⁵. La Cour répondait par là aux attentes de plusieurs avocats généraux, d'une Commission gagnée par le prosélytisme en faveur du libéralisme économique et, d'une manière plus générale, des institutions communautaires préoccupées à rendre plus effectif le marché unique pour le citoyen/consommateur européen. Dans un contexte d'unicité de vues entre les institutions européennes et une majorité d'États membres sur l'orientation à donner aux politiques européennes, cet activisme de la Cour en faveur du libre-échange était accueilli sans heurts.

S'agissant de sa jurisprudence *Keck et Mithouard*, sans la désavouer entièrement la Cour s'est appliquée à la restreindre quand l'occasion lui était donnée.

2/ Une application restreinte de la jurisprudence *Keck et Mithouard*

Durant cette période, la Cour n'a été confrontée que deux fois, à un mois d'intervalle, à sa jurisprudence *Keck et Mithouard*. Or dans les deux cas elle n'a pas accordé aux législations en cause le bénéfice de l'immunité qu'elle avait créée au profit des législations portant sur des modalités de ventes. Dans le premier cas, la Cour a joué au niveau des catégories, dans le second au niveau des conditions qu'elle avait posées dans l'arrêt *Keck et Mithouard*.

Dans la première affaire, dans l'arrêt du 26 juin 1997, *Familiapress* ¹⁷⁵⁶, était contestée une interdiction autrichienne de vendre des périodiques comportant des jeux dotés de prix ou des concours. La Cour a d'abord estimé que la législation autrichienne, bien que

¹⁷⁵⁴ Moins de deux mois après cet arrêt, le Conseil européen de Vienne de décembre 1998 mentionnait dans ses conclusions comme objectif prioritaire « un principe de reconnaissance mutuelle fonctionnant correctement » (point I.5.50 des conclusions, *précitées*, note 477). Puis le Parlement européen dans sa résolution du 4 mai 1999 relative à la recommandation de la Commission concernant les grandes orientations des politiques économiques pour 1999 (Bulletin UE 5-1999, point I.2.2) prônait la généralisation du principe de reconnaissance mutuelle des produits.

¹⁷⁵⁵ Ulla B. NEERGAARD, « Free Movement of Goods from a Contextual Perspective, a Review Essay », (1999) 6 n° 2 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 153, 163.

¹⁷⁵⁶ *Précité*, note 1642.

visant une méthode de promotion des ventes, portait en fait sur le contenu même des produits, compte tenu du fait que les jeux concernés faisaient partie intégrante de la revue dans laquelle ils étaient insérés¹⁷⁵⁷. La législation autrichienne entrait dès lors dans la première catégorie (de l'attendu 15 de l'arrêt *Keck et Mithouard*), comme le lui avait suggéré la Commission, et constituait en principe une mesure d'effet équivalent. Ensuite, au niveau de la justification de cette mesure, la Cour a toutefois admis une nouvelle exigence impérative tenant au maintien du pluralisme de la presse en tant qu'il contribue à la sauvegarde de la liberté d'expression, laquelle est protégée par l'article 10 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et figure parmi les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique communautaire¹⁷⁵⁸. La Cour a en outre précisé que lorsqu'un État membre invoquait des exigences impératives, cette justification devait être interprétée à la lumière des principes généraux du droit et notamment des droits fondamentaux, dont la liberté d'expression¹⁷⁵⁹. Comme le relève Denys Simon, « pour la première fois semble-t-il, la Cour met ainsi sur le même plan, en vue du contrôle de proportionnalité, la défense de la libre circulation – principe structurel de l'ordre communautaire – et la garantie de la liberté d'expression – droit fondamental érigé en principe général du droit communautaire »¹⁷⁶⁰. Pour ma part, cela traduit peut-être tout simplement le désir de la Cour de démontrer au citoyen européen son attachement aux droits fondamentaux (et qu'elle veille à leur respect) à une période où ces droits sont en vogue auprès de l'opinion publique¹⁷⁶¹. Par ailleurs, la Cour a renvoyé au juge national l'appréciation du caractère proportionné de la législation nationale tout en lui fournissant des indications particulièrement détaillées sur les points à prendre en compte lors de cette appréciation¹⁷⁶².

Les développements de l'Avocat général Tesauro dans ses conclusions dans cette affaire sont particulièrement intéressants. S'il parvient à une conclusion semblable à celle

¹⁷⁵⁷ *Id.*, point 12 des motifs.

¹⁷⁵⁸ *Id.*, point 18 des motifs.

¹⁷⁵⁹ *Id.*, point 24 des motifs. La Cour avait déjà formulé une telle précision, dans le domaine de la libre prestation de services, dans l'arrêt du 18 juin 1991, *E.R.T.*, aff. C-260/89, *Rec.* 1991, p. I-2925. Aussi certains se sont-ils demandé s'il s'agissait d'une nouvelle condition d'appréciation des exigences impératives : Denys SIMON, (août-septembre 1997) *Europe comm.* 273.

¹⁷⁶⁰ D. SIMON, *loc. cit.*, note 1759, *comm.* 273.

¹⁷⁶¹ Voir, *supra*, page 166.

¹⁷⁶² Voir les points 28 à 33 de l'arrêt, *précité*, note 1642. La Cour constitutionnelle autrichienne ayant reconnu la validité de la législation contestée au regard du maintien de la pluralité de la presse, la Cour a pu se sentir moins à l'aise pour se prononcer sur le caractère proportionné de la législation qui, selon les apparences, avait peu de chances de remplir cette condition. Il est donc facile de penser que la Cour a préféré laissé au juge national la responsabilité politique de trancher ce point en l'espèce. Antonio F. BAVASSO, [commentaire de l'arrêt *Familiapress*], (1998) 35 *Common Market Law Review* 1412, 1424-1425 critique la charge excessive laissée au juge national.

décidée par la Cour ¹⁷⁶³, il s'est aussi permis quelques commentaires sur l'interprétation à donner à la jurisprudence *Keck et Mithouard*. Ce qui s'avère sans doute le plus étonnant et qui est pourtant passé inaperçu aux yeux de la doctrine, c'est que plusieurs parallèles peuvent être dressés entre sa position et celles soutenues juste après l'arrêt *Keck et Mithouard* par plusieurs avocats généraux critiques de cette orientation jurisprudentielle. En effet, d'une part, l'Avocat général Tesauro adopte désormais une interprétation restrictive de la deuxième catégorie de mesures (prévue au point 16 du célèbre arrêt). En effet, il considère que « sont exclues du champ d'application de l'article 30 [actuel 28] seulement les mesures à caractère absolument général, bien entendu indistinctement applicables, qui n'entravent pas les importations et qui peuvent tout au plus se traduire par une réduction (présumée et éventuelle) des importations, qui ne serait que la conséquence d'une toute aussi éventuelle réduction des ventes. » ¹⁷⁶⁴ Or on retrouve cette limitation de la « solution Keck » aux seules mesures portant sur des modalités de vente tout à fait générales aussi bien chez l'Avocat général Jacobs dans ses conclusions dans l'arrêt *Leclerc-Siplec* ¹⁷⁶⁵, que chez l'Avocat général Lenz dans ses conclusions dans l'arrêt *Commission/Grèce* ¹⁷⁶⁶, ou chez l'Avocat général Elmer dans ses conclusions dans l'arrêt *Banchero* ¹⁷⁶⁷, ou encore chez l'Avocat général Léger dans ses conclusions dans l'arrêt *Mars* ¹⁷⁶⁸.

D'autre part, l'Avocat général Tesauro paraît vouloir conférer une plus grande importance au point 17 de l'arrêt *Keck et Mithouard* et à la condition de l'accès au marché comme critère déterminant pour l'application de la « solution Keck ». En effet, pour l'Avocat général, en l'espèce « il s'agit d'une mesure qui, puisqu'elle empêche l'accès au marché du

¹⁷⁶³ En s'appuyant sur l'arrêt *Mars* (précité, note 1642) : voir les points 8 et 9, pp. I-3695-3696, des conclusions de l'Avocat général Giuseppe TESAURO, présentées le 13 mars 1997, dans l'arrêt *Familiapress*, aff. C-368/95, *Rec.* 1997, p. I-3692.

¹⁷⁶⁴ *Id.*, point 10, p. I-3697.

¹⁷⁶⁵ Il vaut la peine de reproduire intégralement son opinion, compte tenu des similarités qu'elle présente avec celle de l'Avocat général Tesauro : « [...] la meilleure interprétation [de l'arrêt *Keck et Mithouard*] est peut-être qu'il exclut du champ d'application de l'article 30 [actuel 28] uniquement les mesures de nature tout à fait générale qui n'empêchent pas les importations, agissent au point de vente et n'ont pas d'autre effet sur le commerce que de réduire la quantité totale de marchandises vendues, en affectant dans cette mesure les importations et les produits nationaux de la même manière » (point 34, p. I-192, de ses conclusions, *précitées*, note 1124).

¹⁷⁶⁶ Voir le point 19, p. I-1629, de ses conclusions, *précitées*, note 1135.

¹⁷⁶⁷ Le point de vue de l'Avocat général M. B. ELMER se rapproche de la théorie de l'effet aléatoire et indirect et de l'opinion de l'Avocat général Tesauro. Pour lui, les arrêts dans lesquels la Cour a appliqué sa jurisprudence *Keck et Mithouard* « [...] portaient tous sur des dispositions qui limitaient les possibilités, pour tout ou une partie des opérateurs économiques, de certaines formes de commercialisation d'une manière générale et si peu restrictive que l'on ne pouvait pas établir une présomption selon laquelle il y aurait eu une restriction importante de commercialisation des marchandises importées » (point 35, p. I-4677, de ses conclusions, *précitées*, note 1135).

¹⁷⁶⁸ Voir le point 16, p. I-1927, de ses conclusions, *précitées*, note 1135.

produit en cause, ne relève pas de la jurisprudence *Keck et Mithouard* »¹⁷⁶⁹. L'Avocat général Jacobs dans ses conclusions dans l'arrêt *Leclerc-Siplec* axait aussi son raisonnement sur l'accès au marché¹⁷⁷⁰, ainsi que l'Avocat général Lenz dans ses conclusions dans l'arrêt *Commission/Grèce*¹⁷⁷¹. Aussi, je serais tentée de déduire de ses conclusions dans cet arrêt ainsi que de celles dans l'arrêt *Decker*, un changement de point de vue chez l'Avocat général Tesouro qui le rapproche du courant de pensée dominant.

Le second arrêt, du 9 juillet 1997, *De Agostini* (aussi appelé *Konsumentombudsmannen*)¹⁷⁷², portait sur une législation suédoise qui interdisait la publicité télévisuelle s'adressant aux enfants de moins de douze ans. La Cour a d'abord admis qu'il s'agissait bien en l'espèce d'une réglementation concernant les modalités de vente relevant de la seconde catégorie de l'arrêt *Keck et Mitouard*, comme elle l'avait déjà jugé dans l'arrêt *Leclerc-Siplec* à propos d'une interdiction de la publicité télévisée dans un secteur particulier. C'est au niveau des conditions du point 16 de ce dernier arrêt que la Cour a fait preuve de sévérité. Suivant en cela les conclusions de son avocat général¹⁷⁷³, la Cour a considéré que la condition de l'affectation de la même manière, en droit comme en fait, de la commercialisation des produits nationaux et des produits importés pourrait ne pas être remplie en l'espèce. En effet, lorsque la forme de promotion interdite par un État membre s'avère être la seule efficace pour pénétrer le marché national, son interdiction totale pourrait avoir un impact plus important sur les produits importés¹⁷⁷⁴. Comme il s'agissait d'une question de fait, la Cour a laissé au juge national le soin de procéder à l'examen de la législation au regard de cette condition ainsi que de sa justification éventuelle par des exigences impératives et de sa proportionnalité.

Deux points ressortent de ces deux affaires. D'une part, le bel édifice jurisprudentiel construit par la Cour avec l'arrêt *Keck et Mithouard* commence à se fissurer ou, à tout le

¹⁷⁶⁹ Point 9, p. I-3696, des conclusions de l'Avocat général G. TESAURO, *précitées*, note 1763.

¹⁷⁷⁰ Il proposait d'adopter comme condition d'application de la « solution Keck » une restriction (actuelle ou potentielle) substantielle à l'accès au marché : point 44, p. I-196, de ses conclusions. *précitées*, note 1124.

¹⁷⁷¹ Pour rappel, l'Avocat général C. O. LENZ, estimait, au point 18, p. I-1629, de ses conclusions, *précitées*, note 1135, que « [l]e critère déterminant pour la qualification réside dans l'effet restrictif de l'accès au marché pour les produits d'importation. »

¹⁷⁷² Aff. jointes C-34 à 36/95, *Rec.* 1997, p. I-3843. Pour plus de précisions sur cet arrêt, voir Anne RIGAUX et Denys SIMON, [commentaire de l'arrêt *De Agostini*], (août-septembre 1997) *Europe comm.* 274 ou de Jules STUYCK, [commentaire sur l'arrêt *De Agostini*], (1997) 34 *Common Market Law Review* 1445.

¹⁷⁷³ Conclusions de l'Avocat général Francis Geoffrey JACOBS, dans cette affaire, présentées le 17 septembre 1996, *Rec.* 1997, p. I-3847.

moins, est grevé par des interprétations pouvant mener à terme à une plus large remise en cause qu'une majorité de la doctrine et de plus en plus d'avocats généraux appellent (plus ou moins explicitement) de leurs vœux¹⁷⁷⁵. D'autre part, ce mouvement s'accompagne d'un fréquent recours à la « subsidiarité juridictionnelle »¹⁷⁷⁶ (avec le renvoi au juge national) comme si la Cour n'assumait pas tout à fait ses encadrements de sa jurisprudence *Keck et Mithouard* ou encore se refusait à sanctionner elle-même les États membres.

Pour être complet, il faut encore mentionner l'arrêt du 23 octobre 1997 *Franzén*¹⁷⁷⁷, dans lequel la Cour, siégeant en assemblée plénière, a ignoré sa jurisprudence *Keck et Mithouard*, alors même que les gouvernements suédois, finlandais, norvégien et français, ainsi que la Commission, considéraient qu'il s'agissait de règles limitant ou interdisant certaines modalités de vente et affectant la commercialisation des produits nationaux et importés de la même manière¹⁷⁷⁸. L'Avocat général Elmer appuyait également son argumentation en partie sur le point 17 de l'arrêt *Keck et Mithouard* pour réfuter l'application de cette jurisprudence à l'espèce¹⁷⁷⁹. On notera que ses conclusions reflètent assez bien le contexte conjoncturel du moment, contre une interprétation trop étroite de l'article 28 du traité CE (fondée sur le critère de la discrimination), laquelle « porterait atteinte à la disposition qui a constitué jusqu'ici l'une des pierres angulaires de l'intégration européenne »¹⁷⁸⁰. Par ailleurs, la Cour a continué d'appliquer sa jurisprudence classique dans les hypothèses non justiciables de la « solution Keck »¹⁷⁸¹.

¹⁷⁷⁴ Points 43 et 44 de l'arrêt, *précité*, note 1772. La Cour reprend ainsi l'argument avancé par l'Avocat général Jacobs au point 97 de ses conclusions (*id.*).

¹⁷⁷⁵ Tout particulièrement, et de manière constante, Anne RIGAUD et Denys SIMON, dans la revue *Europe*; plus discrètement, par exemple, A. F. BAVASSO, *loc. cit.*, note 1762, 1422 (commentant l'arrêt *Familiapress*).

¹⁷⁷⁶ Ce terme est de Denys SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire », (1998) 1 et 2 *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs* 84.

¹⁷⁷⁷ Aff. C-189/95, *Rec.* 1997, p. I-5909. Était en cause le monopole suédois de vente d'alcool. Voir sur cet arrêt le commentaire de Frédérique BERROD, [commentaire de l'arrêt *Franzén*], (janvier 1998) *Europe comm.* 14.

¹⁷⁷⁸ Et la Cour avait même présenté leur point de vue au point 33 de l'arrêt, *précité*, note 1777.

¹⁷⁷⁹ Voir notamment le point 57 et la note 40, pp. I-5931-5932 des conclusions de l'Avocat général M. B. ELMER, *précitées*, note 1684.

¹⁷⁸⁰ *Id.*, point 56, p. I-5931.

¹⁷⁸¹ Pour des exemples concernant des dispositions nationales portant sur les produits eux-mêmes, voir les arrêts du 27 juin 1996, *Schmit*, aff. C-240/95, *Rec.* 1995, p. I-3179 et 13 mars 1997, *Morellato* (*précité*, note 1645). En dehors des deux catégories mentionnées par l'arrêt *Keck et Mithouard*, voir notamment les arrêts du 27 juin 1996, *Brandsma*, aff. C-293/94, *Rec.* 1996, p. I-3159 (autorisation sanitaire d'importation préalable à la commercialisation des produits biocides); 15 avril 1997, *Deutsches Milch-Kontor II*, aff. C-272/95, *Rec.* 1997, p. I-1905 (contrôles sanitaires à la frontière); 14 juillet 1998, *Firma Aher-Waggon*, aff. C-389/96, *Rec.* 1998, p. I-4473 (restrictions imposées à l'immatriculation des aéronefs en cas de dépassement des normes sonores nationales, justifiées par des considérations de santé publique et de protection de l'environnement); 17 septembre 1998,

Pour conclure sur cette période, si la Cour renoue avec l'interventionnisme judiciaire en faveur du libre-échange, elle paraît aussi plus attentive au citoyen européen via l'admission de nouvelles exigences impératives. Elle répond ainsi aux attentes majoritaires de ses auditoires à cette époque. L'arrivée de gouvernements socialistes ou socio-démocrates dans plusieurs États membres aura également des répercussions sur la jurisprudence de la Cour. Face à ce qui a été appelé « l'Europe rose », particulièrement à partir de l'automne 1998, le Cour a choisi d'opter pour un discret retrait judiciaire entre la fin 1998 et 2000.

B. Le discret retrait de la Cour entre fin 1998 et 2000

La période jurisprudentielle qui coïncide avec « l'Europe rose » est difficile à caractériser. Elle n'est pas exempte de contradictions, comme l'est également l'Union européenne sur le plan politique, avec des ambitions sociales non réalisées et un néolibéralisme mâtiné de « troisième voie »¹⁷⁸². Ces contradictions sont particulièrement évidentes s'agissant de la jurisprudence *Keck et Mithouard*. En dehors de cette dernière, la Cour a préféré freiner son récent élan interventionniste. La Cour semble avoir ainsi mis entre parenthèses ses dernières orientations jurisprudentielles pour satisfaire, pour un temps, l'auditoire des États membres. Les attentes de certains États membres s'étaient manifestées vivement à l'occasion de la lettre franco-allemande sur la subsidiarité¹⁷⁸³, en juin 1998, qui constituait une critique dissimulée de la Cour de justice peu après ses arrêts « fraises » et *Decker et Kohll*. Qu'« un vent de subsidiarité » ait soufflé sur la Cour à cette époque¹⁷⁸⁴ n'y est sans doute pas complètement indifférent.

Harpegnies, aff. C-400/96, *Rec.* 1998, p. 5121 (exigence d'un agrément pour les produits pharmaceutiques, justifiée par l'article 30 (santé publique)). Et plus précisément dans le domaine de la propriété industrielle et commerciale et du droit des marques, voir par exemple les arrêts du 11 juillet 1996, *Bristol-Myers Squibb*, aff. jointes C-427/93, C-429/93 et C-436/93, *Rec.* 1996, p. I-3457 ; *Eurim-Pharm*, aff. jointes C-71/94, C-72/94 et C-73/94, p. I-3603 ; *MPA Pharma*, aff. C-232/94, p. I-3671 ; du 26 novembre 1996, *F.lli Graffione SNC*, aff. C-313/94, *Rec.* 1996, p. I-6039 ; 9 juillet 1997, *Generics BV*, aff. C-316/95, *Rec.* 1997, p. I-3929 ; 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior*, aff. C-337/95, *Rec.* 1997, p. 6013 ; et du 11 novembre 1997, *Frits Loendersloot*, aff. C-349/95, *Rec.* 1997, p. I-6227.

¹⁷⁸² Voir, *supra*, pages 107 et suivantes.

¹⁷⁸³ Voir, *supra*, note 675. Cette lettre rejoignait les souhaits du premier ministre britannique, Tony Blair, favorable à une limitation des pouvoirs des institutions européennes, mais elle a été mal accueillie par la Belgique et les Pays-Bas : P. LEMAITRE, *loc. cit.*, note 675, 5 ; Henri DE BRESSON et Philippe LEMAITRE, « Le sommet de Cardiff marque la volonté des Quinze d'avancer avec prudence sur la réforme de l'Union », *Le Monde*, 18 juin 1998, p. 3.

¹⁷⁸⁴ Laurence IDOT, « Un vent de subsidiarité judiciaire ? », (novembre 1999) *Europe* 3.

1/ Le malaise de la Cour vis-à-vis de sa « solution Keck »

Le malaise de la Cour ¹⁷⁸⁵ vis-à-vis de sa « solution Keck » apparaît, d'une part, à travers une première décision dans laquelle elle applique sa jurisprudence *Keck et Mithouard* - mais implicitement, sans citer cet arrêt - alors qu'elle aurait pu facilement l'écarter en suivant les conclusions de son avocat général et, d'autre part, dans la poursuite de l'encadrement de cette même jurisprudence.

Dans l'arrêt du 19 novembre 1998, *Gunnar Nilsson* ¹⁷⁸⁶, était en cause la réglementation suédoise qui exigeait un agrément pour les activités d'insémination des bovins, notamment pour la distribution et la mise en place de la semence. Dans cette affaire la jurisprudence *Keck et Mithouard* n'avait été soulevée ni par les parties au litige principal, ni par les gouvernements intervenants (suédois, belge, français, finlandais et norvégien) et pas plus par la Commission ou l'Avocat général Mischo. Le raisonnement de ce dernier empruntait même à la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Keck et Mithouard* comme si la Cour excluait l'application de cette jurisprudence au domaine en cause ¹⁷⁸⁷. Et pourtant la Cour a décidé que :

« [...] ainsi que la Cour l'a jugé, une obligation qui s'impose à tous les opérateurs de faire distribuer leurs produits en faisant appel à une voie autorisée en vertu d'une réglementation nationale applicable sans distinction selon l'origine des produits en cause et n'affectant par conséquent pas la commercialisation des produits en provenance d'autres États membres d'une manière différente de celle des produits nationaux n'entre pas dans le domaine d'application de l'article 30 du traité (arrêt du 14 décembre 1995, *Banchero*, C-387/93, Rec. p. I-4663, points 37 et 44). » ¹⁷⁸⁸

Or dans l'arrêt *Banchero* la Cour avait clairement appliqué sa jurisprudence *Keck et Mithouard* (contre l'avis de son avocat général) ¹⁷⁸⁹. L'application à nouveau de cette jurisprudence en l'espèce est ici implicite, par le simple renvoi à l'arrêt *Banchero*, et sans

¹⁷⁸⁵ Ce malaise semble surtout être celui de la cinquième chambre qui a rendu les décisions examinées.

¹⁷⁸⁶ Aff. C-162/97, Rec. 1998, p. I-7477. Pour plus de précisions sur cet arrêt, voir Anne RIGAUX et Denys SIMON, [commentaire de l'arrêt *Gunnar Nilsson*], (janvier 1999) *Europe comm.* 22.

¹⁷⁸⁷ L'Avocat général Jean MISCHO s'appuyait sur les arrêts *Centre d'insémination la Crespelle et Gervais* (précités, note 1669) qui concernaient également les activités d'insémination des bovins. Selon l'Avocat général l'exigence d'agrément pour la distribution de la semence pouvait entraîner en pratique une discrimination à l'égard de la semence importée et, par sa nature même, était susceptible d'affecter le commerce entre les États membres dès lors qu'elle s'appliquait à la semence importée. La législation suédoise constituait donc une mesure d'effet équivalent interdite par l'article 28 du traité CE : voir les points 20 et 32 à 34, pp. I-7484 et I-7486 de ses conclusions, présentées le 5 mai 1998 dans cette affaire, Rec. 1998, p. I-7480.

¹⁷⁸⁸ Point 28 de l'arrêt *Gunnar Nilsson*, précité, note 1786.

référence aucune à la catégorisation effectuée par l'arrêt *Keck et Mithouard* entre réglementations portant sur les produits eux-mêmes et celles concernant les modalités de vente. De même, l'appréciation par la Cour du respect des conditions énoncées à l'attendu 16 de l'arrêt *Keck et Mithouard*, et particulièrement de l'égale affectation en fait, est on ne peut plus sommaire. La Cour donne ainsi l'impression (paradoxale) de suivre cette jurisprudence un peu à contre-cœur, en s'y référant de la manière la plus minimaliste possible. D'un autre côté, dans l'arrêt du 9 février 1999, *Van der Laan*¹⁷⁹⁰, la Cour y référerait mais cette fois vis-à-vis d'une mesure relevant de la première catégorie (du point 15 de l'arrêt *Keck et Mithouard*), alors que cette référence n'avait pas lieu d'être¹⁷⁹¹.

Un mois et demi plus tard, la Cour continuait de préciser – et de restreindre – sa « solution Keck », en agissant soit sur la qualification de la mesure au regard des catégories de l'arrêt *Keck et Mithouard*, soit sur les conditions énoncées aux points 16 et 17 de cet arrêt. D'abord, dans un arrêt critiqué pour son absence de rigueur juridique et pour la minceur de ses réponses au juge *a quo*¹⁷⁹², l'arrêt du 3 décembre 1998 *Ditlev Bluhme*¹⁷⁹³, la Cour, à propos d'un arrêté danois qui interdisait de détenir dans l'île de Læsø des abeilles butineuses n'appartenant pas à la sous-espèce *Apis mellifera* (abeille brune de Læsø), a jugé que, contrairement à ce que soutenait le gouvernement danois, la réglementation danoise ne portait pas sur une modalité de vente au sens de l'arrêt *Keck et Mithouard* mais sur les caractéristiques intrinsèques des abeilles¹⁷⁹⁴. Et la Cour citait à l'appui de cette affirmation l'arrêt *Familiapress*. Les conclusions de l'Avocat général Fennely étaient prudentes à cet égard. Soulevant le fait que la réglementation en cause pouvait tout aussi bien être qualifiée de règle « qui limite ou interdit certaines modalités de vente » que de disposition applicable aux produits, l'Avocat général suggérait à la Cour, « pour écarter tout doute en la matière », de recourir plutôt au critère de l'accès au marché¹⁷⁹⁵. Ce faisant, il ajoutait sa voix à celles déjà exprimées par d'autres avocats généraux favorables à la reconnaissance du critère de l'accès au marché (tiré du point 17 de l'arrêt *Keck et Mithouard*) comme critère déterminant

¹⁷⁸⁹ Voir *supra*, pages 376-377.

¹⁷⁹⁰ Aff. C-383/97, *Rec.* 1999, p. I-731.

¹⁷⁹¹ Voir *supra*, page 378.

¹⁷⁹² Voir les commentaires de A. RIGAUX, *loc. cit.*, note 1697, 7-8.

¹⁷⁹³ *Précité*, note 1697.

¹⁷⁹⁴ *Id.*, point 21 des motifs de l'arrêt.

¹⁷⁹⁵ Voir le point 20, pp. I-8044-8045, des conclusions de l'Avocat général Nial FENNELY, présentées le 16 juin 1998, dans cette affaire, *Rec.* 1998, p. I-8035. Ce critère n'était pas rempli en l'espèce, l'accès au marché de Læsø étant bloqué pour les abeilles non originaires de l'île.

de l'application de cette jurisprudence ¹⁷⁹⁶. Ces avocats généraux seront justement écoutés dans l'arrêt *Schutzverband* (apprécié ci-dessous).

La Cour ayant qualifié l'arrêté danois de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative, elle s'est ensuite longuement penchée sur la justification possible de cette mesure. Elle a admis la justification avancée par le gouvernement danois, à savoir la conservation de la biodiversité, en la fondant sur la protection de la santé et de la vie des animaux prévue à l'article 30 du traité CE ¹⁷⁹⁷. On relèvera que la Cour, suivant en cela son avocat général, fait également mention de la convention sur la diversité biologique signée à Rio de Janeiro le 5 juin 1992 ¹⁷⁹⁸ (ainsi que de deux directives communautaires dans ce domaine ¹⁷⁹⁹). La Cour s'est donc écartée de la position de la Commission, selon laquelle l'arrêté danois n'était pas justifié, pour retenir les suggestions de l'Avocat général Fennely (et du gouvernement danois sur ce point). Elle répondait aussi par là aux attentes des citoyens européens, particulièrement élevées à cette époque à l'égard du développement durable ¹⁸⁰⁰, tout en leur montrant discrètement que le droit communautaire défend ces valeurs.

Par ailleurs, la Cour a tenu à préciser dans l'arrêt du 3 juin 1999, *Colim* ¹⁸⁰¹, relativement à des exigences linguistiques (confirmé par l'arrêt du 18 septembre 2003, *Morellato II* ¹⁸⁰²), que si la réglementation nationale imposait à l'opérateur économique une adaptation des produits concernés cela excluait sa qualification de réglementation portant sur des modalités de vente.

¹⁷⁹⁶ Il s'agit d'abord de l'Avocat général Lenz (voir *supra*, page 377 et note 1671, dans ses conclusions dans l'arrêt *Commission/Grèce*), puis de l'Avocat général Tesaro (voir *supra*, page 398 et note 1769, dans ses conclusions dans l'arrêt *Familiapress*) et, de manière moindre, de l'Avocat général Elmer (voir *supra*, page 399 et note 1779, dans ses conclusions dans l'arrêt *Franzén*).

¹⁷⁹⁷ Cette justification a été critiquée sur le plan de la rigueur juridique (voir A. RIGAUX, *loc. cit.*, note 1549, 8), la Cour n'ayant pas pris la peine, contrairement à son avocat général (voir les points 23 à 26, pp. I-8046-8048, de ses conclusions, *précitées*, note 1795), de définir s'il s'agissait d'une mesure indistinctement applicable ou non.

¹⁷⁹⁸ Cette convention a été approuvée au nom de la Communauté européenne par la décision 93/626/CE du Conseil du 25 octobre 1993 (JO L 309 du 13.12.1993).

¹⁷⁹⁹ La directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages (JO L 206 du 22.7.1992) et la directive 79/409/CEE du Conseil, du 2 avril 1979, concernant la conservation des oiseaux sauvages (JO L 103 du 25.04.1979).

¹⁸⁰⁰ Voir, *supra*, page 168.

¹⁸⁰¹ Aff. C-33/97, *Rec.* 1999, p. 3175, points 36-38 des motifs. Cette précision n'était pourtant pas nécessaire en l'espèce : les obligations linguistiques concernaient l'étiquetage, lequel figure parmi les conditions auxquelles doivent répondre les marchandises énoncées au point 15 de l'arrêt *Keck et Mithouard*.

¹⁸⁰² Aff. C-416/00, *Rec.* 2003, p. I-9343, point 29.

Dans l'arrêt du 13 janvier 2000, *Schutzverband* (ou *TK-Heimdienst*)¹⁸⁰³, la Cour a fait un pas de plus dans la délimitation, dans le sens de la restriction, de la portée, autrefois vaste, de sa « solution Keck », en adoptant implicitement le critère proposé par certains de ses avocats généraux. Cette affaire concernait une réglementation autrichienne qui prévoyait que les commerçants, pour pratiquer la vente à domicile des produits alimentaires, devaient avoir un établissement commercial fixe (dans lequel ils offraient les mêmes produits alimentaires) dans une circonscription administrative autrichienne. La vente à domicile ne pouvait en outre être réalisée que dans cette circonscription administrative ou dans une commune limitrophe. Après avoir cité le point 16 de l'arrêt *Keck et Mithouard*, la Cour a reconnu que la réglementation autrichienne portait sur des modalités de vente « en ce qu'elle détermine les zones géographiques dans lesquelles chacun des opérateurs concernés peut commercialiser ses marchandises par cette méthode de vente. »¹⁸⁰⁴ Mais contrairement à l'Avocat général dans cette affaire, elle a estimé que la réglementation litigieuse n'affectait pas de la même manière la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres. En effet, reprenant en cela les arguments de la Commission et de l'opérateur économique poursuivi dans le litige au principal¹⁸⁰⁵, elle a jugé que la réglementation autrichienne imposait aux opérateurs économiques ayant déjà un établissement fixe dans un autre État membre, « d'ouvrir ou d'acquérir un autre établissement fixe dans cette circonscription administrative ou dans une commune limitrophe, alors que les opérateurs économiques locaux, eux, répondent déjà au critère de l'établissement fixe. Par conséquent, pour que les produits en provenance d'autres États membres puissent avoir le même accès au marché de l'État membre d'importation que les produits nationaux, ils doivent supporter des coûts supplémentaires »¹⁸⁰⁶. La Cour en a conclu que « bien qu'elle

¹⁸⁰³ Aff. C-254/98, *Rec.* 2000, p. 151. L'ordonnancement du raisonnement de la cinquième chambre dans cet arrêt est, une fois encore, très discutable (voir pour plus de détails sur ce point Anne RIGAUX, (mars 2000) *Europe comm.* 73). La référence notamment à des arrêts (et à des critères) antérieurs à la jurisprudence *Keck et Mithouard* s'explique toutefois par une réponse de la Cour très « collée » à la question préjudicielle posée par le juge *a quo*. Il est possible que la Cour ait voulu ainsi démontrer au juge national sa volonté de répondre au mieux à ses interrogations.

¹⁸⁰⁴ Point 24 des motifs de l'arrêt *Schutzverband*, précité, note 1803.

¹⁸⁰⁵ Cet opérateur économique était autrichien mais pratiquait la vente à domicile dans des circonscriptions administratives non limitrophes de son activité principale. L'affaire ne présentait donc concrètement aucun élément d'extranéité. Aussi certains commentateurs y ont vu une confirmation implicite de l'arrêt *Pistre* (précité, note 1699) : Nathalie DE GROVE-VALDEYRON, « Un nouvel infléchissement jurisprudentiel dans la notion d'entrave aux échanges – À propos de l'arrêt *Schutzverband* », (2000) 440 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 461, 462-463 ; de manière plus nuancée, Eleanor SPAVENTA, [commentaire de l'arrêt *Schutzverband*], (2000) *Common Market Law Review* 1264, spéc. 1269-1272. La Cour s'est toutefois appuyée sur des affaires antérieures à cet arrêt (les arrêts *Ligur Carni*, précité, note 1644, et *Aragonesa de Publicidad*, précité, note 1401). Pour une critique de cette motivation, voir A. RIGAUX, *loc. cit.*, note 1803, comm. 73.

¹⁸⁰⁶ Point 26 de l'arrêt, précité, note 1803.

soit applicable à tous les opérateurs agissant sur le territoire national, une réglementation nationale telle que celle en cause au principal *gêne en fait davantage l'accès au marché* de l'État importateur des produits en provenance d'autres États membres qu'elle ne gêne celui des produits nationaux (voir, en ce sens, arrêt du 10 mai 1995, *Alpine Investments*, C-384/93, Rec. p. I-1141, point 37). »¹⁸⁰⁷

Comme l'a souligné un commentateur, la Cour a ainsi élargi la notion de discrimination : l'affectation différente, au détriment des produits importés, de leur commercialisation sur le marché national n'est en fait due qu'à un accès à ce dernier marché rendu plus difficile pour les opérateurs économiques. La discrimination était donc en l'occurrence indirecte¹⁸⁰⁸.

Comme dans l'arrêt *Alpine Investments*¹⁸⁰⁹, la Cour se trouvait ainsi à admettre implicitement le critère d'accès au marché que plusieurs avocats généraux ont tiré du point 17 de l'arrêt *Keck et Mithouard*. Cette opinion est partagée par Anne Rigaux, qui, commentant l'arrêt *Schutzverband*, constate que « le critère d'accès au marché esquissé par l'attendu 17 de l'arrêt *Keck et Mithouard* semble devenir un critère déterminant pour l'appréciation des effets des réglementations nationales »¹⁸¹⁰. L'émergence de ce critère comme moyen de circonscrire la jurisprudence *Keck et Mithouard* dans des limites plus étroites, par le jeu des conditions, sera confirmée, comme nous le verrons plus loin, par la jurisprudence ultérieure de la Cour. Ironiquement s'il on peut dire, l'Avocat général La Pergola prônait dans ses conclusions dans cette affaire une interprétation très large de la jurisprudence *Keck et Mithouard*¹⁸¹¹, qui apparaît dès lors quelque peu à contre-courant. Cette poursuite de l'encadrement de la jurisprudence *Keck et Mithouard* a été par ailleurs saluée par la doctrine¹⁸¹². Nathalie de Grove-Valdeyron relevait ainsi que :

« [L]a Cour ouvre la voie par cet arrêt à une condamnation plus systématique de toute forme de restriction déguisée à la libre circulation des marchandises même dans le cas de réglementations qui ne concernent pas les caractéristiques des produits mais leurs modalités de vente. La distinction opérée par l'arrêt *Keck* entre “conditions” et “modalités de vente” [...]

¹⁸⁰⁷ *Id.*, point 29 des motifs de l'arrêt. Les italiques sont les miens.

¹⁸⁰⁸ J. STUYCK, *loc. cit.*, note 1685, 698.

¹⁸⁰⁹ Voir, *supra*, page 379.

¹⁸¹⁰ A. RIGAUX, *loc. cit.*, note 1803, comm. 73. Voir aussi, dans le même sens, J. STUYCK, *loc. cit.*, note 1599, 697-698.

¹⁸¹¹ Voir le point 9, pp. I-156-157, de ses conclusions, dans lequel il estime notamment que « pour pouvoir invoquer l'article 30 [actuel 28], il faut que la mesure nationale en cause entraîne une réduction spécifique du flux du commerce entre les États membres. »

¹⁸¹² Voir A. RIGAUX, *loc. cit.*, note 1803, comm. 73.

devient ici secondaire pour laisser la place à l'examen de l'effet restrictif de la réglementation, redonnant toute sa mesure à l'article 28 [...]. »¹⁸¹³

Dans cette affaire la Cour a en outre reconnu l'admissibilité de principe d'une nouvelle exigence impérative, soit « la nécessité d'éviter une détérioration des conditions d'approvisionnement de proximité dans des régions relativement isolées d'un État membre »¹⁸¹⁴. Si dans cette affaire cette exigence impérative n'était pas remplie (car la réglementation autrichienne a été jugée disproportionnée¹⁸¹⁵), on ne peut s'empêcher de la recouper avec certaines inquiétudes exprimées par plusieurs États membres et par les citoyens européens (tenant à l'accessibilité des services) face à la libéralisation des services publics poursuivie par la Commission dans un grand nombre de secteurs¹⁸¹⁶.

Lors de cette période, la Cour s'est aussi distinguée par sa prudence vis-à-vis des pouvoirs réglementaires des États membres.

2/ Le plus grand respect par la Cour des pouvoirs réglementaires des États membres

Alors que le Conseil des ministres (et les autres organes intergouvernementaux) étaient dominés par les gouvernements socialistes ou sociaux-démocrates qui y étaient majoritaires, la Cour a préféré faire preuve d'un plus grand respect à l'égard des législations commerciales nationales et des pouvoirs réglementaires des États membres, mettant en quelque sorte entre parenthèses la déréglementation, par la voie communautaire, dans le domaine de la réglementation commerciale, au profit du marché unique¹⁸¹⁷. Cette parenthèse prend la forme de trois orientations ou attitudes jurisprudentielles. La première est la reprise de la jurisprudence *Krantz* (nommée parfois « troisième voie » après l'arrêt *Keck et*

¹⁸¹³ N. DE GROVE-VALDEYRON, *loc. cit.*, note 1805, 465.

¹⁸¹⁴ Point 34 des motifs de l'arrêt, *précité*, note 1803.

¹⁸¹⁵ La même conclusion vaut à l'égard de la protection de la santé publique de l'article 30 du traité CE. On notera que la Cour invoque sur le même plan la théorie des exigences impératives et les motifs d'exception prévus à l'article 30 du traité CE, ce que critique avec raison Anne Rigaux (*loc. cit.*, note 1803, comm. 73).

¹⁸¹⁶ Voir notamment, *supra*, pages 97-98 et 165.

¹⁸¹⁷ Pour rappel (voir *supra*, page 295), la condamnation des réglementations commerciales nationales en vertu de l'interdiction des mesures d'effet équivalent prévue à l'article 28 du traité CE conduit à une déréglementation au niveau national, obtenue au niveau européen par l'application du droit communautaire. Sur l'action du droit communautaire en tant qu'agent de déréglementation étatique, voir Louis DUBOIS, « La déréglementation et le droit communautaire », (1986) *Revue française de droit administratif* 483, 485-489. Pour une étude sur la déréglementation/réglementation des législations nationales protectrices des intérêts des consommateurs dans la jurisprudence récente de la Cour, voir Stephen WEATHERILL, « Recent Case Law Concerning the Free Movement of Goods : Mapping the Frontiers of Market Deregulation », (1999) 36 *Common Market Law Review* 51.

Mithouard), qui, comme on s'en souviendra et ainsi que l'a fait la jurisprudence *Keck et Mithouard*, délimite plus restrictivement la portée de l'article 28 du traité CE et marque une attitude de réserve judiciaire de la part de la Cour de justice. La deuxième apparaît à travers la plus grande acceptation par la Cour de la justification des mesures nationales tombant en principe sous le couperet de l'article 28 du traité CE. La troisième et dernière constitue une remise en cause de la jurisprudence *Pistre*.

La Cour a réappliqué la théorie de l'effet aléatoire et indirect à deux occasions. Dans l'arrêt du 22 juin 1999, *ED Srl et Italo Fenocchio*¹⁸¹⁸, elle a procédé à une extension très contestée – et contestable sur le plan de la logique juridique¹⁸¹⁹ – de la théorie de l'effet aléatoire et indirect à une mesure d'effet équivalent à l'exportation. Trois mois plus tard, elle appliquait, de manière conforme cette fois¹⁸²⁰, cette théorie dans l'arrêt du 21 septembre 1999, *BASF*¹⁸²¹. Cette affaire posait la question de la licéité, au regard de l'article 28 du traité CE, d'une exigence linguistique pour les brevets. La réglementation allemande exigeait en effet, conformément à la faculté donnée par l'article 65 de la Convention de Munich sur la délivrance de brevets européens, de traduire le brevet pour qu'il ait effet dans l'État concerné. L'opérateur économique BASF ainsi que le juge *a quo* estimaient que cette exigence de traduction constituait une mesure d'effet équivalent « en raison du montant élevé des coûts qu'elle entraîne, lesquels représentent, dans un certain sens, une sorte de “droit d'entrée” pour pouvoir accéder aux marchés nationaux des États membres »¹⁸²². Si la solution adoptée par la Cour dans cette affaire n'étonne guère – elle faisait l'objet d'une quasi-unanimité auprès de l'auditoire direct¹⁸²³ – la façon dont elle a répliqué aux arguments avancés par BASF mérite d'être relevée. La Cour a pris la peine de réfuter avec soin, un à un les arguments soulevés par l'opérateur économique, en faisant preuve d'une certaine sévérité à son endroit¹⁸²⁴.

¹⁸¹⁸ Aff. C-412/97, *Rec.* 1999, p. I-3845.

¹⁸¹⁹ Je ne rentrerai pas dans le détail, plus technique, des incohérences théoriques reprochées à cet arrêt. Le lecteur se référera utilement à la critique de cet arrêt par Frédérique BERROD, [commentaire de l'arrêt *ED Srl et Italo Fenocchio*], (août-septembre 1999) *Europe comm.* 293.

¹⁸²⁰ Anne RIGAUX, [commentaire de l'arrêt *BASF*], (novembre 2000) *Europe comm.* 370.

¹⁸²¹ Aff. C-44/98, *Rec.* 1999, p. I-6269.

¹⁸²² Point 10, p. I-6277, des conclusions de l'Avocat général Antonio LA PERGOLA, présentées le 22 avril 1999, dans cette affaire, *Rec.* 1999, p. I-6271.

¹⁸²³ Tous les gouvernements intervenants (allemand, belge, danois, hellénique, espagnol, français, irlandais, italien, néerlandais, autrichien, portugais, finlandais, suédois et britannique, qui s'étaient tous prévalus de la faculté donnée par l'article 65 de la Convention de Munich), ainsi que la Commission et l'Avocat général, considéraient la législation en cause non contraire à l'article 28 du traité CE.

¹⁸²⁴ Sans reprendre à son compte l'argument des gouvernements danois et finlandais, selon lequel il serait « inique et inefficace d'imposer aux tiers, qui sont déjà en état de soumission par rapport au monopole de jouissance du produit dont jouit l'inventeur, de se charger eux-mêmes *individuellement* de la

S'agissant de la deuxième attitude judiciaire, un arrêt de cette époque illustre parfaitement bien une tendance qui se dessine et se poursuivra même conjointement avec le retour en force du libre-échange dans la jurisprudence de la Cour, soit une plus grande compréhension de la Cour à l'égard des justifications invoquées par les États membres tenant particulièrement à la protection de la santé publique. L'arrêt du 11 juillet 2000, *Toolex Alpha*¹⁸²⁵, portait sur une réglementation suédoise particulièrement protectrice pour la santé humaine et l'environnement. La Suède interdisait l'utilisation du trichloroéthylène, un produit cancérigène, sauf dérogations individuelles et conditionnées notamment à la preuve de l'absence de produit de substitution moins dangereux et d'une obligation pour le requérant de rechercher à l'avenir une solution de rechange moins nocive pour la santé publique et l'environnement. La réglementation suédoise constituait une mesure d'effet équivalent (ce que personne ne contestait), mais la Cour a admis sa justification en vertu du motif de la protection de la santé humaine tiré de l'article 30 du traité CE. Contrairement à la Commission, elle a jugé, comme le lui proposait l'Avocat général Mischo¹⁸²⁶, que cette réglementation était proportionnée dans la mesure où elle permettait d'améliorer la protection des travailleurs¹⁸²⁷ tout en tenant compte des exigences de continuité des entreprises et ce, alors que l'état de la recherche ne permettait pas de connaître le seuil à partir duquel le trichloroéthylène serait nocif¹⁸²⁸. Bien que les risques pour la santé humaine et l'environnement étaient bien connus pour le produit en cause et que la Cour n'ait donc pas appliqué en l'espèce le principe de précaution, les considérations qui sous-tendent cette décision n'en sont toutefois pas très éloignées¹⁸²⁹. C'est particulièrement cette attitude conciliante envers les questions de santé publique, et particulièrement de sécurité alimentaire, que la Cour maintiendra dans les années ultérieures, afin de répondre aux préoccupations des

traduction du fascicule du brevet pour s'assurer de ne pas violer le droit en question par leur propre activité » (point 13 des conclusions de l'Avocat général A. M. LA PERGOLA, *précitées*, note 1822), celui-ci a pu peser sur le jugement de la Cour.

¹⁸²⁵ Aff. C-473/98, *Rec.* 2000, p. I-5681.

¹⁸²⁶ Voir les conclusions de l'Avocat général Jean MISCHO, présentées le 21 mars 2000 dans cette affaire, *Rec.* 2000, p. I-5683.

¹⁸²⁷ La Cour accueillait ainsi l'argument du gouvernement suédois, soutenu par l'Avocat général Mischo (*id.*, points 81 et 82 de ses conclusions), selon lequel la Suède appliquait ainsi le principe de « substitution » issu de deux directives communautaires relatives à l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail (la directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989 (JO L 183 du 29.6.1989) et la directive 90/394/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents cancérigènes au travail (JO L 196 du 27.7.1990)).

¹⁸²⁸ Points 45 à 48 des motifs de l'arrêt, *précité*, note 1825.

¹⁸²⁹ Nicolas DE SADELEER, « Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire : du slogan à la règle », (2001) *Cahiers de droit européen* 91, 124 paraît d'ailleurs interpréter cette décision comme une application par la Cour de ce principe.

citoyens européens. Il est en outre intéressant de constater la prise en compte par la Cour de la protection des travailleurs à un moment où les considérations sociales réapparaissent dans le paysage politique européen, avec notamment la volonté de mettre en œuvre un Agenda social exprimé par le gouvernement français dès le début de sa présidence de l'Union européenne ¹⁸³⁰.

Par ailleurs, alors que le principe de précaution faisait son apparition dans le discours communautaire ¹⁸³¹, suite à la première vague d'épidémies d'encéphalopathie spongiforme bovine, il n'est pas superflu de souligner deux positions de la Cour, bien qu'elles aient été adoptées en dehors du cadre de l'article 28 du traité CE, qui allaient dans le même sens. D'une part, la Cour a confirmé la validité des mesures d'urgence prises par la Commission contre l'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB) dans sa décision 96/239 (interdiction temporaire d'exportation de toute viande bovine originaire du Royaume-Uni vers les autres États membres et les pays tiers), en donnant une « définition fonctionnelle » ¹⁸³² du principe de précaution ¹⁸³³. D'autre part, dans le domaine des mesures d'effet équivalent à l'exportation, la Cour s'est départie de « la rigueur extrême » ¹⁸³⁴ qui avait été la sienne dans l'affaire du foie gras pour réviser sa jurisprudence à l'égard de la protection des appellations d'origine ¹⁸³⁵. Et elle a adopté dans ce domaine les notions d'authenticité et de traçabilité du produit, de loyauté des transactions commerciales et le principe de précaution ¹⁸³⁶.

En ce qui concerne la dernière orientation jurisprudentielle de cette période, la Cour s'est partiellement retranchée dans une position moins interventionniste en limitant la portée de la solution *Pistre* ¹⁸³⁷ dans l'arrêt du 5 décembre 2000, *Guimont* ¹⁸³⁸. Le litige au principal

¹⁸³⁰ Voir *supra*, pages 172 et suivantes.

¹⁸³¹ Voir *supra*, pages 160-161.

¹⁸³² Flavien MARIATTE, [commentaire des arrêts *Pfizer Animal Health* et *Alpharma*], (novembre 2002) *Europe comm.* 362.

¹⁸³³ La Cour a en effet jugé, dans les arrêts du 5 mai 1998, *National Farmers' Union*, aff. C-157/96, *Rec.* 1998, p. I-2211, au point 63, p. I-2259, et *Royaume-Uni/Commission*, aff. C-180/96, *Rec.* 1998, p. I-2265, au point 99, p. I-2298, « [qu'] il doit être admis que, lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées. »

¹⁸³⁴ Anne RIGAUX et Denys SIMON, [commentaire de l'arrêt *Belgique/Espagne*, aff. C-388/95] (juillet 2000) *Europe comm.* 208.

¹⁸³⁵ Voir l'arrêt du 16 mai 2000, *Belgique/Espagne*, aff. C-388/95, *Rec.* 2001, p. I-3123 (affaire du Rioja) rendu par la Cour plénière. Pour plus d'informations sur cet arrêt voir A. RIGAUX et D. SIMON, *loc. cit.*, note 1834, comm. 208.

¹⁸³⁶ Aude BOUVERESSE, (juillet 2003) *Europe comm.* 238 commentant les arrêts du 20 mai 2003, *Consorzio del Prosciutto di Parma et Salumificio S. Rita*, aff. C-108/01, *Rec.* 2003, p. I-5121 et *Ravil*, aff. C-469/00, *Rec.* 2003, p. I-5053 (rendus par la Cour en formation de grande chambre).

¹⁸³⁷ Voir l'arrêt *Pistre*, *précité*, note 1699, ainsi que *supra*, pages 383-386.

concernait un producteur français d'emmenthal, poursuivi pour le non-respect de la législation française réservant la dénomination « emmenthal » au fromage de ce type avec croûte (alors que M. Guimont vendait de l'emmenthal sans croûte), et qui invoquait en défense l'incompatibilité de la réglementation française avec l'article 28 du traité CE. Le tribunal de police de Belley avait alors posé une question préjudicielle à la Cour. Alors que dans ses observations la Commission avait retenu le dernier état jurisprudentiel en matière de situation purement interne, la Cour a préféré revenir, pour les législations indistinctement applicables, à une conception plus classique de la portée du champ d'application de l'article 28 du traité CE¹⁸³⁹. La Cour a en effet décidé que « l'arrêt Pistre [...] concernait une situation où la règle nationale en cause n'était pas indistinctement applicable mais créait une discrimination directe à l'encontre des marchandises importées d'autres États membres »¹⁸⁴⁰ et que, s'agissant d'une réglementation indistinctement applicable comme celle en cause, « une telle règle ne relève de l'article 30 [actuel article 28] du traité que dans la mesure où elle trouve à s'appliquer à des situations ayant un lien de rattachement avec l'importation de marchandises dans le commerce intracommunautaire »¹⁸⁴¹. La Cour a ainsi opté pour un net retrait par rapport à l'arrêt *Pistre*¹⁸⁴². Par contre, elle a encouragé, via un raisonnement assez tortueux¹⁸⁴³, le juge *a quo* à sanctionner, « sur le fondement d'un éventuel principe interne d'égalité de traitement, les situations nationales qui seraient constitutives de discriminations à rebours »¹⁸⁴⁴. Cela mènerait dès lors, d'un point de vue pratique, au même résultat que celui obtenu avec la solution *Pistre*. Comme le relève Anne Rigaux, ces deux voies « concourent de manière particulièrement efficace au même but, celui de la réduction drastique des disparités résultant de l'application, dans le cadre du marché intérieur, de réglementations nationales divergentes. »¹⁸⁴⁵ En revanche, la responsabilité de sanctionner la législation nationale indistinctement applicable ne repose plus sur les épaules de la Cour mais sur celles du juge national, soit une situation plus confortable pour la Cour à cette époque. On notera

¹⁸³⁸ Aff. C-448/98, *Rec.* 2000, p. I-10663.

¹⁸³⁹ Voir dans le même sens Anne RIGAUX, [commentaire de l'arrêt *Guimont*], (février 2001) *Europe comm.* 58.

¹⁸⁴⁰ Point 20 des motifs de l'arrêt, *précité*, note 1838.

¹⁸⁴¹ Point 21 des motifs de l'arrêt, *précité*, note 1838.

¹⁸⁴² R.-E. PAPADOPOULOU, *loc. cit.*, note 1700, 112.

¹⁸⁴³ Pour plus de précisions sur ce point voir l'excellente analyse de cet arrêt par A. RIGAUX, *loc. cit.*, note 1839, comm. 58. Voir aussi R.-E. PAPADOPOULOU, *loc. cit.*, note 1700, 112, qui a qualifié cet arrêt de sibyllin.

¹⁸⁴⁴ A. RIGAUX, *loc. cit.*, note 1839, comm. 58. Voir aussi les points 23 et 24 des motifs de l'arrêt, *précité*, note 1838, ainsi que l'interprétation qu'en fait R.-E. PAPADOPOULOU, *loc. cit.*, note 1700, 121. Pour rappel, les discriminations à rebours ne sont pas condamnables en vertu du droit communautaire. Pour plus de détails sur cette notion, voir R.-E. PAPADOPOULOU, *loc. cit.*, note 1700, 113-121.

¹⁸⁴⁵ A. RIGAUX, *loc. cit.*, note 1839, comm. 58.

que si les opérateurs économiques (et surtout ceux nationaux) paraissent, à première vue, désavantagés par la réduction de la solution *Pistre*¹⁸⁴⁶, ils se retrouvent finalement largement gagnants à l'issue de cet arrêt avec la possibilité d'obtenir à l'avenir la condamnation par le juge national des discriminations à rebours. Finalement, contrairement à la position de l'Avocat général dans cet affaire, l'Avocat général Saggio¹⁸⁴⁷, particulièrement respectueuse des compétences réglementaires des États membres, l'attitude de la Cour est à cet égard beaucoup plus ambiguë. Cet arrêt apparaît ainsi « à cheval » entre deux périodes, une qui s'achève dans laquelle la Cour était un peu plus en retrait, tout en poursuivant son encadrement de sa jurisprudence *Keck et Mithouard* (répondant ainsi aux souhaits de la doctrine et d'un nombre grandissant d'avocats généraux), et l'autre qui s'annonce, avec la réapparition d'une jurisprudence libre-échangiste à partir de 2001. Une constance demeure toutefois dans la jurisprudence de la Cour : sa prise en considération plus grande des préoccupations des citoyens européens à travers la reconnaissance de nouvelles exigences impératives ou une plus large admission du motif, tiré de l'article 30 du traité CE, de la protection de la santé publique.

On notera également que les positions des avocats généraux apparaissent plus tranchées durant cette période, avec, d'un côté, des avocats généraux qui défendent les pouvoirs réglementaires des États membres et, de l'autre, des avocats généraux favorables à une large circulation des produits à l'intérieur de l'Europe¹⁸⁴⁸. Entre les deux, la Cour paraît avoir opté pour une position intermédiaire. On relèvera pour finir le besoin qu'un ancien juge a ressenti à cette époque de présenter une Union européenne qui ne poursuivait pas seulement l'objectif d'une économie de marché¹⁸⁴⁹.

¹⁸⁴⁶ Voir R.-E. PAPAPOULOU, *loc. cit.*, note 1700, 111.

¹⁸⁴⁷ D'une part, il s'agissait pour l'Avocat général Antonio SAGGIO d'un litige de nature purement interne auquel ne s'appliquaient pas les dispositions du droit communautaire (voir les points 7 et 8, pp. 10668-10670, de ses conclusions, présentées le 9 mars 2000, dans cette affaire, *Rec.* 2000, p. I-10665). D'autre part, l'Avocat général fait preuve d'une bienveillance étonnante vis-à-vis des règles nationales de fabrication, lesquelles, selon lui « n'ont en règle générale pas pour but de protéger la production locale, mais plutôt de garantir que la qualité du produit demeure constante, but qui, [...], coïncide avec les finalités générales dont s'inspire le droit communautaire en matière de fabrication et de commercialisation des produits agricoles » (point 7 de ses conclusions).

¹⁸⁴⁸ Les premiers sont les Avocats généraux Antonio Mario La Pergola et Antonio Saggio ; parmi les seconds, je citerais l'Avocat général Georges Cosmas.

¹⁸⁴⁹ Voir l'article écrit par l'ancien juge (de 1967 à 1984) et président de la Cour (de 1980 à 1984) J. Mertens DE WILMARS et Harold NYSENS (référénaire auprès du Tribunal de première instance), « Intégration européenne et correction des mécanismes du marché. Un modèle économique et social européen », dans *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Frison-Roche, 1999, p. 557. Ces deux auteurs reconnaissent toutefois, à la page 579, « [...] la tendance générale du processus d'intégration économique, à mettre plus fortement

C. Une jurisprudence favorable au libre-échange et attentive aux citoyens européens à partir de 2001

Les changements politiques au niveau national ¹⁸⁵⁰, qui feront passer l'Europe de la couleur rose à la couleur bleue, autoriseront la Cour à renouer avec son penchant naturel en faveur du marché intérieur. À partir de 2001, la Cour a semblé suivre le nouveau mot d'ordre des autorités européennes, soit un marché intérieur au service des citoyens et des entreprises ¹⁸⁵¹. Pour cela, elle s'est d'abord réapproprié son contrôle sur les réglementations nationales restrictives des échanges intracommunautaires, y compris celles portant sur des modalités de vente. Elle a ensuite pris en compte les besoins des citoyens en ce qui concerne notamment la santé publique (et particulièrement la sûreté alimentaire) et la protection de l'environnement. Enfin, on décèle dans la jurisprudence de la Cour à partir de 2004 un certain activisme au profit de l'intégration européenne.

1/ L'encadrement « assumé » de la jurisprudence *Keck et Mithouard* et la réappropriation de son contrôle par la Cour

À partir de 2001, la Cour s'est clairement orientée vers une approche restrictive s'agissant de sa jurisprudence *Keck et Mithouard*. Elle a, d'une part, érigé le critère de l'accès au marché en critère déterminant. Elle a, d'autre part, été tentée, sans vraiment s'y résoudre, d'abandonner sa célèbre distinction entre mesures relatives aux caractéristiques des produits et mesures portant sur les modalités de vente.

a) le critère de l'accès au marché comme élément déterminant

L'arrêt du 8 mars 2001, *Gourmet* ¹⁸⁵², constitue un tournant dans la jurisprudence de la Cour relative aux mesures d'effet équivalent en marquant une claire réappropriation par cette dernière de son contrôle sur les législations commerciales nationales. Dans cet arrêt, la Cour confère au critère de l'accès au marché national, tiré du point 17 de l'arrêt *Keck et Mithouard*, un rôle crucial, et elle omet les « hypothèses Keck », confirmant par là les impressions qui se dégagent de l'arrêt *Schutzverband* ¹⁸⁵³. Cette affaire portait sur

l'accent sur l'intégration des facteurs de production des richesses, que sur les facteurs favorisant la distribution équitable des effets de la richesse acquise ».

¹⁸⁵⁰ Voir, *supra*, page 185.

¹⁸⁵¹ Voir notamment la stratégie de la Commission pour le marché intérieur, *supra*, note 837.

¹⁸⁵² Aff. C-405/98, *Rec.* 2001, p. I-1795. Mon analyse de cet arrêt s'appuie largement sur les pertinents commentaires d'Anne Rigaux à propos de cette décision : A. RIGAUX., *loc. cit.*, note 1678, 7-9.

¹⁸⁵³ Voir *supra*, pages 404-406.

l'interdiction des annonces publicitaires pour les boissons alcooliques adoptée par la Suède pour réduire la consommation d'alcool. De manière surprenante et quelque peu déconcertante, sans même qualifier la mesure en cause au regard des catégories de l'arrêt *Keck et Mithouard* (mesure relative aux produits eux-mêmes ou mesure portant sur les modalités de vente) et sans même reprendre préalablement les conditions qu'elle avait énoncées dans cet arrêt au point 16 des motifs ¹⁸⁵⁴, la Cour aborde directement la question de la conformité de l'interdiction suédoise aux règles de la libre circulation des marchandises sous l'angle du point 17 de cet arrêt de principe ¹⁸⁵⁵.

Après avoir rappelé l'arrêt *De Agostini* (qui portait sur une interdiction de la publicité télévisuelle s'adressant aux enfants de moins de douze ans), la Cour relève, reprenant en cela un argument présenté par l'Avocat général Jacobs dans ses conclusions (critiques) dans l'arrêt *Leclerc-Siplec* ¹⁸⁵⁶, que :

« [...] s'agissant de produits, comme les boissons alcooliques, dont la consommation est liée à des pratiques sociales traditionnelles ainsi qu'à des habitudes et des usages locaux, une interdiction de toute publicité à destination des consommateurs par voie d'annonces dans la presse, à la radio et à la télévision, par envoi direct de matériel non sollicité ou par affichage sur la voie publique est de nature à gêner davantage l'accès au marché des produits originaires d'autres États membres que celui des produits nationaux, avec lesquels le consommateur est spontanément mieux familiarisé. » ¹⁸⁵⁷

La Cour en conclut, comme le lui demandaient l'opérateur économique en cause, la Commission et l'Avocat général :

¹⁸⁵⁴ L'Avocat général Francis Geoffrey JACOBS avait pourtant effectué ces différentes étapes (sans avoir toutefois vérifié la première condition prévue au point 16 de l'arrêt *Keck et Mithouard*) : voir les points 28 à 38, pp. I-1803-1805, de ses conclusions, présentées le 14 décembre 2000, dans cet arrêt, *Rec.* 2000, p. I-1797.

¹⁸⁵⁵ Au point 18 des motifs de cet arrêt, *précité*, note 1852, p. I-1823, la Cour estime en effet :

« [qu']il convient de rappeler que, aux termes du point 17 de l'arrêt *Keck et Mithouard*, *précité*, pour que des dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente échappent au domaine d'application de l'article 30 [actuel 28] du traité, elles ne doivent pas être de nature à empêcher l'accès au marché des produits en provenance d'un autre État membre ou à le gêner davantage qu'elles ne gênent celui des produits nationaux. »

¹⁸⁵⁶ Comme l'a judicieusement relevé A. RIGAUX., *loc. cit.*, note 1549, 8. Dans ses conclusions dans l'arrêt *Leclerc-Siplec*, *précitées*, note 1124, au point 20, p. 187, l'Avocat général F. JACOBS estimait en effet qu'interdire la publicité « tend à cristalliser les habitudes de consommation existantes [...]. En conséquence les mesures qui interdisent ou restreignent sévèrement la publicité tendent inévitablement à protéger les fabricants nationaux et à défavoriser ceux installés dans d'autres États membres. » Il reprend cet argument dans ses conclusions, dans l'affaire *Gourmet*, *précitées*, note 1854, au point 36, p. I-1805.

¹⁸⁵⁷ Point 21 des motifs de l'arrêt *Gourmet*, *précité*, note 1852.

« Une interdiction de la publicité telle que celle en cause au principal doit donc être considérée comme *affectant plus lourdement* la commercialisation des produits originaires d'autres États membres que celle des produits nationaux et comme constituant, par conséquent, une entrave au commerce entre les États membres entrant dans le champ d'application de l'article 30 [actuel 28] du traité. »¹⁸⁵⁸

Toutefois, s'agissant de la justification de cette interdiction de publicité en vertu de l'article 30 du traité CE et du motif de la protection de la santé publique que cette disposition prévoit, la Cour a préféré laisser au juge national le soin de se prononcer sur la proportionnalité de la législation suédoise au but poursuivi¹⁸⁵⁹. Il est difficile de ne pas voir dans cette « subsidiarité juridictionnelle » – ce qu'Anne Rigaux a appelé la « *systématique de la défausse* »¹⁸⁶⁰ – une échappatoire pour la Cour pour ne pas avoir à condamner elle-même¹⁸⁶¹ (et à en porter la responsabilité) une législation nationale qui, comme dans les arrêts *Familiapress*¹⁸⁶² ou *De Agostini*¹⁸⁶³ exprime un choix de société de la part du législateur national.

Ainsi, tout en évitant de « se mettre à dos » l'auditoire des citoyens européens, la Cour semble, avec une certaine désinvolture, balayer du revers de la main les subtilités de l'arrêt *Keck et Mithouard* et l'équilibre fragile en fait de compromis sur lequel il reposait¹⁸⁶⁴. Le critère de l'accès au marché lui permet de recouvrer une large part du contrôle qu'elle avait perdu – ou, plus exactement, qu'elle s'était retiré – avec l'arrêt *Keck et Mithouard* vis-à-vis des réglementations portant sur les modalités de vente. Ce critère reste toutefois encore lié à celui de l'affectation, discriminatoire, de la commercialisation des produits importés. Il ne se confond dès lors pas avec le critère de l'entrave qui caractérise la jurisprudence classique *Dassonville - Cassis de Dijon*. Il ne s'agit donc pas d'une remise en question de la jurisprudence *Keck et Mithouard*, que certains commentateurs ont cru déceler¹⁸⁶⁵, mais d'un

¹⁸⁵⁸ *Id.*, point 25 des motifs. Les italiques ont été ajoutés.

¹⁸⁵⁹ Voir le point 33 des motifs de l'arrêt *Gourmet*, précité, note 1852.

¹⁸⁶⁰ A. RIGAUX, *loc. cit.*, note 1549, 10.

¹⁸⁶¹ De l'avis de l'Avocat général Jacobs, la législation suédoise était disproportionnée à l'objectif visé, cet objectif pouvant être atteint à l'aide de mesures comportant moins d'entraves aux échanges intracommunautaires : voir les points 48 à 62, p. I-1807-1811 de ses conclusions, précitées, note 1854.

¹⁸⁶² Voir *supra*, les pages 395-396.

¹⁸⁶³ Voir *supra*, la page 398.

¹⁸⁶⁴ Voir *supra*, notamment les pages 363-365.

¹⁸⁶⁵ Voir notamment G. STRAETMANS, *loc. cit.*, note 1119, 1414-1416, pour qui cet arrêt affecte la dichotomie (entre mesures relatives aux produits et mesures relatives aux modalités de vente) de l'arrêt *Keck et Mithouard* et, en fin de compte, la règle elle-même de cet arrêt. Selon cet auteur (p. 1415), « *[a]ccess to the market would become the new yardstick, which ultimately could replace the Keck dichotomy for the assessment of restrictions to free movement* » (les italiques font partie de la citation),

sérieux endiguement du déploiement de cette jurisprudence, à l'égard des législations nationales interdisant certaines formes de publicité¹⁸⁶⁶. Ce resserrement a été particulièrement apprécié par la doctrine¹⁸⁶⁷.

L'objectif de cet arrêt était également d'assurer au consommateur européen, en permettant la publicité des produits en provenance d'autres États membres, un large choix dans un marché européen intégré¹⁸⁶⁸. Ce regain d'intérêt de la part de la Cour, pour le consommateur européen (particulièrement pris en compte dans les arrêts *GB-INNO-BM* et *Yves Rocher* au début des années quatre-vingt-dix) et pour le libre-échange, s'est maintenu par la suite, soutenu par les institutions européennes – Commission en tête – et une majorité de gouvernements nationaux d'orientation néolibérale.

Dans l'arrêt du 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband*¹⁸⁶⁹, la Cour, siégeant en grande chambre, a ainsi réaffirmé l'importance de l'accès au marché comme élément déterminant en faveur, cette fois-ci, d'un moyen de commercialisation aux potentialités immenses ayant l'avantage de rejoindre directement le consommateur, à savoir Internet. Une pharmacie établie aux Pays-Bas, pratiquant légalement dans cet État membre la vente de médicaments par Internet et qui avait étendu ses activités en Allemagne, était poursuivie dans le litige au principal pour avoir enfreint la législation allemande qui interdit la vente par correspondance – et en l'occurrence par Internet – de médicaments, ainsi que la publicité pour cette dernière. La commercialisation des médicaments en Allemagne est réservée exclusivement aux pharmaciens en vertu de leur monopole de vente. Retenant le

laquelle dichotomie tendrait à disparaître (voir, dans le même sens, A. RIGAUX., *loc. cit.*, note 1549, 9).

¹⁸⁶⁶ Cette interprétation de l'arrêt *Gourmet* a été corroborée par la suite par la Cour dans l'arrêt du 25 mars 2004, *Karner*, aff. C-71/02, *Rec.* 2004, p. I-3025, à son point 42, p. I-3068. En effet, elle y indique que les dispositions nationales en cause dans les arrêts *De Agostini*, *précité*, note 1772, et *Gourmet*, *précité*, note 1852, ne remplissaient pas la seconde condition énoncée au point 16 de l'arrêt *Keck et Mithouard* parce qu'elles prévoyaient une interdiction totale d'une forme de promotion, dans un État membre, d'un produit qui y était licitement vendu.

¹⁸⁶⁷ Voir, par exemple, A. RIGAUX., *loc. cit.*, note 1549, 7-9 ; G. STRAETMANS, *loc. cit.*, note 1119, spéc. 1418 ; ou encore Alina KACZOROWSKA, « Gourmet Can Have His Keck and Eat it ! », (2004) 10 n° 4 *European Law Journal : Review of European Law in Context* 479. Pour J. STUYCK, *loc. cit.*, note 1599, 700-702, cet arrêt pose désormais pour principe qu'une interdiction de la publicité est un obstacle à la libre circulation des marchandises.

¹⁸⁶⁸ G. STRAETMANS, *loc. cit.*, note 1119, 1616.

¹⁸⁶⁹ Aff. C-322/01, *Rec.* 2003, p. I-14887. Pour un bref commentaire de cet arrêt, voir Martin PIETRI, [commentaire de l'arrêt *Deutscher Apothekerverband*], (février 2004) *Europe comm.* 37. Voir aussi la décision elle-même dans laquelle la Cour présente de manière très détaillée les arguments des parties au principal et des cinq États intervenants (soit l'Allemagne, la Grèce, la France, l'Autriche et l'Irlande).

raisonnement proposé par son avocat général ¹⁸⁷⁰, la Cour a répondu à la question préjudicielle posée par la juridiction allemande ainsi :

« [...] une interdiction telle que celle en cause au principal gêne davantage les pharmacies situées en dehors de l'Allemagne que celles situées sur le territoire allemand. Si pour ces dernières il est peu contestable que cette interdiction les prive d'un moyen supplémentaire ou alternatif d'atteindre le marché allemand des consommateurs finals de médicaments, il n'en demeure pas moins qu'elles conservent la possibilité de vendre les médicaments dans leurs officines. En revanche, Internet serait un moyen plus important pour les pharmacies qui ne sont pas établies sur le territoire allemand d'atteindre directement ledit marché. Une interdiction qui frappe davantage les pharmacies établies en dehors du territoire allemand pourrait être de nature à gêner davantage l'accès au marché des produits en provenance d'autres États membres que celui des produits nationaux.

En conséquence, ladite interdiction n'affecte pas de la même manière la vente des médicaments nationaux et celle des médicaments en provenance d'autres États membres. » ¹⁸⁷¹

Sur la justification de la législation allemande, qualifiée dès lors de mesure d'effet équivalent par la Cour, celle-ci a considéré qu'elle était proportionnée au but recherché (à savoir la protection de la santé et la vie des personnes) seulement en ce qui concerne les médicaments prescrits par ordonnance ¹⁸⁷². Il s'agit d'une décision sévère dans ce domaine particulièrement sensible ¹⁸⁷³, alors qu'un nombre important d'États membres étaient intervenus à l'instance pour défendre la législation allemande et que la Commission elle-même jugeait que cette législation ne constituait pas une entrave à la libre circulation des marchandises.

¹⁸⁷⁰ Voir le point 75, pp. I-14914-14915, des conclusions de l'Avocat général Christine STIX-HACKL, présentées le 11 mars 2003, dans cette affaire, *Rec.* 2003, p. I-14890. La Cour semble également avoir admis, implicitement, l'argumentation de l'Avocat général, pour qui « les deux conditions – traditionnelles – de la formule Keck ne sont que l'expression de la condition générale, selon laquelle il importe que la mesure, s'agissant des produits en provenance d'un autre État membre, “ne soit pas de nature à empêcher leur accès au marché ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux”. En l'occurrence, il ne s'agit donc ni de la conséquence ni de la troisième condition, mais en quelque sorte du *critère général suprême*. » (point 74, p. I-14914, des conclusions ; notes de bas de page omises et italiques ajoutés).

¹⁸⁷¹ Points 74 et 75 des motifs de l'arrêt, p. I-14987, *précité*, note 1869.

¹⁸⁷² Pour plus de détails sur ce point, voir les attendus 103 à 124 de l'arrêt, *précité*, note 1869.

¹⁸⁷³ Il est intéressant de souligner à cet égard que les gouvernements allemand et autrichien faisaient justement valoir que le champ d'application de l'article 28 du traité CE « devrait être *délimité de manière à permettre aux États membres de conserver une marge de manoeuvre appropriée* en vue d'organiser des aspects généraux de la vente de médicaments relevant de *l'intérêt public*. » (point 60 des motifs de l'arrêt, p. I-14982, *précité*, note 1869. Les italiques ont été ajoutés).

Puis dans l'arrêt du 15 juillet 2004, *Douwe Egberts*¹⁸⁷⁴, la Cour, relativement aux mesures de publicité en cause dans cette affaire¹⁸⁷⁵, a suivi le même « canevas » que celui adopté dans l'arrêt *Gourmet* : elle s'est appuyée directement sur le critère de l'accès au marché (en citant le point 17 de l'arrêt *Keck et Mithouard*), sans qualifier au préalable la mesure de règle relative aux modalités de vente, ni vérifier les conditions habituelles (du point 16 de l'arrêt *Keck et Mithouard*)¹⁸⁷⁶. Elle a aussi repris la motivation employée dans l'arrêt *Gourmet* tenant aux habitudes des consommateurs¹⁸⁷⁷. En outre, la référence classique à la formule de l'arrêt *Oosthoek*¹⁸⁷⁸ – selon laquelle il ne saurait être exclu que le fait, pour un opérateur concerné, d'être contraint d'abandonner un système publicitaire qu'il juge particulièrement efficace puisse constituer un obstacle aux importations¹⁸⁷⁹ – caractéristique de la période antérieure à l'arrêt *Keck et Mithouard*¹⁸⁸⁰, laissait à penser que l'âge d'or de la jurisprudence *Keck et Mithouard* était bel et bien terminé. Et le rappel préliminaire, selon lequel « [l]a libre circulation des marchandises entre les États membres est un principe fondamental du traité CE qui trouve son expression dans l'interdiction, énoncée à l'article 28 CE, des restrictions quantitatives à l'importation entre les États membres ainsi que de toutes mesures d'effet équivalent »¹⁸⁸¹, annonçait le retour des beaux jours du libre-échange. De

¹⁸⁷⁴ Aff. C-239/02, *Rec.* 2004, p. I-7007.

¹⁸⁷⁵ Était en cause une législation belge qui interdisait, à la fois dans la publicité et dans l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires, les références notamment à l'amaigrissement et à des recommandations ou avis médicaux, afin d'éviter d'induire en erreur les consommateurs. S'agissant de l'étiquetage et de la présentation des produits, la législation a été jugée contraire à la directive 2000/13/CE du Parlement et du Conseil, du 20 mars 2000, relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires (JO L 109 du 06.05.2000). En ce qui concerne la publicité, la Cour a appliqué sa jurisprudence *Keck et Mithouard*.

¹⁸⁷⁶ L'Avocat général Leendert A. GEELHOED avait, lui, soigneusement suivi la démarche adoptée par la Cour dans son arrêt *Keck et Mithouard* en l'explicitant en outre à la lumière de sa jurisprudence : voir les points 66 à 74, pp. I-7029-7033 de ses conclusions, présentées le 11 décembre 2003, dans cette affaire, *Rec.* 2004, p. I-7007.

¹⁸⁷⁷ La Cour en a conclu, suivant en cela son avocat général, au point 53, p. I-7059 de l'arrêt, *précité*, note 1874, qu'« une interdiction absolue de la publicité sur les caractéristiques d'un produit est de nature à gêner davantage l'accès au marché de nouveaux produits originaires d'autres États membres que celui des produits nationaux, avec lesquels le consommateur est mieux familiarisé » et qu'elle constitue dès lors une entrave aux échanges intracommunautaires entrant dans le champ d'application de l'article 28 du traité CE (point 54). Par ailleurs, l'Avocat général L. A. GEELHOED avait particulièrement insisté dans ses conclusions sur les effets restrictifs de cette législation sur l'accès des consommateurs aux produits concernés (voir le point 64, p. I-7028-7029 de ses conclusions, *précitées*, note 1876), confirmant par là la remarque faite plus haut relative à l'objectif d'une libre circulation des produits au profit des consommateurs (voir *supra*, page 415).

¹⁸⁷⁸ *Précité*, note 1392, point 15, pp. 4587-4588.

¹⁸⁷⁹ Au point 52, p. 7059, des motifs de l'arrêt *Douwe Egberts*, *précité*, note 1874.

¹⁸⁸⁰ La reproduction de la « formule Oosthoek » est on ne peut plus surprenante alors même que l'Avocat général Siegbert ALBER, au point 47, p. I-3039, de ses conclusions, présentées le 8 mars 2003 dans l'arrêt *Karner* du 25 mars 2004, *Rec.* 2004, p. I-3028 avait justement mentionné la jurisprudence *Oosthoek* pour indiquer ce qui avait été balayé par l'arrêt *Keck et Mithouard*.

¹⁸⁸¹ Point 50 des motifs de l'arrêt *Douwe Egberts*, *précité*, note 1874.

fait, la législation nationale en cause, jugée non proportionnée aux objectifs poursuivis (protection de la santé des personnes ou protection des consommateurs) tombait sous le coup de l'interdiction des mesures d'effet équivalent. Il s'agit en fait d'une solution plus rigoureuse (et dès lors plus favorable au commerce) que celle adoptée dans l'arrêt *Gourmet*, car n'était pas en cause une interdiction totale d'une forme de publicité mais seulement certaines mentions pouvant induire le consommateur en erreur.

Trois autres arrêts sont venus ensuite renforcer cette perception voulant que la jurisprudence *Keck et Mithouard* soit désormais révolue, en utilisant en dehors de leur contexte – et dès lors en les déformant – des concepts appartenant à cette jurisprudence. Les deux premiers arrêts, rendus le 14 décembre 2004 par la Cour en formation de grande chambre, concernaient le système allemand de gestion des emballages de boissons¹⁸⁸². Pour le gouvernement allemand ce système appartenait à la seconde catégorie de l'arrêt *Keck et Mithouard* (portant sur les modalités de vente). La Cour a réfuté cet argument en se fondant sur l'arrêt *Colim*¹⁸⁸³, mais en ajoutant également que les dispositions litigieuses « n'affect[ai]ent pas de la même manière » la commercialisation des produits nationaux et celle des produits en provenance des autres États membres¹⁸⁸⁴; une formulation qui emprunte donc, hors de son cadre, à la seconde condition de l'attendu 16 de l'arrêt *Keck et Mithouard* (attendu mentionné par la Cour et auquel elle a adjoint l'attendu 17 de l'arrêt *Keck et Mithouard*)¹⁸⁸⁵. Dans le troisième arrêt, du 13 janvier 2005, *Commission/Belgique*¹⁸⁸⁶, alors que le litige se situait en dehors du contexte de l'attendu 16 de l'arrêt *Keck et Mithouard*¹⁸⁸⁷, la Cour a affirmé que la réglementation litigieuse « affect[ait] d'une manière négative l'accès [...] au marché national »¹⁸⁸⁸. Cette formule, sorte d'amalgame entre la

¹⁸⁸² Le premier arrêt, *Commission/Allemagne*, aff. C-463/01, *Rec.* 2004, p. I-11705, était un arrêt en constatation de manquement. Le deuxième, *Radlberger Getrönke et S. Spitz*, aff. C-309/02, *Rec.* 2004, p. I-11763, était un arrêt préjudiciel. Je ne rentrerai pas dans le détail de ces arrêts. Pour une analyse détaillée de ces arrêts, je renvoie au pertinent commentaire de Denys SIMON, (février 2005) *Europe comm.* 39.

¹⁸⁸³ *Précité*, note 1801. Pour rappel, si la réglementation nationale oblige l'opérateur économique à adapter ses produits – en l'occurrence à modifier l'emballage et l'étiquetage – cela exclut qu'il s'agisse de modalités de vente.

¹⁸⁸⁴ Respectivement aux points 58 et 63 des arrêts *Commission/Allemagne* et *Radlberger Getrönke et S. Spitz*, *précités*, note 1882; constat que la Cour réitère respectivement aux points 69 et 73.

¹⁸⁸⁵ D. SIMON, *loc. cit.*, note 1882, comm. 39, critique également cette formulation « surprenante », ainsi que l'organisation « regrettable » du raisonnement suivi par la Cour dans ces arrêts.

¹⁸⁸⁶ Aff. C-38/03, *Rec.* 2005 (arrêt non publié au Recueil).

¹⁸⁸⁷ La réglementation belge excluait du remboursement par la sécurité sociale les chaises roulantes qui, d'une part, ne répondaient pas aux critères techniques supplémentaires qu'elle imposait en plus des normes communautaires (marquage CE) et qui, d'autre part, étaient fabriquées par un opérateur qui ne proposait pas à la vente une gamme suffisamment étendue d'appareils: Anne DULMET, [commentaire de l'arrêt *Commission/Belgique*, aff. C-38/03], (mars 2005) *Europe comm.* 78.

¹⁸⁸⁸ Point 17 des motifs de l'arrêt, *précité*, note 1886.

seconde condition de l'attendu 16 de l'arrêt *Keck et Mithouard* et le critère de l'accès au marché du point 17 de cet arrêt, se trouvait dès lors à être employée en lieu et place de la jurisprudence classique *Dassonville - Cassis de Dijon*.

Au terme de cette évolution jurisprudentielle, trois constats peuvent être tirés. Le premier est la place croissante que prend le critère de l'accès au marché national qui, soit se substitue à la seconde condition énoncée au point 16 de l'arrêt *Keck et Mithouard*, soit est jumelée à cette dernière. Alors qu'à l'origine le point 17 de l'arrêt *Keck et Mithouard* apparaissait comme la conséquence logique – ou encore comme une précision – des deux conditions formulées au point 16 de cet arrêt, il est devenu, sous la pression de plusieurs avocats généraux, le critère principal de cette jurisprudence. Un critère qui a, en outre, tendance à déborder de son cadre naturel et à s'immiscer dans des situations où la jurisprudence classique *Dassonville - Cassis de Dijon* était d'application¹⁸⁸⁹. Le deuxième constat concerne ce qui ressemble à une remise en question de la distinction établie par la jurisprudence *Keck et Mithouard* entre les mesures relatives aux caractéristiques des produits et celles se rapportant aux modalités de vente. J'aborde ce point plus en détail ci-dessous. Le troisième constat apparaît notamment à la lumière des deux premiers – mais il vaut également pour d'autres aspects¹⁸⁹⁰ – et a trait au laxisme dont fait preuve la Cour aussi bien dans les formulations qu'elle retient que dans la rigueur juridique ou l'articulation de son raisonnement. Un laxisme, par ailleurs, largement dénoncé par la doctrine¹⁸⁹¹.

b) la mise en cause de la distinction établie entre les mesures de commercialisation par la jurisprudence *Keck et Mithouard*

Compte tenu de la tendance de la Cour, observée dans plusieurs arrêts¹⁸⁹², à négliger de qualifier la législation nationale en cause au regard de la catégorisation effectuée par

¹⁸⁸⁹ Selon A. RIGAUX, *loc. cit.*, note 1549, 9 (à propos de l'affaire *Gourmet*), c'est dans l'arrêt *Familiapress* que l'on constaterait pour la première fois ces emprunts à la jurisprudence *Keck et Mithouard* dans les formulations utilisées en dehors de ce contexte, en l'occurrence à l'égard d'une mesure relative aux produits.

¹⁸⁹⁰ Par exemple, comme l'a relevé à plusieurs reprises Anne RIGAUX (voir spécialement [commentaire de l'arrêt *Graffione et Franza*], (janvier 1997) *Europe comm.* 10 ou *loc. cit.*, note 1803, comm. 73 (relatif à l'arrêt *Schutzverband*)), l'on assiste ces dernières années à « une révision prétorienne rampante de la lettre de l'article 36 [actuel 30] » du traité CE, les objectifs de cette disposition étant très fréquemment assimilés aux exigences impératives (Anne Rigaux parle aussi d'« équivalence fonctionnelle » entre les deux notions : [commentaire de l'arrêt *Radiosistemi*], (août-septembre 2002) *Europe comm.* 281).

¹⁸⁹¹ Et tout particulièrement Anne Rigaux et Denys Simon dans la revue *Europe*.

¹⁸⁹² D'abord dans l'arrêt *Gunnar Nilsson*, *précité*, note 1786, ensuite dans l'arrêt *Schutzverband*, *précité*, note 1803, puis dans l'arrêt *Gourmet*, *précité*, note 1852, et enfin dans l'arrêt *Douwe Egberts*, *précité*, note 1874.

l'arrêt *Keck et Mithouard* – comme si cette dernière n'était plus pertinente – plusieurs commentateurs se sont interrogés sur la disparition éventuelle de cette distinction¹⁸⁹³. La disparition des « hypothèses Keck » serait d'ailleurs concomitante à – ou le résultat de – l'élévation du critère de l'accès au marché en tant que critère principal pour mesurer les effets sur les échanges intracommunautaires d'une mesure régissant les modalités de vente. Toutefois, la disparition, espérée par ces commentateurs, de la distinction entre les deux catégories de mesures établie par l'arrêt *Keck et Mithouard*, ne s'est pas vérifiée. Parallèlement aux arrêts qui s'inscrivaient dans la lignée de l'arrêt *Gourmet* (soit les arrêts *Deutscher Apothekerverband* et *Douwe Egberts*), et qui mettaient l'accent sur l'accès au marché national, d'autres arrêts s'en sont tenus à l'énoncé de l'arrêt *Keck et Mithouard*.

Parmi ces arrêts, il convient particulièrement de citer l'arrêt du 18 septembre 2003, *Morellato*¹⁸⁹⁴. Par cette décision, non seulement la Cour (et plus précisément la cinquième chambre) n'a pas ignoré, comme dans l'arrêt *Gourmet*, la « *summa divisio* »¹⁸⁹⁵ de l'arrêt *Keck et Mithouard*, mais en outre elle a visiblement refusé de se laisser entraîner dans une interprétation qui la distordrait au point de la rendre vaine. Était en cause la législation italienne exigeant un conditionnement préalable et un étiquetage spécifique pour la commercialisation du pain précuit, surgelé ou non, après l'achèvement de sa cuisson. La Commission estimait que cette obligation de conditionnement préalable avait une incidence sur le processus de fabrication du pain et devait dès lors être considérée comme une caractéristique particulière du produit au sens du point 15 de l'arrêt *Keck et Mithouard*¹⁸⁹⁶. L'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, en accord avec l'argumentation générale de la Commission, se contentait d'affirmer, sans plus de précision, que cette législation « ne saurait être qualifiée de modalité de vente, et qu'elle constitue une condition à laquelle la marchandise doit répondre pour être commercialisée, qui fait partie, par conséquent, des mesures relatives aux caractéristiques des produits. »¹⁸⁹⁷ Ce à quoi la Cour a répliqué, après un raisonnement alambiqué¹⁸⁹⁸, que « la question pertinente est celle de savoir si l'exigence de conditionnement préalable prévue par la réglementation de l'État membre d'importation

¹⁸⁹³ Voir, à propos de l'arrêt *Schutzverband*, N. DE GROVE-VALDEYRON, *loc. cit.*, note 1805, 465, et, à propos de l'arrêt *Gourmet*, G. STRAETMANS, *loc. cit.*, note 1119, 1414-1416, ainsi que A. RIGAUX., *loc. cit.*, note 1549, 9.

¹⁸⁹⁴ Aff. C-416/00, *Rec.* 2003, p. I-9343.

¹⁸⁹⁵ Selon les termes d'Anne RIGAUX et de Denys SIMON : voir notamment [commentaire de l'arrêt *Mars*], (août-septembre 1995) *Europe comm.* 297.

¹⁸⁹⁶ Voir le point 22 des motifs de l'arrêt, précité, note 1894.

¹⁸⁹⁷ Point 19, p. I-9352, des conclusions de l'Avocat général Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER, présentées le 6 juin 2002, dans cette affaire, *Rec.* 2002, p. I-9346.

comporte la nécessité d'une *adaptation* du produit afin de respecter cette exigence. »¹⁸⁹⁹ Or, le pain précuit n'avait pas à être adapté pour respecter cette exigence. La Cour a ensuite renvoyé au juge national la vérification en l'espèce d'« une discrimination envers les produits importés »¹⁹⁰⁰ (soit, implicitement, la vérification des conditions énoncées au point 16 de l'arrêt *Keck et Mithouard*), en lui indiquant par ailleurs que la législation nationale ne pouvait être justifiée par des raisons tenant à la protection de la santé et de la vie des personnes au sens de l'article 30 du traité CE. Il a principalement été reproché à ce jugement d'être le contre-pied de l'arrêt *Mars*¹⁹⁰¹.

Le respect de la catégorisation effectuée dans l'arrêt *Keck et Mithouard* était également présent dans l'arrêt du 6 juin 2002, *Sapod Audic*¹⁹⁰² et il sera réitéré dans plusieurs arrêts ultérieurs dans lesquels la Cour a appliqué sa célèbre jurisprudence¹⁹⁰³, de manière en outre très classique (en vérifiant les conditions posées au point 16 de l'arrêt *Keck et Mithouard*, sans référence, hormis dans l'arrêt *A-Punkt Schmuckhandel*, à son point 17).

L'arrêt *Burmanjer*¹⁹⁰⁴, semble même vouloir rompre avec l'orientation jurisprudentielle prise dans l'arrêt *Gourmet*. Cette affaire concernait une réglementation belge qui conditionnait l'exercice d'une activité ambulante, portant en l'occurrence sur des abonnements à des périodiques, à l'obtention d'une autorisation administrative préalable. Cette réglementation était motivée par la protection des consommateurs. D'une part, la Cour a repris classiquement le raisonnement suivi dans l'arrêt *Keck et Mithouard* et les deux

¹⁸⁹⁸ Voir les points 26 à 31 des motifs de l'arrêt, *précité*, note 1894, et la critique qu'en fait A. RIGAUX, *loc. cit.*, note 1549, 8-9.

¹⁸⁹⁹ Point 34 des motifs de l'arrêt, *précité*, note 1894 (italiques ajoutés). Sur ce point, la Cour s'appuyait notamment, par une interprétation *a contrario*, sur son arrêt *Colim*, *précité*, note 1801.

¹⁹⁰⁰ *Id.*, points 36 et 37 des motifs. Tel serait le cas en l'absence de production italienne de pain précuit. Cette formulation a été particulièrement critiquée par A. RIGAUX, *loc. cit.*, note 1549, 9. Voir aussi les commentaires de l'Avocat général Christine STIX-HACKL, dans ses conclusions dans l'affaire *Deutscher Apothekerverband*, *précitées*, note 1870, à son point 59, p. I-14911, selon laquelle la seconde condition prévue à l'attendu 16 de l'arrêt *Keck et Mithouard* ne doit pas être confondue avec une condition de discrimination. C'est toutefois un point sur lequel la doctrine ne s'entend pas (voir, par exemple, pour une opinion opposée, les auteurs cités, *supra*, note 1624).

¹⁹⁰¹ Voir la virulente critique que fait de cet arrêt (et de la « solution Keck ») A. RIGAUX, *loc. cit.*, note 1549, 7-11.

¹⁹⁰² Arrêt du 6 juin 2002, *Sapod Audic*, aff. C-159/00, *Rec.* 2002, p. I-5031, aux points 72 et 73. Voir *infra*, page 430, pour un résumé de cet arrêt.

¹⁹⁰³ Dans l'arrêt *Karner*, *précité*, note 1866, au point 39 (à propos d'une législation autrichienne interdisant, afin de protéger les consommateurs, toute publicité mentionnant que la marchandise provient d'une faillite, lorsque cette marchandise ne fait plus partie de la masse de la faillite ; la Cour se prononçait ainsi dans le même sens que son avocat général et la Commission) ; dans l'arrêt du 26 mai 2005, *Burmanjer*, aff. C-20/03, *Rec.* 2005, p. I-4133, aux points 24 à 26 ; et dans l'arrêt du 23 février 2006, *A-Punkt Schmuckhandel*, aff. C-441/04, *Rec.* 2006, p. I-2093, aux points 15 à 17.

¹⁹⁰⁴ *Précité*, note 1903.

conditions précisées à son attendu 16, sans même mentionner le critère de l'accès au marché. D'autre part, la Cour n'a pas suivi le point de vue de la Commission et de l'Avocat général, reposant sur l'arrêt *Gourmet* et selon lequel « le recours à des colporteurs constitue un moyen efficace de faire connaître à des clients potentiels [...] des périodiques provenant d'autres États membres avec lesquels ils sont spontanément moins familiarisés qu'avec des périodiques nationaux » et qui peuvent être en outre difficilement accessibles dans le commerce de l'État membre en cause ¹⁹⁰⁵. La Cour a estimé que les éléments du dossier ne lui permettaient pas d'établir « avec certitude » que la législation belge affectait plus lourdement la commercialisation des périodiques originaires d'autres États membres. Il appartenait donc à la juridiction nationale de se prononcer sur cette question. Toutefois, la Cour a émis des doutes sur ce point, jugeant qu'au cas où il y aurait affectation, « celle-ci serait trop insignifiante et aléatoire pour pouvoir être considérée comme étant de nature à entraver ou à gêner d'une autre manière le commerce entre les États membres. » ¹⁹⁰⁶ On observera que cet arrêt a été rendu en pleine période de ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe, et précisément quatre jours avant le référendum français ; autrement dit à un moment où il était préférable pour la Cour de ne pas ajouter de l'eau au moulin des opposants de ce traité et d'une Union européenne néolibérale.

Deux points des conclusions de l'Avocat général Alber, dans l'affaire *Karner*, illustrent parfaitement bien, selon moi, les courants contradictoires qui traversent la jurisprudence de la Cour à cette époque dans la mise en œuvre de la « solution Keck ». D'un côté, au point 44 de ses conclusions, l'Avocat général Alber pose une question qui ressemble sur bien des points à celle, qui avait à l'époque fait beaucoup de bruit, posée par l'Avocat général Tesauro dans l'affaire *Hünermund* ¹⁹⁰⁷ :

« [...] l'article 28 CE a-t-il pour finalité de garantir le libre exercice des activités commerciales dans les différents États membres ou doit-il être limité à la libéralisation des échanges intracommunautaires ? En effet, en dernière analyse, l'objectif premier de Troostwijk [un des opérateurs économiques concernés] est sans doute non pas tellement d'exploiter les possibilités de vente à l'étranger que de venir à bout d'une restriction de publicité qui la gêne dans l'exercice de ses activités commerciales à l'intérieur du pays. Il est permis de se demander si l'article 28 CE s'applique encore dans ce cas. » ¹⁹⁰⁸

¹⁹⁰⁵ Point 87, p. I-4151, des conclusions de l'Avocat général Philippe LÉGER, présentées le 16 décembre 2004, dans cette affaire, *Rec.* 2005, p. I-4135.

¹⁹⁰⁶ Point 31 des motifs de l'arrêt, *précité*, note 1903.

¹⁹⁰⁷ Voir *supra*, page 339.

¹⁹⁰⁸ Point 44, p. I-3039, des conclusions de l'Avocat général S. ALBER, *précitées*, note 1880.

D'un autre côté, au point 60 de ses conclusions, l'Avocat général Alber s'inquiète du fait que les nouvelles possibilités offertes par Internet aux opérateurs économiques n'aient pu être jusqu'ici entièrement exploitées à cause des législations différentes en vigueur dans les États membres et il estime que « [l]es entraves qui en résultent ne doivent pas faire obstacle à la réalisation des libertés fondamentales garanties par le traité. »¹⁹⁰⁹

Le dernier arrêt de la Cour analysé à la date où s'arrêtent mes recherches, l'arrêt du 23 février 2006, *A-Punkt Schmuckhandel*¹⁹¹⁰, apparaît comme une réconciliation des deux courants jurisprudentiels récemment observés relativement à la « solution Keck », au moins sur le plan de la rigueur juridique. Était à nouveau en cause le démarchage à domicile, interdit cette fois par une réglementation autrichienne lorsqu'elle avait pour objet la commande de bijoux. La Cour a repris dans cet arrêt, aux attendus 14 à 18, presque intégralement les attendus 22 à 28 de l'arrêt *Burmanjer*¹⁹¹¹, relativement à la qualification de la réglementation litigieuse de modalité de vente et à la première condition tenant à l'application de la réglementation à tous les opérateurs concernés. L'arrêt *A-Punkt Schmuckhandel* diverge ensuite de l'arrêt *Burmanjer* s'agissant de la seconde condition en vérifiant directement la condition de l'accès au marché. Cet écart est cependant minime, cet arrêt restant très clairement dans la même lignée que l'arrêt *Burmanjer*. En effet, à l'argument de la Commission, selon lequel le démarchage à domicile de bijoux de faible valeur pouvait être une méthode de vente plus appropriée et plus efficace qu'une vente dans le cadre d'un établissement commercial fixe, la Cour a répondu que « le fait qu'une méthode de commercialisation se révèle *plus efficace* et plus économique ne constitue *pas* un élément *suffisant* pour affirmer que la disposition nationale l'interdisant tombe sous le coup de l'interdiction prévue à l'article 28 CE. En effet, une telle disposition ne constitue une mesure d'effet équivalent que si l'exclusion de la méthode de commercialisation concernée affecte davantage les produits provenant d'autres États membres que les produits nationaux. »¹⁹¹².

La Cour a voulu, à mon avis, rappeler que le critère de l'accès au marché devait se déployer dans le seul cadre de la seconde condition posée à l'attendu 16 de l'arrêt *Keck et Mithouard*, et mettre ainsi fin à ses propres débordements constatés dans les arrêts dans la

¹⁹⁰⁹ *Id.*, point 60, p. I-3042.

¹⁹¹⁰ *Précité*, note 1903. Dans cette affaire, la troisième chambre a choisi de recourir aux dispositions de l'article 20, paragraphe 5 du Protocole sur le statut de la Cour de justice lui permettant de statuer sans conclusions de l'Avocat général.

¹⁹¹¹ *Précité*, note 1903.

mouvance de l'arrêt *Gourmet* (et particulièrement de l'arrêt *Douwe Egberts*, qui s'appuyait sur la « formule Oosthoek »¹⁹¹³, dont elle paraît vouloir s'affranchir ici). En balisant l'emploi du critère de l'accès au marché national, la Cour rétablissait partiellement le champ d'application, autrefois large, de la jurisprudence *Keck et Mithouard*. Au soutien de cette opinion, la Cour semble accorder une grande importance à l'étendue de l'interdiction litigieuse et notamment au fait que toutes les formes de commercialisation des marchandises concernées n'étaient, en l'espèce, pas interdites mais seulement l'une d'entre elles, laissant dès lors la possibilité à l'opérateur économique de vendre par d'autres méthodes¹⁹¹⁴. Or cette précision contredit la solution adoptée en grande chambre par la Cour dans l'arrêt *Deutscher Apothekerverband*¹⁹¹⁵. Il reste néanmoins probable que les mesures relatives à la publicité continueront à être traitées plus sévèrement que les autres mesures portant sur les modalités de vente compte tenu de leur importance pour le marché unique. J'ai également tendance à penser que cette « application apaisée de la jurisprudence *Keck et Mithouard* »¹⁹¹⁶ n'est peut-être pas sans lien avec les récentes critiques à propos du « gouvernement des juges » formulées peu avant cet arrêt par certains dirigeants politiques européens à l'endroit de la Cour¹⁹¹⁷. On ne peut toutefois manquer de signaler une autre interprétation de cet arrêt, délivrée par Anne Rigaux, qui, s'appuyant sur une analyse littérale, a perçu un aspect de cette décision qui pourrait éventuellement être exploité par la Cour pour restreindre sa jurisprudence *Keck et Mithouard*¹⁹¹⁸. Seul l'avenir pourra nous dire laquelle de ces deux positions se vérifiera.

¹⁹¹² Point 23 des motifs de l'arrêt *A-Punkt Schmuckhandel*, précité, note 1903 (italiques ajoutés). Comme dans l'arrêt *Burmanjer*, la Cour, estimant qu'elle ne disposait pas assez d'éléments pour se prononcer, a renvoyé à la juridiction nationale l'appréciation de cette condition.

¹⁹¹³ Voir, *supra*, page 417.

¹⁹¹⁴ *Précité*, note 1900, point 24 des motifs.

¹⁹¹⁵ Voir, *supra*, page 416.

¹⁹¹⁶ Anne RIGAUX, [commentaire de l'arrêt *A-Punkt Schmuckhandel*], (avril 2006) *Europe comm.* 109.

¹⁹¹⁷ Le chancelier autrichien – à l'époque président en exercice du Conseil de l'Union européenne – Wolfgang Schüssel avait, en décembre 2005, reproché à la Cour d'empiéter sur les compétences réservées aux États membres et il avait proposé la création d'une instance chargée de surveiller cette dernière. Cette critique a reçu l'appui du premier ministre danois, Anders Fogh Rasmussen et elle reflète également les préoccupations du gouvernement allemand (dirigé par Angela Merkel). Voir, pour plus de précisions sur la teneur de ces reproches, Denys SIMON, « Retour du mythe du gouvernement des juges ? », (février 2006) *Europe 1* et Thomas FERENCZI, « La Cour de justice est accusée d'outrepasser ses compétences », *Le Monde*, 13 janvier 2006, p. 13.

¹⁹¹⁸ Voir A. RIGAUX, *loc. cit.*, note 1916, comm. 109. Cette auteure relève la terminologie plus nuancée que la Cour emploie, au point 15 des motifs, et plus précisément l'expression selon laquelle les dispositions nationales relatives aux modalités de vente « ne sont pas de nature à entraver le commerce entre les États membres au sens de la jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Dassonville* » (italiques ajoutés). Dans l'arrêt *Keck et Mithouard*, la Cour avait débuté son point 16 par ses mots : « n'est pas apte à entraver [...] le commerce entre les États membres au sens de la jurisprudence *Dassonville* [...] l'application à des produits en provenance d'autres États membres de dispositions

2/ La prise en compte de l'auditoire des citoyens européens

La Cour a maintenu la tendance, apparue dans les années de « l'Europe rose »¹⁹¹⁹, à une plus grande attention aux préoccupations des citoyens européens. Parmi ces préoccupations, la santé occupe la première place. Si parmi les biens ou intérêts protégés par l'article 30 du traité CE, la santé et la vie des personnes occupaient déjà, selon une jurisprudence constante, le premier rang depuis plusieurs années¹⁹²⁰, la Cour a accentué encore sa souplesse à l'égard de ce domaine particulièrement sensible pour les citoyens européens. D'abord, dans l'arrêt du 24 octobre 2002, *Hahn*¹⁹²¹, sans référer expressément au principe de précaution¹⁹²² (pourtant invoqué par le gouvernement autrichien, la Commission et l'Avocat général¹⁹²³), la Cour a admis la proportionnalité d'une mesure nationale, au regard de l'objectif légitime de la protection de la santé publique, alors même qu'elle

nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente [...] » (italiques ajoutés). Pour Anne Rigaux, la formulation de l'arrêt *Keck et Mithouard* est plus drastique. Elle semble « rejeter hors du champ du contrôle de la Cour de telles réglementations : elle laisse en effet supposer que si la réglementation nationale produisait des effets en quelque sorte "contre nature", elle serait *naturellement* susceptible d'être contrôlée. »

¹⁹¹⁹ Voir, *supra*, page 408.

¹⁹²⁰ La Cour a en outre précisé qu'il appartenait aux États membres, à défaut d'harmonisation exhaustive sur le plan communautaire et dans les limites imposées par le traité, de décider du niveau auquel ils entendent en assurer la protection : voir les arrêts du 7 mars 1989, *Schumacher*, aff. 215/87, *Rec.* 1989, p. 617, point 15 ; du 11 juillet 1996, *Eurim-Pharm*, précité, note 1781, point 26 ; et du 10 novembre 1994, *Ortscheit*, précité, note 1676, point 16.

¹⁹²¹ Aff. C-121/00, *Rec.* 2002, p. I-9193. Cette affaire concernait la politique de « tolérance zéro » des autorités autrichiennes à l'égard de la contamination par la *listeria monocytogenes* (un micro-organisme pathogène) des produits à base de poisson. La seule présence, même en faibles quantités, de ce micro-organisme pathogène dans ces aliments conduisait au retrait du marché des produits contaminés, déclarés impropres à la consommation. Le requérant, producteur de poisson fumé poursuivi pénalement au principal pour avoir transgressé la législation autrichienne, soutenait que la tolérance zéro méconnaissait le principe de proportionnalité. Le juge de renvoi soulignait pour sa part qu'un nombre important d'études scientifiques faisait apparaître qu'une telle tolérance zéro n'était pas fondée du point de vue scientifique compte tenu du fait que la *listeria monocytogenes* était très répandue dans l'environnement et les produits alimentaires et que le nombre de cas cliniques restait très peu élevé. Par ailleurs, une absence totale de *listeria* était, selon la juridiction de renvoi, irréalisable pour beaucoup de substances crues dans l'état actuel d'obtention et de traitement des aliments, même dans de bonnes conditions. La Cour a reconnu au gouvernement autrichien le droit de choisir la tolérance zéro étant donné que cet agent pathogène faisait courir des risques pour la santé de certains consommateurs particulièrement sensibles et que les données scientifiques ne permettaient pas d'établir avec certitude le niveau de concentration à partir duquel cet agent pathogène présente un danger pour la santé humaine dans les produits à base de poisson.

¹⁹²² Le Tribunal de première instance des Communautés européennes venait pourtant de consacrer ce principe « en tant que principe sur lequel est fondée la politique européenne de santé publique » : Frédérique BERROD, [commentaire de l'arrêt *Hahn*], (décembre 2002) *Europe comm.* 413. Dans les arrêts du 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health/Conseil*, aff. T-13/99, *Rec.* 2002, p. II-1961 et *Alpharma/Conseil*, aff. T-70/99, *Rec.* 2002, p. II-2027, le Tribunal de première instance avait précisé les conditions de ce principe : voir le commentaire de ces arrêts de F. MARIATTE, *loc. cit.*, note 1832, *comm.* 362.

supprimait totalement la libre circulation des produits concernés. Par la suite, la Cour a pris en compte le principe de précaution, tout en cherchant à le concilier avec celui de la libre circulation des marchandises¹⁹²⁴. On ne peut s'empêcher de lier ce qu'un commentateur avisé a appelé « l'application nuancée des articles 28 et 30 CE dans le domaine de la santé publique »¹⁹²⁵ au contexte dans lequel elle s'inscrivait. Les citoyens européens étaient, et restaient, en effet, particulièrement ébranlés à la suite des épidémies d'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB) en 1996-1997 puis en 2000-2001 et du scandale du poulet contaminé à la dioxine en Belgique en mai 1999. Et les autorités communautaires (et nationales) s'affairaient parallèlement à rassurer l'opinion publique¹⁹²⁶. S'est en outre ajoutée une circonstance qui est loin d'avoir eu un impact négligeable sur la jurisprudence de la Cour, à savoir la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe (adopté par les chefs d'État et de gouvernement des vingt-cinq pays de l'Union européenne en juin 2004 et formellement signé le 29 octobre 2004), qui s'est en quelque sorte clôturée avec les « non » français et néerlandais respectivement le 29 mai et le 1^{er} juin 2005.

¹⁹²³ Voir les conclusions de l'Avocat général Leendert A. GEELHOED, présentées le 13 décembre 2001 dans cette affaire, *Rec.* 2002, p. I-9195, spéc. point 51, p. I-9208.

¹⁹²⁴ Voir, par exemple, la série d'arrêts portant sur la délicate question de l'interdiction, ou de la réglementation, de la commercialisation des denrées alimentaires vitaminées : l'arrêt du 23 septembre 2003, *Commission/Danemark*, aff. C-192/01, *Rec.* 2003, p. I-9693, point 49 ; les arrêts du 5 février 2004, *Greenham et Abel*, aff. C-95/01, *Rec.* 2004, p. I-1333, point 43 ; *Commission/Italie*, aff. C-270/02, *Rec.* 2004, p. I-1559 ; *Commission/France*, aff. C-24/00, *Rec.* 2004, p. I-1277, point 56 (sur ces arrêts, voir les commentaires de Aude BOUVERESSE, (novembre 2003) *Europe comm.* 351 et Elsa BERNARD, (avril 2004) *Europe comm.* 100) ; ainsi que l'arrêt du 2 décembre 2004, *Commission/Pays-Bas*, aff. C-41/02, *Rec.* 2004, p. I-11373 (commenté par Elsa BERNARD, (février 2005) *Europe comm.* 38). Dans ces arrêts, d'une part, la Cour a admis que lorsque l'évaluation du risque révélait qu'une incertitude scientifique persistait quant à l'existence ou à la portée de risques réels pour la santé publique, un État membre pouvait, en vertu du principe de précaution, prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées (selon la définition qu'elle avait donnée dans son arrêt *National Farmers' Union*, précité, note 1833). Mais, d'autre part, elle a exigé que l'évaluation du risque ne soit pas fondée sur des considérations purement hypothétiques (exigence qu'elle avait posée dans un arrêt antérieur, du 9 septembre 2003, *Monsanto Agricultura Italia*, aff. C-236/01, *Rec.* 2003, p. I-8105). Dans le même domaine, mais sans référence au principe de précaution, voir aussi les arrêts du 29 avril 2004, *Commission/Allemagne*, aff. C-387/99, *Rec.* 2004, p. I-3751 et *Commission/Autriche*, aff. C-150/00, *Rec.* 2004, p. I-3887. En outre, la Cour a jugé raisonnable et nécessaire la prise en considération du principe de précaution par le législateur communautaire (arrêt du 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health*, aff. jointes C-154 et 155/04, *Rec.* 2005, p. I-6451 et commentaire d'Éric MEISSE (octobre 2005) *Europe comm.* 334, 20)), et elle a rappelé que ce dernier était tenu de prendre pour base un niveau de protection élevé en matière de santé (arrêt du 14 décembre 2004, *Swedish Match*, aff. C-210/03, *Rec.* 2004, p. I-11893, point 56, à propos de la directive 2001/37 qui interdit, compte tenu de ses risques pour la santé, la commercialisation des produits du tabac à usage oral ; voir aussi Stéphane CORONE, « Le "snus" ne fera pas un tabac », *Le Monde*, 22 février 2005, p. 4).

¹⁹²⁵ Denys SIMON, [commentaire des arrêts *Commission/Allemagne*, aff. C-387/99 et *Commission/Autriche*, aff. C-150/00], (juin 2004) *Europe comm.* 199.

¹⁹²⁶ Voir *supra*, pages 159-161.

La Cour a alors dû – si je peux me permettre – « faire le grand écart » entre, d’une part, les attentes majoritaires de ses auditoires (de la Commission, des États membres, d’une majorité d’avocats généraux¹⁹²⁷ et d’une grande partie de la doctrine) en faveur du libre-échange¹⁹²⁸ et, d’autre part, la nécessité pour l’Union européenne de démontrer aux citoyens européens que l’Europe – et ses institutions – ne poursuivait pas seulement des buts purement économiques. Comme les politiques résolument néolibérales menées à cette époque par les institutions motrices de l’Union européenne¹⁹²⁹ faisaient peu pour cette cause, les regards – notamment médiatiques¹⁹³⁰ – s’étaient alors tournés vers la Cour afin de faire ressortir de sa jurisprudence les arrêts qui pouvaient apparaître comme des avancées communautaires en faveur des citoyens. La Cour a ainsi dû participer – je suppose à son corps défendant – à l’effort « collectif » communautaire pour « vendre » à la population européenne le traité établissant une Constitution pour l’Europe.

C’est dans cette perspective que peut se comprendre la prise en compte par la Cour du principe de précaution – néanmoins mis en balance avec les exigences de la libre

¹⁹²⁷ Selon ma connaissance et en m’appuyant sur les conclusions qu’ils ont rendues, j’en déduis que figurent parmi ces avocats généraux, les Avocats généraux Philippe Léger et Francis Geoffrey Jacobs (bien que ce dernier, favorable à l’introduction d’une règle *de minimis*, soit contre un trop grand empiétement sur les pouvoirs réglementaires des États membres), ainsi que, plus récemment nommés, les Avocats généraux Leendert A. Geelhoed, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer et, éventuellement, Christine Stix-Hackl.

¹⁹²⁸ Répondent ainsi à ces attentes les arrêts du 13 janvier 2005, *Denkavit*, aff. C-145/02, *Rec.* 2004, p. I-51, et du 26 mai 2005, *Codacons*, aff. C-132/03, *Rec.* 2005, p. I-4167, pourtant rendus en pleine période de ratification du traité constitutionnel (et même trois jours avant le référendum français s’agissant du second arrêt). Dans ces arrêts, la Cour a fait prévaloir la libre circulation des marchandises sur la protection de la santé publique. Pour des commentaires de ces arrêts, voir Aude BOUVERESSE, (mars 2005) *Europe comm.* 77 et Fabienne KAUFF-GAZIN, (juillet 2005) *Europe comm.* 245. On notera également qu’en matière d’autorisation de mise sur le marché de médicaments, « la Cour contribue à favoriser la libre circulation des médicaments [...] au sein de l’Union européenne, au détriment de la marge d’appréciation des États membres en matière de protection de la santé publique » : Elsa BERNARD, (juin 2004) *Europe comm.* 197 (commentant l’arrêt du 1^{er} avril 2004, *Kohlpharma*, C-112/02, *Rec.* 2004, p. I-3369). La Cour cherche par ailleurs à éviter le cloisonnement du marché unique par les grands laboratoires, lesquels utilisent les autorisations de mise sur le marché de médicaments pour tenter de faire obstacle aux importations parallèles : voir par exemple les arrêts du 10 septembre 2002, *Ferring Arzneimittel*, aff. C-172/00, *Rec.* 2002, p. I-6891 et du 19 septembre, *Aventis Pharma Deutschland*, aff. C-433/00, *Rec.* 2002, p. I-7761, commentés par Martin PIETRI, (novembre 2002) *Europe comm.* 368.

¹⁹²⁹ Voir *supra*, pages 185-194.

¹⁹³⁰ À titre d’exemple, *Le Monde* a publié une série d’articles sur le thème « Constitution : mode d’emploi pour un débat », et sous les rubriques « les enjeux sociaux » et « les enjeux économique », le 19 avril 2005, pp. 3 à 5 et p. 6, présentant les apports de la jurisprudence ou de certains arrêts de la Cour en ces matières. Ce journal a également publié plusieurs articles sur la Cour de justice elle-même, dans le dossier « La Constitution européenne en 25 questions – question 5 : la Cour de justice », 5 mai 2005, p. 7.

circulation¹⁹³¹ – et la compréhension dont elle a fait preuve en ce qui concerne la santé publique¹⁹³², notamment dans le secteur de l'alimentation¹⁹³³. À ce titre, un autre arrêt retient tout particulièrement l'attention. Il s'agit de l'arrêt du 12 juin 2003, *Schmidberger*¹⁹³⁴ dans lequel le gouvernement autrichien était mis en cause par un transporteur routier relativement au blocage complet d'une autoroute par une manifestation d'une association écologique, qu'il avait, selon lui, implicitement autorisée. S'appuyant sur l'arrêt *Commission/France* du 9 décembre 1997 (affaire des fraises)¹⁹³⁵, l'opérateur économique reprochait au gouvernement autrichien de ne pas avoir interdit ladite manifestation alors qu'elle avait empêché la libre circulation des marchandises pendant près de trente heures sur une voie de circulation importante et il exigeait réparation du préjudice qu'il avait subi conséquemment à la violation présumée du droit communautaire par cet État membre. La Cour, réunie en grande chambre, tout en admettant qu'une telle situation était justiciable de l'approche qu'elle avait adoptée dans l'affaire des fraises¹⁹³⁶, semble avoir cherché à compenser l'application

¹⁹³¹ L'arrêt *Commission/Danemark* du 23 septembre 2003, *précité*, note 1924, en est un bon exemple. Contrairement à son avocat général (voir les conclusions de l'Avocat général Jean MISCHO, présentées le 12 décembre 2002 dans cette affaire, *Rec.* 2003, p. I-9695), la Cour a fait prévaloir dans cette affaire la libre circulation des marchandises sur le principe de précaution.

¹⁹³² Voir encore, comme autre exemple, l'arrêt du 15 juillet 2004, *Schreiber*, aff. C-443/02, *Rec.* 2004, p. I-7275, dans lequel la Cour a fait prévaloir la santé publique sur la libre circulation des marchandises (arrêt critiqué par Fabienne KAUFF-GAZIN, (octobre 2004) *Europe comm.* 323). Voir aussi l'arrêt du 13 juillet 2004, *Commission/France*, aff. C-262/02, *Rec.* 2004, p. I-6569, dans le domaine de la libre prestation de services, dans lequel la Cour rejette les arguments de la Commission et reconnaît la validité des restrictions françaises à la publicité télévisuelle des alcools. Un journaliste en a dès lors déduit que « [c]ette décision confirme qu'ils [les juges de la Cour de justice] placent la santé publique au-dessus de considérations économiques » : Stéphane CORONE, « Télé sans alcool », *Le Monde*, 28 septembre 2004 p. 4.

¹⁹³³ Pour un récent exemple, voir encore, s'agissant du domaine très sensible, pour les citoyens européens, de l'hygiène des denrées alimentaires, l'arrêt du 24 novembre 2005, *Schwarz*, aff. C-366/04, *Rec.* 2005, p. I-10139. Par cette décision, la Cour a admis la réglementation autrichienne interdisant la vente de sucreries sans emballage dans les distributeurs automatiques, alors que l'Autriche était le seul État membre à avoir une telle législation et que l'Avocat général s'était prononcé dans un sens opposé (voir les conclusions de l'Avocat général Leendert A. GEELHOED, présentées le 28 juin 2005 dans cette affaire, *Rec.* 2005, p. I-10141). Bien que constituant une mesure d'effet équivalent, la Cour a estimé que la réglementation litigieuse était néanmoins justifiée (et proportionnée) par la protection de la santé publique compte tenu du risque réel de contamination des friandises par des gènes pathogènes. Pour plus de détails sur cette décision, voir Fabienne KAUFF-GAZIN, (janvier 2006) *Europe comm.* 9 ; Stéphane CORONE, « De la nécessité d'emballer les chewing-gums », *Le Monde*, 10 janvier 2006, p. 4.

¹⁹³⁴ Aff. C-112/00, *Rec.* 2003, p. I-5659. Pour plus de précisions sur cette affaire, voir le long commentaire d'Anne RIGAUX et Denys SIMON, (août-septembre 2003) *Europe comm.* 272.

¹⁹³⁵ *Précité*, note 1710.

¹⁹³⁶ Voir, *id.*, les points 57 à 64 des motifs. Le fait pour les autorités du gouvernement autrichien de ne pas avoir interdit le rassemblement en question constituait dès lors une restriction au commerce entre les États membres et par conséquent une mesure d'effet équivalent incompatible avec les obligations du droit communautaire résultant de l'article 28 du traité CE, lu en combinaison avec l'article 10 du traité CE (obligation de loyauté communautaire), à moins que ce défaut d'interdiction puisse être justifié (point 64 des motifs).

particulièrement extensive de l'interdiction des mesures d'effet équivalent qu'il en découlait. Elle a ainsi reconnu, pour la première fois ¹⁹³⁷, comme nouvelle exigence impérative, la protection de droits fondamentaux, en l'occurrence les libertés d'expression et de réunion garanties par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) qui étaient invoquées par le gouvernement autrichien ¹⁹³⁸. Toutefois, face à une autre liberté fondamentale, consacrée par le traité CE, qu'est la libre circulation des marchandises, il convenait, selon la Cour, « de mettre en balance les intérêts en présence et de déterminer, eu égard à l'ensemble des circonstances de chaque cas d'espèce, si un juste équilibre avait été respecté entre ces intérêts » ¹⁹³⁹. La Cour a jugé en l'espèce que les restrictions aux échanges intracommunautaires occasionnées par la manifestation écologique n'étaient pas disproportionnées au regard du but légitime poursuivi, soit la protection des droits fondamentaux ¹⁹⁴⁰. L'invocation (par les États membres) ainsi que l'admission (par la Cour) de cette nouvelle exigence impérative, compte tenu du contexte, n'ont rien d'inopiné. Elles interviennent après l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (entérinée au Conseil européen de Biarritz en octobre 2000 et proclamée officiellement au Conseil européen de Nice de décembre 2000) et alors que le projet de traité instituant une Constitution pour l'Europe (présenté quelques jours plus tard par la Convention au Conseil européen de Thessalonique de juin 2003) envisageait l'adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (dite aussi Convention européenne des droits de l'homme) et prévoyait dans sa partie II une reconnaissance de la liberté de réunion et d'association ¹⁹⁴¹. Il reste qu'à bien y regarder, comme le soulève Francis Kessler, « [a]u final, l'ordre économique communautaire semble primer les droits de l'homme, qui risquent de n'apparaître dès lors que comme des justifications empêchant les libertés économiques de produire tous leurs effets. » ¹⁹⁴²

L'attitude de la Cour est plus ambivalente encore dans le domaine de l'environnement, reflet en quelque sorte des contradictions présentes dans les actions prises

¹⁹³⁷ La Cour reconnaîtra ensuite, dans l'arrêt du 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, *Rec.* 2004, p. I-9609, point 35, dans le domaine de la libre prestation de services, la dignité humaine comme intérêt légitime justifiant en principe une restriction à la liberté fondamentale garantie par le traité qu'est la libre prestation de services. Dans cette affaire, une société allemande (*Omega*), exploitant un « laserdrome », installation dans laquelle on joue à « tuer » des personnes, cherchait à faire annuler un arrêté de police administrative allemand qui interdisait la simulation d'actes homicides dans le cadre d'un jeu.

¹⁹³⁸ Point 74 des motifs de l'arrêt *Schmidberger*, précité, note 1934.

¹⁹³⁹ *Id.*, point 81 des motifs.

¹⁹⁴⁰ Voir, *id.*, les points 83 à 92 des motifs dans lesquels la Cour compare essentiellement la situation qui prévalait dans l'affaire *Commission/France* avec celle en cause.

¹⁹⁴¹ Francis KESSLER, « Manifestations et libre circulation », *Le Monde*, 8 juillet 2003, p. 8.

par les institutions communautaires¹⁹⁴³. D'un côté, dans l'arrêt du 6 juin 2002, *Sapod Audic*¹⁹⁴⁴, tant la Cour que l'Avocat général¹⁹⁴⁵ ont opté pour la prudence¹⁹⁴⁶ face à l'embarrassante question de la compatibilité avec les règles de libre circulation du système français d'élimination des déchets d'emballage. Et la Cour a activement soutenu la Commission dans ses efforts pour promouvoir l'environnement au niveau communautaire dans l'arrêt du 13 septembre 2005, *Commission/Conseil*¹⁹⁴⁷. D'un autre côté, la Cour a fait primer le principe de la libre circulation des marchandises sur la protection de l'environnement dans les arrêts du 14 décembre 2004, *Commission/Allemagne et Radlberger Getrönke et S. Spitz*¹⁹⁴⁸ (qui portaient sur le système allemand de gestion des emballages de boissons) et du 15 novembre 2005, *Commission/Autriche*¹⁹⁴⁹. On relèvera, pour finir, qu'un

¹⁹⁴² *Id.*

¹⁹⁴³ Voir *supra*, pages 161 et 168 à 169.

¹⁹⁴⁴ *Précité*, note 1902. La Cour, ne pouvant se prononcer en l'absence d'éléments de fait et de droit suffisants, a néanmoins estimé que si la disposition nationale litigieuse devait être interprétée comme n'imposant pas une obligation de marquage ou d'étiquetage mais une simple obligation générale d'identifier les emballages, elle était alors susceptible d'être qualifiée de modalités de vente au sens de l'arrêt *Keck et Mithouard*. La vérification des conditions définies par cette dernière jurisprudence pour exclure la réglementation nationale du champ d'application de l'article 28 du traité CE relevait, selon la Cour, de la juridiction de renvoi (points 70 à 73 des motifs).

¹⁹⁴⁵ Tous les faits du litige au principal étant circonscrits à un seul État membre, l'Avocat général Francis Geoffrey JACOBS en avait déduit qu'il s'agissait d'un litige de nature purement interne auquel ne s'appliquaient pas les dispositions du droit communautaire (voir les points 71 à 76, pp. I-5053-5055, de ses conclusions présentées le 17 janvier 2002 dans cette affaire, *Rec.* 2002, p. I-5035).

¹⁹⁴⁶ Patrick THIEFFRY, « Eco emballages devant la Cour de justice – Le système français de gestion des déchets d'emballage, la transparence réglementaire et la libre circulation des marchandises (chron. n° 10) », (août-septembre 2002) *Europe* 5, 6.

¹⁹⁴⁷ *Aff. C-176/03, Rec.* 2005, p. I-7879. Cette affaire concernait un litige qui opposait la Commission et le Conseil relativement à la base juridique d'un acte pris par le Conseil concernant la protection de l'environnement par le droit pénal. Derrière la question de la base juridique se profilait un autre enjeu, celui de la compétence de la Communauté en matière environnementale. La Cour, en formation de grande chambre, a satisfait la requête de la Commission (soutenue par le Parlement européen) en lui reconnaissant le droit de proposer des sanctions pénales en cas d'infraction à la législation communautaire en matière d'environnement dans le cadre du premier pilier du traité sur l'Union européenne, alors que selon le Conseil et onze États membres cette action relevait du troisième pilier. L'Avocat général Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER s'était prononcé dans le même sens (voir ses conclusions présentées le 26 mai 2005 dans cette affaire, *Rec.* 2005, p. I-7881). Cette décision a été très mal reçue par les « souverainistes » au Parlement européen : Thomas FERENCZI, « La Cour de justice est accusée d'outrepasser ses compétences », *Le Monde*, 13 janvier 2006, p. 13.

¹⁹⁴⁸ *Précités*, note 1882.

¹⁹⁴⁹ *Aff. C-320/03, Rec.* 2005, p. I-9871. Cette affaire concernait une réglementation autrichienne qui, dans le but de réduire la pollution atmosphérique dans la vallée de l'Inn, avait interdit la circulation des camions de plus de 7,5 tonnes transportant certaines marchandises sur le tronçon d'autoroute empruntant cette vallée pour obliger les transporteurs routiers à opter pour le rail, moins polluant. La Cour, siégeant en grande chambre, a d'abord constaté que ce tronçon routier constituait une des principales voies de communication terrestres entre le sud de l'Allemagne et le nord de l'Italie. Elle en a ensuite déduit que cette mesure était susceptible de réduire les échanges entre ces deux États membres et qu'elle constituait dès lors une mesure d'effet équivalent. Enfin, la Cour a refusé sa justification au regard de l'exigence impérative liée à la protection de l'environnement compte tenu de son caractère disproportionné. Selon la Cour (et son Avocat général Geelhoed), la période de transition

grand nombre de ces affaires concernaient les États membres nordiques, plus soucieux de l'environnement et de la santé publique.

3/ Un regain d'activisme au profit de l'intégration européenne

À partir de 2004, alors que l'ensemble des institutions européennes convergent politiquement¹⁹⁵⁰ et que l'intégration économique devient le fer de lance de l'Europe sur le mode néolibéral, l'activisme judiciaire fait un retour remarqué et ce, dans plusieurs domaines dans lesquels la Cour est appelée à intervenir¹⁹⁵¹. Dans le domaine de la libre circulation des marchandises, cela se manifeste à travers trois exemples, que je présenterai par ordre chronologique et non par ordre d'importance.

D'abord, dans l'arrêt *Karner*¹⁹⁵², tout en appliquant la jurisprudence *Keck et Mithouard*, la Cour est revenue à son arrêt *Pistre*¹⁹⁵³. L'arrêt *Guimont*¹⁹⁵⁴ – et ses distinctions entre mesure discriminatoire et mesure indistinctement applicable aux fins de l'applicabilité des règles de la libre circulation des marchandises – n'aura donc constitué qu'une parenthèse le temps que dura l'Europe rose. Comme le mentionne Anne Rigaux, « en matière de libre circulation des marchandises, l'absence de tout élément d'extranéité constitue désormais un argument voué à l'échec »¹⁹⁵⁵ ; ce qu'a implicitement confirmé l'arrêt *Douwe Egberts*¹⁹⁵⁶.

Ensuite, toujours à l'égard de situations purement internes et dans le cadre des règles de la libre circulation des marchandises, mais cette fois-ci s'agissant d'une taxe d'effet

de deux mois était insuffisante et « [...] il n'a, en l'espèce, pas été établi de manière concluante que les autorités autrichiennes, en élaborant le règlement litigieux, aient suffisamment étudié le point de savoir si l'objectif de réduction des émissions de polluants pouvait être atteint par d'autres moyens moins restrictifs de la liberté de circulation et s'il existait effectivement une solution de remplacement réaliste permettant d'assurer le transport des marchandises concernées par d'autres modes de transport ou d'autres itinéraires routiers » (point 89 des motifs).

¹⁹⁵⁰ Voir, *supra*, page 185.

¹⁹⁵¹ Voir, pour des exemples, D. SIMON, *loc. cit.*, note 1917, 1.

¹⁹⁵² *Précité*, note 1866.

¹⁹⁵³ Voir les points 19 à 21 des motifs de cet arrêt. La façon dont la Cour a effectué ce retour est toutefois particulièrement contestable sur le plan de la motivation juridique, en citant – à tort – l'arrêt *Guimont*. Voir, pour une analyse pointue de cet arrêt au regard notamment de ce point critiquable, le commentaire d'Anne RIGAUX, (mai 2004) *Europe comm.* 131, que j'appuie entièrement.

¹⁹⁵⁴ *Précité*, note 1838.

¹⁹⁵⁵ A. RIGAUX, *loc. cit.*, note 1953, comm. 131.

¹⁹⁵⁶ *Précité*, note 1874. Il avait été invoqué dans cet affaire que l'élément d'extranéité faisait défaut, tous les faits du litige au principal étant concentrés sur le territoire belge. Dans ses conclusions dans l'affaire *Douwe Egberts*, *précitées*, note 1876, rendues avant l'arrêt *Karner*, l'Avocat général L. A. GEELHOED avait préconisé l'application de la « solution Pistre » selon une formulation qui semble

équivalant à un droit de douane (interdite en vertu de l'article 23 du traité CE), la Cour a fait appel à la notion de marché intérieur au sens de l'article 14 du traité CE « mobilisé pour la première fois explicitement par la Cour »¹⁹⁵⁷. Dans l'arrêt du 9 septembre 2004, *Carbonati Apuani*¹⁹⁵⁸, la Cour a en effet affirmé aux points 23 et 24 des motifs :

« Il doit encore être relevé que, en 1986, l'Acte unique européen a inséré dans le traité CEE un article 8 A (devenu article 7 A du traité CE, lui-même devenu, après modification, article 14 CE) qui fixait comme objectif l'établissement d'un marché intérieur avant le 31 décembre 1992. Or, l'article 14, paragraphe 2, CE définit le marché intérieur comme "un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée", sans que cette disposition fasse une distinction entre frontières interétatiques et intra-étatiques.

Dès lors que les articles 23 CE et suivants doivent être lus en combinaison avec l'article 14, paragraphe 2, CE, l'absence de taxes – tant interétatiques qu'intra-étatiques – présentant les caractéristiques d'un droit de douane ou d'une taxe d'effet équivalent constitue une condition préalable indispensable à la réalisation d'une union douanière dans laquelle la libre circulation des marchandises est assurée. »¹⁹⁵⁹

Or ce recours à la notion du marché intérieur, combiné avec les articles 23 et suivants du traité CE, est susceptible d'être étendu aux autres règles de la libre circulation des marchandises, dont celles relatives aux mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives. À cet égard, il convient de rapporter les observations éclairées d'une commentatrice attentive de la jurisprudence de la Cour :

« La formulation retenue emporte des conséquences particulièrement globales. En premier lieu, en se référant aux articles 23 et suivants, on ne voit pas ce qui empêcherait juridiquement d'étendre le raisonnement mené ici par la Cour aux obstacles non tarifaires aux échanges, c'est-à-dire à l'intégralité du contenu du titre I de la troisième partie du traité (art. 23 à 31). Quant au concept de "marché intérieur", il est analysé par le juge communautaire comme un espace qui postule la disparition des frontières intérieures, sans que soit opérée une quelconque distinction entre les frontières interétatiques et intra-étatiques. »¹⁹⁶⁰

d'ailleurs avoir inspiré la Cour dans l'arrêt *Karner* (voir le point 63 des conclusions, p. I-7028, à comparer avec le point 20, pp. I-3061-3062, de l'arrêt *Karner*, précité, note 1866).

¹⁹⁵⁷ Anne RIGAUX, *loc. cit.*, note 21, comm. 350 qui commente longuement l'arrêt *Carbonati Apuani*.

¹⁹⁵⁸ Aff. C-72/03, *Rec.* 2004, p. I-8027.

¹⁹⁵⁹ *Id.*, points 23 et 24 des motifs, pp. I-8060-8061.

¹⁹⁶⁰ A. RIGAUX, *loc. cit.*, note 21, comm. 350.

Le fait que la Cour ait cité également sa jurisprudence en matière de situations purement internes applicable aux mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative renforce cette impression qu'il pourrait s'agir d'une approche globale de la Cour. Anne Rigaux en conclut :

« [...] il semble bien que la Cour s'arroge donc dorénavant, en se fondant sur l'unicité du concept du marché intérieur, qui diffère juridiquement clairement de l'habituelle notion de marché commun ou d'union douanière, caractérisée principalement pour sa part par l'abolition des frontières et des [entraves aux] échanges entre les États membres, le titre à qualifier directement toutes espèces de restrictions – tarifaires ou non – au commerce des marchandises [que ces dernières soient destinées au marché national ou au marché des autres États membres]. [...] Si tel est le sens de la novation introduite par la Cour, conduisant à lire conjointement les dispositions techniques prohibitives du traité relatives aux libertés fondamentales et celles de l'article 14 CE relative à la notion de "marché intérieur", la question qui subsiste est cependant celle de savoir ce qui, à l'avenir, pourrait échapper à l'emprise de la jurisprudence communautaire. »¹⁹⁶¹

Au regard du risque d'une subséquente augmentation des recours initiés par les opérateurs économiques (contre leurs législations nationales) qu'une telle solution pourrait engendrer, l'auteure se demande si la Cour ne sera pas amenée, pour refermer la boîte de Pandore qu'elle vient d'ouvrir, à recourir à « une sorte d'arrêt *Keck et Mithouard* des situations purement internes »¹⁹⁶². Pour ma part, je retiens surtout de cet arrêt qu'il s'inscrit parfaitement dans le projet d'une majorité d'États membres de faire de l'Europe un grand marché, tout en répondant aux positions libre-échangistes de la Commission et aux attentes des opérateurs économiques, européens comme nationaux.

Enfin, dans l'arrêt du 10 novembre 2005, *Commission/Portugal*¹⁹⁶³, le Portugal soumettait à une procédure d'homologation des produits de construction sans tenir compte des certificats d'homologation délivrés par des organismes de certification dans d'autres États membres. Le Portugal soutenait qu'il se conformait à une directive communautaire¹⁹⁶⁴, ce que la Cour n'a pas admis. Classiquement cette exigence d'homologation nationale contrevenait au principe de reconnaissance mutuelle (des certificats d'homologation) issu de

¹⁹⁶¹ *Id.*

¹⁹⁶² *Id.*

¹⁹⁶³ Aff. C-432/03, *Rec.* 2005, p. I-9665. Voir, sur les spécificités techniques de cette affaire, Aude BOUVERESSE, (janvier 2006) *Europe comm.* 13.

¹⁹⁶⁴ La directive 89/106/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant les produits de construction (JO L 40 du 11.01.1989).

la jurisprudence *Cassis de Dijon*¹⁹⁶⁵ et constituait une mesure d'effet équivalent. Selon une jurisprudence constante, cette double homologation ne pouvait être justifiée par la protection de la santé et la vie des personnes prévue à l'article 30 du traité CE car, en faisant double emploi, elle ne satisfaisait pas aux conditions de nécessité et de proportionnalité. La Cour, dans cet arrêt, est toutefois allée au-delà de sa démarche habituelle, suivant en cela le point de vue de l'Avocat général Geelhoed¹⁹⁶⁶. Elle a tiré du principe de proportionnalité une obligation de coopération à la charge des organismes d'homologation (entre eux) et des États membres tenus de les surveiller¹⁹⁶⁷. Selon la Cour, ce devoir de coopération découle, dans le contexte d'une demande d'homologation d'un produit importé d'un autre État membre, des articles 28 et 30 du traité CE¹⁹⁶⁸. Comme le note pertinemment Aude Bouveresse, la Cour, par l'intermédiaire du respect du principe de proportionnalité, a ainsi favorisé l'harmonisation en dehors du champ d'application de la directive¹⁹⁶⁹. Ce faisant, la Cour a aussi concouru activement aux efforts menés par la Commission pour relancer l'harmonisation technique et renforcer la normalisation européenne dans le but d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur et la compétitivité de l'industrie européenne¹⁹⁷⁰.

Ces deux derniers arrêts sont particulièrement intéressants quant aux possibilités d'intervention futures qu'ils offrent à la Cour pour intensifier l'intégration économique européenne. Le premier par la voie du concept du marché unique. Le second par la voie du principe de proportionnalité, principe présent dans l'ensemble de la jurisprudence de la Cour¹⁹⁷¹. Ils illustrent que l'activisme n'effraie plus.

L'arrêt *Carbonati Apuani* vient en outre conforter l'unité politique présente au sein des institutions européennes – après l'élection d'un Parlement européen (à droite) en juin 2004 et la désignation le 29 juin 2004 du conservateur José Manuel Durão Barroso à la tête de la Commission – comme entre une majorité d'États membres.

¹⁹⁶⁵ Voir, *supra*, à la page 291.

¹⁹⁶⁶ Voir les points 46 et 47, pp. I-9680-9681, des conclusions de l'Avocat général Leendert A. GEELHOED, présentées le 8 septembre 2005 dans cette affaire, *Rec.* 2005, p. I-9668.

¹⁹⁶⁷ Point 47 des motifs de l'arrêt, *précité*, note 1963 et A. BOUVERESSE, *loc. cit.*, note 1963, comm. 13.

¹⁹⁶⁸ *Id.*, point 49 des motifs de l'arrêt.

¹⁹⁶⁹ A. BOUVERESSE, *loc. cit.*, note 1963, comm. 13.

¹⁹⁷⁰ Voir les communications de la Commission, du 7 mai 2003, intitulée *Améliorer l'application des directives "nouvelle approche"* (COM(2003) 240) et du 18 octobre 2004, sur le rôle de la normalisation européenne dans le cadre des politiques et de la législation européennes (COM(2004) 674).

¹⁹⁷¹ Voir sur ce principe Walter VAN GERVEN, « Les principes de "subsidiarité, proportionnalité et coopération" en droit communautaire européen », dans M. PEREZ GONZALEZ (dir.), *op. cit.*, note

En définitive, ces derniers arrêts nous montrent une Cour particulièrement bienveillante pour les intérêts économiques, lesquels sont déjà largement soutenus par les autorités communautaires¹⁹⁷² et une majorité d'États membres. Pour autant, le citoyen européen n'est pas complètement absent de la jurisprudence de la Cour. Ses attentes – qui apparaissent ces dernières années, dans le domaine de la libre circulation des marchandises, davantage comme des inquiétudes – sont prises en compte par la Cour dans sa mise en balance des intérêts concernés. C'est particulièrement le cas s'agissant de la santé publique, ça l'est un peu moins en ce qui concerne l'environnement.

En ce qui concerne les autres auditoires, on constate que durant cette dernière période, la Cour est généralement en phase avec ses avocats généraux, qui bien souvent la soutiennent, voire l'encouragent, dans son activisme. Par ailleurs, la « subsidiarité juridictionnelle » auquel elle a eu régulièrement recours ces dernières années paraît avoir séduit les juridictions nationales comme en témoigne un Conseil d'État français nouvellement convaincu de sa mission de juge communautaire de droit commun¹⁹⁷³. La doctrine, quant à elle, approuve majoritairement la jurisprudence de la Cour sur le fond. Elle exprime, par contre, son désaccord avec le manque de rigueur juridique de la Cour, fréquent dans sa jurisprudence à partir de la fin de 1998. La doctrine tente généralement d'expliquer cette liberté que la Cour prend avec la « rectitude terminologique » et la rigueur du raisonnement juridique par le besoin de cette dernière d'accélérer le traitement des affaires (et d'alléger le prétoire surchargé), ou par une recherche d'une certaine unité, dans la manière d'appréhender les entraves à la libre circulation, avec les autres libertés de circulation¹⁹⁷⁴. J'avancerai une explication additionnelle : à partir de 2004, était peut-être visée une jurisprudence qui se voulait plus accessible et compréhensible pour les citoyens, ainsi que pour les tribunaux des nouveaux États membres adhérents, moins au fait de la « sémantique communautaire ».

1035, p. 1281 ; Gráinne DE BÚRCA, « The Principle of Proportionality and Its Application in EC Law », (1993/1994) *Yearbook of European Law* 105.

¹⁹⁷² Les entreprises sont en effet choyées par les politiques communautaires dès 1992 (*cf.*, *supra*, note 158), notamment par différents programmes de financement européen (*cf.*, *supra*, notes 236 et 652). Elles l'ont été encore davantage ces dernières années, avec le dialogue entre la Communauté et les entreprises depuis 1997 (voir, *supra*, page 181) et, particulièrement à partir de 2000, avec la valorisation de l'esprit d'entreprise (voir, *supra*, notes 653 et 784).

¹⁹⁷³ Le Conseil d'État a rendu, fin 2006 et début 2007, trois arrêts majeurs relativement à l'impact du droit communautaire sur le droit français : voir, pour plus de précisions, Denys SIMON, « Europe du droit, Europe des juges », (mars 2007) *Europe* 3. Cette nouvelle attitude du Conseil d'État français tranche particulièrement avec celle qui le caractérisait jusqu'alors. Il était connu pour être une des juridictions suprêmes nationales les plus jalouses de ses prérogatives nationales et de son « indépendance » judiciaire face au droit communautaire.

¹⁹⁷⁴ Voir, par exemple, A. DULMET, *loc. cit.*, note 1887, comm. 78.

En guise de conclusion sur l'ensemble de la jurisprudence post-Keck, il est intéressant de dresser un bref bilan – révélateur – des tendances qui l'ont traversée au regard de la composition de la Cour. À partir de l'année 1994, plusieurs juges, qui comptent parmi les plus grands défenseurs de la jurisprudence *Keck et Mithouard*¹⁹⁷⁵, ont été remplacés par des juges le plus souvent nommés par des gouvernements conservateurs¹⁹⁷⁶. Tout en gardant à l'esprit que ce constat reste au niveau des conjonctures, ce changement de composition a eu, selon moi, une incidence non négligeable sur l'orientation jurisprudentielle de la Cour. En effet, le sens que la Cour a donné à ses arrêts à partir de cette date apparaît, à quelques exceptions près, étroitement lié à sa composition. La Cour semble alors divisée entre deux camps : les « pro-Keck » et les « libre-échangistes »¹⁹⁷⁷. Une composition majoritairement en faveur de la jurisprudence *Keck et Mithouard* dans les arrêts *Leclerc-Siplec*¹⁹⁷⁸ en février 1995, *Commission/Grèce*¹⁹⁷⁹ en juin 1995 et *Banchemo II*¹⁹⁸⁰ en décembre 1995 (ces deux derniers arrêts ayant été rendus en séance plénière) pourrait ainsi éventuellement expliquer en partie pourquoi la désapprobation, exprimée dans ces arrêts, des avocats généraux envers cette jurisprudence, n'ait pas été entendue par la Cour.

À partir de juillet 1996, soit justement au moment où la Cour allait amorcer l'encadrement de sa jurisprudence *Keck et Mithouard* et un retour à l'interventionnisme en faveur de la libre circulation des marchandises, les « libre-échangistes » ont semblé dominer en nombre à la Cour. L'arrêt *Pistre*¹⁹⁸¹ en mai 1997, l'affaire des fraises¹⁹⁸² en décembre 1997, l'arrêt *Kohll*¹⁹⁸³ en avril 1998 et l'affaire du foie gras¹⁹⁸⁴ en octobre 1998 paraissent leur être tous imputables. Les arrêts *Familiapress* et *De Agostini* semblent être le résultat d'un compromis entre ces deux « camps » presque à égalité. Il est intéressant de constater que

¹⁹⁷⁵ On pense notamment aux juges Ole Due (qui quitte la Cour en août 1994), Don Manuel Diez de Velasco (en octobre 1994) et René Joliet (en juillet 1995), puis Fernand Schockweiler (décédé en juin 1996).

¹⁹⁷⁶ Par exemple, le juge français Jean-Pierre Puissechet, le juge autrichien Peter Jann, ou le juge luxembourgeois Romain Schintgen.

¹⁹⁷⁷ Selon mes impressions, hautement spéculatives et donc sous toutes réserves, feraient partie des « pro-Keck » (ou, à tout le moins, seraient en faveur d'une interprétation plus restrictive de l'article 28 du traité CE), les juges Constantinos N. Kakouris, Gil Carlos Rodríguez Iglesias, José Carlos de Carvalho Moitinho de Almeida, Guiseppe Federico Mancini, David Alexander Ogilvy Edward et, éventuellement, le juge allemand Günter Hirsch. Seraient « libres-échangistes », les juges Paul Joan George Kapteyn, Jean-Pierre Puissechet, Peter Jann, Romain Schintgen et, possiblement, Melchior Wathelet, Leif Sevón et éventuellement Claus Christian Gulmann.

¹⁹⁷⁸ *Précité*, note 1642.

¹⁹⁷⁹ *Précité*, note 1667.

¹⁹⁸⁰ *Précité*, note 1668.

¹⁹⁸¹ *Précité*, note 1699.

¹⁹⁸² Arrêt *Commission/France*, *précité*, note 1710.

¹⁹⁸³ *Précité*, note 1727.

la corrélation entre l'orientation des décisions et la composition de la Cour s'amenuise, en revanche, selon mes observations, durant la période de « l'Europe rose ». En effet, les arrêts *Gunnar Nilsson*¹⁹⁸⁵ en novembre 1998 et *ED Srl et Italo Fenocchio*¹⁹⁸⁶ en juin 1999 ont pourtant été décidés par une très large majorité de juges en principe favorables au libre-échange. De même, si une composition semblable se trouve dans les arrêts *Bluhme*¹⁹⁸⁷ en décembre 1998 et *Schutzverband*¹⁹⁸⁸ en janvier 2000, lesquels ont davantage délimité la « solution Keck », la Cour a aussi reconnu dans ces affaires deux nouvelles exigences impératives.

Un second changement dans la composition de la Cour est intervenu entre juin 1999 et octobre 2000. Les données dont je dispose ne me permettent pas d'en tirer de véritables conclusions. Encore là – et plus encore – il s'agit de spéculations. Je serais tentée de croire que les nouveaux juges, nommés pour la plupart par des gouvernements sociaux-démocrates, pencheraient davantage pour le maintien de la jurisprudence *Keck et Mithouard*. Or plusieurs décisions viennent contredire ce point de vue et notamment les arrêts *Deutscher Apothekerverband*¹⁹⁸⁹ en décembre 2003 et *Douwe Egberts*¹⁹⁹⁰ en juillet 2004, ce qui laisse à penser que la pression des auditoires – majoritairement convertis aux idées néolibérales – l'ait emporté sur les opinions personnelles des juges, à moins que ceux-ci, comme bien souvent les gouvernements qui les ont désignés, aient été imprégnés de l'idéologie dominante. La Cour accueillera en mai 2004 dix nouveaux juges, puis deux autres en janvier 2007. Le faible nombre d'arrêts rendus par cette Cour élargie et dans lesquels l'article 28 du traité CE était concerné m'empêche toute analyse (ou même réflexion) à cet égard.

¹⁹⁸⁴ Arrêt *Commission/France*, précité, note 1708.

¹⁹⁸⁵ Précité, note 1786.

¹⁹⁸⁶ Précité, note 1818.

¹⁹⁸⁷ Précité, note 1697.

¹⁹⁸⁸ Précité, note 1803.

¹⁹⁸⁹ Précité, note 1869.

¹⁹⁹⁰ Précité, note 1874.

CONCLUSION

L'hypothèse que j'ai posée se veut une réponse à la question des déterminants de l'interventionnisme de la Cour de justice des Communautés européennes dans le domaine de la libre circulation des marchandises. J'ai vérifié si et dans quelle mesure la Cour est influencée dans son action intégrative par le contexte conjoncturel dans lequel elle s'inscrit. Mon hypothèse était que son intervention dépend des auditoires, dont les attentes (et leur poids respectif) sont elles-mêmes déterminées par le contexte conjoncturel. Mon objectif était de faire ressortir, à travers la démonstration de cette hypothèse, l'aspect plus idéologique de la prise de décision de la Cour, et d'apprécier notamment l'impact, sur la jurisprudence de la Cour, du virage néolibéral opéré à partir du début des années quatre-vingt-dix par les autorités européennes. La jurisprudence de la Cour de justice relative à l'interdiction des mesures d'effet équivalent visée à l'article 28 du traité CE reflète-t-elle les attentes des auditoires et leur adhésion progressive à l'idéologie néolibérale ?

Pour pouvoir répondre à une telle question, il me fallait dresser le portrait, si l'on peut dire, du contexte conjoncturel de la construction européenne ; ce que j'ai fait dans la première partie de ma thèse. Dans le premier chapitre, j'ai mis en évidence le fait que les thèses néolibérales, auxquelles avait adhéré durant les années quatre-vingts la majorité des États membres, avaient ensuite, par différentes voies et de multiples mécanismes, progressivement gagné le niveau européen avec notamment la « conversion » de la Commission. En effet, la pénétration du nouveau courant idéologique dans la sphère européenne ne s'est pas faite d'un seul coup. Le Conseil, dominé par les États membres d'orientation néolibérale, s'est d'abord opposé à une Commission Delors encore imprégnée des idées issues de la conjoncture précédente (et à un Parlement européen largement à gauche). Pour pouvoir insuffler le nouveau paradigme à l'échelle européenne, il fallait donc rompre avec le passé, soit avec des politiques européennes influencées en partie par des principes appartenant à une époque antérieure. Je me suis appliquée à montrer par quels procédés on s'y est pris.

Lors d'une phase transitoire, qui commença à la fin de l'année 1990 et qui s'est poursuivie durant l'année 1991, deux voies furent empruntées, une juridique et une politique. La première, avec le traité de Maastricht, fut d'agir sur les textes constitutifs ; la seconde, au moyen des conclusions du Conseil européen, fut d'orienter les politiques communautaires vers des objectifs reflétant davantage les nouvelles priorités. Compte tenu du contexte politique européen d'alors, cette double action fut ciblée, en se limitant à certains domaines

spécifiques et en restant au niveau des grands thèmes de la construction européenne. Durant cette phase transitoire, le traité de Maastricht constitua ainsi l'outil par excellence pour instiller certains dogmes néolibéraux, notamment par l'intermédiaire des dispositions sur l'Union économique et monétaire. D'ailleurs, les procédures de convergence dans les domaines économique et monétaire qu'il instaura (avec les grandes orientations des politiques économiques et les critères de convergence de Maastricht) offriront, par la suite, une voie royale pour imposer les recettes néolibérales au niveau national. Sur le plan politique, durant ces années transitoires, l'achèvement du marché intérieur devint une priorité, la convergence économique et monétaire une préoccupation constante du Conseil européen, et la politique sociale européenne cessa d'être vue comme un objectif commun (si jamais elle l'avait vraiment été un jour).

Après cette première étape, qui posa en quelque sorte les jalons de la réceptivité du nouveau courant idéologique à l'échelon européen, j'ai ensuite montré, ce qui n'avait jusqu'à pas été relevé, comment le principe de subsidiarité, consacré par le traité de Maastricht, avait été employé par les États membres, notamment par le biais du Conseil européen à partir de 1992, pour faciliter cette réceptivité sur une plus large échelle. Deux effets étaient recherchés au moyen de ce principe. Le premier était un effet « bloquant », pour mettre fin au développement de politiques européennes encore largement influencées par le précédent courant idéologique, le temps d'y substituer progressivement le paradigme néolibéral. Cela concernait particulièrement la politique sociale européenne, tandis qu'à l'égard de la politique économique et monétaire, déjà soumise aux diktats néolibéraux, la convergence des politiques nationales avait été imposée. J'ai d'ailleurs par la suite démontré qu'une fois les idées néolibérales bien implantées sur le plan européen, y compris dans le domaine social, c'est le contraire qui a prévalu, à partir de 1997. C'est en effet par des mécanismes de coopération et de convergence que les autorités communautaires ont cherché à imposer aux niveaux européen et national l'application de recettes néolibérales. Autrement dit, deux voies opposées ont été empruntées selon le degré de pénétration du dogme néolibéral au niveau communautaire : le principe de subsidiarité lorsque celui-ci était faible et des mécanismes de coopération et de convergence, respectivement lorsqu'il était modéré et élevé. Le second effet du principe de subsidiarité visait à imposer à la Commission, toujours dans ces domaines sensibles, une réduction quantitative et qualitative de la législation communautaire ainsi qu'une atténuation de sa force juridique. Les germes de la déréglementation au niveau communautaire étaient ainsi plantés. Pour légitimer la diminution de l'intervention communautaire dans le domaine social notamment, au moyen du principe de subsidiarité, les

États membres ont invoqué le concept de proximité et, assez paradoxalement, le citoyen européen (alors que ce dernier devait être le principal bénéficiaire de « l'Europe sociale »).

Les premiers signes de l'ancrage de la logique néolibérale à l'échelle communautaire sont apparus dans le discours des autorités communautaires en décembre 1993, comme l'illustrent avec éloquence le *Livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi* de la Commission et le plan d'action de lutte contre le chômage du Conseil européen de Bruxelles. Le virage néolibéral au sein de l'Europe était alors clairement amorcé. Sa concrétisation dans les politiques européennes a été ensuite facilitée par la concordance de vues entre les institutions motrices de l'Union européenne, suite au renouvellement de la Commission et au départ de Jacques Delors en décembre 1994. À partir de 1993, sous le couvert de la lutte contre le chômage, les autorités communautaires ont ainsi demandé aux États membres de procéder à des réformes structurelles pour renforcer la compétitivité de l'économie européenne. Ces réformes ont été soutenues par des mesures communautaires d'accompagnement et ont été orientées (et encadrées) par les recommandations relatives aux grandes orientations des politiques économiques (GOPE). Afin de faciliter leur mise en œuvre au niveau national, les partenaires sociaux ont été impliqués, à travers le dialogue social, dans la réforme du marché du travail et sa légitimation. Parallèlement, la dimension sociale de l'Europe disparaissait. La politique sociale européenne de générale est devenue spécifique. D'une part, elle a délaissé le droit du travail et la protection des travailleurs pour se concentrer sur l'emploi (en appliquant des recettes néolibérales). D'autre part, elle a été diluée dans différentes politiques et mesures communautaires ciblées, portant sur des sujets précis ou des groupes particuliers (telles les personnes handicapées). L'Union européenne a ainsi mis l'accent sur l'égalité des droits et des chances entre hommes et femmes, la lutte contre la discrimination ou contre l'exclusion sociale, la santé et la sécurité au travail, ou encore des mesures destinées à des groupes particuliers. Il s'agit donc de politiques de moins grande envergure et, surtout, politiquement moins sensibles que le droit du travail, mais que l'on a présenté aux citoyens européens comme répondant à leurs attentes et à leurs préoccupations quotidiennes.

Dans le second chapitre, je me suis ensuite appliquée à démontrer la consécration des idées néolibérales dans l'Union européenne et la prégnance de ce courant idéologique en dépit d'une opinion publique défavorable et des changements politiques intervenus au niveau national, avec la parenthèse sociale-démocrate. Entre la fin de l'année 1995 et la moitié de l'année 1997, face à la contestation sociale, l'Union européenne a privilégié deux voies. La première est la légitimation des mesures d'ajustement structurel demandées aux États

membres. Cette légitimation prend diverses formes. J'ai ainsi montré que les institutions européennes, et essentiellement la Commission, avaient cherché des appuis, à tous les échelons décisionnels, y compris infranationaux, pour la mise en œuvre des réformes. Les administrations nationales, régionales et locales ont été ainsi sollicitées, impliquées et responsabilisées dans cette tâche, ainsi que les partenaires sociaux. En créant une sorte de responsabilité collective, l'Union européenne allégeait par conséquent la sienne dans l'imposition des réformes « douloureuses » à entreprendre. Parallèlement, la protection sociale est réapparue dans le discours européen. J'ai néanmoins mis en lumière le fait que derrière un discours destiné à rassurer les citoyens européens, la volonté d'agir de la Commission en la matière visait en fait à réformer les systèmes nationaux de sécurité sociale pour accroître leur efficacité. Ce faisant, la Commission a ainsi « mis la table » pour les actions communautaires entreprises dans les années ultérieures, à partir de 2000.

La seconde voie a été la révision, directe et indirecte, des textes européens afin de consolider les « acquis » néolibéraux de l'Union européenne. Le pacte de stabilité budgétaire et de croissance en 1997 est ainsi venu renforcer les exigences pesant sur les États membres relativement à l'équilibre des finances publiques et à la coordination de leurs politiques économiques. Quant au traité d'Amsterdam, deux objectifs étaient à mon avis recherchés à travers la révision des textes constitutifs. Il s'agissait, d'une part, dans un effort de légitimation de la construction européenne, de présenter une Union européenne à l'écoute de ses citoyens. Aussi le traité d'Amsterdam comporte-t-il plusieurs nouvelles dispositions destinées à obtenir leur adhésion, y compris un nouveau titre sur l'emploi. D'autre part, ce traité enchâsse une vision néolibérale du marché de l'emploi basée sur l'adaptabilité de la main-d'œuvre (et des marchés du travail). La stratégie coordonnée pour l'emploi qu'il met en place (mise en œuvre par le Conseil européen extraordinaire de Luxembourg sur l'emploi en novembre 1997 avec les premières lignes directrices pour l'emploi) va ensuite servir de fondement à des réformes structurelles et à la coordination des politiques macro-économiques et des politiques de l'emploi nationales (processus de Luxembourg, de Cardiff et de Cologne).

L'arrivée au pouvoir de partis de gauche ou sociaux-démocrates dans la plupart des pays membres de l'Union européenne a peu affecté l'orientation néolibérale de l'intervention communautaire, de la fin de 1997 à 2001. Sous l'influence du premier ministre britannique, Tony Blair, particulièrement « prosélytiste » au Conseil de l'Union, le néolibéralisme européen a seulement pris des accents blairistes. La stratégie de Lisbonne en mars 2000 en est l'exemple le plus flagrant. Cette stratégie propose rien de moins qu'« une transformation

radicale de l'économie européenne », axée sur l'innovation, le renforcement des réformes économiques, ainsi que la modernisation des systèmes nationaux de sécurité sociale et d'éducation. Étonnamment, c'est ainsi sous l'égide d'un Conseil de l'Union et d'un Conseil européen dominés par les sociaux-démocrates que sera finalement accepté l'essentiel des propositions de réforme des systèmes sociaux nationaux de la Commission Santer (au collège conservateur) que cette dernière n'avait jusque-là pas réussi à faire entériner. La nouvelle Commission, avec à sa tête Romano Prodi (et un collège plus proche idéologiquement de la majorité des dirigeants européens), entrée en fonction en janvier 2000, ne modifiera guère cette tendance.

Un autre exemple de l'imprégnation des idées néolibérales au sein de l'Europe réside dans les efforts de l'Union européenne, particulièrement à partir de 1997, pour imposer largement cette doctrine, au plan européen comme national et y compris dans des domaines ne relevant pas des compétences communautaires ou dans lesquels l'action communautaire était limitée. C'est ainsi que se sont ajoutés d'autres dispositifs de coordination et de suivi des politiques nationales à ceux déjà existants (pour rappel, les deux instruments communautaires de coordination et de suivi des politiques économiques et monétaires que constituent les GOPE et le pacte de stabilité budgétaire, ainsi que les trois processus de Luxembourg (réformes des marchés du travail), Cardiff (réformes structurelles) et Cologne (dialogue macro-économique)). La méthode ouverte de coordination a ainsi été progressivement étendue de l'emploi à l'innovation et à la recherche, à la réforme économique ainsi qu'à la cohésion sociale. Parallèlement, dans le domaine de la protection sociale, une coopération renforcée a été mise en place. Or, si ces efforts ont été activement soutenus par la Commission, et un Parlement européen à droite à partir de juin 1999, ils sont essentiellement le fait des États membres, lesquels, tout en voulant garder la maîtrise du processus ont aussi acquiescé aux choix de fond. Aussi, jusqu'au 15 mars 1999, jour de la démission de la Commission Santer, la situation était donc inverse à celle qui prévalait lors de l'introduction des idées néolibérales dans la sphère européenne au début des années quatre-vingt-dix (soit un Conseil des ministres dominé par les États membres d'orientation néolibérale et une Commission plus sociale). Mais on recourt toujours à la même méthode (convergence ou coordination) et cette fois-ci, non plus pour introduire un nouveau courant idéologique au plan européen, mais pour renforcer ses effets au plan national.

À côté de ces différents instruments de coordination des politiques nationales, les instances communautaires ont largement tiré parti du dialogue social pour faciliter tant la mise en œuvre de la réforme du marché du travail que sa légitimation.

Il en a résulté un écart grandissant entre les aspirations des citoyens (qui avaient élu des gouvernements de gauche) et l'Union européenne poursuivant avec détermination ses visées néolibérales, à peine tempérées par les idées sociales-libérales britanniques et ce, en renforçant même son emprise au niveau national par divers processus de coordination et de suivi. Est particulièrement intéressante la manière dont l'Union européenne s'y est prise pour, d'une part, justifier les nouvelles orientations européennes (à mettre en œuvre au niveau national) et, d'autre part, tenter de combler le fossé existant entre elle et les citoyens européens. J'ai fait ressortir trois grandes lignes dans ces efforts de légitimation. D'abord, il fallait convaincre le citoyen européen de la nécessité des réformes néolibérales à mettre en œuvre et rechercher son adhésion. Ensuite, il fallait tenter de l'impliquer dans la réalisation de ces réformes en faisant la promotion de la responsabilité individuelle afin d'augmenter les taux d'emploi. La pression n'a alors pas seulement été mise sur les chômeurs mais également sur les salariés et, plus discrètement, sur les femmes, les personnes âgées, les personnes handicapées et les minorités. Enfin, l'Union européenne a largement mis en avant l'image d'une Union plus proche de ses citoyens. Elle a ainsi fréquemment (mais superficiellement) traité de sujets qui les intéressent ou qui les scandalisent (tel l'environnement ou la santé publique), en abordant même, le temps de l'Agenda social européen du Conseil européen de Nice en décembre 2000, certaines questions plus sociales. Elle a aussi compris tout le potentiel que recèlent les concepts de société civile et de dialogue civil.

Si cette dernière approche a été globalement maintenue par la Commission Prodi, l'arrivée – ou le retour – au pouvoir de gouvernements d'obédience conservatrice ou de centre-droite dans plusieurs États membres, durant l'année 2001 et surtout 2002, s'est traduite par un recentrage de l'action communautaire sur l'économique. L'approfondissement du marché unique par une libéralisation généralisée est alors devenu une des principales priorités de l'Union européenne, que sont venues renforcer en 2004 l'arrivée de dix nouveaux États membres et une nouvelle Commission (présidée par le conservateur José Manuel Durão Barroso). Face au désenchantement du citoyen européen vis-à-vis d'une intégration européenne principalement préoccupée par sa dimension économique et son élargissement, l'Union européenne a développé une stratégie de légitimation autour de trois axes. Le premier a été le renforcement de la sécurité en Europe, pour répondre aux inquiétudes des citoyens européens face notamment à l'immigration clandestine. Le second a été l'élaboration d'un traité établissant une Constitution pour l'Europe pour redonner un semblant de vigueur à une construction européenne dominée par les intérêts nationaux de ses membres. Le troisième axe a consisté à mettre en avant un partenariat avec la société civile et

les partenaires sociaux pour faciliter l'acceptation par ces derniers des réformes économiques et leur accélération sur le plan national.

J'ai ainsi montré dans la première partie de ma thèse comment les idées néolibérales avaient progressivement puis profondément pénétré au sein de l'Union européenne, touchant toutes les institutions et tous les organes communautaires, y compris durant la période de l'« Europe rose ». Je serais tentée de penser, au regard de la vague « bleue » qui suivit, qu'indépendamment de sa perte de confiance dans la construction européenne (ce qui n'a rien d'étonnant compte tenu de la propension des États membres eux-mêmes à n'y voir plus qu'un grand marché), le citoyen européen a été en partie gagné par ce mouvement.

Comme indiqué dans l'introduction, la présentation des auditoires de la Cour et de leurs attentes ainsi que l'analyse de la réponse de la Cour, à travers sa jurisprudence dans le domaine de la libre circulation des marchandises, ne coïncident pas exactement avec la même étendue chronologique que dans la première partie. Pour comprendre le caractère évolutif des attentes des auditoires et l'importance donnée à chaque auditoire par la Cour il me fallait en effet les apprécier sur une plus longue période de temps.

S'agissant de l'étude des auditoires et de leur attentes, les enseignements que l'on peut en tirer sont multiples. Ils se recoupent bien souvent. J'ajouterai aussi ici quelques commentaires, sous forme de bilan, issus d'une réflexion d'ensemble sur le poids de chacun dans la jurisprudence de la Cour.

Le premier et principal enseignement, qui a des répercussions sur tous les autres, est que le contexte conjoncturel apparaît effectivement à travers les attentes des auditoires. Toutefois, compte tenu de leurs caractéristiques propres, il transparaît plus chez certains auditoires que chez d'autres. C'est ainsi que généralement, et sans grand étonnement, sa présence se fait davantage sentir chez les auditoires « politiques » (soit les institutions européennes et les gouvernements nationaux non impliqués dans le litige) que chez les auditoires juridiques. La variation des attentes des auditoires en fonction du contexte conjoncturel, et notamment des courants idéologiques, est dès lors surtout apparente chez les institutions européennes et les gouvernements nationaux.

En ce qui concerne les auditoires juridiques, le facteur conjoncturel (et surtout idéologique) est particulièrement discret chez les tribunaux nationaux. Trois raisons au moins l'expliquent : l'exigence de neutralité qu'implique la fonction judiciaire ; le fait que leur présence dans le système juridictionnel communautaire soit limitée à une simple question

préjudicielle (ce qui laisse peu de place à des développements plus poussés) ; et enfin le fait que le juge national partage, le plus souvent, le même objectif que son gouvernement national, soit la compatibilité de la législation nationale avec les règles communautaires, indépendamment donc de l'idéologie dominante. Il existe toutefois des exemples contraires. La résistance de plusieurs juridictions britanniques à l'égard de la jurisprudence sur le commerce le dimanche en est une illustration.

La doctrine se distingue à cet égard des autres auditoires juridiques, étant donné qu'elle s'exprime librement. Toutefois, ses considérations politiques sont habituellement habilement dissimulées sous des considérations juridiques. Ce constat est d'ailleurs valable pour tous les arguments présentés dans le cadre judiciaire, y compris par la Cour elle-même. La sécurité juridique figure ainsi parmi les principaux arguments juridiques invoqués par la doctrine comme « paravent » de points de vue plus politiques. L'auditoire des avocats généraux présente aussi certaines particularités à ce titre. Comme pour la doctrine, leur opinion personnelle est parfois visible à travers les arguments avancés, notamment en faveur d'une interprétation large – ou au contraire restrictive – de l'interdiction des mesures d'effet équivalent prévue à l'article 28 du traité CE. La couleur politique des gouvernements nationaux qui les ont nommés peut jouer un rôle non négligeable à cet égard. Il apparaît à l'analyse que les opinions des avocats généraux et de la doctrine suivent bien souvent la même direction. Le fait qu'ils partagent des caractéristiques communes peut l'expliquer. Le recours à la doctrine, particulièrement lorsque l'avocat général s'attend à présenter des conclusions contraires à l'arrêt que rendra la Cour, en est une autre raison. Ce fut notamment le cas lorsqu'il s'est agi de critiquer l'interprétation extensive donnée à l'article 28 du traité CE par la Cour durant la seconde moitié des années quatre-vingts ou, inversement, pour critiquer la « solution Keck ».

Je note pour clôturer ce point que la conjoncture idéologique dominante est peu apparente chez les ressortissants européens compte tenu du faible poids qui leur est accordé dans le système judiciaire communautaire. Par ailleurs, les positions des opérateurs économiques, surtout de taille importante, vont de soi : ceux-ci suivent leurs intérêts économiques.

L'influence du contexte conjoncturel, et notamment idéologique, sur les auditoires de la Cour permet d'expliquer l'existence, dans leurs attentes, de contradictions au sein de chaque auditoire, ainsi qu'entre les différents auditoires, que ces derniers soient de catégories directe ou indirecte. Ces contradictions reflètent en effet les clivages idéologiques

particulièrement forts dans les périodes de « transition idéologique », lors de l'émergence des idées néolibérales en Europe. Ces clivages se manifestent dans la jurisprudence de la Cour. Ils apparaissent justement dans des cas révélateurs de l'idéologie qui a sous-tendu la décision rendue par la Cour ou des compromis qu'elle a dû effectuer. C'est précisément le cas de l'interprétation, jugée excessivement extensive par plusieurs avocats généraux et par une partie de la doctrine, du champ d'application de l'article 28 du traité CE par la Cour, à partir du milieu des années quatre-vingts et jusqu'à l'arrêt *Keck et Mithouard* en novembre 1993. Il s'agissait de situations d'entrave normale, si l'on peut dire, au commerce intracommunautaire (puisque, par définition, une réglementation réglemente et donc encadre la liberté de commercer) et où étaient en jeu des intérêts légitimes des États membres, en l'absence de discrimination des produits importés et donc en l'absence également de protectionnisme de la part de l'État concerné.

En ce qui regarde les États membres, leurs attentes ont démontré leur progressif ralliement aux idées néolibérales. D'abord, alors qu'ils étaient encore imprégnés des idées issues de la doctrine de l'État-providence, les États membres ont vu d'un très mauvais œil les jurisprudences *Dassonville* et *Cassis de Dijon*, restrictives de leurs pouvoirs réglementaires en matière de production et de commercialisation des produits. Les législations nationales reflétaient alors souvent les valeurs propres à cette époque (protection des consommateurs ou de certains opérateurs économiques plus fragiles notamment) et contrevenaient au principe fondamental de la libre circulation des marchandises prévu par le traité CE. Puis, suite à la pénétration des idées néolibérales au sein des gouvernements nationaux au cours des années quatre-vingts, ils ont admis plus facilement – et ont participé à – « l'objectif 1992 » pour l'achèvement du marché unique, mis en avant par la Commission, et une interprétation judiciaire de l'article 28 du traité CE qui l'a favorisé. Le marché unique réalisé, leurs attentes sont toutefois allées vers une réappropriation de leurs compétences résiduelles en la matière, alors que le principe de subsidiarité était invoqué pour mettre un frein à la centralisation communautaire. Une fois le courant néolibéral bien ancré sur le plan communautaire comme sur le plan national, une interprétation large du principe de la libre circulation des marchandises était à nouveau la bienvenue pour faciliter la libéralisation économique.

Vis-à-vis des institutions européennes, on retrouve également la marque du contexte conjoncturel. Les éléments plus spécifiquement politiques et économiques apparaissent avec le lancement par la Commission, en 1985, du projet du marché intérieur pour 1992 (pour relancer une construction européenne en panne et capitaliser sur la reprise économique). Les éléments plus idéologiques expliquent les contradictions, relevées ci-dessus, entre les

différentes directions générales de la Commission, particulièrement présentes sous la Commission Delors. Par la suite, la Commission a escompté de la Cour une interprétation de l'article 28 du traité CE favorable au libre-échange.

En ce qui relève de l'étude de la jurisprudence de la Cour, relative à l'interprétation de l'article 28 du traité CE, les résultats de mes recherches confirment mon hypothèse de départ et ce, tant à l'égard du contexte conjoncturel que des attentes des auditoires.

Pour ce qui est de l'influence du contexte conjoncturel sur la Cour, mes recherches m'amènent à conclure que la Cour, derrière son apparente neutralité, est beaucoup plus sensible qu'il n'y paraît au contexte conjoncturel dans lequel elle évolue. La pondération qu'elle fait entre les intérêts en présence – qui ne sont en fait que les attentes de ses auditoires – tient compte à la fois des éléments idéologiques de la conjoncture (passage de la doctrine de l'État-providence à la doctrine néolibérale), des éléments économiques de la conjoncture (crises économiques et protectionnisme des États membres), et des facteurs politiques spécifiques au contexte européen (négociation et ratification du traité de Maastricht, période de « l'Europe rose », et ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe).

Les éléments davantage idéologiques de la conjoncture s'avèrent largement prépondérants dans le cadre de la jurisprudence de la Cour relative à l'interdiction des mesures d'effet équivalent. Les éléments économiques, compte tenu de la nature économique du traité de Rome, agissent en quelque sorte comme « garde-fous » face aux tendances protectionnistes des États membres. Les facteurs politiques jouent, si l'on peut dire, les « frimes » : si la légitimité ou l'autorité de la Cour est en danger ou risque d'être durablement affaiblie ou contestée, les facteurs politiques l'emportent sur tous les autres. Voyons cela plus en détail.

Relativement au contexte idéologique, un constat semble émerger de mes recherches : lorsque le courant idéologique dominant va dans le même sens que l'orientation initiale donnée au traité de Rome, soit une libéralisation des échanges entre les partenaires européens, la Cour non seulement suit la tendance dominante mais encore la renforce. L'inverse ne se vérifie par contre pas. Je vais m'expliquer sur ces deux assertions.

En ce qui a trait à ma première assertion, c'est ainsi qu'avec une interprétation particulièrement extensive du domaine d'application de l'interdiction des mesures d'effet équivalent la Cour a soutenu, à partir de 1985, les efforts de la Commission pour

l'achèvement du marché unique pour la fin 1992. À cette époque, les États membres, majoritairement néolibéraux, avaient des attentes en faveur du libre-échange, et la Commission Delors, et surtout sa Direction Marché unique, des attentes en faveur de l'élimination des entraves techniques aux échanges intracommunautaires. Toutefois, comme je l'ai indiqué plus haut, les revendications des auditoires étaient alors très divisées, y compris au sein de chaque auditoire et y compris au sein de la Cour elle-même, en cette période de transition idéologique. Cela explique que la Cour n'ait alors pas tiré toutes les conséquences qui s'imposaient de l'applicabilité très large de l'article 28 du traité CE, à savoir la condamnation des législations nationales en cause. En effet, dans l'arrêt *Cinéthèque* en 1985, le refus de la Cour de poser des limites à l'application de l'interdiction des mesures d'effet équivalent a été tempéré par le recours à l'objectif légitime tenant à la protection de la création cinématographique. Puis, dans sa jurisprudence sur le commerce le dimanche à partir de 1989, il l'a été par un contrôle relâché du test de proportionnalité. Dans ces deux cas, la Cour a donc conclu finalement à l'admissibilité des législations nationales litigieuses au regard des règles communautaires.

Une fois les oppositions dissipées à la faveur d'un progressif ralliement des auditoires aux idées néolibérales, l'élément idéologique de la conjoncture s'est fait sentir plus clairement dans la jurisprudence de la Cour au début des années quatre-vingt-dix et ce, jusqu'à l'arrêt *Keck et Mithouard* en novembre 1993. À cette date, c'est le facteur politique qui l'a emporté jusqu'à ce que tout risque pour la légitimité et l'autorité de la Cour soit écarté et que les attentes de ses auditoires (de plus en plus majoritairement néolibérales) fassent repencher la balance. L'appui de la Cour au libre-échange semble avoir ainsi suivi *grosso modo* la pénétration de la doctrine néolibérale sur le plan européen.

L'arrêt *Keck et Mithouard* n'a donc constitué qu'une parenthèse, pour des raisons de politique judiciaire, dans la jurisprudence de la Cour largement à l'appui de la doctrine dominante. Au soutien de cette opinion, on relèvera que la retenue judiciaire adoptée alors par la Cour dans le domaine de la libre circulation des marchandises n'a pas eu d'équivalent dans les autres libertés de circulation. Au contraire, la Cour a adopté une interprétation large des règles communautaires dans le domaine de la libre prestation de services et de la libre circulation des personnes. Miguel Poyares Maduro y a d'ailleurs vu un déplacement par la Cour de son activisme judiciaire du domaine des marchandises vers des domaines dans lesquels l'intégration des marchés était à la fois moins développée et plus difficile à développer (en raison du vote à l'unanimité), particulièrement dans le domaine de la libre

circulation des personnes¹⁹⁹¹. La composition de la Cour corrobore en outre le caractère très conjoncturel (au regard des facteurs politiques) et sectoriel de l'arrêt *Keck et Mithouard*, puisque des juges « pro-Keck » n'ont pas hésité à renouer avec « l'activisme d'antan »¹⁹⁹², notamment dans le domaine du droit communautaire général¹⁹⁹³ et dans ceux de la libre prestation de services et la libre circulation des personnes.

En ce qui se réfère à la seconde assertion, il apparaît en effet que lorsque le climat idéologique n'était pas « en phase », si l'on peut dire, avec les buts économiques du traité, ces derniers ont pesé généralement plus lourd que le premier sur la jurisprudence communautaire, avec toutefois une recherche de compromis de la part de la Cour. Ce compromis prendra deux formes : la reconnaissance des exigences impératives par l'arrêt *Cassis de Dijon* en 1979 et une délimitation du champ d'application de l'interdiction prévue à l'article 28 du traité CE comme en témoigne la « jurisprudence » *Oebel/Blesgen* au début des années quatre-vingts. La Cour s'est alors montrée davantage attentive aux compétences résiduelles des États membres en matière réglementaire, les dispositions nationales reflétant souvent des préoccupations de justice sociale et économique. Il est d'ailleurs intéressant de relever à cet égard que les éléments plus spécifiquement économiques de la conjoncture se sont fait surtout sentir à cette période. Ils expliquent en partie les arrêts *Dassonville* et *Cassis de Dijon*. Comme je l'ai montré dans la première partie de ma thèse, la période de « l'Europe rose » appartient en fait davantage aux facteurs politiques qu'idéologiques de la conjoncture étant donné la prédominance de l'idéologie néolibérale. La Cour a néanmoins fait preuve d'une certaine retenue dans son interprétation de l'interdiction des mesures d'effet équivalent face aux compétences résiduelles des États membres.

S'agissant du poids respectif des auditoires auprès de la Cour, un premier enseignement, plus secondaire, se dégage, ainsi qu'un double constat, plus général, qui l'explique : d'une part, la qualité d'auditoire direct ou indirect ne permet pas de préjuger de l'importance que leur accordera la Cour ; d'autre part, les auditoires ne sont pas égaux et leur poids dépend essentiellement du contexte conjoncturel.

¹⁹⁹¹ M. P. MADURO, *op. cit.*, note 20, pp. 100-102. Voir aussi M. T. Paola CAPUTI JAMBRENGHI et Mike PULLEN, « The Use of Articles 30 and 52 to Attack Barriers to Market Access : an Overview of the ECJ's Case Law », (1996) 17 *European Competition Law Review* 388.

¹⁹⁹² H. RASMUSSEN, *op. cit.*, note 45, pp. 28-29.

¹⁹⁹³ Les arrêts du 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame III* (précités, note 1074) et du 26 mars 1996, *British Telecommunications* (précité, note 1076) ont ainsi confirmé et étendu le principe du droit à réparation des particuliers du fait de la violation du droit communautaire par leur État membre : voir, *supra*, page 251.

Pour ce qui est du premier point, j'en donnerai plusieurs exemples. Ainsi, bien que l'avocat général ait une grande importance en tant qu'auditoire direct de la Cour, la prise en compte de ses attentes par la Cour est loin d'être constante dans sa jurisprudence. En effet, cette dernière présente de longues phases dans lesquelles leurs critiques ont été ignorées, soit parce que la Commission avait un poids prééminent, reflet de la conjoncture, soit pour des raisons davantage de politique judiciaire, lors de l'application « mécanique » de la jurisprudence *Keck et Mithouard* notamment. Globalement, les avocats généraux ont en fait été écoutés soit lorsque leurs attentes venaient s'ajouter aux éléments politiques du contexte conjoncturel (lors de l'arrêt *Keck et Mithouard*), soit lorsqu'elles s'ajoutaient aux éléments idéologiques du contexte conjoncturel (notamment lors de la jurisprudence post-*Keck et Mithouard*). À l'inverse, les opérateurs économiques ont une faible importance en tant qu'auditoire direct et une grande importance dans la jurisprudence de la Cour relative à l'article 28 du traité CE. Il apparaît également que le ou les États membres intervenant dans la procédure juridictionnelle ont, dans les faits, moins de poids que l'influence indirecte (et politique) que peut avoir le Conseil en tant qu'institution européenne. Il reste néanmoins que la double qualité d'auditoire direct et indirect de la Commission avantage clairement cette dernière sur le Conseil.

En ce qui concerne mon double constat, la Commission a ainsi eu un poids prédominant dans la jurisprudence de la Cour, soit parce que ses attentes étaient confortées par les éléments davantage économiques du contexte conjoncturel (lors de l'arrêt *Cassis de Dijon*), soit parce qu'elles l'étaient par les éléments idéologiques du contexte conjoncturel (à partir de la seconde moitié des années quatre-vingts et surtout au début des années quatre-vingt-dix). Ce n'est en fait que lorsque ces éléments ont cédé le pas devant le facteur politique du contexte conjoncturel (lors de l'arrêt *Keck et Mithouard*) que la Cour est restée sourde, pour un temps, aux revendications de la Commission.

Il est intéressant, pour clôturer ce point, de constater que la Cour a essentiellement pris en considération les attentes des opérateurs économiques (surtout de grande dimension) lorsque les éléments économiques ou idéologiques du contexte conjoncturel prédominaient et les attentes des citoyens européens lorsque les facteurs politiques l'emportaient (seul cas d'ailleurs où les citoyens européens l'emportaient sur les opérateurs économiques). La prise en compte par la Cour des petits opérateurs économiques et des consommateurs apparaît davantage comme un compromis effectué par la Cour entre les éléments davantage idéologiques et les facteurs politiques du contexte conjoncturel.

Le dernier état de la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des marchandises nous montre une Cour de justice « décomplexée », tant à l'égard de la mise en balance des intérêts en présence à laquelle elle procède¹⁹⁹⁴, que de la reconnaissance de nouvelles exigences impératives, ou encore de son rôle dans l'intégration européenne. Le temps du désengagement judiciaire semble bel et bien révolu. La Cour n'hésite plus à faire preuve d'activisme dans un contexte conjoncturel, et notamment idéologique, qui lui laisse les coudées franches. Face à une Europe en perte de vitesse, on peut légitimement se demander si la Cour ne renouerait pas, consciemment ou inconsciemment, avec le rôle quasi législatif qu'elle s'était octroyé à l'époque de l'arrêt *Cassis de Dijon* pour compenser l'inaction des institutions politiques européennes (et notamment du Conseil). Les arrêts *Commission/Portugal*, du 10 novembre 2005, et *Carbonati Apuani*, du 9 septembre 2004, seraient alors les signes tangibles d'une nouvelle période faste pour la Cour de justice. Il serait intéressant de vérifier cette hypothèse à l'avenir, en la confrontant notamment avec les autres domaines du droit européen dans lesquels la Cour se prononce.

En outre, il serait d'autant plus facile pour la Cour de jouer ce rôle que les attentes des auditoires vont majoritairement dans le sens d'un marché unique renforcé. Si certains États membres s'offusquent de la place que prend (ou reprend) la Cour dans la construction européenne, ces critiques ne concernent – étonnamment – jamais le domaine de la libre circulation des marchandises. De plus, ces États membres le font généralement essentiellement pour des raisons électorales. Et je serais tentée de penser que bien des États membres, une majorité d'avocats généraux, une grande partie de la doctrine¹⁹⁹⁵ et probablement un grand nombre de juges nationaux, non seulement se satisfont de l'emprise grandissante de la Cour, mais encore l'appellent de leurs vœux. La seule menace sérieuse pour la légitimité de la Cour pourrait venir, selon moi, des citoyens, compte tenu de son absence d'imputabilité politique et de son caractère non démocratique. Or la Cour s'efforce activement depuis ces dernières années à écarter une telle éventualité en « choyant » cet auditoire. D'une part, la Cour a particulièrement veillé à reconnaître de nouveaux droits aux citoyens européens, surtout dans le cadre de la libre circulation des personnes, en invoquant

¹⁹⁹⁴ L'arrêt du 12 juin 2003, *Schmidberger*, précité, note 1934, point 81, en est un exemple révélateur (voir, *supra*, page 429).

¹⁹⁹⁵ Sont très révélatrices à cet égard les questions posées à certains membres de la Cour, à l'occasion des célébrations du cinquantenaire du traité de Rome, par Cédric Chailloux, rédacteur en chef de la revue *Europe*. Une de ces questions portait, par exemple, sur le rôle que « peut jouer la Cour à un moment où la dynamique institutionnelle peine à se poursuivre » (voir Cédric CHAILLOUX, « Dans le prétoire de l'Europe – Entretiens » (avril 2007) *Europe* 3-17, spéc. 7).

très largement le concept de citoyen européen¹⁹⁹⁶. D'autre part, la Cour a cherché à modérer les exigences de la libre circulation des marchandises avec certains intérêts légitimes (particulièrement la santé publique et parfois l'environnement). Elle a en outre admis de nouvelles exigences impératives, plus symboliques et plus visibles pour les citoyens européens, tenant à la protection des droits fondamentaux (liberté d'expression et de réunion et dignité humaine). La récente réactivation de la « solution Keck » dans ses termes initiaux, ou à tout le moins la fin apparente de « l'hémorragie » que lui causait un critère de l'accès au marché de plus en plus exploité, participe de cet effort selon moi. Aussi l'impact grandissant de la jurisprudence communautaire sur la vie quotidienne des citoyens ne m'apparaît pas seulement une conséquence du degré de pénétration du droit communautaire dans les droits internes, comme cela a pu être relevé, mais aussi le résultat d'une certaine volonté de la Cour à cet effet. Là encore, on peut se demander si la Cour ne chercherait pas, avec le concept de citoyenneté européenne, à utiliser le citoyen européen pour faire avancer la construction communautaire, comme elle l'avait fait vis-à-vis des opérateurs économiques avec le principe de l'effet direct du droit communautaire durant la « grande période »¹⁹⁹⁷ de l'activisme judiciaire européen.

Il serait particulièrement intéressant de vérifier si mon hypothèse peut s'appliquer également à l'égard des autres libertés de circulation. Par exemple, les arrêts *Grzelczyk* du 20 septembre 2001¹⁹⁹⁸ et *Trojani* du 7 septembre 2004¹⁹⁹⁹ m'apparaissent fort prometteurs à cet égard. Le premier semble un appui aux efforts des autorités européennes pour instaurer « l'espace européen d'enseignement supérieur »²⁰⁰⁰, le second incite les États membres à avancer, au sein de l'Union européenne, dans la coordination des politiques sociales, notamment en ce qui concerne les prestations sociales²⁰⁰¹.

¹⁹⁹⁶ Voir notamment les arrêts du 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.* 2001, p. I-6193 ; du 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98, *Rec.* 2002, p. I-6191 ; du 7 septembre 2004, *Trojani*, aff. C-456/02, p. I-7573 ; du 9 novembre 2006, *Turpeinen*, C-520/04, *Rec.* 2002, p. 10685.

¹⁹⁹⁷ H. RASMUSSEN, *loc. cit.*, note 133, 413-414 et note 1032, 137-139.

¹⁹⁹⁸ *Précité*, note 1996.

¹⁹⁹⁹ *Précité*, note 1996.

²⁰⁰⁰ Francis KESSLER, « Étudiants sans frontières », *Le Monde*, 12 juin 2002, p. 8. Cet auteur relève d'ailleurs que cet espace européen d'enseignement supérieur « vise à améliorer la compétitivité du système, mais également l'employabilité des diplômés, dans un contexte de mondialisation du marché de l'emploi », soit des considérations très présentes depuis le Conseil européen de Lisbonne de mars 2000, encore renforcées par le Conseil européen de Barcelone de mars 2002 (voir, *supra*, pages 121 à 124 et 133).

²⁰⁰¹ Bernard POIGNANT (député européen), « L'arrêt "Trojani" du 7 septembre 2004 sur la notion de droit de séjour », [En ligne]. <http://www.europinion.org/index.php5?page=article&id=94>.

Par ailleurs, on peut se demander si l'augmentation considérable du nombre des arrêts de manquement (qui représentent près de la moitié des arrêts rendus par la Cour)²⁰⁰² et la progression des arrêts de « manquement sur manquement »²⁰⁰³ n'auraient pas un lien avec la faible attention accordée par la Cour ces dernières années aux attentes des États membres. Ces derniers ont vu en effet leurs prérogatives diminuer, soit pour répondre aux attentes néolibérales d'une majorité d'auditoires (dont la collectivité des États membres au sein du Conseil), soit pour répondre aux revendications des ressortissants communautaires²⁰⁰⁴. Si cet accroissement des arrêts de manquement marque une certaine désinvolture de la part des États membres (se sentant moins impliqués dans une Communauté d'intérêts) à l'égard de leurs obligations communautaires, ainsi qu'une certaine défiance des États membres à l'égard de la Cour, l'attitude de cette dernière a pu également l'entretenir. La Cour semble désormais plus disposée à satisfaire les attentes des auditoires qui confortent davantage ses besoins en matière d'autorité ou de légitimité, soit les tribunaux nationaux (encouragés par la subsidiarité juridictionnelle) et les citoyens européens.

²⁰⁰² Voir Denys SIMON (novembre 2004) *Europe comm.* 40.

²⁰⁰³ Pour rappel, l'arrêt de manquement sanctionne le non-respect par un État membre de l'une des obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire et l'arrêt de « manquement sur manquement » sanctionne l'inexécution par un État membre de l'arrêt de manquement.

²⁰⁰⁴ Dans le domaine de la libre circulation des personnes, mais également en matière de responsabilité. La Cour n'a ainsi pas cessé de renforcer la responsabilité des États du fait de la violation du droit communautaire : voir, *supra*, page 251, et, pour un exemple récent, l'arrêt du 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.* 2003, p. I-10239.

BIBLIOGRAPHIE

Législation et documents communautaires

Traités

Traité instituant la Communauté économique européenne (traité CEE) ou traité de Rome signé le 25 mars 1957 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958 (298 R.T.N.U. 11) (texte originaire).

Acte unique européen signé le 14 février 1986 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987 (JO L 169 du 29.06.1987).

Traité sur l'Union européenne ou traité de Maastricht signé le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993 (JO C 191 du 29.07.1992).

Traité d'Amsterdam signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999 (JO C 340 du 10.11.1997).

Traité de Nice signé le 26 février 2001 et entré en vigueur le 1^{er} février 2003 (JO C 80 du 10.03.2001).

Versions consolidées (actuellement en vigueur) du traité sur l'Union européenne (traité UE) et du traité instituant la Communauté européenne (traité CE) (JO C 321E du 29.12.2006).

Traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004, non entré en vigueur (JO C 310 du 16.12.2004).

Protocoles

Protocole (n° 6) sur le statut de la Cour de justice annexé au traité sur l'Union européenne, au traité instituant la Communauté européenne et au traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique, conformément à l'article 7 du traité de Nice, modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, signé à Nice le 26 février 2001 (JO C 80 du 10.03.2001).

Règlements

Règlement (CE) n° 2062/94 du Conseil, du 18 juillet 1994, instituant une Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail (JO L 216 du 20.08.1994).

Règlement (CE) n° 1035/97 du Conseil, du 2 juin 1997, instituant l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes (JO L 151 du 10.06.1997).

Règlement (CE) n° 1466/97 du Conseil, du 7 juillet 1997, relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des grandes orientations des politiques économiques (article 103, paragraphe 5, du traité CE) (JO L 209 du 02.08.1997) – Bulletin UE 7/8-1997, point 1.3.17.

Règlement (CE) n° 1467/97 du Conseil, du 7 juillet 1997, visant à accélérer et à clarifier la mise en oeuvre de la procédure concernant les déficits excessifs (article 104 C, paragraphe 14, du traité CE) (JO L 209 du 02.08.1997) – Bulletin UE 7/8-1997, point 1.3.17.

Règlement (CE) n° 2679/98 du Conseil du 7 décembre 1998, relatif au fonctionnement du marché intérieur pour ce qui est de la libre circulation des marchandises entre les États membres (JO L 337 du 12.12.1998).

Règlement (CE) n° 1257/1999 du Conseil, du 17 mai 1999, concernant le soutien au développement rural par le Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (FEOGA) (JO L 160 du 26.06.1999).

Règlement (CE) n° 178/2002/CE du Parlement et du Conseil, du 28 janvier 2002, établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires (JO L 31 du 01.02.2002).

Règlement (CE) n° 1406/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 27 juin 2002, instituant une agence européenne de la sécurité maritime (JO L 157 du 07.07.1995).

Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil, du 26 octobre 2004, portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne (JO L 349 du 25.11.2004).

Directives

Directive 70/50/CEE de la Commission, du 22 décembre 1969, portant suppression des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du traité CEE (JO L 13 du 19.01.1970) (texte intégral à l'adresse Internet suivante : http://admi.net/eur/loi/leg_euro/fr_370L0050.html)

Directive 65/65/CEE du Conseil, du 26 janvier 1965, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux spécialités pharmaceutiques (JO L 22 du 09.02.1965).

Directive 75/129/CEE du Conseil, du 17 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs (JO L 48 du 22.02.1975), abrogée par la directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 (JO L 225 du 12.08.1998).

Directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements (JO L 61 du 05.03.1977), modifiée par la directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001 (JO L 82 du 22.03.2001).

Directive 79/409/CEE du Conseil, du 2 avril 1979, concernant la conservation des oiseaux sauvages (JO L 103 du 25.04.1979).

Directive 80/987/CEE du Conseil, du 20 octobre 1980, relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (JO L 283 du 28.10.1980), modifiée par la directive 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002 (JO L 270 du 08.10.2002).

- Directive 89/106/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant les produits de construction (JO L 40 du 11.01.1989).
- Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, relatives à l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail (JO L 183 du 29.06.1989).
- Directive 90/394/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents cancérigènes au travail (JO L 196 du 27.07.1990).
- Directive 91/383/CEE du Conseil, du 25 juin 1991, complétant la mise en oeuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs ayant une relation de travail à durée déterminée ou une relation de travail intérimaire (JO L 206 du 29.07.1991) – Bulletin CE 6-1991, point 1.2.102.
- Directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages (JO L 206 du 22.07.1992).
- Directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (JO L 307 du 13.12.1993).
- Directive 94/33/CE du Conseil, du 22 juin 1994, relative à la protection des jeunes au travail (JO L 216 du 20.08.1994).
- Directive 94/45/CE du Conseil, du 22 septembre 1994, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs (JO L 254 du 30.09.1994).
- Directive 96/34/CE du Conseil, du 3 juin 1996, concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES (JO L 145 du 19.06.1996).
- Directive 97/81/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES (JO L 14 du 20.01.1998).
- Directive 99/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES (JO L 175 du 10.07.1999).
- Directive 2000/13/CE du Parlement et du Conseil, du 20 mars 2000, relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires (JO L 109 du 06.05.2000).
- Directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (JO L 180 du 19.07.2000).
- Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303 du 02.12.2000).
- Directive 2001/86/CE du Conseil, du 8 octobre 2001, complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs (JO L 294 du 10.11.2001).

- Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 2002, établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne (JO L 80 du 23.03.2002).
- Directive 2002/59/CE du Parlement européen et du Conseil, du 27 juin 2002, relative à la mise en place d'un système communautaire de suivi du trafic des navires et d'information (JO L 276 du 13.10.1998).
- Directive 2002/90/CE du Conseil, du 28 novembre 2002, définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (JO L 328 du 05.12.2002).
- Directive 2003/41/CE du Parlement européen et du Conseil, du 3 juin 2003, concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (JO L 235 du 23.09.2003).
- Directive 88/2003/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (JO L 299/9 du 18.11.2003).
- Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (JO L 143 du 30.4.2004).
- Directive 2004/81/CE du Conseil, du 29 avril 2004, relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes (JO L 261 du 06.08.2004).
- Directive 2004/82/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers (JO L 261 du 06.08.2004).

Décisions

- Décision 1999/363/CE de la Commission, du 3 juin 1999, concernant des mesures de protection contre la contamination par la dioxine de certains produits d'origine animale (JO L 141 du 04.06.1999).
- Décision 1999/368/CE de la Commission, du 4 juin 1999, concernant des mesures de protection contre la contamination par la dioxine des produits d'origine animale destinés à la consommation humaine (JO L 143 du 05.06.1999).
- Décision 93/626/CE du Conseil, du 25 octobre 1993, concernant la conclusion de la convention sur la diversité biologique (JO L 309 du 13.12.1993).
- Décision 1999/207/CE du Conseil, du 9 mars 1999, réformant le comité permanent de l'emploi et abrogeant la décision 70/532/CEE (JO L 072 du 18.03.1999).
- Décision 2000/436/CE du Conseil, du 29 juin 2000, instituant un comité de protection sociale (JO L 172 du 12.7.2000) – Bulletin UE 6-2000, point I.3.18.
- Décision 2000/750/CE du Conseil, du 28 novembre 2000, qui établit un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006) (JO L 303 du 02.12.2000).

- Décision 819/2000/CE du Conseil, du 20 décembre 2000, relative à un programme pluriannuel pour les entreprises et l'esprit d'entreprise, en particulier pour les petites et moyennes entreprises (PME) (2001-2005) (JO L 333 du 29.12.2000).
- Décision 50/2002/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 décembre 2001, établissant un programme d'action communautaire pour encourager la coopération entre les États membres visant à lutter contre l'exclusion sociale (2002-2006) (JO L 10 du 12.01.2002).
- Décision 50/2002/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 décembre 2001, établissant un programme d'action communautaire pour encourager la coopération entre les États membres visant à lutter contre l'exclusion sociale (2002-2006) (JO L 10 du 12.01.2002).
- Décision 2004/573/CE du Conseil, du 29 avril 2004, relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus (JO L 261 du 06.08.2004).
- Décision 2004/100/CE du Conseil, du 26 octobre 2004, établissant un programme d'action communautaire pour la promotion de la citoyenneté européenne active (participation civique) (JO L 30 du 04.02.2004).
- Décision-cadre 2002/475/JAI, du 13 juin 2002, relative à la lutte contre le terrorisme (JO L 164 du 22.06.2002).
- Décision-cadre 2002/584/JAI, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (JO L 190 du 18.07.2002).
- Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil, du 28 novembre 2002, visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (JO L 328 du 05.12.2002).
- Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil, du 6 avril 2005, établissant, pour la période 2007-2013, le programme « Citoyens pour l'Europe » visant à promouvoir la citoyenneté active (COM(2005) 116).

Recommandations

- Recommandation 2001/893/CE de la Commission, du 7 décembre 2001, établissant les principes pour l'utilisation de « SOLVIT » (JO L 331 du 15.12.2001).
- Recommandation 92/441/CEE du Conseil, du 24 juin 1992, portant sur les critères communs relatifs à des ressources et prestations suffisantes dans les systèmes de protection sociale (JO L 245 du 26.08.1992).
- Recommandation 92/442/CEE du Conseil, du 27 juillet 1992, relative à la convergence des objectifs et des politiques de protection sociale (JO L 245 du 26.08.1992).
- Recommandation 98/376/CE du Conseil, du 4 juin 1998, sur une carte de stationnement pour personnes handicapées (JO L 167 du 12.06.1998).

Grandes orientations des politiques économiques (GOPE)

- Recommandation de la Commission, du 30 mars 1999, concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté (COM(1999) 143) – Bulletin UE 3-1999, point 1.3.2.
- Recommandation 94/7/CE du Conseil, du 22 décembre 1993, concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté (JO L 7 du 11.01.1994) – Bulletin CE 12-1993, point 2.2.1.
- Recommandation 94/480/CE du Conseil, du 11 juillet 1994, concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté (JO L 200 du 03.08.1994) – Bulletin UE 7/8-1994, point 2.2.1.
- Recommandation 95/326/CE du Conseil, du 10 juillet 1995, concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté (JO L 191 du 12.08.1995) – Bulletin UE 7/8-1995, points 1.3.6 et 2.2.1.
- Recommandation 96/431/CE du Conseil, du 8 juillet 1996, concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté (JO L 179 du 18.07.1996) – Bulletin UE 7/8-1996, points 1.3.6 et 2.4.1.
- Recommandation 97/479/CE du Conseil, du 7 juillet 1997, concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté (JO L 209 du 02.08.1997) – Bulletin UE 7/8-1997, points 1.3.14 et 2.2.1.
- Recommandation 98/454/CEE du Conseil, du 6 juillet 1998, concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté (JO L 200 du 16.07.1998) – Bulletin UE 7/8-1998, point 2.3.1.
- Recommandation 1999/570/CE du Conseil, du 12 juillet 1999, concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté (JO L 217 du 17.08.1999 et Bulletin UE 7/8-1999, point 1.3.1).
- Recommandation 2000/517/CE du Conseil, du 19 juin 2000, concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté (JO L 210 du 21.08.2000) – Bulletin UE 7/8-2000, point 1.3.2.
- Recommandation 2001/483/CE du Conseil, du 15 juin 2001, concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté (2001) (JO L 179 du 02.07.2001) – Bulletin UE 6-2001, point 1.3.3.
- Recommandation 2003/555/CE du Conseil du 26 juin 2003 sur les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté (pour la période de 2003 à 2005) (JO L 195 du 01.08.2003).

Lignes directrices

Communication de la Commission, du 1^{er} octobre 1997, concernant des propositions de lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres en 1998 (COM(97) 497) – Bulletin UE 10-1997, point I.2.222.

Lignes directrices pour l'emploi en 1998, Annexe aux conclusions du Conseil européen extraordinaire de Luxembourg sur l'emploi des 20 et 21 novembre 1997 – Bulletin UE 11-1997, points I.6.49 à I.10.79.

Résolution du Conseil, du 15 décembre 1997, sur les lignes directrices pour l'emploi en 1998 (JO C 30 du 28.01.1998) – Bulletin UE 12-1997, point I.2.258.

Résolution du Conseil, du 22 février 1999, sur les lignes directrices pour l'emploi en 1999 (JO C 69 du 12.03.1999) – Bulletin UE 1/2-1999, points 1.3.19 et 2.2.1.

Lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, Décision 578/2003 du Conseil, du 22 juillet 2003 (JO L 197 du 05.08.2003).

Lignes directrices intégrées pour la croissance et l'emploi (2005-2008), Annexe II aux conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 16 et 17 juin 2005 – Bulletin UE 6-2005, point I.26.

Résolutions

Résolution du Conseil, du 21 janvier 1974, relative au programme d'action sociale (JO C13 du 12.02.1974).

Résolution du Conseil, du 14 avril 1975, concernant un programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs (JO C 92 du 25.04.1975).

Résolution du Conseil, du 7 mai 1985, concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation (JO C 136 du 04.06.1985).

Résolution du Conseil et des Ministres des Affaires sociales réunis au sein du Conseil, du 29 septembre 1989, concernant la lutte contre l'exclusion sociale (JO C 227 du 31.10.1989).

Résolution du Conseil, du 30 juin 1993, sur les régimes de retraite flexibles (JO C 188 du 10.07.1993).

Résolution du Conseil, du 27 mars 1995, relative à la transposition et à l'application de la législation sociale communautaire (JO C 168 du 04.07.1995).

Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 5 octobre 1995, relative à la lutte contre le racisme et la xénophobie dans le domaine de l'emploi et des affaires sociales (JO C 296 du 10.11.1995).

Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 2 décembre 1996, sur le rôle des systèmes de protection sociale dans la lutte contre le chômage (JO C 386 du 20.12.1996).

Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 20 décembre 1996, concernant l'égalité des chances pour les personnes handicapées (JO C 12 du 13.01.1997).

- Résolution du Conseil et des ministres chargés de la jeunesse, réunis au sein du Conseil, du 8 février 1999, relative à la participation des jeunes (JO C 42 du 17.02.1999).
- Résolution du Conseil, du 17 juin 1999, sur l'égalité des chances en matière d'emploi pour les personnes handicapées (JO C 186 du 02.07.1999).
- Résolution du Conseil et des ministres de la jeunesse réunis au sein du Conseil, du 17 décembre 1999, concernant le sport comme élément de l'éducation informelle dans le cadre des programmes de la Communauté européenne en faveur de la jeunesse (JO C 8 du 12.01.2000).
- Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 14 décembre 2000, relative à l'intégration sociale des jeunes (JO C 374 du 28.12.2000).
- Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 28 juin 2001, visant à favoriser chez les jeunes le sens de l'initiative, l'esprit d'entreprise et la créativité : de l'exclusion à l'émancipation (JO C 196 du 12.07.2001).
- Résolution du Conseil et des ministres chargés de la jeunesse, du 27 juin 2002, relative au cadre de la coopération européenne dans le domaine de la jeunesse (JO C 168 du 13.07.2002).
- Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 15 juillet 2003, concernant la promotion de l'emploi et de l'intégration sociale des personnes handicapées (JO C 175 du 24.07.2003).
- Résolution du Conseil et des ministres chargés de la jeunesse, du 25 novembre 2003, concernant les objectifs communs en matière de participation et information des jeunes (JO C 295 du 05.12.2003).
- Résolution du Parlement européen sur le Conseil européen de Lisbonne (JO C 241 du 21.09.92) – Bulletin CE 7/8-1992, point 1.1.1.
- Résolution du Parlement européen, du 4 juillet 1996, relative au rapport du groupe d'experts indépendants de simplification des textes législatifs, réglementaires et administratifs de la Communauté (« Déréglementation ») (COM(95) 288) (texte intégral à l'adresse Internet suivante :
<http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/pv2?LISTING=AfficheTout&PRG=CALDOC&FILE=960704&LANGUE=FR&TPV=DEF#Title7>, consultée le 4 mai 2004).
- Résolution du Parlement européen, du 29 novembre 1995, sur le rapport annuel de la Commission sur l'emploi (JO C 339 du 18.12.1995) – Bulletin UE 11-1995, point 1.3.183).
- Résolution du Parlement européen, des 20-21 novembre 1997, portant contribution du Parlement européen à la réunion extraordinaire du Conseil européen consacrée à l'emploi (JO C 339 du 10.11.1997) – Bulletin UE 10-1997, point 1.2.225.
- Résolution du Parlement européen, du 19 novembre 1997, sur le rapport de la Commission *L'emploi en Europe* – 1997 (JO C 371 du 08.12.1997) – Bulletin UE 11-1997, point 1.3.197.
- Résolution du Parlement européen, du 4 mai 1999, relative à la recommandation de la Commission concernant les grandes orientations des politiques économiques pour 1999 – Bulletin UE 5-1999, point 1.2.2.

Résolution du Parlement européen, du 25 octobre 2000, sur la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions sur l'Agenda pour la politique sociale (COM(2000) 379 – C5-0508/2000 – 2000/2219(COS)) (texte intégral à l'adresse Internet suivante : http://www.europarl.eu.int/hearings/20000821/empl/pdf/pv_fr.pdf).

Résolution du Parlement européen, du 6 juillet 2000, sur les conclusions du Conseil européen de Santa Maria da Feira des 19 et 20 juin 2000 – Bulletin UE 7/8-2000, point 1.9.2.

Communications

Communication interprétative de la Commission, du 3 octobre 1980, sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 "Cassis de Dijon" (JO C 256 du 03.10.1980).

Communication de la Commission, du 12 avril 1995, relative à un programme d'action sociale à moyen terme (1995-1997) (COM(95) 134) – Bulletin UE 4-1995, point 1.3.126.

Communication de la Commission, du 11 octobre 1995, sur les tendances et l'évolution des systèmes d'emploi dans l'Union européenne (COM(95) 465) – Bulletin UE 10-1995, point 1.3.211.

Communication de la Commission, du 31 octobre 1995, concernant l'avenir de la protection sociale : cadre pour un débat européen (COM(95) 466).

Communication de la Commission, du 13 décembre 1995, sur le racisme, la xénophobie et l'antisémitisme (COM(95) 653).

Communication de la Commission, du 5 juin 1996, intitulée *Action pour l'emploi en Europe : un pacte de confiance* – Bulletin UE 6-1996, point 1.3.2 et Bulletin UE Supplément 4/96, p. 11.

Communication de la Commission, du 30 juillet 1996, sur l'égalité des chances pour les personnes handicapées, une nouvelle stratégie pour la Communauté européenne (COM(96) 406).

Communication de la Commission, du 18 septembre 1996, concernant le développement du dialogue social au niveau communautaire (COM(96) 448).

Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 30 octobre 1996, sur l'impact et l'efficacité du marché unique (COM(96) 520) – Bulletin UE 10-1996, point 1.3.17.

Communication de la Commission, du 12 mars 1997, relative à la modernisation et à l'amélioration de la protection sociale en Europe (COM(97) 102) (texte intégral à l'adresse Internet suivante : http://ec.europa.eu/employment_social/social_protection/docs/com102_fr.pdf).

Communication de la Commission, du 16 avril 1997, sur l'étalonnage des performances compétitives - la mise en oeuvre d'un instrument à la disposition des opérateurs et des pouvoirs publics (COM(97) 153) – Bulletin UE 4-1997, point 1.3.97.

Communication de la Commission au Conseil européen d'Amsterdam, du 4 juin 1997, intitulée *plan d'action en faveur du marché unique* (CSE(97) 1) – Bulletin UE 6-1997, point 1.3.41.

- Communication de la Commission, du 6 juin 1997, sur la promotion du rôle des associations et fondations en Europe (COM(97) 241).
- Communication de la Commission, du 12 novembre 1997, sur les politiques communautaires au service de l'emploi (COM(97) 611) – Bulletin UE 11-1997, point 1.3.191.
- Communication de la Commission, du 25 mars 1998, sur un plan d'action européen contre le racisme (COM(98) 183).
- Communication de la Commission, du 20 mai 1998, intitulée *Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire* (COM(98) 322).
- Communication de la Commission au Conseil européen de Cardiff, du 27 mai 1998, sur une stratégie d'intégration de l'environnement dans les politiques de l'Union européenne (COM(98) 333).
- Communication de la Commission, du 25 novembre 1998, relative à la modernisation de l'organisation du travail : une approche positive du changement (COM(98) 592).
- Communication de la Commission, du 21 avril 1999, sur les politiques communautaires en faveur de l'emploi (COM(99) 167).
- Communication de la Commission, du 11 mai 1999, intitulée *Vers un marché unique pour les retraites complémentaires* (COM(99) 134).
- Communication de la Commission, du 21 mai 1999, intitulée *Vers une Europe pour tous les âges – Promouvoir la prospérité et la solidarité entre les générations* (COM(99) 221).
- Communication de la Commission, du 14 juillet 1999, relative à une stratégie concertée pour moderniser la protection sociale (COM(99) 347) – Bulletin UE 7/8-1999, point 1.3.6 (texte intégral à l'adresse Internet suivante : http://ec.europa.eu/comm/employment_social/social_protection/docs/com99-347_fr.pdf).
- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 5 octobre 1999, sur la stratégie pour le marché intérieur (COM(99) 464).
- Communication de la Commission au Conseil européen de Lisbonne, du 8 décembre 1999, intitulée *eEurope - Une société de l'information pour tous* (COM(99) 687).
- Communication de la Commission au Parlement et au Conseil, du 24 novembre 1999, intitulée *La stratégie pour le marché intérieur* (COM(99) 624).
- Communication de la Commission, du 2 février 2000, sur le recours au principe de précaution (COM(2000) 1).
- Communication de la Commission, du 1^{er} mars 2000, *Construire une Europe de l'inclusion* (COM(2000) 79).
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 21 mars 2000, sur la sécurité maritime du transport pétrolier (COM(2000) 142).
- Communication de la Commission au Parlement et au Conseil, du 3 mai 2000, intitulée *Réactualisation 2000 sur la stratégie pour le marché intérieur* (COM(2000) 257).
- Communication de la Commission, du 7 juin 2000, intitulée *Vers une stratégie-cadre communautaire en matière d'égalité entre les femmes et les hommes (2001-2005)* (COM(2000) 335).

- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions, du 28 juin 2000, intitulée *Vers un nouvel agenda pour la politique sociale* (COM(2000) 379).
- Communication révisée de la Commission, du 20 septembre 2000, sur les services d'intérêt général (COM(2000) 580).
- Communication de la Commission, du 27 septembre 2000, sur les indicateurs structurels (COM(2000) 594) – Bulletin UE 9-2000, point 1.3.1.
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social, du 11 octobre 2000, intitulée *L'évolution à venir de la protection sociale dans une perspective à long terme : des pensions sûres et viables* (COM(2000) 622).
- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 22 novembre 2000, intitulée *Vers une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile* (COM(2000) 755).
- Communication de la Commission, du 22 novembre 2000, sur la politique communautaire sur l'immigration (COM(2000) 757).
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 6 décembre 2000, sur un deuxième train de mesures communautaires en matière de sécurité maritime suite au naufrage du pétrolier Erika (COM(2000) 802).
- Communication de la Commission pour le Conseil européen de Stockholm de mars 2001, du 13 mars 2001, intitulée *eEurope 2002 : Impacts et priorités* (COM(2001) 140).
- Communication de la Commission au Parlement et au Conseil, du 11 avril 2001, intitulée *Réactualisation 2001 sur la stratégie pour le marché intérieur - Coopérer pour entretenir la dynamique* (COM(2001) 198).
- Communication de la Commission, du 8 mai 2001, sur le rôle de l'Union européenne dans la promotion des droits de l'homme et de la démocratisation dans les pays tiers (COM(2001) 252).
- Communication de la Commission, du 15 mai 2001, intitulée *Une Europe durable pour un monde meilleur : stratégie de l'Union européenne pour le développement durable* (COM(2001) 264).
- Communication de la Commission, du 20 juin 2001, intitulée *Politiques sociales et de l'emploi : un cadre pour investir dans la qualité* (COM(2001) 313).
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions, du 27 juin 2001, sur un nouveau cadre de coopération pour la politique d'information et de communication de l'Union européenne (COM(2001) 354) (texte intégral à l'adresse Internet suivante : http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/cnc/2001/com2001_0354fr01.pdf).
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social, du 3 juillet 2001 : *Une approche intégrée au service des stratégies nationales visant à garantir des pensions sûres et viables* (COM(2001) 362).

- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 15 novembre 2001, concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine (COM(2001) 672).
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions, du 27 novembre 2001, un système efficace de résolution des problèmes dans le Marché intérieur (COM(2001) 702).
- Communication de la Commission, du 5 décembre 2001, intitulée *L'avenir des soins de santé et des soins pour les personnes âgées : garantir l'accessibilité, la qualité et la viabilité financière* (COM(2001) 723).
- Communication de la Commission, du 5 décembre 2001, intitulée *Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire* (COM(2001) 726).
- Communication de la Commission, du 11 mars 2002, relative à la stratégie communautaire de santé et de sécurité au travail (2002-2006) (COM(2002) 118).
- Communication de la Commission au Parlement et au Conseil, du 11 avril 2002, intitulée *Réactualisation 2002 sur la stratégie pour le marché intérieur – Tenir les engagements* (COM(2002) 171).
- Communication de la Commission, du 7 mai 2002, intitulée *Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne* (COM(2002) 233).
- Communication de la Commission, du 28 mai 2002, intitulée *Plan d'action eEurope 2005 : une société de l'information pour tous* (COM(2002) 263).
- Communication de la Commission, du 5 juin 2002, intitulée *Gouvernance européenne: mieux légiférer* (COM(2002) 275).
- Communication de la Commission, du 5 juin 2002, intitulée *Plan d'action « simplifier et améliorer l'environnement réglementaire »* (COM(2002) 278).
- Communication de la Commission, du 26 juin 2002, intitulée *Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement* ((COM(2002) 341).
- Communication de la Commission, du 2 juillet 2002, concernant la responsabilité sociale des entreprises : une contribution des entreprises au développement durable (COM (2002) 347).
- Communication de la Commission, du 3 septembre 2002, concernant la rationalisation des cycles annuels de coordination de la politique économique et de la politique de l'emploi (COM(2002) 487).
- Communication de la Commission, du 2 octobre 2002, sur une stratégie d'information et de communication pour l'Union européenne (COM(2002) 350).
- Communication de la Commission, du 11 décembre 2002, intitulée *Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue - proposition relative aux principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées* (COM(2002) 704).
- Communication de la Commission, du 14 janvier 2003, concernant l'avenir de la stratégie européenne pour l'emploi (COM(2003) 6) (texte intégral à l'adresse Internet suivante : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2003/com2003_0006fr01.pdf).

- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au comité des régions, du 27 mars 2003, intitulée *Renforcement de la dimension sociale de la stratégie de Lisbonne : Rationalisation de la coordination ouverte dans le domaine de la protection sociale* (COM(2003) 261 – JO L 314 du 13.10.2004) (texte intégral à l'adresse Internet suivante : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2003/com2003_0261fr01.pdf).
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité Économique et Social européen et au Comité des Régions, du 7 mai 2003, intitulée *Stratégie pour le marché intérieur – Priorités 2003 – 2006* (COM(2003) 238).
- Communication de la Commission, du 7 mai 2003, intitulée *Améliorer l'application des directives "nouvelle approche"* (COM(2003) 240).
- Communications de la Commission, des 1^{er} octobre et 11 novembre 2003, intitulées *Une initiative européenne pour la croissance - Investir dans les réseaux et la connaissance pour soutenir la croissance et l'emploi* (rapport intermédiaire et final au Conseil européen) (COM(2003) 579 et COM(2003) 690).
- Communication de la Commission, du 30 octobre 2003, relative à un plan d'action européen (2004-2010) sur l'égalité des chances pour les personnes handicapées (COM(2003) 650).
- Communication de la Commission, du 21 novembre 2003, intitulée *Les enjeux clés de la compétitivité en Europe - Vers une approche intégrée* (COM(2003) 704).
- Communication de la Commission, du 26 novembre 2003, intitulée *Amélioration de la qualité de l'emploi : un examen des derniers progrès accomplis* (COM(2003) 728).
- Communication de la Commission, du 28 janvier 2004, intitulée *Promouvoir les technologies au service du développement durable : plan d'action de l'Union européenne en faveur des écotecnologies* (COM(2004) 38).
- Communication de la Commission, du 20 avril 2004, intitulée « suivi du processus de réflexion à haut niveau sur la mobilité des patients et l'évolution des soins de santé dans l'Union européenne » (COM(2003) 261).
- Communication de la Commission, du 20 avril 2004, intitulée *Une politique de concurrence proactive pour une Europe compétitive* (COM(2004) 293).
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 30 avril 2004, intitulée *Santé en ligne - améliorer les soins de santé pour les citoyens européens : plan d'action pour un espace européen de la santé en ligne* (COM(2004) 356).
- Communication de la Commission, du 11 août 2004, sur la mise en œuvre de la stratégie d'information et de communication concernant l'euro et l'Union économique et monétaire (COM(2004) 552).
- Communication de la Commission, du 12 août 2004, intitulée *Partenariat pour le changement dans une Europe élargie, renforcer la contribution du dialogue social européen* (COM(2004) 557)

(texte intégral à l'adresse Internet suivante : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2004/com2004_0557fr01.pdf).

Communication de la Commission, du 18 octobre 2004, sur le rôle de la normalisation européenne dans le cadre des politiques et de la législation européennes (COM(2004) 674).

Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 2 novembre 2004, intitulée *Plan d'action : l'agenda européen de la politique de l'esprit d'entreprise* (COM(2004) 70).

Communication de la Commission, du 26 janvier 2005, intitulée *Objectifs stratégiques 2005-2009 - Europe 2010 : un partenariat pour le renouveau européen - Prospérité, solidarité et sécurité* (COM(2005) 12).

Communication de la Commission au Conseil européen de printemps, du 7 février 2005, intitulée *Travaillons ensemble pour la croissance et l'emploi – Un nouvel élan pour la stratégie de Lisbonne* (COM(2005) 24).

Communication de la Commission, du 9 février 2005, sur l'agenda social (COM(2005) 33) (texte intégral à l'adresse Internet suivante : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2005/com2005_0024fr01.pdf).

Communication de la Commission, du 16 mars 2005, intitulée *Améliorer la réglementation en matière de croissance et d'emploi dans l'Union européenne* (COM(2005) 97).

Communication de la Commission, du 20 avril 2004, intitulée *Moderniser la protection sociale pour le développement de soins de santé et de soins de longue durée de qualité, accessibles et durables : un appui aux stratégies nationales par la « méthode ouverte de coordination »* (COM(2004) 304).

Communication de la Commission, du 10 mai 2005, intitulée *Le programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années - Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice* (COM(2005) 184).

Communication de la Commission, du 30 mai 2005, sur les politiques européennes de la jeunesse intitulée *Répondre aux préoccupations des jeunes Européens - Mise en œuvre du pacte européen pour la jeunesse et promotion de la citoyenneté active* (COM(2005) 206 et JO C 236 du 29.09.2005).

Communication de la Commission, du 1^{er} juin 2005, intitulée *i2010 - Une société de l'information pour la croissance et l'emploi* (COM(2005) 229).

Communication de la Commission, du 20 juillet 2005, intitulée *Actions communes pour la croissance et l'emploi : le programme communautaire de Lisbonne* (COM(2005) 330).

Communication de la Commission, du 13 octobre 2005, intitulée *Contribution de la Commission à la période de réflexion et au-delà - Le plan D comme démocratie, dialogue et débat* (COM(2005) 494 et JO C 49 du 28.02.2006).

Communication de la Commission, du 21 octobre 2005, sur une méthode commune de l'Union européenne pour l'évaluation des coûts administratifs imposés par la législation (COM(2005) 518).

Communication de la Commission, du 25 octobre 2005, intitulée *Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : une stratégie de simplification de l'environnement réglementaire* (COM(2005) 535).

Communication de la Commission au Parlement européen, du 20 octobre 2005, intitulée *Les valeurs européennes à l'ère de la mondialisation. Contribution de la Commission à la réunion d'octobre des chefs d'État et de gouvernement* (COM(2005) 525).

Communication de la Commission, du 22 décembre 2005, intitulée *Un nouveau cadre pour la coordination ouverte des politiques de protection sociale et d'inclusion sociale* (COM(2005) 706) (texte intégral à l'adresse Internet suivante : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2005/com2005_0706fr01.pdf).

Communication de la Commission au Conseil européen de printemps, du 25 janvier 2006, intitulée *Passons à la vitesse supérieure - Le nouveau partenariat pour la croissance et l'emploi* (JO C 67 du 18.03.2006, COM(2006) 30) – Bulletin UE 1/2-2006, point 1.2.5 (texte intégral à l'adresse Internet suivante : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2006/com2006_0030fr01.pdf).

Communication de la Commission, du 22 mars 2006, intitulée *Mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises* (COM(2006)136).

Communication de la Commission, du 10 mai 2006, intitulée *Un projet pour les citoyens – Produire des résultats pour l'Europe* (COM(2006) 211) – Bulletin UE 5-2006, point 1.1.2.

Livres de la Commission

Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur – Un espace sans frontières intérieures, juin 1985 (COM(85) 310) – Bulletin CE 6-1985, points 1.3.1 à 1.3.9.

Livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi – Les défis et les pistes pour entrer dans le XXI^e siècle, du 5 décembre 1993 (COM(93) 700) – Bulletin CE 12-1993, point 1.2.44 et Bulletin CE Supplément 6/93, p. 8.

Livre blanc sur la politique sociale européenne – Une voie à suivre pour l'Union, juillet 1994 (COM(94) 333) – Bulletin UE 7/8-1994, point 1.2.163.

Livre blanc sur la sécurité alimentaire, du 12 janvier 2000 (COM(1999) 719).

Livre blanc sur la gouvernance européenne, du 25 juillet 2001 (COM(2001) 428 et JO C 287 du 12.10.2001) – Bulletin UE 7/8 2001, point 1.1.2.

Livre blanc – Un nouvel élan pour la jeunesse européenne, du 21 novembre 2001 (COM(2001) 681).

Livre blanc sur les services d'intérêt général, du 12 mai 2004 (COM(2004) 374).

Livre blanc sur une politique de communication européenne, du 1^{er} février 2006 (COM(2006) 35).

Livre vert sur la politique sociale européenne – Options pour l'Union, novembre 1993 (COM(93) 551) – Bulletin CE 11-1993, point 1.2.119.

Livre vert sur la libéralisation des infrastructures des télécommunications et des réseaux de télévision par câble – Première partie : principe et calendrier, octobre 1994 (COM(94) 440).

Livre vert sur la libéralisation des infrastructures de télécommunications et des réseaux de télévision par câble – Deuxième partie : Une approche commune de la fourniture d'infrastructures de télécommunications au sein de l'Union européenne, janvier 1995 (COM(94) 682) – Bulletin UE 1/2-1995, point 1.3.101.

Livre vert – Partenariat pour une nouvelle organisation du travail, du 16 avril 1997 (COM(97) 128).

Livre vert sur les retraites complémentaires dans le marché unique, du 10 juin 1997 (COM(97) 283).

Livre vert – Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, juillet 2001 (COM(2001) 366).

Livre vert – L'esprit d'entreprise en Europe, 21 janvier 2003 (COM(2003) 27).

Livre vert sur les services d'intérêt général, du 21 mai 2003 (COM(2003) 270).

Livre vert – Face aux changements démographiques, une nouvelle solidarité entre générations, du 16 mars 2005 (COM(2005) 94).

Conclusions du Conseil européen

Conclusions du Conseil européen de Milan, des 28 et 29 juin 1985 – Bulletin CE 6-1985, points 1.2.1 à 1.2.10.

Conclusions du Conseil européen de Hanovre des 27 et 28 juin 1988 – Bulletin CE 6-1988, point 1.1.1 à 1.1.4.

Conclusions du Conseil européen de Rhodes des 2 et 3 décembre 1988 – Bulletin CE 12-1988, point 1.1.4.

Conclusions du Conseil européen de Madrid des 26 et 27 juin 1989 – Bulletin CE 6-1989, points 1.1.1 à 1.1.24.

Conclusions du Conseil européen de Strasbourg, des 8 et 9 décembre 1989 – Bulletin CE 12-1989, points 1.1.1 à 1.1.28.

Conclusions du Conseil européen de Dublin du 28 avril 1990 – Bulletin CE 4-1990, points I.1 à I.16.

Conclusions du Conseil européen de Dublin des 25 et 26 juin 1990 – Bulletin CE 6-1990, points I.1 à I.42.

Conclusions du Conseil européen de Rome des 14 et 15 décembre 1990 – Bulletin CE 12-1990, points I.1 à I.31.

Conclusions du Conseil européen de Luxembourg des 28 et 29 juin 1991 – Bulletin CE 6-1991, points I.1 à I.47.

Conclusions du Conseil européen de Maastricht des 9 et 10 décembre 1991 – Bulletin CE 12-1991, points I.1 à I.19.

Conclusions du Conseil européen de Lisbonne des 26 et 27 juin 1992 – Bulletin CE 6-1992, points I.1 à I.42.

- Conclusions du Conseil européen de Birmingham du 16 octobre 1992 – Bulletin CE 10-1992, points I.1 à I.10.
- Conclusions du Conseil européen d'Édimbourg des 11 et 12 décembre 1992 – Bulletin CE 12-1992, aux points I.1 à I.88.
- Conclusions du Conseil européen de Copenhague des 21 et 22 juin 1993 – Bulletin CE 6-1993, points I.1 à I.42.
- Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 10 et 11 décembre 1993 – Bulletin CE 12-1993, points I.1 à I.19.
- Conclusions du Conseil européen de Corfou des 24 et 25 juin 1994 – Bulletin UE 6-1994, points I.1 à I.29.
- Conclusions du Conseil européen de Bruxelles (réunion extraordinaire) du 15 juillet 1994 – Bulletin UE 7-1994, point I.1.
- Conclusions du Conseil européen d'Essen des 9 et 10 décembre 1994 – Bulletin UE 12-1994, points I.1 à I.55.
- Conclusions du Conseil européen de Cannes des 26 et 27 juin 1995 – Bulletin UE 6-1995, points I.1 à I.58.
- Conclusions du Conseil européen de Madrid des 16 et 17 décembre 1995 – Bulletin UE 12-1995, points I.1 à I.100.
- Conclusions du Conseil européen de Turin du 29 mars 1996 – Bulletin UE 3-1996, points I.1 à I.9.
- Conclusions du Conseil européen de Florence des 21 et 22 juin 1996 – Bulletin UE 6-1996, points I.1 à I.131.
- Conclusions du Conseil européen de Dublin des 13 et 14 décembre 1996 – Bulletin UE 12-1996, points I.1 à I.38.
- Conclusions du Conseil européen d'Amsterdam des 16 et 17 juin 1997 – Bulletin UE 6-1997, points I.1 à I.31.
- Conclusions du Conseil européen extraordinaire de Luxembourg sur l'emploi des 20 et 21 novembre 1997 – Bulletin UE 11-1997, points I.1 à I.10.
- Conclusions du Conseil européen de Luxembourg des 13 et 14 décembre 1997 – Bulletin UE 12-1997, points I.1 à I.21.
- Conclusions du Conseil européen de Cardiff des 15 et 16 juin 1998 – Bulletin UE 6-1998, points I.1 à I.35.
- Conclusions du Conseil européen de Vienne des 11 et 12 décembre 1998 – Bulletin UE 12-1998, points I.1 à I.32.
- Conclusions du Conseil européen de Berlin (réunion extraordinaire) des 24 et 25 mars 1999 – Bulletin UE 3-1999, points I.1 à I.44.
- Conclusions du Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999 – Bulletin UE 6-1999, points I.1 à I.65.
- Conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 – Bulletin UE 10-1999, points I.1 à I.16.

- Conclusions du Conseil européen d'Helsinki des 11 et 12 décembre 1999 – Bulletin UE 12-1999, points I.1 à I.27.
- Conclusions du Conseil européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000 – Bulletin UE 3-2000, points I.1 à I.22.
- Conclusions du Conseil européen de Santa Maria da Feira des 19 et 20 juin 2000 (dit aussi Conseil européen de Feira) – Bulletin UE 6-2000, points I.1 à I.58.
- Conclusions du Conseil européen de Nice des 7, 8 et 9 décembre 2000, Bulletin UE 12-2000, points I.1 à I.37.
- Conclusions du Conseil européen de Stockholm des 23 et 24 mars 2001 – Bulletin UE 3-2001, points I.1 à I.41.
- Conclusions du Conseil européen de Göteborg des 15 et 16 juin 2001 – Bulletin UE 6-2001, points I.1 à I.44.
- Conclusions du Conseil européen extraordinaire de Bruxelles du 21 septembre 2001 – Bulletin UE 9-2001, points I.1 à I.21.
- Conclusions du Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001 – Bulletin UE 12-2001, points I.1 à I.26.
- Conclusions du Conseil européen de Barcelone des 15 et 16 mars 2002 – Bulletin UE 3-2002, points I.1 à I.59.
- Conclusions du Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2002 – Bulletin UE 6-2002, points I.1 à I.33.
- Conclusions du Conseil européen de Copenhague des 12 et 13 décembre 2002 – Bulletin UE 10-2002, points I.1 à I.19.
- Conclusions du Conseil européen extraordinaire de Bruxelles du 17 février 2003 – Bulletin UE 1/2-2003, point I.1.
- Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 20 et 21 mars 2003 – Bulletin UE 3-2003, points I.1 à I.49.
- Conclusions du Conseil européen de Thessalonique des 19 et 20 juin 2003 – Bulletin UE 6-2003, points I.1 à I.56.
- Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 16 et 17 octobre 2003 – Bulletin UE 6-2003, points I.1 à I.35.
- Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 12 et 13 décembre 2003 – Bulletin UE 12-2003, points I.1 à I.37.
- Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 25 et 26 mars 2004 – Bulletin UE 3-2004, points I.1 à I.50.
- Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 17 et 18 juin 2004 – Bulletin UE 6-2004, points I.1 à I.29.
- Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 4 et 5 novembre 2004 – Bulletin UE 11-2004, points I.1 à I.52.

Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 16 et 17 décembre 2004 – Bulletin UE 12-2004, points I.1 à I.25.

Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 22 et 23 mars 2005 – Bulletin UE 3-2005, points I.18 à I.39.

Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 16 et 17 juin 2005 – Bulletin UE 6-2005, points I.1 à I.30.

Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 15 et 16 décembre 2005 – Bulletin UE 6-2005, points I.1 à I.32.

Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 23 et 24 mars 2006 – Bulletin UE 3-2006, points I.1 à I.25.

Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 15 et 16 juin 2006 – Bulletin UE 3-2006, points I.1 à I.18.

Déclarations, résolutions et autres documents adoptés par le Conseil européen :

Agenda social européen, Annexe I des conclusions du Conseil européen de Nice des 7, 8 et 9 décembre 2000, Bulletin UE 12-2000, points I.1 à I.37.

Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs adoptée le 9 décembre 1989 par le Conseil européen de Strasbourg, des 8 et 9 décembre 1989 – Bulletin CE 12-1989, points I.1.1 à I.1.28, au point I.1.10.

Charte européenne des petites entreprises adoptée par le Conseil européen de Feira de juin 2000, Annexe III des conclusions de la présidence – Bulletin UE 6-2000.

Décision du Conseil européen de Cologne concernant l'élaboration d'une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Annexe IV aux conclusions de la présidence – Bulletin UE 6-1999, point I.64.

Déclaration du Conseil européen sur les impératifs de l'environnement, Annexe II des conclusions du Conseil européen de Dublin en juin 1990 – Bulletin CE 6-1990, point I.36.

Déclaration de Birmingham : une Communauté proche de ses citoyens, Annexe I aux conclusions du Conseil européen extraordinaire de Birmingham du 16 octobre 1992 – Bulletin CE 10-1992, point I.8.

Déclaration d'Édimbourg sur une approche globale de l'application par le Conseil du principe de subsidiarité et de l'article 3 B du traité sur l'Union européenne, Annexe I à la partie A des conclusions du Conseil européen d'Édimbourg de décembre 1992 – Bulletin CE 12-1992, points I.15-I.22, ainsi que l'Annexe II à la partie A : Subsidiarité – Exemples de réexamen de propositions en instance et de législations en vigueur, point I.23.

Déclaration sur la promotion de la reprise économique en Europe (ou initiative de croissance d'Édimbourg), Annexe 4 à la Partie A des conclusions du Conseil européen d'Édimbourg de décembre 1992 – Bulletin CE 12-1992, point I.30.

- Déclaration de Dublin sur l'emploi : le défi du chômage*, Annexe II aux conclusions du Conseil européen de Dublin de décembre 1996 – Bulletin UE 12/1996, point I.36.
- Déclaration sur la sûreté alimentaire*, Annexe II aux conclusions du Conseil européen de Luxembourg des 13 et 14 décembre 1997 – Bulletin UE 12-1997, point I.20.
- Déclaration du Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999 concernant le renforcement de la politique européenne commune en matière de sécurité et de défense et rapport de la présidence sur le renforcement de la politique européenne commune en matière de sécurité et de défense, Annexe III aux conclusions de la présidence – Bulletin UE 6-1999, points I.58 et I.59-I.63.
- Déclaration du Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999 sur le Kosovo, Annexe V aux conclusions de la présidence – Bulletin UE 6-1999, point I.65.
- Déclaration du millénaire du Conseil européen d'Helsinki de décembre 1999, Annexe I aux conclusions de la présidence – Bulletin UE 12-1999, point I.27.
- Déclaration du Conseil européen de Stockholm de mars 2001 sur le changement climatique, Annexe II aux conclusions de la présidence – Bulletin UE 3-2001.
- Déclaration du Conseil européen sur la contribution de la PESC, y compris la politique européenne de sécurité et de défense (PESD), à la lutte contre le terrorisme* – Annexe V des conclusions du Conseil européen de Séville de juin 2002, point I.31.
- Déclaration sur la non-prolifération des armes de destruction massive*, Annexe II des conclusions du Conseil européen de Thessalonique des 19 et 20 juin 2003 – Bulletin UE 6-2003, point I.56
- Déclaration sur les principes directeurs du développement durable*, Annexe I des conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 16 et 17 juin 2005 – Bulletin UE 3-2006, points I.25.
- Déclaration sur la lutte contre le terrorisme (adoptée par le Conseil européen des 25 et 26 mars 2004 ; non annexée aux conclusions) – Bulletin UE 3-2004, point I.28.
- Déclaration des chefs d'État ou de gouvernement des États membres de l'Union européenne sur la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe (Conseil européen des 16 et 17 juin 2005)* (non annexée aux conclusions) – Bulletin UE 06-2005, point I.30.
- Pacte européen pour la jeunesse*, Annexe I des conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 22 et 23 mars 2005 – Bulletin UE 3-2005, points I.14 à I.17.
- Pacte européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes*, Annexe II des conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 23 et 24 mars 2006 – Bulletin UE 3-2006, point I.13.
- Politique globale en matière de transparence, Annexe I aux conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 15 et 16 juin 2006 – Bulletin UE 3-2006, point I.11.
- Projet de résolution du Conseil européen sur le pacte européen pour l'emploi – Annexe I aux conclusions du Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999 – Bulletin UE 6-1999, point I.40.
- Rapport de la présidence, du 31 mai 1999, intitulé *Pacte européen pour l'emploi : coopération plus étroite en vue de favoriser l'emploi et les réformes économiques en Europe* (dit encore rapport

au Conseil européen sur le pacte européen pour l'emploi), Annexe I aux conclusions du Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999 – Bulletin UE 6-1999, point I. 44.

Rapport de la présidence au Conseil européen sur l'action extérieure de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le terrorisme, Annexe I des conclusions du Conseil européen de Thessalonique des 19 et 20 juin 2003 – Bulletin UE 6-2003, points I.42 à I.55.

Règles d'organisation des travaux du Conseil européen, Annexe I et *Mesures concernant la structure et le fonctionnement du Conseil*, Annexe II des conclusions du Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2002 – Bulletin CE 6-2002, point I.27.

Résolution sur le pacte de stabilité et de croissance du Conseil européen d'Amsterdam des 16 et 17 juin 1997), Annexe I aux conclusions de la présidence (JO C 236 du 02.08.1997) – Bulletin UE 6-1997, point I.27.

Résolution sur la croissance et l'emploi du Conseil européen d'Amsterdam des 16 et 17 juin 1997, Annexe I aux conclusions de la présidence (JO C 236 du 02.08.1997) – Bulletin UE 6-1997, point I.28.

Résolution sur la coordination des politiques économiques au cours de la troisième phase de l'Union économique et monétaire et sur les articles 109 et 109 B du traité du Conseil européen de Luxembourg des 13 et 14 décembre 1997 - Annexe I aux conclusions de la présidence (JO C 35 du 2.02.1998) – Bulletin UE 12-1997, point I.19.

Rapports

Quinzième rapport sur la politique de concurrence de la Commission, Bruxelles, 1985.

Rapport économique annuel 1985-1986 de la Commission, intitulé *Une stratégie de coopération pour la croissance et l'emploi* – Bulletin CE 10-1985, points 1.3.1 et 1.3.3.

Rapport de la Commission sur la protection sociale en Europe (1993) (COM(93) 531).

Rapport de la Commission sur la protection sociale en Europe (1995) (COM(95) 457).

Rapport de la Commission, du 8 janvier 1997, sur les rémunérations équitables (COM(96) 698).

Premier rapport de la Commission, du 14 octobre 1998, sur les taux d'emploi (1998), intitulé *Performances des États membres dans le domaine de l'emploi* (COM(98) 572) – Bulletin UE 10-1998, point 1.2.10.

Rapport de la Commission au Conseil européen de Vienne, du 2 décembre 1998, intitulé *Les moyens d'améliorer la comparabilité de statistiques permettant de suivre et d'évaluer les progrès réalisés dans la stratégie européenne pour l'emploi* (COM(98) 698) – Bulletin UE 12-1998, point 1.2.20.

Rapport de la Commission, du 21 mars 2000, sur la protection sociale en Europe en 1999 (COM(2000)163) – Bulletin UE 3-2000, point 1.3.22.

Premier rapport conjoint du Conseil et de la Commission sur l'emploi au Conseil européen de Madrid de décembre 1995, intitulé *Mise en oeuvre de l'approche adoptée par*

l'Union européenne dans le domaine de l'emploi, Annexe 2 des conclusions du Conseil européen de Madrid de décembre 1995 – Bulletin UE 12-1995, points I.50 à I.54.

Deuxième rapport conjoint du Conseil et de la Commission sur l'emploi en Europe en 1996 au Conseil européen de Dublin, décembre 1995 – Bulletin UE 12-1996, point I.3.210.

Rapport conjoint du Conseil et de la Commission sur un système de pensions adéquat et durable, du 7 mars 2003 – Bulletin UE 3-2003, point I.3.30.

Rapport du Conseil au Conseil européen de Nice, du 28 novembre 2000, intitulé *Les indicateurs structurels : un outil pour de meilleures politiques structurelles*, [en ligne]. http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/misc/13217.f0.html (consulté le 20 mai 2006).

Rapport du Conseil européen au Parlement européen sur les progrès de l'Union européenne en 1995 (en application de l'article D du traité sur l'Union européenne) – Bulletin UE 7/8-1996, point 2.2.1.

Rapport du comité de la protection sociale (CPS), octobre 2001 (texte intégral à l'adresse Internet suivante : http://ec.europa.eu/employment_social/news/2002/jan/report_ind_fr.pdf).

Rapport du comité de l'emploi sur les indicateurs relatifs à la qualité de l'emploi, approuvé par le Conseil « emploi et affaires sociales » le 3 décembre 2001 puis présenté au Conseil européen de Laeken de décembre 2001 (texte intégral à l'adresse Internet suivante : <http://meta.fgov.be/pdf/pd/frdf19.pdf>).

Deuxième rapport du groupe consultatif sur la compétitivité : *Améliorer la compétitivité européenne*, décembre 1995 – Bulletin UE 12-1995, point I.3.2.

Troisième rapport du groupe consultatif sur la compétitivité : *Améliorer la compétitivité européenne*, juin 1996 – Bulletin UE 6-1996, point I.3.5.

Rapport du groupe de haut niveau, intitulé *Relever le défi : la stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi*, Bruxelles, 3 novembre 2004 (texte intégral à l'adresse Internet suivante : <http://ec.europa.eu/growthandjobs/pdf/2004-1866-FR-complet.pdf>).

Rapport de la présidence sur l'état des travaux de la conférence intergouvernementale (doc. CONF 3860/1/96 rév. 1), Annexes aux conclusions de la présidence – Bulletin UE 6-1996, point I.83.

Autres documents

Accord interinstitutionnel, du 25 octobre 1993, sur les procédures de mise en œuvre du principe de subsidiarité (JO C 329 du 06.12.1993) – Bulletin CE 10-1993, points I.6.3 et 2.2.2.

Accord des ministres des finances sur la révision du pacte de stabilité et de croissance, intitulé *Améliorer la mise en œuvre du pacte de stabilité et de croissance - Rapport du Conseil au Conseil européen*, Annexe II des conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 25 et 26 mars 2004 – Bulletin UE 3-2004, points I.18 à I.39.

- Action commune 96/443/JAI, du 15 juillet 1996, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'action contre le racisme et la xénophobie (JO L 185 du 24.07.1996).
- Avis commun, du 3 juillet 1992, sur une nouvelle stratégie de coopération pour la croissance de l'emploi.
- Avis de la Commission, du 1^{er} septembre 1993, sur une rémunération équitable (COM(93) 388).
- Avis du Comité économique et social, du 2 mars 1999, sur la communication de la Commission relative à une stratégie concertée pour moderniser la protection sociale – Bulletin UE 3-1999, point 1.3.20.
- Avis d'initiative du Comité économique et social, du 2 mars 2000, sur le thème « Emploi, réforme économique et cohésion sociale - Vers une Europe de l'innovation et de la connaissance » – Bulletin UE 3-2000, point 1.3.17.
- Conclusions du Conseil, du 16 juillet 1984, concernant la normalisation (JO C 136 du 04.06.1985).
- Conclusions du Conseil, du 6 décembre 2005, sur les programmes nationaux de réforme dans le cadre de la stratégie de Lisbonne révisée – Bulletin UE 12-2005, point 1.1.3.
- Conclusions du président de la conférence tripartite sur la croissance et l'emploi, Annexes aux conclusions du Conseil européen de Florence de juin 1996 – Bulletin UE 6-1996, points I.29 à I.32.
- Consultation des partenaires sociaux sur la flexibilité du temps de travail et la sécurité des travailleurs* – Bulletin UE 4-1996, point 1.3.147.
- Consultation des partenaires sociaux sur la flexibilité du temps de travail et la sécurité des travailleurs* – Bulletin UE 9-1995, point 1.3.121.
- Consultation des partenaires sociaux sur la flexibilité du temps de travail et la sécurité des travailleurs* – Bulletin UE 6-1996, point 1.3.215.
- Déclaration commune d'intention de l'UNICE, de la CES et du CEEP sur le dialogue social et les nouvelles technologies – Bulletin CE 11-1985, point 2.5.15.
- Déclaration de l'Union européenne sur les droits de l'homme, du 10 décembre 1998, à l'occasion du cinquantième anniversaire de la déclaration universelle des droits de l'homme – Bulletin UE 12-1998, point 1.3.22.
- Discours du président de la Commission, Jacques Delors, devant le Parlement européen à l'occasion du débat d'investiture de la nouvelle Commission – Bulletin CE Supplément 1/93, p. 5.
- Document de discussion de la Commission, du 18 janvier 2000, intitulé *La Commission et les organisations non gouvernementales : le renforcement du partenariat* (COM(2000) 11).
- Initiative communautaire concernant la régénération des villes et des banlieues en crise en vue de promouvoir un développement urbain durable – URBAN II (C(2000) 1100 – JO C 141 du 19.05.2000).
- Plan d'action relatif au programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne* des 2 et 3 juin 2005 – Bulletin UE 6-2005, point 1.4.2.

Plan d'action révisé de l'Union européenne de lutte contre le terrorisme, du 15 juin 2004 – Bulletin UE 6-2004, point 1.4.22.

Plan d'action de la Commission relatif à l'amélioration de la communication sur l'Europe, du 20 juillet 2005 (SEC(2005) 985) (texte intégral à l'adresse Internet suivante : http://ec.europa.eu/dgs/communication/pdf/communication_com_fr.pdf).

Position commune n° 2001/931/PESC du Conseil, du 27 décembre 2001, concernant le gel des avoirs terroristes.

Programme de travail de la Commission pour la politique d'entreprise (2000-2005), du 8 mai 2000 (SEC (2000) 771).

Réponse de la Commission à la question écrite du député du Parlement européen Pierre-Bernard Cousté (JO C 56 du 06.03.1978).

Jurisprudence

Arrêt de la Cour suprême du Canada

La Reine c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.

Arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes

A.D.B.H.U., du 5 février 1985, aff. 240/83, *Rec.* 1985, p. 531.

Alliance for Natural Health, du 12 juillet 2005, aff. jointes C-154 et 155/04, *Rec.* 2005, p. I-6451.

Alpine Investments, du 10 mai 1995, C-384/93, *Rec.* 1995, p. I-1141.

Anders (dit aussi *Rochdale Borough Council*), du 16 décembre 1992, aff. C-306/88, p. I-6457.

A-Punkt Schmuckhandel, du 23 février 2006, aff. C-441/04, *Rec.* 2006, p. I-2093.

Aragonesa de Publicidad Exterior et Publivia, du 25 juillet 1991, aff. jointes C-1/90 et C-176/90, *Rec.* 1991, p. I-4151.

Aventis Pharma Deutschland, du 19 septembre, aff. C-433/00, *Rec.* 2002, p. I-7761.

Banchero II, du 14 décembre 1995, aff. C-387/93, *Rec.* 1995, p. I-4663.

Barber, du 17 mai 1990, aff. C-262/88, *Rec.* 1990, p. I-1889.

BASF, du 21 septembre 1999, ff. C-44/98, *Rec.* 1999, p. I-6269.

Bauhuis, du 25 janvier 1977, aff. 46/76, *Rec.* 1977, p. 5.

Belgapom, du 11 août 1995, aff. C-63/94, *Rec.* 1995, p. I-2467.

Belgique/Espagne, du 16 mai 2000, aff. C-388/95, *Rec.* 2001, p. I-3123.

Blesgen, du 31 mars 1982, aff. 75/81, *Rec.* 1982, p. 1211.

Boscher, du 30 avril 1991, aff. C-239/90, *Rec.* 1991, p. I-2023.

Bosman, du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Rec.* 1995, p. I-4921.

Brandsma, du 27 juin 1996, aff. C-293/94, *Rec.* 1996, p. I-3159.

Brasserie du pêcheur, du 5 mars 1996, aff. C-46/93, *Rec.* 1996, p. I-1029.

- Bristol-Myers Squibb*, du 11 juillet 1996, aff. jointes C-427/93, C-429/93 et C-436/93, *Rec.* 1996, p. I-3457.
- British Telecommunications*, du 26 mars 1996, aff. C-392/93, *Rec.* 1996, p. I-1631.
- Buet*, du 16 mai 1989, aff. 382/87, *Rec.* 1989, p. 1235.
- Burmanjer*, du 26 mai 2005, aff. C-20/03, *Rec.* 2005, p. I-4133.
- Campus Oil*, du 10 juillet 1984, aff. 72/83, *Rec.* 1984, p. 2727.
- Carbonati Apuani*, du 9 septembre 2004, aff. C-72/03, *Rec.* 2004, p. I-8027.
- Centre d'insémination de la Crespelle*, du 5 octobre 1994, aff. C-323/93, *Rec.* 1994, p. I-5077.
- Centro Servizi Spediporto*, du 5 octobre 1995, aff. C-96/94, *Rec.* 1995, p. I-2883.
- CILFIT*, du 6 octobre 1982, aff. 283/81, *Rec.* 1982, p. 3415.
- Cinéthèque*, du 11 juillet 1985, aff. jointes 60 et 61/84, *Rec.* 1985, p. 2605.
- Codacons*, du 26 mai 2005, aff. C-132/03, *Rec.* 2005, p. I-4167.
- Colim*, du 3 juin 1999, aff. C-33/97, *Rec.* 1999, p. 3175.
- Commission/Allemagne*, du 20 février 1975, aff. 12/74, *Rec.* 1975, p. 181.
- Commission/Allemagne*, du 12 mars 1987, aff. 178/84, *Rec.* 1987, p. 1227.
- Commission/Allemagne*, du 13 juillet 1994, aff. C-131/93, aff. C-131/93, *Rec.* p. I-3303.
- Commission/Allemagne*, du 26 octobre 1995, aff. C-51/94, *Rec.* 1995, p. I-3617.
- Commission/Allemagne*, du 29 avril 2004, aff. C-387/99, *Rec.* 2004, p. I-3751.
- Commission/Allemagne*, du 14 décembre 2004, aff. C-463/01, *Rec.* 2004, p. I-11705.
- Commission/Autriche*, du 29 avril 2004, aff. C-150/00, *Rec.* 2004, p. I-3887.
- Commission/Autriche*, du 15 novembre 2005, aff. C-320/03, *Rec.* 2005, p. I-9871.
- Commission/Belgique*, du 9 juillet 1992, aff. C-2/90, *Rec.* 1992, p. I-4431.
- Commission/Belgique*, du 13 janvier 2005, aff. C-38/03, *Rec.* 2005 (arrêt non publié au Recueil).
- Commission/Conseil*, du 13 septembre 2005, aff. C-176/03, *Rec.* 2005, p. I-7879.
- Commission/Danemark*, du 20 septembre 1988, aff. C-302/86, *Rec.* 1988, p. 4607.
- Commission/Danemark*, du 23 septembre 2003, aff. C-192/01, *Rec.* 2003, p. I-9693.
- Commission/France*, du juillet 1980, aff. C-152/78, *Rec.* 1980, p. 2299.
- Commission/France*, du 14 mars 1985, aff. 269/83, *Rec.* 1985, p. 837.
- Commission/France*, 28 janvier 1986, aff. 188/84, *Rec.* 1986, p. 419.
- Commission/France*, du 23 février 1988, aff. 216/84, *Rec.* 1988, p. 793.
- Commission/France*, du 19 mars 1991, aff. 202/88, *Rec.* 1991, p. I-1223.
- Commission/France*, du 9 décembre 1997, aff. C-265/95, *Rec.* 1997, p. I-6959.
- Commission/France*, du 22 octobre 1998, aff. C-184/96, *Rec.* 1998, p. 6197.
- Commission/France*, du 5 février 2004, aff. C-24/00, *Rec.* 2004, p. I-1277.
- Commission/France*, du 13 juillet 2004, aff. C-262/02, *Rec.* 2004, p. I-6569.
- Commission/Grèce*, du 29 juin 1995, aff. C-391/92, *Rec.* 1995, p. I-1621.
- Commission/Irlande*, du 17 juin 1981, aff. 113/80, *Rec.* 1981, p. 1625.
- Commission/Italie*, du 19 décembre 1961, aff. 7/61, *Rec.* 1961, p. 635.
- Commission/Italie*, du 9 décembre 1981, aff. 193/80, *Rec.* 1981, p. 3019.

- Commission/Italie*, du 15 octobre 1985, aff. 281/83, *Rec.* 1985, p. 3397.
- Commission/Italie*, du 5 juin 1986, aff. 103/84, *Rec.* 1986, p. 1759.
- Commission/Italie*, du 23 octobre 1997, aff. C-158/94, *Rec.* 1997, p. 5789.
- Commission/Italie*, du 5 février 2004, aff. C-270/02, *Rec.* 2004, p. I-1559.
- Commission/Pays-Bas*, du 2 décembre 2004, aff. C-41/02, *Rec.* 2004, p. I-11373.
- Commission/Portugal*, du 10 novembre 2005, aff. C-432/03, *Rec.* 2005, p. I-9665.
- Commission/Royaume-Uni*, du 15 juillet 1982, aff. 40/82, *Rec.* 1982, p. 2793.
- Commission/Royaume Uni*, du 4 février 1988, aff. 261/85, *Rec.* 1988, p. 547.
- Conforama*, du 28 février 1991, aff. C-312/89, *Rec.* 1991, p. I-997.
- Consorzio del Prosciutto di Parma et Salumificio S. Rita*, du 20 mai 2003, aff. C-108/01, *Rec.* 2003, p. I-5121.
- Consten et Gründig/Commission*, du 13 juillet 1966, aff. jointes 56 et 58/64, *Rec.* 1966, p. 299.
- Corsica Ferries*, du 18 juin 1998, aff. C-266/96, *Rec.* 1998, p. I-3949.
- Costa/ENEL*, du 15 juillet 1964, aff. 6/64, *Rec.* 1964, p. 1141.
- Cullet/Leclerc* (dit aussi *Leclerc-essence*), du 29 janvier 1985, aff. 231/83, *Rec.* 1985, p. 305.
- Da Costa*, du 27 mars 1963, aff. jointes 28 à 30/62, *Rec.* 1963, p. 59.
- Danis*, du 6 novembre 1979, aff. 16-20/79, *Rec.* 1979, p. 3327.
- Dassonville*, du 11 juillet 1974, aff. 8/74, *Rec.* 1974, p. 837.
- De Agostini* (ou *Konsumentombudsmannen*), du 9 juillet 1997, aff. jointes C-34 à 36/95, *Rec.* 1997, p. I-3843.
- Decker*, du 28 avril 1998, aff. C-120/95, *Rec.* 1998, p. I-1831.
- Defrenne*, du 8 avril 1976, aff. 43-75, *Rec.* 1976, p. 455.
- Delattre*, du 21 mars 1991, aff. C-369/88, *Rec.* 1991, p. I-1487.
- Denkavit*, 8 novembre 1979, aff. 251/78, *Rec.* 1979, p. 3369.
- Denkavit II*, du 13 janvier 2005, aff. C-145/02, *Rec.* 2004, p. I-51.
- De Peijper*, du 20 mai 1976, aff. 104/75, *Rec.* 1976, p. 613.
- Deutscher Apothekerverband*, du 11 décembre 2003, aff. C-322/01, *Rec.* 2003, p. I-14887.
- Deutsches Milch-Kontor I*, du 22 juin 1994, aff. C-426/92, *Rec.* 1994, p. I-2757.
- Deutsches Milch-Kontor II*, du 15 avril 1997, aff. C-272/95, *Rec.* 1997, p. I-1905.
- D'Hoop*, du 11 juillet 2002, aff. C-224/98, *Rec.* 2002, p. I-6191.
- DIP*, du 17 octobre 1995, aff. jointes C-140 à C-142/94, *Rec.* 1995, p. I-3257.
- Ditlev Bluhme*, du 3 décembre 1998, aff. C-67/97, *Rec.* 1998, p. I-8033.
- Douwe Egberts*, du 15 juillet 2004, aff. C-239/02, *Rec.* 2004, p. I-7007.
- Drei Glocken*, du 14 juillet 1988, aff. 407/85, *Rec.* 1988, p. 4233.
- Duphar*, du 7 février 1984, aff. 238/82, *Rec.* 1984, p. 523.
- Edouard Leclerc/Au blé vert* (dit aussi *Leclerc-livres*), du 10 janvier 1985, aff. 229/83, *Rec.* 1985, p. 1.
- ED Srl et Italo Fenocchio*, du 22 juin 1999, aff. C-412/97, *Rec.* 1999, p. I-3845.
- E.R.T.*, du 18 juin 1991, aff. C-260/89, *Rec.* 1991, p. I-2925.

- Espagne, Belgique et Italie/Commission*, du 17 novembre 1992, aff. jointes C-271/90, C-281/90 et C-289/90, *Rec.* 1992, p. I-5833.
- Esso Española*, du 30 novembre 1995, aff. C-134/94, *Rec.* 1995, p. I-4223.
- Eurim-Pharm*, du 11 juillet 1996, aff. jointes C-71/94, C-72/94 et C-73/94, p. I-3603.
- Factortame III*, du 5 mars 1996, aff. C-48/93, *Rec.* 1996, p. I-1029.
- Familiapress*, du 26 juin 1997, aff. C-368/95, *Rec.* 1997, p. I-3689.
- Ferring Arzneimittel*, du 10 septembre 2002, aff. C-172/00, *Rec.* 2002, p. I-6891.
- Firma Aher-Waggon*, du 14 juillet 1998, aff. C-389/96, *Rec.* 1998, p. I-4473.
- F.lli Graffione SNC*, du 26 novembre 1996, aff. C-313/94, *Rec.* 1996, p. I-6039.
- Forêt*, du 25 novembre 1986, aff. 148/85, *Rec.* 1986, p. 3449.
- Francovich*, du 19 novembre 1991, aff. C-6/90 et C-9/90, *Rec.* 1991, p. I-5357.
- Franzén*, du 23 octobre 1997, aff. C-189/95, *Rec.* 1997, p. I-5909.
- Frits Loendersloot*, du 11 novembre 1997, aff. C-349/95, *Rec.* 1997, p. I-6227.
- GB-Inno/ATAB*, du 16 novembre 1977, aff. 13/77, *Rec.* 1977, p. 2115.
- GB-INNO-BM*, du 7 mars 1990, aff. C-362/88, *Rec.* 1990, p. I-667.
- Generics BV*, du 9 juillet 1997, aff. C-316/95, *Rec.* 1997, p. I-3929.
- Gervais*, du 7 décembre 1995, aff. C-17/94, *Rec.* 1995, p. I-4353.
- Gourmet*, du 8 mars 2001, aff. C-405/98, *Rec.* 2000, p. I-1795.
- Greenham et Abel*, du 5 février 2004, aff. C-95/01, *Rec.* 2004, p. I-1333.
- Groenveld*, du 8 novembre 1979, aff. 15/79, *Rec.* 1979, p. 3409.
- Grzelczyk*, du 20 septembre 2001, aff. C-184/99, *Rec.* 2001, p. I-6193.
- Guimont*, du 5 décembre 2000, aff. C-448/98, *Rec.* 2000, p. I-10663.
- Gunnar Nilsson*, du 19 novembre 1998, aff. C-162/97, *Rec.* 1998, p. I-7477.
- Hag II*, du 17 octobre 1990, aff. C-10/89, *Rec.* 1990, p. I-3711.
- Hahn*, du 24 octobre 2002, aff. C-121/00, *Rec.* 2002, p. I-9193.
- Harpegnies*, 17 septembre 1998, aff. C-400/96, *Rec.* 1998, p. 5121.
- Humbel*, du 27 septembre 1988, aff. 263/86, *Rec.* 1988, p. 5365.
- Hünermund*, du 15 décembre 1993, aff. C-292/92, *Rec.* 1993, p. I-6787.
- Iannelli*, du 22 mars 1977, aff. 74/76, *Rec.* 1977, p. 557.
- IHT*, du 22 juin 1994, aff. C-9/93, *Rec.* 1994, p. I-2789.
- International Fruit Compagny*, du 12 décembre 1972, aff. 21/72 à 24/72, *Rec.* 1972, p. 1219.
- Kalanke*, du 17 octobre 1995, aff. C-450/93, *Rec.* 1995, p. I-3051.
- Karner*, du 25 mars 2004, aff. C-71/02, *Rec.* 2004, p. I-3025.
- Keck et Mithouard*, du 24 novembre 1993, aff. jointes C-267/91 et C-268/91, *Rec.* 1993, p. I-6097.
- Koestler*, du 24 octobre 1978, aff. 15/78, *Rec.* 1978, p. 1971.
- Kohll*, du 28 avril 1998, aff. C-158/96, *Rec.* 1998, p. 1931.
- Kohlpharma*, du 1^{er} avril 2004, aff. C-112/02, *Rec.* 2004, p. I-3369.
- Krantz*, du 7 mars 1990, aff. C-69/88, *Rec.* 1990, p. I-583.
- Lancry*, du 9 août 1994, aff. C-363/94, C-407 à C-411/94, *Rec.* 1994, p. I-3957.

- Leclerc-Siplec*, du 9 février 1995, aff. C-412/93, *Rec.* 1995, p. I-179.
- Legros*, du 16 juillet 1992, aff. C-163/90, *Rec.* 1992, p. I-658.
- Ligur Carni*, du 15 décembre 1993, aff. jointes C-277/91, C-318/91 et C-319/91, *Rec.* 1993, p. I-6621.
- L.T.M./M.B.U.*, du 30 juin 1966, aff. 56/65, *Rec.* 1966, p. 337.
- Marchandise*, du 28 février 1991, aff. C-332/89, *Rec.* 1991, p. I-1027.
- Mars*, du 6 juillet 1995, aff. C-470/93, *Rec.* 1995, p. I-1923.
- Meng*, du 17 novembre 1993, aff. C-2/91, *Rec.* 1993, p. I-5751.
- Meyhui*, du 9 août 1994, aff. C-51/93, *Rec.* 1994, p. I-3879.
- Molkerei-Zentrale*, du 3 avril 1968, aff. 28/67, *Rec.* 1968, p. 211.
- Monsanto Agricultura Italia*, 9 septembre 2003, *Monsanto Agricultura Italia*, aff. C-236/01, *Rec.* 2003, p. I-8105.
- Monteil et Samanni*, du 21 mars 1991, aff. C-60/89, *Rec.* 1991, p. I-1547.
- Morellato*, du 13 mars 1997, aff. C-358/95, *Rec.* 1997, p. I-1431.
- Morellato II*, du 18 septembre 2003, aff. C-416/00, *Rec.* 2003, p. I-9343.
- Motorradcenter*, du 13 octobre 1993, aff. C-93/92, *Rec.* 1993, p. I-5009.
- MPA Pharma*, du 11 juillet 1996, aff. C-232/94, p. I-3671.
- National Farmers' Union*, du 5 mai 1998, aff. C-157/96, *Rec.* 1998, p. I-2211.
- Oebel*, du 14 juillet 1981, aff. 155/80, *Rec.* 1981, p. 1993.
- Omega*, du 14 octobre 2004, aff. C-36/02, *Rec.* 2004, p. I-9609.
- Oosthoek*, du 15 décembre 1982, aff. 286/81, *Rec.* 1982, p. 4575.
- Orha*, du 17 novembre 1993, aff. C-245/91, *Rec.* 1993, p. I-5851.
- Ortscheit*, du 10 novembre 1994, aff. C-320/93, *Rec.* 1994, p. I-5243.
- Parfums Christian Dior*, du 4 novembre 1997, aff. C-337/95, *Rec.* 1997, p. 6013.
- Payless DIY e.a.*, du 16 décembre 1992, aff. C-304/90, *Rec.* 1992, p. I-6493.
- Pays-Bas et PTT/Commission*, du 12 février 1992, aff. C-48/90 et C-66/90, *Rec.* 1992, p. I-565.
- Peerbooms*, du 12 juillet 2001, aff. C-157-99, *Rec.* 2001, p. I-5473.
- Peralta*, du 14 juillet 1994, aff. C-379/92, *Rec.* 1994, p. I-3453.
- Pistre*, du 7 mai 1997, aff. jointes C-321/94 à C-324/94, *Rec.* 1997, p. I-2343.
- Prantl*, du 13 mars 1984, aff. 16/83, *Rec.* 1984, p. 1299.
- Punto Casa*, du 2 juin 1994, aff. jointes C-69 et C-258/93, *Rec.* 1994, p. 2355.
- Quietlynn*, du 11 juillet 1990, aff. C-23/89, *Rec.* 1990, p. I-3059.
- Radlberger Getrönke et S. Spitz*, du 14 décembre 2004, aff. C-309/02, *Rec.* 2004, p. I-11763.
- Rau*, du 10 novembre 1982, aff. 261/81, *Rec.* 1982, p. 3961.
- Ravil*, du 20 mai 2003, aff. C-469/00, *Rec.* 2003, p. I-5053.
- Régie des télégraphes et des téléphones (R.T.T.)*, du 13 décembre 1991, aff. C-18/88, *Rec.* 1991, p. I-5941.
- Reiff*, du 17 novembre 1993, aff. C-185/91, *Rec.* 1993, p. I-5801.
- Rewe Zentral (dit Cassis de Dijon)*, du 20 février 1979, aff. 120/78, *Rec.* 1979, p. 649.
- Reyners*, du 21 juin 1974, aff. 2-74, *Rec.* 1974, p. 631.

- Roussel*, du 29 novembre 1983, aff. 180/82, *Rec.* 1983, p. 3849.
- Royal Pharmaceutical Society*, du 18 mai 1989, aff. 266 et 267/87, *Rec.* 1989, p. 1295.
- Royaume-Uni/Commission*, du 5 mai 1998, aff. C-180/96, *Rec.* 1998, p. I-2265.
- Sapod Audic*, du 6 juin 2002, aff. C-159/00, *Rec.* 2002, p. I-5031.
- SARPP*, du 12 décembre 1990, aff. C-241/89, *Rec.* 1990, p. I-4695.
- Schumacher*, du 7 mars 1989, aff. 215/87, *Rec.* 1989, p. 617.
- Schutzverband* (ou *TK-Heimdienst*), du 13 janvier 2000, aff. C-254/98, *Rec.* 2000, p. 151.
- Schmidberger*, du 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, *Rec.* 2003, p. I-5659.
- Schmit*, du 27 juin 1996, aff. C-240/95, *Rec.* 1995, p. I-3179.
- Schreiber*, du 15 juillet 2004, aff. C-443/02, *Rec.* 2004, p. I-7275.
- Schwarz*, du 24 novembre 2005, *Schwarz*, aff. C-366/04, *Rec.* 2005, p. I-10139.
- Semeraro Casa Uno*, du 20 juin 1996, aff. jointes C-418 à C-421/93, C-460 à C-462/93, C-464/93, C-9 à C-11/94, C-14 et C-15/94, C-23 et C-24/94, *Rec.* 1996, p. I-2975.
- Simmenthal*, du 9 mars 1978, aff. 106/77, *Rec.* 1978, p. 642.
- Société Laboratoire de Prothèses Oculaires (LPO)*, du 25 mai 1993, aff. C-271/92, *Rec.* 1993, p. I-2899.
- Sodemare*, du 17 juin 1997, aff. C-70/95, *Rec.* 1997, p. I-3395.
- Stoke-on-Trent and Norwich City Councils/B & Q* (dit aussi *B & Q*), du 16 décembre 1992, aff. C-169/91, *Rec.* 1992, p. I-6635.
- Swedish Match*, du 14 décembre 2004, aff. C-210/03, *Rec.* 2004, p. I-11893.
- Tankstation et Boermans*, du 2 juin 1994, aff. jointes C-401 et C-402/92, *Rec.* 1994, p. I-2199.
- Toolex Alpha*, du 11 juillet 2000, aff. C-473/98, *Rec.* 2000, p. I-5681.
- Torfaen Borough Council* (dit aussi *Torfaen*), du 23 novembre 1989, aff. C-145/88, *Rec.* 1989, p. I-3851.
- Turpeinen*, du 9 novembre 2006, C-520/04, *Rec.* 2002, p. 10685.
- Van de Haar*, du 5 avril 1984, aff. jointes 177 et 178/82, *Rec.* 1984, p. 1797.
- Van der Laan*, du 9 février 1999, aff. C-383/97, *Rec.* 1999, p. I-731.
- Van der Veldt*, du 14 juillet 1994, aff. C-17/93, *Rec.* 1994, p. I-3537.
- Van Eycke*, du 21 septembre 1988, aff. 267/86, *Rec.* 1988, p. 44769.
- Van Gend en Loos*, du 5 février 1963, aff. 26/62, *Rec.* 1963, p. 1.
- Van Tiggele*, du 24 janvier 1978, aff. 82/77, *Rec.* 1978, p. 25.
- Verband Sozialer Wettbewerb* (dit aussi *Clinique*), du 2 février 1994, aff. C-315/92, *Rec.* 1994, p. I-317.
- Viscido*, du 7 mai 1998, aff. jointes C-52/97 et C-54/97, *Rec.* 1998, p. I-2629.
- Warner Brothers*, du 17 mai 1988, aff. 158/86, *Rec.* 1988, p. 2605.
- Waterkeyn*, du 14 décembre 1982, aff. jointes 314 à 316/81 et 83/82, *Rec.* 1982, p. 4337.
- Webb*, du 17 décembre 1981, aff. 279/80, *Rec.* 1981, p. 3305.
- Yves Rocher*, du 18 mai 1993, aff. C-126/91, *Rec.* 1993, p. I-2361.

Conclusions des avocats généraux

- ALBER, S., présentées le 8 mars 2003, dans l'arrêt du 25 mars 2004, *Karner*, aff. C-71/02, *Rec.* 2004, p. I-3028.
- CAPOTORTI, F., présentées le 16 janvier 1979, dans l'arrêt du 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, *Rec.* 1979, p. 666.
- CAPOTORTI, F., présentées le 27 mai 1981, dans l'arrêt du 14 juillet 1981, *Oebel*, aff. 155/80, *Rec.* 1981, p. 2012.
- COSMAS, G., présentées le 23 mars 1995, dans l'arrêt du 11 août 1995, *Belgapom*, aff. C-63/94, *Rec.* 1995, p. I- 2469.
- DARMON, M., présentées le 3 octobre 1984, dans l'arrêt du 10 janvier 1985, *Leclerc-livres*, aff. 229/83, *Rec.* 1985, p. 2.
- DARMON, M., présentées le 10 mars 1989, dans l'arrêt du 18 mai 1989, *Royal Pharmaceutical Society*, aff. 266 et 267/87, *Rec.* 1989, p. 1311.
- DARMON, M., présentées le 12 décembre 1989, dans l'arrêt du 7 mars 1990, *Krantz*, aff. C-69/88, *Rec.* 1990, p. I-588.
- DARMON, M., présentées le 15 mars 1989, dans l'arrêt du 13 décembre 1991, *Régie des télégraphes et des téléphones (R.T.T.)*, C-18/88, *Rec.* 1991, p. I-5957.
- DARMON, M., présentées le 14 juillet 1993, dans l'arrêt du 17 novembre 1993, *Reiff*, aff. C-185/91, *Rec.* 1993, p. I-5823.
- ELMER, M. B., présentées le 20 juin 1995, dans l'arrêt du 14 décembre 1995, *Banchero II*, aff. C-387/93, *Rec.* 1995, p. I-4666.
- ELMER, M. B., présentées le 4 mars 1997, dans l'arrêt du 23 octobre 1997, *Franzén*, aff. C-189/95, *Rec.* 1997, p. I-5911.
- FENNELY, N., présentées le 16 juin 1998, dans l'arrêt du 3 décembre 1998, *Ditlev Bluhme*, aff. C-67/97, *Rec.* 1998, p. I-8035.
- GEELHOED, L. A., présentées le 13 décembre 2001, dans l'arrêt du 24 octobre 2002, *Hahn*, C-121/00, *Rec.* 2002, p. I-9195.
- GEELHOED, L. A., présentées le 11 décembre 2003, dans l'arrêt du 15 juillet 2004, *Douwe Egberts*, aff. C-239/02, *Rec.* 2004, p. I-7007.
- GEELHOED, L. A., présentées le 8 septembre 2005, dans l'arrêt du 10 novembre 2005, *Commission/Portugal*, aff. C-432/03, *Rec.* 2005, p. I-9668.
- GEELHOED, L. A., présentées le 28 juin 2005, dans l'arrêt du 24 novembre 2005, *Schwarz*, aff. C-366/04, *Rec.* 2005, p. I-10141.
- GULMANN, C. C., présentées le 4 mai 1994, dans l'arrêt du 5 octobre 1994, *Centre d'insémination de la Crespelle*, aff. C-323/93, *Rec.* 1994, p. I-5080.
- JACOBS, F. G., présentées le 24 novembre 1994, dans l'arrêt du 9 février 1995, *Leclerc-Siplec*, aff. C-412/93, *Rec.* 1995, p. I-182.

- JACOBS, F. G., présentées le 24 octobre 1996, dans l'arrêt du 7 mai 1997, *Pistre*, aff. jointes C-321/94 à C-324/94, *Rec.* 1997, p. 2346.
- JACOBS, F. G., présentées le 17 septembre 1996, dans l'arrêt du 9 juillet 1997, *De Agostini*, aff. jointes C-34 à 36/95, *Rec.* 1997, p. I-3847.
- JACOBS, F. G., présentées le 14 décembre 2000, dans l'arrêt du 8 mars 2001, *Gourmet*, aff. C-405/98, *Rec.* 2000, p. I-1797.
- JACOBS, F. G., présentées le 17 janvier 2002, dans l'arrêt du 6 juin 2002, *Sapod Audic*, aff. C-159/00, *Rec.* 2002, p. I-5035.
- LA PERGOLA, A. M., présentées le 16 octobre 1997, dans l'arrêt du 22 octobre 1998, *Commission/France*, aff. C-184/96, *Rec.* 1998, p. 6197.
- LA PERGOLA, A. M., présentées le 22 avril 1999, dans l'arrêt du 21 septembre 1999, *BASF*, aff. C-44/98, *Rec.* 1999, p. I-6271.
- LÉGER, P., présentées le 28 mars 1995, dans l'arrêt du 6 juillet 1995, *Mars*, aff. C-470/93, *Rec.* 1995, p. I-1925.
- LÉGER, P., présentées le 16 décembre 2004, dans l'arrêt du 26 mai 2005, *Burmanjer*, aff. C-20/03, *Rec.* 2005, p. I-4135.
- LENZ, C. O., présentées le 3 mai 1990, dans l'arrêt du 11 juillet 1990, *Quietlynn*, aff. C-23/89, *Rec.* 1990, p. I-3069.
- LENZ, C. O., présentées le 4 avril 1995, dans l'arrêt du 29 juin 1995, *Commission/Grèce*, C-391/92, *Rec.* 1995, p. I-1623.
- LENZ, C. O., présentées le 9 juillet 1997, dans l'arrêt du 9 décembre 1997, *Commission/France*, aff. C-265/95, *Rec.* 1997, p. I-6961.
- MANCINI, G. F., présentées le 14 septembre 1983, dans l'arrêt du 7 février 1984, *Duphar*, aff. 238/82, *Rec.* 1984, p. 546.
- MISCHO, J., présentées le 5 mai 1998, dans l'arrêt du 19 novembre 1998, *Gunnar Nilsson*, aff. C-162/97, *Rec.* 1998, p. I-7480.
- MISCHO, J., présentées le 21 mars 2000, dans l'arrêt du 11 juillet 2000, *Toolex Alpha*, aff. C-473/98, *Rec.* 2000, p. I-5683.
- MISCHO, J., présentées le 12 décembre 2002, dans l'arrêt du 23 septembre 2003, *Commission/Danemark*, aff. C-192/01, *Rec.* 2003, p. I-9695.
- REISCHL, G., présentées le 21 septembre 1977, dans l'arrêt du 16 novembre 1977, *GB-Inno/ATAB*, aff. 13/77, *Rec.* 1977, p. 2153.
- REISCHL, G., présentées le 9 février 1982, dans l'arrêt du 31 mars 1982, *Blesgen*, aff. 75/81, *Rec.* 1982, p. 1231.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D., présentées le 6 juin 2002, dans l'arrêt du 18 septembre 2003, *Morellato*, aff. C-416/00, *Rec.* 2002, p. I-9346.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D., présentées le 26 mai 2005 dans l'arrêt du 13 septembre 2005, *Commission/Conseil*, aff. C-176/03, *Rec.* 2005, p. I-7881.

- SAGGIO, A., présentées le 9 mars 2000, dans l'arrêt du 5 décembre 2000, *Guimont*, aff. C-448/98, *Rec.* 2000, p. I-10665.
- SLYNN, G. (Sir), présentées le 20 mars 1985, dans l'arrêt du 11 juillet 1985, *Cinéthèque*, aff. jointes 60 et 61/84, *Rec.* 1985, p. 2606.
- STIX-HACKL, présentées le 11 mars 2003, dans l'arrêt du 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband*, aff. C-322/01, *Rec.* 2003, p. I-14890.
- TESAURO, G., présentées le 13 février 1990, dans l'arrêt du 19 mars 1991, *Commission/France*, aff. 202/88, *Rec.* 1991, p. I-1239.
- TESAURO, G., présentées le 4 mars 1993, dans l'arrêt du 25 mai 1993, *LPO*, aff. C-271/92, *Rec.* 1993, p. I-2911.
- TESAURO, G., présentées le 14 juillet 1993, dans les arrêts du 17 novembre 1993, *Meng*, aff. C-2/91, et *Orha*, aff. C-245/91 (conclusions communes aux deux affaires), *Rec.* 1993, p. I-5773.
- TESAURO, G., présentées le 27 octobre 1993, dans l'arrêt du 15 décembre 1993, *Hünermund*, aff. C-292/92, *Rec.* 1993, p. I-6800.
- TESAURO, G., présentées le 13 mars 1997, dans l'arrêt du 26 juin 1997, *Familiapress*, aff. C-368/95, *Rec.* 1997, p. I-3692.
- TESAURO, G., présentées le 16 septembre 1997, dans les arrêts du 28 avril 1998, *Decker*, aff. C-120/95, et *Kohll*, aff. C-158/96 (conclusions communes aux deux affaires), *Rec.* 1998, I-1834.
- TRABUCCHI, A., présentées le 20 juin 1974, dans l'arrêt *Dassonville*, aff. 8/74, *Rec.* 1974, p. 855.
- VAN GERVEN, W., présentées le 29 juin 1989, dans l'arrêt du 23 novembre 1989, *Torfaen*, aff. C-145/88, *Rec.* 1989, p. 3865.
- VAN GERVEN, W., présentées le 22 novembre 1990, dans les arrêts du 28 février 1991, *Conforama*, aff. C-312/89 et *Marchandise*, aff. C-332/89 (conclusions communes aux deux affaires), *Rec.* 1991, p. 1007.
- VAN GERVEN, W., présentées le le 8 juillet 1992, dans les arrêts du 16 décembre 1992, *Stoke-on-Trent and Norwich City Councils/B & Q*, aff. C-169/91, *Rec.* 1992, p. I- 6635 ; *Payless DIY e.a.*, aff. C-304/90, *Rec.* 1992, p. I-6493 et *Anders*, aff. C-306/88 (conclusions communes aux trois affaires), *Rec.* 1992, p. I-6463.
- VAN GERVEN, W., présentées le 18 novembre 1992 pour les premières conclusions et le 28 avril 1993 pour les secondes conclusions, dans l'arrêt du 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jointes C-267/91 et C- 268/91, *Rec.* 1993, p. I-6110 pour ses premières conclusions et p. I-6117 pour ses secondes.
- VAN GERVEN, W., présentées le 16 mars 1994, dans l'arrêt du 2 juin 1994, *Tankstation et Boermans*, aff. jointes C-401 et C-402/92, *Rec.* 1994, p. I-2201.

Doctrine

Ouvrages généraux

- BENGOETXEA, J., *The Legal Reasoning of the European Court of Justice : towards a European Jurisprudence*, Coll. « Oxford European Community law series », Oxford, Clarendon Press, 1993.
- BOUDANT, J., *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Dalloz, 2005.
- BOULOUIS, J. et R.-M. CHEVALLIER, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, 6^e éd., t. 2, Paris, Dalloz, 1994.
- BRAIBANT, G., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, témoignage et commentaires de Guy Braibant*, coll. « Essais », Paris, Le Seuil, 2001.
- CHEVALLIER, R.-M. et D. MAIDANI, *Guide pratique de l'article 177 CEE*, Luxembourg, OPOCE, 1982.
- CLUB MERLEAU-PONTY (dir.), *La pensée confisquée : quinze idées reçues qui bloquent le débat public*, Paris, La Découverte, 1997.
- DEBARD, T., B. LE BAUT-FERRARÈSE et C. NOURISSAT, *Dictionnaire du droit de l'Union européenne*, Paris, Ellipses, 2002.
- DEHOUSSE, F., *Les résultats de la Conférence intergouvernementale*, Politiques de l'Union européenne, n° 23, Bruxelles, H.E.R.A., 1997.
- DEHOUSSE, R., *La Cour de justice des Communautés européennes*, 2e éd., Paris, Montchrestien, 1997.
- DEHOUSSE, R., *The European Court of Justice : the Politics of Judicial Integration*, New York, St. Martin's Press, 1998.
- DE PONCINS, E., *Vers une Constitution européenne*, Éditions 10/18, Paris, 2003.
- DUHAMEL, O., *Pour l'Europe : Le texte intégral de la Constitution expliqué et commenté*, Seuil, Paris, 2003.
- GISCARD D'ESTAING, V., *La Constitution pour l'Europe*, Albin Michel, Paris, 2003.
- GORMLEY, L. W., *Prohibiting Restrictions on Trade within the EEC : the Theory and Application of Articles 30-36 of the EEC Treaty*, Amsterdam, 1985.
- GUERY, G., *La dynamique de l'Europe sociale*, Paris, Dunod, 1991.
- LAJOIE, A., *Jugements de valeurs*, coll. « Les voies de droit », Paris, PUF, 1997.
- LECOURT, R., *L'Europe des Juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976.
- LYON-CAEN, G. et A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, 8e éd., Paris, Dalloz, 1993.
- MADURO, M. P., *We the Court ; The European Court of Justice and the European Economic Constitution – A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 1998.
- MATTERA, A., *Le Marché Unique Européen, ses règles, son fonctionnement*, 2^e édition, Paris, Jupiter, 1990.

- OLIVER, P., *Free Movement of Goods in the European Community*, 3^e éd., Londres, Sweet et Maxwell, 1996.
- PERELMAN, C., *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 2^e édition, Paris, Dalloz, 1979.
- PERELMAN, C. et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique*, 5^e édition, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988.
- QUINTIN, O. et B. FAVAREL-DAPAS, *L'Europe sociale – Enjeux et réalités*, coll. « réflexe Europe », Paris, La Documentation française, 1999.
- RASMUSSEN, H., *On Law and Policy in the European Court of Justice : a Comparative Study in Judicial Policymaking*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1986.
- RASMUSSEN, H., *The European Court of Justice*, Copenhague, GadJura, 1998.
- RIDEAU, J. et F. PICOD, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2002.
- SCHAPIRA, J., G. LE TALLEC et J.-B. BLAISE, *Droit européen des affaires*, 3^e éd., Paris, PUF, 1992.
- SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, 3^e éd. Paris, PUF, 2001.
- STEHLY, C., *L'Union européenne infranationale : petite fille deviendra grande ?*, coll. "Travaux et rapports de recherches", Montréal, Études européennes, 1996.

Thèses et autres ouvrages

- BARAV, A., *La fonction communautaire du juge national*, Thèse, Strasbourg, 1983.
- CABRAL, P., *Réglementations étatiques anticoncurrentielles : l'activité normative des États membres de la Communauté européenne face aux articles 3 g), 5 et 85 du Traité* (p. 32 du texte publié à l'adresse Internet suivante : <http://www.gddc.pt/atividade-editorial/pdfs-publicacoes/7374-a.pdf>)
- COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Rapport annuel 2005*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2006.
- PICOD, F., *Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises*, thèse de doctorat, Strasbourg, Faculté de Droit, Université Robert Schuman, 1994.

Articles de revue ou études de recueil

- (août-septembre 1999) *Europe comm.* 295.
- ALEXANDRIDOU, E., « Advertising in the Internal Market – A Few Remarks », dans L. KRÄMER, H.-W. MICKLITZ et K. TONNER (dir.), *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order – Recht und Diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung, Liber Amicorum Norbert Reich*, Baden-Baden, Nomos, 1997, p. 409.
- ALTER, K. J. et S. MEUNIER-AITSAHALIA, « Judicial Politics in the European Community – European Integration and the Pathbreaking *Cassis de Dijon* Decision », (1994) 26 *Comparative Political Studies*, 535.

- ARNULL, A., « What Shall We Do on Sunday ? », (1991) 16 *European Law Review* 112.
- ARNULL, A., « Les incidences du traité d'Amsterdam sur la Cour de justice des Communautés européennes », (2000) *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs* 223.
- AUBRY-CAILLAUD, F., « La sécurité alimentaire au sein de l'Union européenne : les apports de l'approche globale (chron. n° 5) », (mai 2003) *Europe* 4.
- BACH, A., [commentaire des arrêts *Meng, Reiff et Ohra*], (1994) n° 31 *Common Market Law Review*, 1357.
- BAILLY, O., « La relance de la stratégie de Lisbonne ou la quête d'un partenariat politique », (2005) 489 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 357.
- BARNARD, C., « Sunday Trading : A Drama in Five Acts », (1994) 57 *The Modern Law Review* 449.
- BARAV, A., « Applicabilité directe », dans A. BARAV, C. PHILIP et C. BOUTAYEB (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, p. 104.
- BARAV, A., « Primauté », dans A. BARAV, C. PHILIP et C. BOUTAYEB (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, p. 855.
- BARAV, A., « Omnipotent Courts », dans D. CURTIN et T. HEUKELS, *Institutional Dynamics of European Integration – Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. 2, Dordrecht, Nijhoff, 1994, p. 265.
- BARENTS, R., « New Developments in Measures Having Equivalent Effects », (1981) 18 *Common Market Law Review* 271.
- BAVASSO, A. F., [commentaire de l'arrêt *Familiapress*], (1998) 35 *Common Market Law Review* 1412.
- BENOÎT-ROHMER, F., « L'affaire *Emesa Sugar* : l'institution de l'avocat général de la Cour de justice des Communautés européennes à l'épreuve de la jurisprudence *Vermeulen* de la Cour européenne des droits de l'homme », (2001) *Cahiers de droit européen* 403.
- BERNARD, E., [commentaires des arrêts *Greenham et Abel, Commission/Italie*, aff. C-270/02, et *Commission/France*, aff. C-24/00], (avril 2004) *Europe comm.* 100.
- BERNARD, E., [commentaire de l'arrêt *Kohlpharma*], (juin 2004) *Europe comm.* 197.
- BERNARD, E., [commentaire de l'arrêt *Commission/Pays-Bas*, aff. C-41/02], (février 2005) *Europe comm.* 38.
- BERNARD, N., « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », (1998) *Cahiers de droit européen* 11.
- BERROD, F., [commentaire de l'arrêt *Franzén*], (janvier 1998) *Europe comm.* 14.
- BERROD, F., [commentaire de l'arrêt *ED Srl et Italo Fenocchio*], (août-septembre 1999) *Europe comm.* 293.
- BERROD, F., [commentaire de l'arrêt *Hahn*], (décembre 2002) *Europe comm.* 413.
- BEURDELEY, L., « La sécurité alimentaire au sein de l'Union européenne : un concept en gestation », (2002) 455 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 89.

- BONET, G., « Article 36 », dans V. CONSTANTINESCO, J.-P. JACQUÉ, R. KOVAR, D. SIMON (dir.), *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Paris, Économica, 1992, p. 177.
- BONINO, E., « L'Union européenne et la sécurité alimentaire », (1998) 4 *Revue du Marché Unique Européen* 5.
- BOSCO, G., « La primauté du droit communautaire dans les ordres juridiques des États membres de l'Union européenne », dans O. DUE, M. LUTTER et J. SCHWARZE (dir.), *Festschrift für Ulrich Everling*, vol. 1, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, p. 149.
- BOULIN-GHICA, I., « La Déclaration de Nice sur la spécificité du sport – Une nouvelle étape dans la mise en place d'une politique européenne du sport ? », (2001) 447 *Revue du Marché commun et de l'Union Européenne* 237.
- BOURRINET, J., « Quelle crédibilité peut-on accorder au pacte de stabilité et de croissance dans le cadre de l'Union économique et monétaire européenne ? », (2003) 472 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 568.
- BOUVERESSE, A., [commentaire des arrêts *Consorzio del Prosciutto di Parma et Salumificio S. Rita et Ravi!*] (juillet 2003) *Europe comm.* 238.
- BOUVERESSE, A., [commentaire de l'arrêt *Commission/Danemark*, aff. C-192/01], (novembre 2003) *Europe comm.* 351.
- BOUVERESSE, A., [commentaire de l'arrêt *Denkavit*], (mars 2005) *Europe comm.* 77.
- BOUVERESSE, A., [commentaire de l'arrêt *Commission/Portugal*, aff. C-432/03], (janvier 2006) *Europe comm.* 13.
- BRISBOSIA, H., « Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et les États membres », (1992) 4 *Revue du Marché Unique Européen* 165.
- BURGORGUE-LARSEN, L. « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne racontée au citoyen européen », (2000) 4 *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs*, 398.
- BURLEY, A.-M. et W. MATTLI, « Europe Before the Court : A Political Theory of Legal Integration », (1993) 47 n° 1 *International Organisation* 41.
- CABRAL, P., « Cross-border Medical Care in the European Union – Bringing down a First Wall », (1999) 24 *European Law Review* 387.
- CAPELLI, F., « Les malentendus provoqués par l'arrêt "Cassis de Dijon" », (1981) *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 421.
- CAPELLI, F., « Les malentendus provoqués par l'arrêt "Cassis de Dijon", vingt ans après », (1996) 402 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 678.
- CAPUTI JAMBRENGHI, M. T. P., et M. PULLEN, « The Use of Articles 30 and 52 to Attack Barriers to Market Access : an Overview of the ECJ's Case Law », (1996) 17 *European Competition Law Review* 388.
- CARTELIER, L., « Politique européenne de la concurrence et nouvelles régulations publiques », dans G. FARJAT (dir.), *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 353.

- CAVAILLÈS, C., « Quelle politique européenne contre le terrorisme ? », (2005) 489 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 382.
- CHAILLOUX, C., « Dans le prétoire de l'Europe – Entretiens » (avril 2007) *Europe* 3-17.
- CHALMERS, D., « Free Movement of Goods Within the European Community : An Unhealthy Addiction to Scotch Whisky », (1993) 42 *International and Comparative Law Quarterly* 269.
- CHALMERS, D., « Repackaging the Internal Market – The Ramifications of the Keck Judgment », (1994) *European Law Review* 385.
- CHALTIEL, F., « La Déclaration de Nice sur les services d'intérêt économique général », (2001) 445 *Revue du Marché commun et de l'Union Européenne* 89.
- CHALTIER, F., « Le principe de subsidiarité dix ans après le traité de Maastricht », (2003) 469 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 365.
- CHALTIER, F., « Le pacte de stabilité, entre exigences juridiques et pragmatisme politique – À propos de l'arrêt du 13 juillet 2004 », (2004) 481 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 509.
- CHAVRIER M., « La Cour de justice après le traité d'Amsterdam : palingénésie ou palinodies ? – Première partie », (2000) 441 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 542.
- CONSTANTINESCO, V., « La distribution des pouvoirs entre la Communauté et ses États membres : l'équilibre mouvant de la compétence législative et le principe de subsidiarité », Conférence : *The Institutions of the European Community after the Single European Act : the New Procedures and the Capacity to Act – Balance Sheet and Perspectives in View of the Intergovernmental Conferences*, 28-29-30 juin 1990, Bruges, Collège d'Europe, 1990.
- CONSTANTINESCO, V., « Subsidiarité...vous avez dit subsidiarité ? », (1992) 4 *Revue du Marché Unique Européen* 227.
- CORCELLE, G., « La perspective communautaire du principe de précaution », (2001) 450 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 447.
- COULON, E., « Un revirement jurisprudentiel d'ampleur : l'arrêt *Keck et Mithouard* », (1994) 1 *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs* 59.
- DARMON, M., « The Role of the Advocate General at the Court of Justice of the European Communities », dans Shimon SHETREET, *The Role of Courts in Society*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 425.
- DARMON, M. et B. MONGIN, « Les monopoles en matière de télécommunications et la jurisprudence récente de la Cour », dans M. PEREZ GONZALEZ (dir.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo : estudios en homenaje al professor Don Manuel Diez de Velasco*, Madrid, Editorial Tecnos, 1993, p. 839.
- DASHWOOD, A. A., « The Advocate General in the Court of Justice of the European Communities », (1982) 2 *Legal Studies* 202.
- DE BÚRCA, G., « The Principle of Proportionality and Its Application in EC Law », (1993/1994) *Yearbook of European Law* 105.

- DEFALQUE, L., « Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises », (1987) *Cahiers de droit européen* 471.
- DE GROVE-VALDEYRON, N., « Libre circulation et protection de la santé publique : la crise de « la vache folle », (1996) 403 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 759.
- DE GROVE-VALDEYRON, N., « Un nouvel infléchissement jurisprudentiel dans la notion d'entrave aux échanges – À propos de l'arrêt *Schutzverband* », (2000) 440 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 461.
- DE KERCHOVE, G., « L'action de l'Union européenne en matière de lutte contre le terrorisme », (2004) 480 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 421.
- DE LA PORTE, C. et P. POCHET, « Une stratégie concertée en matière de sécurité sociale au plan européen », (2000) 2 *Revue Belge de Sécurité Sociale* 471 ou [en ligne]. <http://www.ose.be/files/rbss2000/RBSS2-CDLP-PP.pdf>.
- DELACOUR, E., « Services publics et concurrence communautaire », (1996) n° 400 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 501.
- DE POULPIQUET, V., « La flexibilité de l'emploi et la Communauté européenne – À la recherche d'un modèle européen de production flexible », (1999) 35 n° 4 *Revue trimestrielle de droit européen* 709.
- DE SADELEER, N., « Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire : du slogan à la règle », (2001) *Cahiers de droit européen* 91.
- DE SOUCY, A., « L'Agenda social européen : feuille de route pour l'Europe sociale », (2001) 446 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 158.
- DE SOUCY, A., « Le volet social du Conseil européen de Stockholm », (2001) 448 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 311.
- DEVOLUY, M., « Pacte de stabilité et coordination économique : limites et perspectives (chron. n° 13) », (novembre 2002) *Europe* 3.
- DE WILMARS, J. M. et H. NYSENS, « Intégration européenne et correction des mécanismes du marché. Un modèle économique et social européen », dans *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Frison-Roche, 1999, p. 557.
- DIAMOND, P., « Dishonourable Defences : The Use of Injunctions and the EEC Treaty ; Case Study of the Shops Acts 1950 », (1991) 54 *The Modern Law Review* 72.
- DONNER, A. M., « Miroir du juge », dans F. CAPOTORTI, C.-D. EHLERMANN, J. FROWEIN, F. JACOBS, R. JOLIET, T. KOOPMANS et R. KOVAR (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration : Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, p. 195.
- DUBOUIS, L., « La déréglementation et le droit communautaire », (1986) *Revue française de droit administratif* 483.
- DUBOUIS, L., « La guerre de la fraise : l'impuissance publique sous la toise du droit communautaire », (1998) 14 n° 1 *Revue française de droit administratif* 120.

- DUE, O., « The Practice of the European Court of Justice – A factor in the Promotion of Integration », (1992) 36 *Scandinavian Studies in Law*, 79.
- DUE, O., « The Law-Making Role of the European Court of Justice Considered in Particular from the Perspective of Individuals and Undertakings », (1994) 63 *Nordic Journal of International Law* 123.
- DUE, O., « Pourquoi cette solution (De certains problèmes concernant la motivation des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes) », dans O. DUE, M. LUTTER et J. SCHWARZE (dir.), *Festschrift für Ulrich Everling*, vol. 1, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, p. 273.
- DUE, O., « Dassonville Revisited or No Cause for Alarm ? », dans A. CAMPBELL et M. VOYATZI (dir.), *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law – Essays in Honor of Lord Mackenzie-Stuart*, Londres, Trenton, 1996, p. 19.
- DUE, O., « Looking Backwards and Forwards », dans Amicale des référendaires et anciens référendaires de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes, *La Cour de justice des Communautés européennes, 1952-2002 : bilan et perspectives : actes de la conférence organisée dans le cadre du cinquantième anniversaire de la Cour de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 25.
- DULMET, A., [commentaire de la directive 2004/81/CE du Conseil], (oct. 2004) *Europe comm.* 320.
- DULMET, A., [commentaire de l'arrêt *Commission/Belgique*, aff. C-38/03], (mars 2005) *Europe comm.* 78.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., « Quelques réflexions à propos du livre blanc de la Commission "Gouvernance européenne" » (2002) 454 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 10.
- EDWARD, D. A. O., « Judicial Activism – Myth or Reality ? », dans A. CAMPBELL et M. VOYATZI (dir.), *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law – Essays in Honor of Lord Mackenzie-Stuart*, Londres, Trenton, 1996, p. 29.
- EDWARD, D. A. O., « What Kind of Law Does Europe Need ? The Role of Law, Lawyers and Judges in Contemporary European Integration », (1998/1999) 5 n° 1 *Columbia Journal of European Law* 1.
- EHLERMANN, C.-D., « Quelques réflexions sur la communication de la Commission relative au principe de subsidiarité », (1992) 4 *Revue du Marché Unique Européen* 215.
- ELSEN, C., « L'esprit et les ambitions de Tampere – Une ère nouvelle pour la coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures ? », (1999) 433 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 659.
- ELSEN, C., « Le Conseil européen de Thessalonique – Un nouveau pas vers une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle aux frontières », (2003) 471 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 516.
- EUZÉBY, A. « La Communauté européenne face au défi de l'emploi », (2001) 446 *Revue du Marché commun et de l'Union Européenne* 185.

- EUZÉBY, A. et de R. M. MARQUES, « Mondialisation de l'économie et concurrence fiscale : des menaces pour le modèle social européen », (2003) 468 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 311.
- EUZÉBY, C., « La stratégie européenne pour l'emploi : un improbable succès », (2006) 495 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 73.
- EVERLING, U., « The Member States of the European Community before their Court of Justice », (1984) 9 *European Law Review* 215.
- EVERLING, U., « The Court of Justice as a Decisionmaking Authority », (1984) 82 *Michigan Law Review* 1294, 1308.
- EVERLING, U., « The Position of the Court of Justice of the European Communities in its Institutional System », (1991/1992) 19 *The Polish Yearbook of International Law* 49.
- EVERLING, U., « Reflections on the Reasoning in the Judgments of the Court of Justice of the European Community », dans *Festschrift til Ole Due, Liber Amicorum*, Copenhague, Gads Forlag, 1994, p. 55.
- FASQUELLE, D., [commentaire de l'arrêt *Alpine Investments*], (1995) n° 4 *Bulletin Joly Bourse et Produits financiers* 297.
- FERAL, P.-A., « Le principe de subsidiarité : progrès ou statu quo après le traité d'Amsterdam ? », (1998) 1 *Revue du Marché Unique Européen* 95.
- FURET, M.-D., « Les conséquences en termes de santé publique des arrêts *Kohll* et *Decker* sur la construction de l'Europe de la santé », (2005) 487 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 253.
- GALMOT, Y. et J. BIANCARELLI, « Les réglementations nationales de prix au regard du droit communautaire », (1985) 2 *Revue trimestrielle de droit européen* 269.
- GAUTRON, J.-C., « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », (1998) 1 *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs* 3.
- GAZZO, E., « Lever le voile de la "subsidiarité" pour ne pas tomber dans les pièges qu'elle peut cacher », (1992) 4 *Revue du Marché Unique Européen* 221.
- GENSON, R., « Avancées au Conseil européen de Séville en matière de "justice et affaires intérieures" », (2002) 460 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 438.
- GENSON, R., « Un nouveau programme pluriannuel pour consolider l'espace de liberté, de sécurité et de justice – Le programme de La Haye (2005-2010) », (2005) 486 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 172.
- GIESEN, R., [commentaire des arrêts *Decker* et *Kohll*], (1999) 36 *Common Market Law Review* 841.
- GOETSCHY, J. et P. POCHE, « Regards croisés sur la stratégie européenne de l'emploi », [en ligne]. <http://www.ose.be/files/regardJG-PP.pdf>, p. 8 ou dans P. MAGNETTE et E. REMACLE (dir.), *Le nouveau modèle européen*, Bruxelles, Presses de l'Université Libre de Bruxelles, 2000).
- GOLD, M., « The Mask of Objectivity : Politics and Rhetoric in the Supreme Court of Canada », (1985) 7 *Supreme Court Law Review* 455.

- GOLD, M., « La rhétorique des droits constitutionnels », (1988) 22 *Revue juridique Thémis* 1.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L., « Faut-il insérer des clauses de reconnaissance mutuelle dans les législations internes ? À propos de l'arrêt "Foie gras" rendu par la Cour de justice des Communautés européennes », (1999) 58 *Journal des Tribunaux - Droit européen* 87.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L., « La jurisprudence relative à l'article 28 CE (ex article 30) après l'arrêt "Keck et Mithouard" », (2000) 2 *Revue du Droit de l'Union Européenne* 395.
- GORMLEY, L. W., « *Cassis de Dijon* and Communication from the Commission », (1981) 6 *European Law Review* 454.
- GORMLEY, L. W., [commentaire de l'arrêt *Torfaen*] (1990) 27 *Common Market Law Review* 141.
- GORMLEY, L. W., « Recent Case Law on the Free Movement of Goods : Some Hot Patatoes », (1990) 27 *Common Market Law Review* 825.
- GORMLEY, L. W., « Reasoning Renounced ? The Remarkable Judgment in *Keck & Mithouard* », (1994) *European Business Law Review* 63.
- GORMLEY, L. W., « Assent and Respect for Judgments : *Uncommunautaire* Reasoning in the European Court of Justice », dans L. KRÄMER, H.-W. MICKLITZ et K. TONNER (dir.), *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order – Recht und Diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung, Liber Amicorum Norbert Reich*, Baden-Baden, Nomos, 1997, p. 11.
- GOYBET, C., « L'Europe en panne d'âme », (1997) 409 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 376.
- GRARD, L., « Les services d'intérêt économique général et le traité d'Amsterdam », (1999) 2 *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs*, 197.
- HATZOPOULOS, V., « Exigences essentielles, impératives, ou impérieuses : une théorie, des théories, ou pas de théorie du tout ? », (1998) 34 n° 2 *Revue trimestrielle de droit européen* 191.
- HATZOPOULOS, V., « *Killing* National Health and Insurance Systems but *Healing* Patients? The European Market for Health Care Services after the Judgments of the ECJ in *Vanbraekel* and *Peerbooms* », (2002) 39 *Common Market Law Review* 683.
- IDOT, L., [commentaire de l'arrêt *Commission/Grèce*], (1996) 33 *Common Market Law Review* 125.
- IDOT, L., [commentaire des arrêts *Decker et Kohll*], (juin 1998) *Europe comm.* 191.
- IDOT, L., « Un vent de subsidiarité judiciaire ? », (novembre 1999) *Europe* 3.
- IDOT, I., « L'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003 : les dispositions procédurales du « paquet modernisation (chron. n° 6) », (mai 2004) *Europe* 4.
- IDOT, L., « Marché européen des services : directive "Bolkestein" ou "Frankenstein" ? Le mythe de la loi d'origine... (chron. n° 3) », (mars 2005) *Europe* 3.
- IDOT, L., « La modernisation du droit de la concurrence : au tour des aides d'État », (juillet 2005) *Europe comm.* 56.

- JACQUÉ, J.-P., « L'évolution des compétences de la Cour de justice dans le cadre de l'espace judiciaire européen », dans Amicale des référendaires et anciens référendaires de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes, *La Cour de justice des Communautés européennes, 1952-2002 : bilan et perspectives – Actes de la conférence organisée dans le cadre du cinquantième anniversaire de la Cour de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 105.
- JOBERT, B. et B. THÉRET, « France : la consécration républicaine du néo-libéralisme », dans B. JOBERT (dir.), *Le tournant néo-libéral en Europe: idées et recettes dans les pratiques gouvernementales*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 21.
- JOLIET, R., « Réglementations étatiques anticoncurrentielles et droit communautaire », (1988) *Cahiers de droit européen* 363.
- JOLIET, R., « Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire », (1992) 32 n° 2 *Rivista di Diritto Europeo* 253.
- JOLIET, R., « Droit de la concurrence déloyale et libre circulation des marchandises – La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », dans B. DUTOIT (dir.), *Un droit européen de la concurrence déloyale en formation ? Actes du colloque de Lausanne*, « Collection Comparativa », Genève, Comparativa, 1994, p. 29.
- JOLIET, R., « La libre circulation des marchandises : l'arrêt *Keck et Mithouard* et les nouvelles orientations de la jurisprudence », (1994) 12 *Journal des Tribunaux – Droit européen* 145.
- KACZOROWSKA, A., « Gourmet Can Have His Keck and Eat it ! », (2004) 10 n° 4 *European Law Journal : Review of European Law in Context* 479.
- KAKOURIS, C. N., « La mission de la Cour de Justice des Communautés européennes et l'«ethos» du juge », (1994) 4 *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs* 35.
- KAKOURIS, C. N., « Le droit à la fin du 20e siècle : le rôle des tribunaux dans la seconde moitié du 20e siècle et la Cour de justice des Communautés européennes », dans L. E. KOTSIRIS, *Law at the Turn of the 20th Century : International Conference, Thessaloniki, 1993*, Thessaloniki, Sakkoulas, 1994, p. 379.
- KAKOURIS, C. N., « La Cour de Justice des Communautés européennes comme Cour constitutionnelle : Trois Observations », dans O. DUE, M. LUTTER et J. SCHWARZE (dir.), *Festschrift für Ulrich Everling*, vol. 1, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, p. 629.
- KAUFF-GAZIN, F., [commentaire de l'arrêt *Schreiber*], (octobre 2004) *Europe comm.* 323.
- KAUFF-GAZIN, F., [commentaire de l'arrêt *Codacons*], (juillet 2005) *Europe comm.* 245.
- KAUFF-GAZIN, F., [commentaire de l'arrêt *Schwarz*], (janvier 2006) *Europe comm.* 9.
- KAUFF-GAZIN, F. et M. PIETRI, « Premières analyses du projet de Constitution européenne (chron. n° 9) », (septembre 2003) *Europe* 3.
- KEELING, D. T., « In Praise of Judicial Activism : But What Does it Mean ? And Has the European Court of Justice Ever Practised it ? », dans *Scritti in Onore di Giuseppe Federico Mancini*,

- Coll. « Seminario giuridico della Università di Bologna », Vol. 2, Milano, A. Giuffrè, 1998, p. 505.
- KOOPMANS, T., « Judicial Decision-Making », dans A. CAMPBELL et M. VOYATZI (dir.), *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law – Essays in Honor of Lord Mackenzie-Stuart*, Londres, Trenton, 1996, p. 93.
- KOVAR, R., « Immédiateté du droit communautaire », *Juris-Classeur Europe* fasc. 432.
- KOVAR, R., « Recours préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité : mise en oeuvre du renvoi préjudiciel par les juridictions nationales », (1991) 5 *Juris-Classeur Europe* fasc. 360.
- KOVAR, R., « Recours préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité : examen de la question préjudicielle par la Cour de Justice » (1991) 5 *Juris-Classeur Europe* fasc. 361.
- KOVAR, R., « Recours préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité : effets des arrêts préjudiciels de la Cour de justice », (1991) 5 *Juris-Classeur Europe* fasc. 362.
- KOVAR, R., « Article 100 », dans V. CONSTANTINESCO, J.-P. JACQUÉ, R. KOVAR et D. SIMON (dir.), *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Paris, Économica, 1992, p. 549.
- KOVAR, R., « *Dassonville, Keck* et les autres : de la mesure avant toute chose », (2006) 42 n° 2 *Revue trimestrielle de droit européen* 213.
- LABOUZ, M.-F., « La société civile européenne dans le cadre de la Convention » dans Christian PHILIP et Panayotis SOLDATOS (dir.), *La Convention sur l'avenir de l'Europe – Essai d'évaluation du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 209.
- LAGONDET, F., [commentaire de l'arrêt *Banchemo II*], (février 1996) *Europe comm.* 71.
- LAGONDET F. et D. SIMON, [commentaire de l'arrêt *Ortscheit*], (janvier 1995) *Europe comm.* 14.
- LAJOIE, A. et H. QUILLINAN, « Emerging Constitutional Norms : Continuous Judicial Amendment of the Constitution – the Proportionality Test as a Moving Target », (1992) 55 *Law and Contemporary Problems* 285.
- LAJOIE, A., « Schachter, ou la retenue judiciaire comme antithèse de la neutralité », dans *Droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux : aspects canadiens et européens : Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Strasbourg, 1992, Cowansville, Québec, Yvon Blais, 1993, p. 525.
- LAJOIE, A., R. ROBIN, S. GRAMMOND, H. QUILLINAN, L. ROLLAND, S. PERRAULT et A. CHITRIT, « les représentations de “société libre et démocratique” à la Cour Dickson, la rhétorique dans le discours judiciaire canadien », (1994) 32 *Osgoode Hall Law Journal* 295.
- LECOURT, R., « Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ? » dans *L'Europe et le droit : mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 349.
- LEFEBVRE, M., « La Constitution européenne : bilan d'un accouchement (2002-2004) », (2004) 482 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 559.
- LENAERTS, K., « Some Thoughts about the Interaction between Judges and Politicians », (1992) *University of Chicago Legal Forum* 93.

- LENAERTS, K., « Form and Substance of the Preliminary Rulings Procedure », dans D. CURTIN et T. HEUKELS, *Institutional Dynamics of European Integration – Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. 2, Dordrecht, Nijhoff, 1994, p. 355.
- LHERNOULD, J.-P., « Le programme de la Commission en matière sociale : l'agenda social 2005-2010 (chron. n° 1) », (janvier 2006) *Europe* 4.
- MADURO, M. P., « *Keck* : The End ? The Beginning of the End ? Or Just the End of the Beginning ? », (1994) 1 *Irish Journal of European Law* 31.
- MAHER, I., « National Courts as Community Courts », (1994) 14 *Legal Studies* 226.
- MAILLET, P., « Le pacte de stabilité et de croissance : portée et limites du compromis de Dublin ? », (1997) 404 *Revue du Marché commun et de l'Union Européenne* 5.
- MAJONE, G., « CEE : Déréglementation ou re-réglementation ? La conduite des politiques publiques depuis l'Acte Unique », dans B. JOBERT (dir.), *Le tournant néo-libéral en Europe: idées et recettes dans les pratiques gouvernementales*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 233.
- MANCIAUX, H., « L'introuvable citoyenneté de l'Union dans le projet de Constitution pour l'Europe (chron. n° 5) », (avril 2004) *Europe* 3.
- MANCINI, G. F., « Crosscurrents and the Tide at the European Court of Justice », (1995) 4 n° 2 *Irish Journal of European Law* 120.
- MANCINI, G. F. et D. T. KEELING, « Language, Culture and Politics in the Life of the European Court of Justice », (1995) 1 *Columbia Journal of European Law* 397.
- MARCHAT, P., « L'assouplissement du pacte de stabilité et de croissance », (2005) 489 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 362.
- MARENCO, G., « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative », (1984) *Cahiers de droit européen* 291.
- MARENCO, G., « Mesures étatiques et liberté de concurrence », (1984) *Revue trimestrielle de droit européen* 527.
- MARENCO, G., « Le traité interdit-il aux États membres de restreindre la concurrence ? », (1986) *Cahiers de droit européen* 285.
- MARENCO, G., « Competition Between National Economies and Competition Between Business – A Reponse to Judge Pescatore », (1987) 10 *Fordham International Law Journal* 420.
- MARESCEAU, M., « L'Union européenne et l'immigration au début du millénaire », (2000) 1-2 *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs*, 3.
- MARIATTE, F., [commentaire des arrêts *Pfizer Animal Health* et *Alpha*], (novembre 2002) *Europe comm.* 362.
- MARIATTE, F., « Procédures pour déficits publics excessifs et mise en œuvre du Pacte de stabilité et de croissance : match nul, balle au centre ? », (octobre 2004) *Europe comm.* 331.
- MARIATTE, F., « La Constitution best-seller », (juin 2005) *Europe comm.* 45.
- MARTIN, D., « “Discriminations”, “entraves” et “raisons impérieuses” dans le traité CE : trois concepts en quête d'identité », (1998) *Cahiers de droit européen* 261 et 561.

- MARTIN, P., « Le traité d'Amsterdam inaugure-t-il une politique communautaire de l'emploi ? », (2000) 36 n° 1 *Revue trimestrielle de droit européen* 47.
- MARTINELLI, S., « La stratégie européenne en faveur de l'emploi – d'Essen à Luxembourg en passant par Amsterdam », (1998) 1 *Revue du Marché Unique Européen* 55.
- MASCLET, J.-C., « Les articles 30, 36 et 100 du traité CEE à la lumière de l'arrêt "Cassis de Dijon" », (1980) *Revue trimestrielle de droit européen* 611.
- MASCLET, J.-C., « Libre circulation des marchandises – Mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives », (1997) 11 *JurisClasseur Europe* fasc. 550.
- MATHIJSEN, P., « Le début : la Cour CECA », dans Amicale des référendaires et anciens référendaires de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes, *La Cour de justice des Communautés européennes, 1952-2002 : bilan et perspectives – Actes de la conférence organisée dans le cadre du cinquantième anniversaire de la Cour de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 3.
- MATTERA, A., « L'arrêt "Cassis de Dijon", une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur », (1980) 23 *Revue du Marché commun* 505.
- MATTERA, A., « L'élimination des barrières techniques et la mise en oeuvre de la reconnaissance mutuelle », (1990) *Revue du Marché commun* 80.
- MATTERA, A., « L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence "Cassis de Dijon" et le principe de la reconnaissance mutuelle », (1992) 4 *Revue du Marché Unique Européen* 13.
- MATTERA, A., « Introduction aux débats européens consacrés au principe de subsidiarité », (1992) 4 *Revue du Marché Unique Européen* 189.
- MATTERA, A., « La jurisprudence de la Cour de justice et du tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt "Keck" ("evente à perte") », (1993) 4 *Revue du Marché Unique Européen* 195.
- MATTERA, A., « De l'arrêt "Dassonville" à l'arrêt "Keck" : l'obscurité clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions », (1994) 1 *Revue du Marché Unique Européen* 117.
- MATTERA, A., « L'arrêt "Foie gras" du 22 octobre 1998 : porteur d'une nouvelle impulsion pour le perfectionnement du Marché unique européen », (1998) 4 *Revue du Marché Unique Européen* 113.
- MATTERA, A., « Un instrument d'intervention rapide pour sauvegarder l'unicité du Marché intérieur : le règlement 2679/98 – De nouveaux pouvoirs pour la "Commission Prodi" », (1999) 2 *Revue du Marché Unique Européen* 9.
- MATTINA, E., « Subsidiarité, démocratie et transparence », (1992) 4 *Revue du Marché Unique Européen* 203.
- MAVRIDIS, P., « Libéralisation des soins de santé en Europe : un premier diagnostic », (1998) 3 *Revue du Marché Unique Européen* 145.
- MAYET, R., « Le réseau transeuropéen de transport : le dessous des cartes », (2005) 484 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 11.

- MEISSE, E., [commentaire de l'arrêt *Alliance for Natural Health*], (octobre 2005) *Europe comm.* 334.
- MERTENS DE WILMARS, J., « Du bon usage de la subsidiarité », (1992) 4 *Revue du Marché Unique Européen* 193.
- MERTENS DE WILMARS, J. et J. STEENBERGEN, « The Court of Justice of the European Communities and Governance in an Economic Crisis », (1984) 82 *Michigan Law Review* 1377.
- MET-DOMESTICI, A., « Les services postaux entre une libéralisation contrôlée et la préservation du service universel – État des travaux après les débats de décembre 2000 », (2001) 448 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 327.
- MIDENBÄCK, M.-P., « The European Court of Justice and the Interpretation of Article 30 EC – The Taming of the Tiger », (1994-1995) 6 *Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet* 972.
- MOORE, S., « Re-visiting the Limits of Article 30 EEC », (1994) 19 *European Law Review* 195, 198.
- MORAND, C. A., « Pesée d'intérêts et décisions complexes », dans *La pensée globale des intérêts. Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1996.
- MORAND, C. A., « Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles », dans *De la Constitution. Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1996.
- MORAVCSIK, A., « Negotiating the Single European Act : National Interests and Conventional Statecraft in the European Community », (1991) 45 n° 1 *International Organization* 19.
- MORGAN DE RIVERY, E., et G. LE BRETON, « Le "retraitement" de l'article 30 du traité CE par la Cour de justice des Communautés européennes : trois ans après l'arrêt *Keck et Mithouard* », (1997) 1 *Dalloz Affaires* 5.
- MORTELMANS, K., « Article 30 of the EEC Treaty and Legislation Relating to Market Circumstances : Time to Consider a New Definition ? », (1991) 28 *Common Market Law Review* 115.
- MOSCOVICI, P., « Perspectives de l'Union européenne après le Conseil européen d'Helsinki », (2000) 434 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 5.
- MOUSSIS, N., « L'intérêt grandissant de l'Union européenne pour les petites et moyennes entreprises », (1999) 386 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 185.
- MOUSSIS, N., « Pour rapprocher les citoyens de l'Union : une politique commune de la communication », (2004) 481 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 500.
- MUÑOZ, R., « Comment pallier les manquements du recours en manquement ? (chron. n° 2) », (février 1999) *Europe* 4.
- MUÑOZ, R., « Le marché intérieur : comment rendre effectifs les droits des intéressés ? », (2002) 458 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 337.
- MUYLLE, K., « Angry Farmers and Passive Policemen : Private Conduct and the Free Movement of Goods », (1998) 23 *European Law Review* 467.

- NEERGAARD, U. B., « Free Movement of Goods from a Contextual Perspective, a Review Essay », (1999) 6 n° 2 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 153.
- NEURAY, J.-F., « L'«Europe des citoyens» et la politique communautaire de l'environnement : rhétorique politique et réalité du droit positif », (1999) 3 et 4 *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs*, 389.
- O'KEEFFE, D. et P. OSBORNE, « L'arrêt Bosman : un arrêt important pour le bon fonctionnement du Marché unique européen », (1996) 1 *Revue du Marché Unique Européen* 17.
- OLIVER, P., « La jurisprudence de la Cour de justice relative à la libre circulation des marchandises », (1995) n° 23 *Journal des Tribunaux - Droit européen* 203.
- OLIVER, P., « Some Further Reflections on the Scope of Articles 28-30 (ex 30-36) EC », (1999) 36 (4) *Common Market Law Review* 783.
- PALLEMAERTS, M., « The Decline of Law as an Instrument of Community Environmental Policy », (1999) 3 et 4 *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs*, 338
- PAPADOPOULOU, R.-E., « Situations purement internes et droit communautaire », (2002) *Cahiers de droit européen* 95.
- PECNARD C. et C. HENIN, « Keck et Mithouard, deux ans après : le nouvel emballage de la libre circulation des marchandises », (1996) n° 3 *Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal*, 371.
- PERELMAN, C., « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », dans C. PERELMAN et P. FORIERS, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 415.
- PESCATORE, P., « La carence du législateur communautaire et le devoir du juge », dans G. LÜKE, G. RESS et M. R. WILL (dir.), *Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Cologne, Heymanns, 1983, p. 559.
- PESCATORE, P., « Public and Private Aspects of European Community Competition Law », (1987) 10 *Fordham International Law Journal* 373.
- PESCATORE, P., « Article 177 », dans V. CONSTANTINESCO, J.-P. JACQUÉ, R. KOVAR et D. SIMON (dir.), *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Paris, Économica, 1993, p. 1073.
- PETIT, Y., « L'Union européenne et l'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB) : vers une nouvelle politique agricole commune (PAC) ? (chron. n° 9) », (octobre 2001) *Europe* 5.
- PICOD, F., « Libre circulation des marchandises », dans A. BARAV, C. PHILIP et C. BOUTAYEB (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, p. 614.
- PICOD, F., « Restrictions quantitatives », dans A. BARAV, C. PHILIP et C. BOUTAYEB (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, p. 966.
- PICOD, F., « La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges », (1998) 34 n° 2 *Revue trimestrielle de droit européen* 169.
- PIETRI, M., [commentaire des arrêts *Ferring Arzneimittel* et *Aventis Pharma Deutschland*], (novembre 2002) *Europe comm.* 368.

- PIETRI, M., [commentaire de l'arrêt *Deutscher Apothekerverband*], (février 2004) *Europe comm.* 37.
- POCHET, P., « L'emploi après le sommet de Dublin », (1997) 405 *Revue du Marché commun et de l'Union Européenne* 87.
- POCHET, P., « Le nouvel agenda social européen », (2000) 4 *Revue Belge de Sécurité Sociale*, 1059 ou [en ligne]. <http://www.ose.be/files/rbss2000/RBSS4-PP-fr.pdf>.
- POCHET, P., « Subsidiarité, gouvernance et politique sociale », (2001) 1 *Revue Belge de Sécurité Sociale* 125 ou [en ligne]. <http://www.ose.be/files/rbss2001/RBSS1-01PPfr.pdf>.
- POCHET, P. et J. GOETSCHY, « La politique européenne de l'emploi : réflexions sur les nouveautés de 1999 et leur impact pour la Belgique », (2000) 1 *Revue Belge de Sécurité Sociale* 69 ou [en ligne]. <http://www.ose.be/files/rbss2000/RBSS1-PP-JG.pdf>.
- RASMUSSEN, H., « La Cour de justice », dans COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1982, p. 159.
- RASMUSSEN, H. « Between Self-Restraint and Activism : a Judicial Policy for the European Court », (1988) 19 *European Law Review* 28.
- RASMUSSEN, H., « The Court of Justice of the European Communities and the Process of Integration », dans E. ORBAN, *Fédéralisme et Cours Suprêmes*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 199.
- RASMUSSEN, H., « Le pouvoir de décision politique du juge européen et ses limites », (1992) 63 *Revue française d'administration publique* 413.
- RASMUSSEN, H., « Toward a Normative Theory of Interpretation of Community law », (1992) *University of Chicago Legal Forum* 135.
- RAWLINGS, R., « The Eurolaw Game : Some Deductions from a Saga », (1993) 20 *Journal of Law and Society* 309.
- REICH, N., « Protection of Diffuse Interests in the EEC and the Perspective of Progressively Establishing an Internal Market », (1988) *Tidskrift: utgiven av Juridiska Föreningen* 159.
- REICH, N., « The "November Revolution" of the European Court of Justice : Keck, Meng and Audi Revisited », (1994) *Common Market Law Review* 459.
- RIGAUX, A., « Tribunal de première instance : structure, compétences », *JurisClasseur Europe* fasc. 300.
- RIGAUX, A., [commentaire de l'arrêt *Peralta*], (octobre 1994) *Europe comm.* 364.
- RIGAUX, A., [commentaire de l'arrêt *Commission/Grèce*, aff. C-391/92], (août-septembre 1995) *Europe comm.* 298.
- RIGAUX, A., [commentaire de l'arrêt *Graffione et Franzà*], (janvier 1997) *Europe comm.* 10.
- RIGAUX, A., « Nouvel épisode de la difficile qualification de mesures d'effet équivalent : le sort des abeilles brunes de Læsø (chron. 4) », (mars 1999) *Europe* 7.
- RIGAUX, A., [commentaire de l'arrêt *BASF*], (novembre 2000) *Europe comm.* 370.
- RIGAUX, A., [commentaire de l'arrêt *Guimont*], (février 2001) *Europe comm.* 58.

- RIGAUX, A., « La jurisprudence Keck et Mithouard à l'épreuve des règles nationales de publicité (Rapide bilan à propos de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Gourmet International Products) (chron. n° 4) », (mai 2001) *Europe* 5.
- RIGAUX, A., [commentaire de l'arrêt *Radiosistemi*], (août-septembre 2002) *Europe* comm. 281.
- RIGAUX, A., « Symphonie déconcertante ou Keckophonie ? (chron. n° 13) », (novembre 2003) *Europe* 7.
- RIGAUX, A., [commentaire de l'arrêt *Karner*], (mai 2004) *Europe* comm. 131.
- RIGAUX, A., [commentaire de l'arrêt *Carbonati Apuani*], (novembre 2004) *Europe* comm. 350.
- RIGAUX, A., [commentaire de l'arrêt *A-Punkt Schmuckhandel*], (avril 2006) *Europe* comm. 109.
- RIGAUX, A. et D. SIMON, [commentaire de l'arrêt *Keck et Mithouard*], (janvier 1994) *Europe* comm. 12.
- RIGAUX, A. et D. SIMON, [commentaire des arrêts *Punto Casa et Tankstation et Boermans*], (août-septembre 1994) *Europe* comm. 314.
- RIGAUX, A. et D. SIMON, [commentaire de l'arrêt *Lancry*], (octobre 1994) *Europe* comm. 361.
- RIGAUX, A. et D. SIMON, [commentaire de l'arrêt *Leclerc-Siplec*], (avril 1995) *Europe* comm. 136.
- RIGAUX, A. et D. SIMON, [commentaire de l'arrêt *Mars*], (août-septembre 1995) *Europe* comm. 297.
- RIGAUX, A. et D. SIMON, [commentaire de l'arrêt *De Agostini*], (août-septembre 1997) *Europe* comm. 274.
- RIGAUX, A. et D. SIMON, [commentaire de l'arrêt *Commission/France*, aff. C-265/95], (février 1998) *Europe* comm. 55.
- RIGAUX, A. et D. SIMON, [commentaire de l'arrêt *Commission/France*, aff. C-184/96], (décembre 1998) *Europe* comm. 399.
- RIGAUX, A., et D. SIMON, [commentaire de l'arrêt *Gunnar Nilsson*], (janvier 1999) *Europe* comm. 22.
- RIGAUX, A., et D. SIMON, [commentaire de l'arrêt *Belgique/Espagne*, aff. C-388/95] (juillet 2000) *Europe* comm. 208.
- RIGAUX, A., et D. SIMON, [commentaire de l'arrêt *Schmidberger*], (août-septembre 2003) *Europe* comm. 272.
- RODRIGUES, S., « Les services publics et le traité d'Amsterdam – Genèse et portée juridique du projet de nouvel article 16 du traité CE », (1998) 414 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 37.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., « Le pouvoir judiciaire de la Communauté européenne au stade actuel de l'évolution de l'Union », (1996) Jean Monnet Chair Paper RSC N° 96/41, European University Institute, Robert Schuman Centre of Advanced Studies (voir le texte intégral à l'adresse Internet suivante : http://www.iue.it/RSCAS/WP-Texts/JM96_41.html).
- ROSS, M., « *Keck* – Grasping the Wrong Nettle », dans A. CAIGER et D. A. M.-A. FLOUDAS (dir.), *1996 Onwards : Lowering the Barriers Further*, Chichester, Wiley, 1996, p. 45.

- ROTH, W.-H. « Comment on Keck and Hünermund », (1994) *Common Market Law Review* 845.
- RUIZ-JARBO, D., « La réforme de la Cour de justice opérée par le traité de Nice et sa mise en œuvre future », (2001) 37 n° 4 *Revue trimestrielle de droit européen* 705.
- RUZIÉ, D., « Article 165 », dans V. CONSTANTINESCO, J.-P. JACQUÉ, R. KOVAR et D. SIMON (dir.), *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Paris, Économica, 1993, p. 975.
- SANDHOLTZ, W. et J. ZYSMAN, « 1992 : Recasting the European Bargain », (1989) 42 n° 1 *World Politics* 95.
- SAURON, J. L., « Le Conseil européen extraordinaire de Luxembourg des 20 et 21 novembre 1997 pour l'emploi – Synergie des politiques communautaires et intégration des politiques nationales, ou la résurgence de la planification à la française », (1997) 413 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 649.
- SAURON, J. L. et G. ASSERAF, « Le Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999 », (1999) 430 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 441.
- SCHEPEL, H., et R. WESSELING, « The Legal Community : Judges, Lawyers, Officials and Clerks in the Writing of Europe », (1997) 3 *European Law Journal : Review of European Law in Context* 165.
- SCHOCKWEILER, F., « La Cour de justice des Communautés européennes dépasse-t-elle les limites de ses attributions ? », (1995) 3 *Journal des Tribunaux - Droit européen* 73.
- SIMON, D., « Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent », *Répertoire de droit communautaire*, Encyclopédie Dalloz, Paris, 1992.
- SIMON, D., « Article 30 », dans V. CONSTANTINESCO, J.-P. JACQUÉ, R. KOVAR et D. SIMON (dir.), *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Paris, Économica, 1992, p. 147.
- SIMON, D., « Article 100 A », dans V. CONSTANTINESCO, J.-P. JACQUÉ, R. KOVAR et D. SIMON (dir.), *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Paris, Économica, 1992, p. 561.
- SIMON, D., « Article 100 B », dans V. CONSTANTINESCO, J.-P. JACQUÉ, R. KOVAR et D. SIMON (dir.), *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Paris, Économica, 1992, p. 573.
- SIMON, D., [commentaire de l'arrêt *Hünermund*], (février 1994) *Europe comm.* 55.
- SIMON, D., [commentaire de l'arrêt *Ligur Carni*], (février 1994) *Europe comm.* 56.
- SIMON, D., [commentaire de l'arrêt *Familiapress*], (août-septembre 1997) *Europe comm.* 273.
- SIMON, D., « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire », (1998) 1 et 2 *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs* 84.
- SIMON, D., [commentaire des arrêts *Commission/Allemagne*, aff. C-387/99 et *Commission/Autriche*, aff. C-150/00], (juin 2004) *Europe comm.* 199.
- SIMON, D., (novembre 2004) *Europe comm.* 40.

- SIMON, D., « Conseil européen de Bruxelles : stratégie de Lisbonne, programme de La Haye, initiative “Communiquer l’Europe” (chron. n° 8) », (décembre 2004) *Europe* 3.
- SIMON, D., [commentaire des arrêts *Commission/Allemagne et Radlberger Getrönke et S. Spitz*], (février 2005) *Europe comm.* 39.
- SIMON, D., « Retour du mythe du gouvernement des juges ? », (février 2006) *Europe* 1.
- SIMON, D., « Europe du droit, Europe des juges », (mars 2007) *Europe* 3.
- SIMON, D. et F. G., [commentaire de l’arrêt *Centre d’insémination de la Crespelle*], (décembre 1994) *Europe comm.* 460.
- SIMON, D. et F. LAGONDET, « Libre circulation des marchandises et situations purement internes : chronique d’une mort annoncée (chron. n° 9) », (juillet 1997) *Europe* 7.
- SIMON, D. et F. MARIATTE, « Conseil européen de crise, crise du Conseil européen (chron. n° 7) », (juillet 2005) *Europe* 3.
- SIWECK, J.-L., « Le dialogue social au niveau communautaire : d’où vient-on, où en est-on ? », (1999) 427 *Revue du Marché commun et de l’Union européenne* 238.
- SLOTBOOM, M., « L’application du traité CE au commerce intra-étatique, le cas de l’octroi de mer », (1996) *Cahiers de droit européen*, 1.
- SLYNN of HADLEY, G. (Lord), « Looking at European Community Texts », (1993) 14 n° 1 *Statute Law Review* 12.
- SLYNN of HADLEY, G. (Lord), « They Call It “Teleological” », (1994) *Denning Law Journal* 225.
- SNYDER, F., « The Effectiveness of European Community Law : Institutions, Processes, Tools and Techniques », (1993) 56 *The Modern Law Review* 19.
- SNYDER, F. et C. JOERGES, « Foreword », dans M. P. MADURO, *We the Court ; The European Court of Justice and the European Economic Constitution – A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 1998.
- SPAVENTA, E., [commentaire de l’arrêt *Schutzverband*], (2000) *Common Market Law Review* 1264.
- STADLMEIER, S. « “Contrary to What Has Previously Been Decided...” The Search for the Rule Goes on », (1995) *Legal Issues of European Integration* 9.
- STEINER, J., « Drawing the Line : Uses and Abuses of Article 30 EEC », (1992) 29 *Common Market Law Review* 749.
- STONE SWEET, A., et J. A. CAPOROSO, « From Free Trade to Supranational Policy : The European Court and Integration », dans W. SANDHOLTZ et A. STONE SWEET (dir.), *European Integration and Supranational Governance*, New York, Oxford University Press, 1998, p. 92.
- STRAETMANS, G., [commentaire de l’arrêt *Gourmer*], (2002) 39 *Common Market Law Review* 1407.
- STREIT, M. E. et W. MUSSLER, « The Economic Constitution of the European Community : From “Rome” to “Maastricht” », (1995) 1 n° 1 *European Law Journal* 5.
- STUYCK, J., « L’arrêt *Keck et Mithouard* (vente à perte) et ses conséquences sur la libre circulation des marchandises », (1994) *Cahiers de droit européen* 435.

- STUYCK, J., « Patterns of Justice in the European Constitutional Charter : Minimum Harmonisation in the Field of Consumer Law », dans L. KRÄMER, H.-W. MICKLITZ et K. TONNER (dir.), *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order – Recht und Diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung, Liber Amicorum Norbert Reich*, Baden-Baden, Nomos, 1997, p. 279.
- STUYCK, J., [commentaire sur l'arrêt *De Agostini*], (1997) 34 *Common Market Law Review* 1445.
- STUYCK, J., « Gourmet : une nouvelle brèche dans la jurisprudence "Keck" ? », (2002) *Cahiers de droit européen* 683, 685, 699-700, 705.
- TAMBOU, O., « Le système juridictionnel communautaire revu et corrigé par le traité de Nice », (2001) 446 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 164.
- TESAURO, G. « The Community's Internal Market in the Light of the Recent Case-Law of the Court of Justice », (1995) 15 *Yearbook of European Law* 1.
- THÉOPHILE, D. et C. GIOLITO, « Le juge communautaire rachète la prohibition de la revente à perte : le prix d'un revirement », (1994) *Cahiers de Droit de l'entreprise* 8.
- THIEFFRY, P., « Marché intérieur et environnement », (2001) 3 *JurisClasseur Europe* fasc. 1910.
- THIEFFRY, P., « Eco emballages devant la Cour de justice – Le système français de gestion des déchets d'emballage, la transparence réglementaire et la libre circulation des marchandises (chron. n° 10) », (août-septembre 2002) *Europe* 5.
- TIMMERMANS, C. W. A., « La libre circulation des marchandises », dans COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1982, p. 251.
- TIZZANO, A., « La Cour de justice après Nice : le transfert de compétences au Tribunal de première instance », (2002) 4 *Revue du Droit de l'Union européenne* 665.
- TODINO M., et T. LÜDER, « La jurisprudence Keck en matière de publicité : vers un marché unique inachevé ? » (1995) 1 *Revue du Marché Unique Européen* 171.
- TOUFFAIT, A., « Les entraves techniques à la libre circulation des marchandises », (1982) 37 *Recueil Dalloz-Sirey* 37.
- TOULEMON, R., « L'Europe et l'emploi », (1996) 400 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 485.
- TRIDIMAS, T., « The Court of Justice and Judicial Activism », (1996) 21 *European Law Review* 199.
- TRIDIMAS, T., « The Role of the Advocate General in the Development of Community Law : Some Reflections », (1997) *Common Market Law Review* 1349.
- VANDAMME, F., « Lisbonne », (2000) n° 438 *Revue du Marché commun et de l'Union Européenne* 285.
- VAN DER ESCH, B., « Loyauté fédérale et subsidiarité à propos des arrêts du 17 novembre 1993 dans les affaires C-2/91 (Meng), C-245/91 (Ohra) et C-185/91 (Reiff) » (1994) *Cahiers de droit européen* 523.

- VANDERSANDEN, G. « Le système juridictionnel communautaire après Nice », *Cahiers de droit européen* 3.
- VAN GERVEN, « Les principes de “subsidiarité, proportionnalité et coopération” en droit communautaire européen », dans M. PEREZ GONZALEZ (dir.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo : estudios en homenaje al professor Don Manuel Diez de Velasco*, Madrid, Editorial Tecnos, 1993, p. 1281.
- VAN GERVEN, W., « L'article 30 du traité C.E. et les législations sur les pratiques commerciales : “Dassonville” limité à “Cassis de Dijon” ? », dans J. HEENEN et A. BENOIT-MOURY (dir.), *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 469.
- VAN GERVEN, W., « Articles 30, 48, 52 and 59 after Keck & Mithouard, and Protection of Rights Arising from Directives after Faccini Dori », (1996) 2 *Columbia Journal of European Law* 217.
- VAN HEYDEBRAND, C., « Free Movement of Foodstuffs, Consumer Protection and Food Standards in the European Community : Has the Court of Justice Got It Wrong ? », (1991) 16 *European Law Review* 391.
- VAN HUFFEL, M., « Le champ d'application de l'article 30 du traité de Rome et les arrêts *Keck et Mithouard*, *Hünermund* et *Clinique* : la nouvelle liberté de la libre circulation des marchandises ou “l'enfer, c'est les autres” ? », (1994) 2 *Revue Européenne de Droit de la consommation* 95.
- VAN RAEPENBUSCH, S., « Le libre choix par les citoyens européens des produits médicaux et des prestations de soins, conséquence sociale du marché intérieur – Note sous les arrêts du 28 avril 1998, *Decker*, C-120/95 et *Kohll*, C-158/96 », (1998) *Cahiers de droit européen*, 683.
- VERLOREN VAN THEMAAT, P., « La libre circulation des marchandises après l'arrêt “Cassis de Dijon” », (1982) *Cahiers de droit européen*, 123.
- VIGNES, D., « Le rapprochement des législations mérite-t-il encore son nom ? », dans *L'Europe et le droit : mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 533.
- VIGNON, J., « Gouvernance européenne : “un livre blanc” », (2001-2002) 1 *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs* 42.
- VOLCANSEK, M. L., « The European Court of Justice : Supranational Policy-Making », (1992) 15 *West European Politics* 108.
- WAELEBROECK, D., « L'arrêt *Keck et Mithouard* : les conséquences pratiques », (1994) 13 *Journal des Tribunaux – Droit européen* 161.
- WAELEBROECK, M., « Mesures d'effet équivalent, discrimination formelle et matérielle dans la jurisprudence de la Cour de Justice », dans *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, t. 2, Anvers, Kluwer, 1983, pp. 1329.
- WAELEBROECK, M., « Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE », dans F. CAPOTORTI, C.-D. EHLERMANN, J. FROWEIN, F. JACOBS, R. JOLIET, T. KOOPMANS et R. KOVAR

- (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration : Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, p. 781.
- WAELEBROECK, M., « L'harmonisation des règles et normes dans la CEE » (1988) *Cahiers de droit européen* 243.
- WAELEBROECK, M., « Le rôle de la Cour de Justice dans la mise en oeuvre de l'Acte unique européen », (1989) *Cahiers de droit européen* 41.
- WAELEBROECK, M., « Le traité CEE est-il neutre à l'égard des politiques économiques des États membres ? », dans M. PEREZ GONZALEZ (dir.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo : estudios en homenaje al professor Don Manuel Diez de Velasco*, Madrid, Editorial Tecnos, 1993, p. 1297.
- WAINWRIGHT, R. et V. MELGAR, « Bilan de l'article 30 après vingt ans de jurisprudence : de Dassonville à Keck et Mithouard » (1994) 381 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 533.
- WATHELET, M., « La Charte des droits fondamentaux : un bon pas dans une course qui reste longue », (2000) *Cahiers de droit européen* 585.
- WEATHERILL, S., « After Keck : Some Thoughts on How to Clarify the Clarification », (1996) 33, n° 5 *Common Market Law Review* 896.
- WEATHERILL, S., « Recent Case Law Concerning the Free Movement of Goods : Mapping the Frontiers of Market Deregulation », (1999) 36 *Common Market Law Review* 51.
- WEILER, J. H. H., « Journey to an Unknown Destination : A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration », (1993) 31 *Journal of Common Market Studies* 417.
- WEILER, J. H. H., « A Quiet Revolution – The European Court of Justice and its Interlocutors », (1994) 26 *Comparative Political Studies* 510.
- WEILER, J. H. H., « Fin-de-siècle Europe : On Ideals and Ideology in Post-Maastricht Europe », dans D. CURTIN et T. HEUKELS, *Institutional Dynamics of European Integration – Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. 2, Dordrecht, Nijhoff, 1994, p. 355.
- WEYEMBERGH, A., « L'Union européenne et la lutte contre la traite des êtres humains », (2000) *Cahiers de droit européen* 215.
- WHELAN, A. et A. SCHOUTEN, [commentaires des arrêts *Decker* et *Kohl*], (1999) 1 *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs* 90.
- WHITE, E. L., « In Search for Limits to Articles 30 of the EEC Treaty », (1989) 26 *Common Market Law Review* 235.
- WILHELMSSON, T., « Jack-in-the-Box Theory of European Community Law », dans L. KRÄMER, H.-W. MICKLITZ et K. TONNER (dir.), *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order – Recht und Diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung, Liber Amicorum Norbert Reich*, Baden-Baden, Nomos, 1997, p. 177.
- WILS, W. P. J., « The Search for the Rule in Article 30 EEC : Much Ado about Nothing ? », (1993) 18 *European Law Review* 475.

Articles de journaux

- « Chancellor Kohl Accuses the Court of Going Beyond its Competencies : The “Paletta” and “Boetel” Cases », *Europe*, 14 octobre 1992, n° 5835, p. 9.
- « Électricité : la France ne refuse plus l’ouverture totale de son marché », *Le Monde*, 7 octobre 2002, p. 14.
- « Les pays européens tardent à appliquer les mesures adoptées », *Le Monde*, 21 novembre 2002, p. 2.
- « La tendance à l’assouplissement du droit de licenciement domine en Europe », *Le Monde*, 22 mars 2006, p. 9.
- AIZICOVICI, F., « Des experts tirent le signal d’alarme sur la dégradation des conditions de travail en Europe », *Le Monde*, 24 octobre 2000, p. 2.
- AIZICOVICI, F., « Le statut de société européenne ? Une porte tout juste entrouverte à la participation des travailleurs », *Le Monde*, 23 janvier 2001, p. 4.
- ALLIÈS, P., « Constitution post-libérale », *Le Monde*, 3 juillet 2003, p. 16.
- BADINTER, R., « Une Charte européenne, oui, mais laquelle ? », *Le Monde*, 20 juin 2000, p. 1.
- BARRÈRE, C., « Citoyens, ou... nécessiteux ? », *Le Monde diplomatique*, janvier 1996, p. 13.
- BAUDET M. B., « L’Europe rechigne à se doter d’un “amortisseur” social », *Le Monde*, 18 avril 2000, p. 8.
- BAUDET, M. B., « Entrevue d’Odile Quintin, directeur général de la direction générale Emploi et affaires sociales à la Commission européenne : il serait inconcevable de parler de plein-emploi sans s’intéresser à la qualité du travail offert », *Le Monde*, 5 septembre 2000, p. 3.
- BAUDET, M. B., et L. VAN EECKHOUT, « La France n’a pas réussi à imposer ses ambitions sociales pour l’Europe », *Le Monde*, 5 décembre 2000, p. 2.
- BOUCHET, H., « L’Arlésienne du social », dans la série : « Une Europe des citoyens », *Le Monde diplomatique*, juillet 1996, pp. 6-7.
- BURG, N. et P. S. GOLUB, « Le mythe trompeur du postnational », *Le Monde diplomatique*, avril 2000, pp. 14-15.
- CAPRON, M., « Responsabilité sociale des entreprises : marche arrière à Bruxelles », *Le Monde*, 19 avril 2006, p. 6.
- CARAMEL, L., « L’Europe rose rêve d’une “nouvelle voie” », *Le Monde*, 2 mars 1999, p. 1.
- CARAMEL, L., « L’Europe sociale s’enlise dans les divergences d’une gauche européenne trop plurielle », *Le Monde*, 13 juillet 1999, p. 2.
- CARLBERG, I., « L’opaque transparence de l’Union européenne », *Le Monde diplomatique*, juin 1997, p. 32.
- CARROUÉ, L., « L’euro, verrou de l’orthodoxie », *Le Monde diplomatique*, janvier 1999, p. 5.
- CASSEN, B., « Surtout de pas désespérer – Le social à la remorque de l’Acte unique », *Le Monde diplomatique*, décembre 1988, p. 6.

- CASSEN, B., « Rien que le grand marché – L'Europe minimale de Mme Thatcher », *Le Monde diplomatique*, juin 1989, pp. 20-21.
- CASSEN, B., « La menace de récession dans l'Europe d'après-Maastricht – Fausses traites sur la Communauté », *Le Monde diplomatique*, octobre 1992, pp. 6-7.
- CASSEN, B., « Une gauche française déconfitée et sans projet », *Le Monde diplomatique*, janvier 1993, p. 14.
- CASSEN, B., « La cohésion sociale aux oubliettes », *Le Monde diplomatique*, février 1994, p. 10.
- CASSEN, B., « L'Union à quinze ne fait pas la force – Quand l'Europe entre dans l'ère du pilotage à vue », *Le Monde diplomatique*, janvier 1995, pp. 10-11.
- CASSEN, B., « Le parent pauvre du "social" s'invite au sommet européen », *Le Monde diplomatique*, décembre 2000, pp. 12-13.
- CASSEN, B., « Le piège de la gouvernance », *Le Monde diplomatique*, juin 2001, p. 28.
- CASSEN, B., « Une convention européenne conventionnelle », *Le Monde diplomatique*, juillet 2003, p. 3.
- CORONE, S., « Télé sans alcool », *Le Monde*, 28 septembre 2004 p. 4.
- CORONE, S., « Le "snus" ne fera pas un tabac », *Le Monde*, 22 février 2005, p. 4.
- CORONE, S., « De la nécessité d'emballer les chewing-gums », *Le Monde*, 10 janvier 2006, p. 4.
- COURTOIS, G., « Les Européens veulent plus d'Europe et une autre Europe », *Le Monde*, 1^{er} juin 1999, p. 6.
- COURTOIS, G., « Désir d'Europe », *Le Monde*, 1^{er} juin 1999, p. 18.
- DE BRESSON, H., « L'Europe rose confrontée à un nouveau rapport de forces », *Le Monde*, 15 juin 1999, p. 2.
- DE BRESSON, H., « Le sommet de Biarritz donne une impulsion à la réforme des institutions européennes - Les Quinze adoptent la Charte des droits fondamentaux des Européens », *Le Monde*, 16 octobre 2000, p. 6.
- DE BRESSON, H., « D'autres mesures pour une Europe plus "citoyenne" », *Le Monde*, 12 décembre 2000, p. 2.
- DE BRESSON, H., et P. LEMAITRE, « Le sommet de Cardiff marque la volonté des Quinze d'avancer avec prudence sur la réforme de l'Union », *Le Monde*, 18 juin 1998, p. 3.
- DE BRESSON, H. et A. LEPARMENTIER, « Le pacte pour l'emploi de Cologne confirme l'influence des idées social-libérales en Europe », *Le Monde*, 7 juin 1999, p. 7.
- DE BRESSON, H. et L. ZECCHINI, « Déblocage des négociations sur la Charte des droits européens », *Le Monde*, 14 septembre 2000, p. 3.
- DE BRIE, C., « Brader le bien public en Europe – Ainsi s'élargit le gouffre entre pouvoir capitaliste et réalités sociales », *Le Monde diplomatique*, février 1994, pp. 8-9.
- DE BRIE, C., « Quand la loi des marchés s'étend à la politique – En avant vers le radieux parti unique ! », *Le Monde diplomatique*, juin 1995, pp. 18 et 19.
- DE BRIE, C., « Les Européens dans la nasse de l'austérité », *Le Monde diplomatique*, juillet 1996, pp. 1 et 9.

- DE LA PRADELLE, G., « Du bon usage de l'idéologie sécuritaire dans l'Europe du chômage – Onction législative pour idées malsaines », *Le Monde diplomatique*, février 1994, p. 12.
- DE SÉLYS, G., « La machine de propagande de la Commission », *Le Monde diplomatique*, juin 1996, pp. 8 et 9.
- FABIUS, L., « Pourquoi il faut dire non à la Constitution européenne », *Libération*, 23 novembre 2004, p. 34.
- FERENCZI, T., « Bruxelles donne la priorité à la lutte contre les clandestins », *Le Monde*, 4 novembre 2003, p. 2.
- FERENCZI, T., « Les Vingt-Cinq négocient un projet constitutionnel très en recul par rapport à celui de la Convention », *Le Monde*, 9 décembre 2003, p. 6.
- FERENCZI, T., « L'Europe élargie s'est dotée d'une Constitution âprement négociée », *Le Monde*, 21 juin 2004, p. 2.
- FERENCZI, T., « La légitimation par l'action », *Le Monde*, 23 décembre 2005, p. 2.
- FERENCZI, T., « La Cour de justice est accusée d'outrepasser ses compétences », *Le Monde*, 13 janvier 2006, p. 13.
- FERENCZI, T., « L'État doit-il fixer la durée du travail ? », *Le Monde*, 9 juin 2006, p. 2.
- FERENCZI, T., « Les Européens se mettent d'accord pour refondre le traité constitutionnel d'ici à 2009 », *Le Monde*, 17 juin 2006, p. 8.
- FERENCZI, T. et A. LEPARMENTIER, « Europe, les termes du débat », *Le Monde*, 30 septembre 2004, p. 20.
- FERENCZI, T. et L. ZECCHINI, « Les Vingt-Cinq engagent un débat difficile sur le projet de Constitution », *Le Monde*, 4 octobre 2003, p. 6.
- GAUSSEN, F., « Mettre de la politique dans le moteur européen », *Le Monde*, 2 décembre 1993, p. 2.
- GEORGE, S., « Les transnationales au coeur des institutions européennes – Cinquième colonne à Bruxelles », *Le Monde diplomatique*, décembre 1997, p. 31 (recension de l'ouvrage du Corporate Europe Observatory, *Europe Inc.*, London, Pluto Press, 1997).
- GOBIN, C., « Comment apprivoiser et fragiliser le syndicalisme – Une Europe sociale en trompe-l'oeil », *Le Monde diplomatique*, novembre 1997, pp. 20-21.
- GUIGOU, E., « Pour une lutte européenne contre le crime organisé », *Le Monde*, 8 mars 1999, p. 13.
- HALIMI, S., « Un capitalisme hors de contrôle – Les chantiers de la démolition sociale », *Le Monde diplomatique*, juillet 1994, pp. 1 et 22-23.
- HERMITTE, M.-A., « Sous l'oeil du juge européen – Fabriquer, jusqu'au bout, l'homme de marché ? », *Le Monde diplomatique*, janvier 1991, p. 32.
- JARREAU, P. et L. MAUDUIT, « Entretien accordé par Jacques Delors dans le cadre des élections présidentielles 1995 », *Le Monde*, 2 mai 1995, p. 7.
- KESSLER, F., « La mode de l'épargnant-retraité », *Le Monde*, 30 mars 1999, p. 4.
- KESSLER, F., « Droits fondamentaux : une nouvelle tentative », *Le Monde*, 5 décembre 2000, p. 9.
- KESSLER, F., « "Refondation" ou déréglementation ? », *Le Monde*, 23 janvier 2001, p. 10.
- KESSLER, F., « "Benchmarking" ou convergence ? », *Le Monde*, 25 septembre 2001, p. 10.

- KESSLER, F., « Étudiants sans frontières », *Le Monde*, 12 juin 2002, p. 8.
- KESSLER, F., « Manifestations et libre circulation », *Le Monde*, 8 juillet 2003, p. 8.
- KOULOGLOU, S., « Crise provoquée en Grèce : la fuite en avant de M. Papandréou – Un socialisme sans teinte sous le signe de l’austérité », *Le Monde diplomatique*, avril 1985, pp. 16-17.
- LANGELLIER, J.-P., « Tony Blair fixe les “lignes rouges” de Londres sur le projet de Constitution de l’Union élargie », *Le Monde*, 11 septembre 2003, p. 7.
- LANGELLIER, J.-P., « À Bruxelles, Tony Blair refuse toute avancée sur le social et la fiscalité », *Le Monde*, 18 juin 2004, p. 4.
- LAVAL, C. et L. WEBER, « Comme si l’école était une entreprise... », *Le Monde diplomatique*, juin 2003, p. 6.
- LEMAITRE, P., « La réforme politique de l’Union fera l’objet d’un débat au sommet européen de Cardiff », *Le Monde*, 15 juin 1998, p. 5.
- LEMAITRE, P., « La subsidiarité fait l’objet de débats confus en Europe », *Le Monde*, 30 juin 1998, p. 4.
- LEMAITRE, P., « Le sommet de Pörttschach débouche sur de nouvelles priorités européennes », *Le Monde*, 27 octobre 1998, p. 2.
- LEMAITRE, P., « Malgré les souhaits de la Commission, le dialogue social européen reste à la traîne », *Le Monde*, 18 novembre 1998, p. 3.
- LEMAITRE, P., « La politique sociale européenne fera partie des priorités de la présidence française de l’UE », *Le Monde*, 8 juin 2000, p. 4.
- LENOIR, R., « Stabilité monétaire ou épanouissement des sociétés – L’Europe quand même », *Le Monde diplomatique*, octobre 1993, p. 18.
- LEPARMENTIER, A., « Bataille à l’arraché à Barcelone sur la libéralisation de l’énergie », *Le Monde*, 18 mars 2002, p. 2.
- LEPARMENTIER, A., « Bruxelles demande à Paris un plan d’assainissement de ses finances publiques avant le 15 décembre », *Le Monde*, 22 octobre 2003, p. 8.
- LEPARMENTIER, A., « Romano Prodi, au bilan contesté, quitte une Commission affaiblie », *Le Monde*, 17 juin 2004, p. 6.
- LEPARMENTIER, A., et P. RICARD, « La Commission adopte un programme de grands travaux », *Le Monde*, 12 novembre 2003, p. 6.
- LEPARMENTIER, A., et L. ZECCHINI, « Au sommet de Barcelone, l’élan libéral bute sur les élections », *Le Monde*, 15 mars 2002, p. 5.
- LIPIETZ, A., « Autres contraintes, autres périls – Un socialisme français aux couleurs du libéralisme », *Le Monde diplomatique*, mars 1984, pp. 1 et 16-17.
- MALINIAK, T., « Orthodoxie financière et stagnation économique – L’Espagne lasse du “social-libéralisme” », *Le Monde diplomatique*, mai 1993, p. 10.
- MANDRAUD, I., et C. MONNOT, « Le Medef propose aux partenaires sociaux une “nouvelle constitution sociale” », *Le Monde*, 3 novembre 1999, p. 36.

- MANDRAUD, I., et C. MONNOT, « Comment le Medef organise son coup d'État permanent », *Le Monde*, 3 avril 2001, p. 1.
- MIGREUROP (Réseau), « C'est l'UE qui fournit les armes », *Libération*, 12 octobre 2005, p. 35.
- NAÏR, S., « La forteresse assiégée », *Libération*, 12 octobre 2005, pp. 35-36.
- NOBLECOURT, M., « Six premiers ministres socialistes réunis à Paris pour démontrer leur capacité à "faire l'Europe" », *Le Monde*, 28 mai 1999, p. 6.
- PAILLER, A. et C. MICHEL, « Les mutations techniques au service d'un projet idéologique – Croisade contre le secteur public des télécommunications », *Le Monde diplomatique*, mars 1998, pp. 6 et 7.
- PETRELLA, R., « Misère de l'économisme, dangers de la mondialisation – Litanies de Sainte Compétitivité », *Le Monde diplomatique*, février 1994, pp. 10-11.
- PETRELLA, R., « Cinq pièges tendus à l'éducation », *Le Monde diplomatique*, octobre 2000, pp. 6-7.
- POIRMEUR, Y. et C. PANNETIER, « Les socialistes français, la crise et l'Europe », *Le Monde diplomatique*, avril 1984, pp. 2-3.
- POSTEL-VINAY, A., « De la fibre optique au pouvoir politique... », *Le Monde diplomatique*, novembre 1994, pp. 26-27.
- POUPEAU, F., [recension de l'ouvrage de Gérard DE SELYS et Nico HIRTT, *Tableau Noir. Résister à la privatisation de l'enseignement*, Bruxelles, EPO, 1998], *Le Monde diplomatique*, décembre 1998, p. 31.
- RAMONET, I., « La pensée unique », *Le Monde diplomatique*, janvier 1995, p. 1.
- RAMONET, I., « L'Europe de la Bundesbank », *Le Monde diplomatique*, juillet 1997, p. 1.
- REUTERS, « Extrême droite en Autriche », *Le Devoir*, jeudi 10 février 2000, p. A5.
- RICARD, P., « Industriels et associations contestent le projet européen sur la chimie », *Le Monde*, 16 octobre 2003, p. 21.
- RICARD, P. « Compétitivité : le rapport de Wim Kok met en garde les Vingt-Cinq », *Le Monde*, 3 novembre 2004, p. 34.
- RICARD, P., « L'Union s'interroge sur le rythme de l'élargissement », *Le Monde*, 19 juin 2006, p. 4.
- RIOUX, C., « Le nouveau populisme européen : de Haider à Le Pen en passant par Fortuyn, personne ne peut encore qualifier le nouveau courant », *Le Devoir*, 18 mai 2002, p. B1.
- RIVAIS, R., « L'Union européenne s'affronte sur les droits sociaux de la charte », *Le Monde*, 3 juillet 2000, p. 3.
- RIVAIS, R., « Le "dumping" de la Grande-Bretagne constitue un handicap pour l'Europe sociale », *Le Monde*, 31 mai 2003, p. 7.
- RIVAIS, R., « Les ministres européens de l'environnement fixent des objectifs chiffrés pour l'après-Kyoto », *Le Monde*, 12 mars 2005, p. 6.
- ROBITAILLE, A., « "Citoyen" à toutes les sauces : Le terme est devenu un adjectif très "tendance" », *Le Devoir*, 22 novembre 2005, p. A1.
- ROLLOT, C., « Le *workfare* : la pire ou la meilleure des politiques », *Le Monde*, 7 octobre 2003, p. 2.
- SAVARY, G., « Pour en finir avec Bolkestein », *Libération*, 31 mars 2005, p. 36.

- SCOTTO, M., « La droite victorieuse au Parlement européen pour la première fois de son histoire », *Le Monde*, 15 juin 1999, p. 2.
- SULEIMAN, E., « Europe et capitalisme », *Le Monde*, 18 avril 1996, p. 12.
- TRUFFAUT, S., « L'Europe grise », *Le Devoir*, 23 avril 2002, p. A6.
- TRUFFAUT, S., « Le pavé de Prodi », *Le Devoir*, 20 avril 2006, p. A6.
- VERHEUGEN, G., « Comment relancer la stratégie de Lisbonne », *Le Monde*, 30 mars 2005, p. 6.
- VIDAL, D., « De Rome à Londres, deux années de luttes – Le vent s'est levé », *Le Monde diplomatique*, janvier 1996, p. 9.
- VINCENT, J.-M., « Ralliement au projet néolibéral – Les socialistes allemands à court d'idées », *Le Monde diplomatique*, juillet 1994, p. 24.
- ZAPPI, S., « L'immigration non européenne a augmenté [en France] de 55 % entre 1997 et 1998 », *Le Monde*, 13 janvier 2000, p. 10.
- ZECCHINI, L., « L'Europe en déficit démocratique », *Le Monde*, 15 juillet 1999, p. 12.
- ZECCHINI, L., « Les Britanniques pratiquent l'«entrisme communautaire» pour mieux influencer l'Union », *Le Monde*, 3 mai 2000, p. 2.
- ZECCHINI, L., « L'Arlésienne de l'Agenda social », *Le Monde*, 24 octobre 2000, p. 4.
- ZECCHINI, L., « Les Quinze parviennent à un accord inespéré sur l'Agenda social de l'Union », *Le Monde*, 30 novembre 2000, p. 4.

Conférences

- « L'accès à la justice dans l'Union européenne – La recevabilité des recours individuels et des renvois préjudiciels dans la perspective de la réforme de 1996 », Journée d'études du 26 septembre 1995 à Bruxelles (organisée par les *Cahiers de droit européen*).
- PALIER, B., « Européanisation et réformes des politiques sociales des pays membres de l'Union européenne », Conférence du 17 janvier 2002, à l'Université de Montréal.

Références Internet

- CES, CEEP et UNICE/UEAPME, « Déclaration conjointe des partenaires sociaux au forum du 15 juin 2000 », [en ligne].
http://europa.eu.int/comm/employment_social/social_dialogue/docs/300_20000615_statement_forum_fr.pdf
- COMMISSION EUROPÉENNE. DIRECTION GÉNÉRALE DU MARCHÉ INTÉRIEUR, *Guide pratique relatif aux concepts et à l'application des articles 28-30 du traité CE*, janvier 2001, [en ligne]. http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/goods/docs/art2830/guideart2830_fr.pdf.
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Agenda pour la politique sociale (2006-2010) », [en ligne] <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/cha/c10127.htm> (mis à jour le 25 avril 2004).
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « L'avenir de la protection sociale, cadre pour un débat européen », [en ligne]. <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/cha/c10614.htm>.

- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « la Commission européenne et la société civile », [en ligne].
http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/index_fr.htm.
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Consommateurs : introduction », [en ligne]
<http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/132000.htm> (mis à jour le 16 août 2006).
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Glossaire : Dialogue social », [en ligne].
http://europa.eu/scadplus/glossary/social_dialogue_fr.htm.
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement », [en ligne]. <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/cha/c10716.htm> (mis à jour le 13 janvier 2005).
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Le dialogue social : introduction », [en ligne].
<http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/cha/c00010.htm> (mis à jour le 14 juillet 2005).
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Le dialogue social sectoriel : vue d'ensemble », [en ligne].
<http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/cha/c10133.htm> (mis à jour le 25 mai 2005).
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Dixième avis commun : nouvelle stratégie de coopération pour la croissance de l'emploi », [en ligne].
<http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/cha/c10707k.htm>.
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Environnement : introduction », [en ligne]
<http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/128066.htm> (mis à jour le 8 juin 2006).
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Le Fonds social européen à partir de 2007 », [en ligne].
<http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/g24232.htm> (mis à jour le 2 janvier 2006).
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Les grandes dates de l'évolution du dialogue social européen », [en ligne].
http://europa.eu.int/comm/employment_social/social_dialogue/dates_fr.htm (consulté le 10 avril 2006).
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Grandes orientations des politiques économiques (2000) », [En ligne]. <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/125051.htm> (mis à jour le 15 octobre 2002).
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Les lignes directrices pour les politiques de l'emploi (2003-2005) », [en ligne]. <http://europa.eu/scadplus/printversion/fr/cha/c11319.htm> (mis à jour le 4 octobre 2005).
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Livre blanc sur une politique de communication européenne », [en ligne]. http://ec.europa.eu/communication_white_paper/index_fr.htm (mis à jour le 4 juillet 2006).
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Modernisation de la protection sociale : introduction », [en ligne]. <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/cha/c10616.htm> (consulté le 30 avril 2004).
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Modernisation et amélioration de la protection sociale », [en ligne]. <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/cha/c10615.htm>.
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Pacte de stabilité et de croissance : mise en oeuvre et chiffres clés », [En ligne]. <http://europa.eu.int/scadplus/fr/lvb/125057.htm> (mis à jour le 17 novembre 2003).

- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Principe de précaution », [en ligne].
<http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l32042.htm> (mis à jour le 2 novembre 2005).
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Promouvoir de nouvelles normes d'emploi : travail à durée déterminée », [En ligne]. <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/cha/c10822.htm> (mis à jour le 1^{er} décembre 2003).
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Rationalisation de la coordination ouverte dans le domaine de la protection sociale », [en ligne]. <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/cha/c10120.htm> (mis à jour le 25 janvier 2005).
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Renforcement de la surveillance des positions budgétaires », [En ligne]. <http://europa.eu.int/scadplus/fr/lvb/125019.htm> (mis à jour le 8 novembre 2003).
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Renforcer la contribution du dialogue social européen dans une Europe élargie », [en ligne]. <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/cha/c10129.htm> (mis à jour le 10 mai 2005).
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « SOLVIT – Résolution efficace des problèmes dans le Marché intérieur », [en ligne]. http://ec.europa.eu/solvit/site/success/index_fr.htm (mis à jour : 24 août 2005).
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « La stratégie d'information et de communication concernant l'euro et l'UEM », [en ligne]. <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l25079.htm> (mis à jour le 21 octobre 2005).
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Stratégie en faveur du développement durable », [en ligne].
<http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l28117.htm> (mis à jour le 6 février 2006).
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Les valeurs européennes à l'ère de la mondialisation », [en ligne]. <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/cha/c10150.htm> (mis à jour le 8 juin 2006).
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Votre point de vue sur l'Europe », [en ligne].
http://europa.eu.int/yourvoice/index_fr.htm.
- EAPN, « Commentaires sur la communication de la Commission "Protection sociale dans l'Union européenne : modernisation et amélioration" (COM(97)102) » [en ligne].
http://www.eapn.org/code/fr/publ_detail.asp?pk_id_content=561.
- EURACTIV, « La politique de communication de l'UE », [en ligne].
<http://www.euractiv.com/fr/affaires-publiques/politique-communication-ue/article-120320>
 (publié le 18 août 2004 ; mis à jour le 10 juillet 2006).
- FRANCE. SÉNAT, « Communication de la Commission. Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire », [En ligne]. <http://senat.fr/ue/pac/E1133.html>.
- LECOURIEUX, A., « L'illusion des droits fondamentaux dans la Constitution européenne », [en ligne]. <http://www.eleves.ens.fr/attac/Lecourieux-droits-fondam.pdf> (19 décembre 2004 ; page consultée le 8 juin 2006).
- POIGNANT, B., « L'arrêt "Trojani" du 7 septembre 2004 sur la notion de droit de séjour », [En ligne].
<http://www.europinion.org/index.php5?page=article&id=94>.

UNION EUROPÉENNE. COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, « communiqué de presse n°7/2005 du 21 janvier 2005 », [en ligne].

eesc.europa.eu/activities/press/cp/docs/2005/cp_eesc_07_2005_fr.doc.

ANNEXE : ARRÊT KECK ET MITHOUARD

Arrêt de la Cour du 24 novembre 1993. - Procédure pénale contre Bernard Keck et Daniel Mithouard. - Demandes de décision préjudicielle: Tribunal de grande instance de Strasbourg - France. - Libre circulation des marchandises - Interdiction de la revente à perte. - Affaires jointes C-267/91 et C-268/91.

Recueil de jurisprudence 1993 page I-06097
édition spéciale suédoise page I-00431
édition spéciale finnoise page I-00477

Sommaire

Parties
Motifs de l'arrêt
Décisions sur les dépenses
Dispositif

Mots clés

Libre circulation des marchandises - Restrictions quantitatives - Mesures d'effet équivalent - Notion - Obstacles aux échanges résultant de la disparité des législations nationales relatives aux conditions auxquelles doivent répondre les marchandises - Inclusion - Obstacles résultant de dispositions nationales réglementant de façon non discriminatoire les modalités de vente - Inapplicabilité de l'article 30 du traité - Législation interdisant la revente à perte

(Traité CEE, art. 30)

Sommaire

Constitue une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation, interdite entre les États membres par l'article 30 du traité, toute mesure susceptible d'entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire.

Rentrent dans cette définition les obstacles à la libre circulation des marchandises résultant, en l'absence d'harmonisation des législations, de l'application à des marchandises en provenance d'autres États membres, où elles sont légalement fabriquées et commercialisées, de règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises (telles que celles qui concernent leur dénomination, leur forme, leurs dimensions, leur poids, leur composition, leur présentation, leur étiquetage, leur conditionnement), même si ces règles sont indistinctement applicables à tous les produits, dès lors que cette application ne peut être justifiée par un but d'intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises.

En revanche, n'est pas apte à entraver le commerce entre les États membres, au sens de ladite définition, l'application à des produits en provenance d'autres États membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres. En effet, dès lors que ces conditions sont remplies, l'application de réglementations de ce type à la vente des produits en provenance d'un autre État membre et répondant aux règles édictées par cet État n'est pas de nature à empêcher leur accès au marché ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux. Ces réglementations échappent donc au domaine d'application de l'article 30 du traité.

Il s'ensuit que l'article 30 du traité doit être interprété en ce sens qu'il ne s'applique pas à une législation d'un État membre interdisant de façon générale la revente à perte.

Parties

Dans les affaires jointes C-267/91 et C-268/91,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 177 du traité CEE, par le tribunal de grande instance de Strasbourg (France) et tendant à obtenir, dans les procédures pénales poursuivies devant cette juridiction contre

Bernard Keck

et

Daniel Mithouard,

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation des règles du traité CEE relatives à la concurrence et à la libre circulation dans la Communauté,

LA COUR,

composée de MM. O. Due, président, G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida, M. Díez de Velasco et D.A.O. Edward, présidents de chambre, C. N. Kakouris, R. Joliet, F. A. Schockweiler, G. C. Rodríguez Iglesias, F. Grévisse, M. Zuleeg, P. J. G. Kapteyn et J. L. Murray, juges,

avocat général: M. W. Van Gerven

greffier: Mme D. Louterman-Hubeau, administrateur principal

considérant les observations écrites présentées:

- pour M. D. Mithouard, par Me M. Meyer, avocat au barreau de Strasbourg,

- pour M. B. Keck, par Me J.-P. Wachsmann, avocat au barreau de Strasbourg,

- pour le gouvernement français, par M. Ph. Pouzoulet, sous-directeur à la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, et par Mme H. Duchêne, secrétaire des affaires étrangères à la direction juridique du même ministère, en qualité d'agents,

- pour le gouvernement hellénique, par M. F. P. Georgakopoulos, conseiller juridique adjoint du conseil juridique de l'État, en qualité d'agent,

- pour la Commission des Communautés européennes, par M. R. Wainwright, conseiller juridique, et Mme V. Melgar, fonctionnaire national mis à la disposition du service juridique, en qualité d'agents, assistés de Me H. Lehman, avocat au barreau de Paris,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les observations orales de M. D. Mithouard, représenté par Mes Meyer et Huet, avocat au barreau de Strasbourg, du gouvernement français et de la Commission, à l'audience du 9 mars 1993,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 28 avril 1993,

rend le présent

Arrêt

Motifs de l'arrêt

1 Par deux jugements du 27 juin 1991, parvenus à la Cour le 16 octobre suivant, le tribunal de grande instance de Strasbourg a posé, en application de l'article 177 du traité CEE, deux questions préjudicielles relatives à l'interprétation des règles du même traité relatives à la concurrence et à la libre circulation dans la Communauté.

2 Ces questions ont été posées dans le cadre de procédures pénales engagées contre MM. Keck et Mithouard, poursuivis pour avoir, en violation des dispositions de l'article 1er de la loi française n 63-628 du 2 juillet 1963, tel qu'il a été modifié par l'article 32 de l'ordonnance n 86-1243 du 1er décembre 1986, revendu en l'état des produits à des prix inférieurs à leur prix d'achat effectif.

3 MM. Keck et Mithouard ont soutenu pour leur défense qu'une interdiction générale de revente à perte, comme celle qui est prévue par lesdites dispositions, est incompatible avec l'article 30 du traité ainsi qu'avec les principes de la libre circulation des personnes, des services, des capitaux et de la libre concurrence dans la Communauté.

4 Estimant que l'interprétation de certaines dispositions de droit communautaire lui était nécessaire, le tribunal de grande instance de Strasbourg a, dans chacun des deux recours, sursis à statuer et posé à la Cour la question préjudicielle suivante:

"La prohibition en France de la revente à perte édictée par l'article 32 de l'ordonnance n 86-1243 du 1er décembre 1986, est-elle compatible avec les principes de la libre circulation des personnes, des services et des capitaux, d'établissement, d'une libre concurrence dans le marché commun et de non-discrimination en raison de la nationalité posés par le traité du 25 mars 1957 instituant la CEE et plus spécialement par les articles 3 et 7 dudit traité, la législation française étant en effet susceptible de fausser la concurrence:

- a) d'une part, en ce qu'elle n'incrimine que la revente à perte et qu'elle exclut du champ de la prohibition le fabricant, libre de vendre sur le marché le produit qu'il fabrique, transforme ou améliore, même de manière infime à un prix inférieur à son coût de revient;
- b) d'autre part, en ce qu'elle fausse le prix de la concurrence, notamment en zone frontalière entre les différents opérateurs économiques, en fonction de la nationalité et de leur lieu d'implantation."

5 Pour un plus ample exposé des faits du litige au principal, du déroulement de la procédure ainsi que des observations écrites déposées devant la Cour, il est renvoyé au rapport d'audience. Ces éléments du dossier ne sont repris ci-dessous que dans la mesure nécessaire au raisonnement de la Cour.

6 A titre liminaire, il convient de relever que les dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux dans la Communauté n'ont pas de pertinence au regard d'une interdiction générale de revente à perte, qui a trait à la commercialisation de marchandises, et qu'elles sont dès lors étrangères à l'objet du litige au principal.

7 En ce qui concerne, ensuite, le principe de non-discrimination énoncé à l'article 7 du traité, il ressort des jugements de renvoi que la juridiction nationale a des doutes quant à la compatibilité avec cette disposition de l'interdiction de la revente à perte, dès lors qu'elle pourrait désavantager les entreprises qui y sont soumises par rapport à leurs concurrentes opérant dans des États membres où la revente à perte est tolérée.

8 Il y a lieu de considérer à cet égard que le fait que des entreprises ayant une activité de vente dans des États membres différents soient soumises à des législations différentes, les unes interdisant la revente à perte et les autres la tolérant, n'est pas constitutif d'une discrimination au sens de l'article 7 du traité, dès lors que la législation nationale qui est en cause dans le litige au principal s'applique à toute activité de vente menée sur le territoire national, quelle que soit la nationalité des personnes qui l'exercent (voir arrêt du 14 juillet 1988, Lambert, 308/86, Rec. p. 4369).

9 Enfin, il ressort de la question préjudicielle que le juge de renvoi vise à être éclairé sur les éventuels effets anticoncurrentiels de la réglementation en cause, en invoquant les fondements de la Communauté, décrits à l'article 3 du traité, sans toutefois se référer aux règles spécifiques du traité qui les mettent en oeuvre dans le domaine de la concurrence.

10 Dans ces circonstances, compte tenu des arguments qui ont été échangés ainsi que des débats qui ont eu lieu devant la Cour et afin de fournir à la juridiction de renvoi des éléments de réponse utile, il convient d'examiner l'interdiction de revente à perte sous l'angle de la libre circulation des marchandises.

11 Aux termes de l'article 30 du traité, les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toute mesure d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres. Selon une jurisprudence constante, constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, toute mesure susceptible d'entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire.

12 Il convient de constater qu'une législation nationale qui interdit de façon générale la revente à perte n'a pas pour objet de régir les échanges de marchandises entre les États membres.

13 Il est vrai qu'une telle législation est susceptible de restreindre le volume des ventes et, par conséquent, le volume des ventes des produits en provenance d'autres États membres dans la mesure où elle prive les opérateurs d'une méthode de promotion des ventes. Il y a lieu cependant de se demander si cette éventualité suffit pour qualifier la législation en cause de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation.

14 Étant donné que les opérateurs économiques invoquent de plus en plus l'article 30 du traité pour contester toute espèce de réglementations qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si elles ne visent pas les produits en provenance d'autres États membres, la Cour estime nécessaire de réexaminer et de préciser sa jurisprudence en la matière.

15 Il y a lieu de rappeler à cet égard que, conformément à la jurisprudence Cassis de Dijon (arrêt du 20 février 1979, Rewe-Zentral, 120/78, Rec. p. 649), constituent des mesures d'effet équivalent, interdites par l'article 30, les obstacles à la libre circulation des marchandises résultant, en l'absence d'harmonisation des législations, de l'application à des marchandises en provenance d'autres États membres, où elles sont légalement fabriquées et commercialisées, de règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises (telles que celles qui concernent leur dénomination, leur forme, leurs dimensions, leur poids, leur composition, leur présentation, leur étiquetage, leur conditionnement), même si ces règles sont indistinctement applicables à tous les produits, dès lors que cette application ne peut être justifiée par un but d'intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises.

16 En revanche, il y a lieu de considérer que, contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici, n'est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce entre les États membres, au sens de la jurisprudence Dassonville (arrêt du 11 juillet 1974, 8/74, Rec. p. 837), l'application à des produits en provenance d'autres États membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres.

17 En effet, dès lors que ces conditions sont remplies, l'application de réglementations de ce type à la vente des produits en provenance d'un autre État membre et répondant aux règles édictées par cet État n'est pas de nature à empêcher leur accès au marché ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux. Ces réglementations échappent donc au domaine d'application de l'article 30 du traité.

18 Il y a donc lieu de répondre à la juridiction nationale que l'article 30 du traité CEE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'applique pas à une législation d'un État membre interdisant de façon générale la revente à perte.

Décisions sur les dépenses

Sur les dépens

19 Les frais exposés par les gouvernements français et hellénique et par la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Dispositif

Par ces motifs,

LA COUR,

statuant sur les questions à elle soumises par le tribunal de grande instance de Strasbourg, par deux jugements du 27 juin 1991, dit pour droit:

L'article 30 du traité CEE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'applique pas à une législation d'un État membre interdisant de façon générale la revente à perte.

Source : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61991J0267:FR:HTML>