

Version définitive corrigée à paraître aux éditions Economica

LA CLEMENCE ET LE DROIT

*Colloque - Université du Havre - Faculté des Affaires Internationales –
18 & 19 novembre 2009 - Direction scientifique : Jean-Michel Jude - GREDFIC*

Actes à paraître aux Éditions Economica

LA CLÉMENCE ET LA PRIMAUTÉ DU DROIT EUROPÉEN : L'EXEMPLE DES JUSTIFICATIONS AUX ENTRAVES EN MATIÈRE DE LIBERTÉ DE CIRCULATION

Jean-Sylvestre Bergé, *Professeur à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense (Cejec)* *

Présentation

Le vocabulaire juridique puisé dans le droit du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne a recours au terme « clémence » dans la matière spécialisée du droit de la concurrence. Il arrive, par ailleurs, que le juge européen l'emprunte au vocabulaire juridique national chaque fois que les procédures de grâce ou de remise de peines (en matière pénale ou fiscale notamment) sont confrontées au respect des exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En dehors de ces deux hypothèses, l'expression n'est plus utilisée à notre connaissance.

Le droit européen n'en est pas moins apte à adhérer à l'idée de clémence du droit. Une analyse rétrospective et prospective des modalités de mise en œuvre du principe de primauté du droit européen dans le contexte bien défini des libertés de circulation offre à cet égard une perspective intéressante. La construction de l'Europe des libertés économiques s'est toujours efforcée, en effet, de modérer ou moduler la vigueur de la primauté attachée aux règles des traités européens en admettant l'existence de justifications aux entraves aux échanges. En ce sens, il est possible de parler de clémence dans l'application des règles fondamentales européennes du marché intérieur.

Encore faut-il pouvoir en mesurer l'importance et les effets. Cette contribution propose de présenter trois générations de solutions juridiques en matière de justifications aux entraves à la liberté européenne de circulation dans l'espoir d'en tirer quelques enseignements généraux sur l'aptitude du droit européen à faire œuvre de clémence.

* jberge@u-paris10.fr – www.cejec.eu : Centre d'études juridiques européennes et comparées. Le style oral de cette communication, mise en forme en janvier 2010, a été conservé.

1. Le terme « clémence » est rarement utilisé en droit de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe. Dans une acception très précise, il désigne les fameux « programmes de clémence » qui ont été élaborés ces dernières années en droit européen de la concurrence. Il arrive, par ailleurs, que le juge européen l'emprunte au vocabulaire juridique national. C'est notamment le cas des procédures de grâce ou de remise de peines (en matière pénale ou fiscale par exemple), chaque fois qu'elles sont confrontées, devant la Cour de Strasbourg, au respect des exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹. Mais en dehors de ces deux hypothèses, l'expression n'est plus utilisée à notre connaissance. Elle est comme absente du vocabulaire juridique européen.

Le droit européen est-il pour autant étranger à cette « idée » un peu générale de clémence du droit ? Sans chercher ici à nourrir une réflexion approfondie sur la « notion » de clémence², le droit européen ne s'y prêtant guère, sauf peut-être en droit processuel de la concurrence qui fait l'objet de développements spécifiques dans cet ouvrage³, il peut être intéressant d'essayer de réfléchir à la manière dont le droit européen fait œuvre de clémence dans la mise en œuvre de ses solutions.

2. Pour mener à bien cette recherche, il faut sans doute repartir du constat très général selon lequel le droit est violence. Sa force obligatoire et exécutoire en atteste. Le droit permet de priver un individu de sa liberté d'aller et venir, de retirer un enfant à ses parents, de recourir à des mesures de contraintes pour autoriser le paiement d'une créance sans le consentement du débiteur, etc.

La violence du droit européen s'exprime, quant à elle, par sa primauté. Même si cette dernière n'est pas uniquement synonyme de supériorité⁴, c'est par ce biais hiérarchique qu'elle est le plus souvent comprise.

Introduire l'idée de clémence dans la mise en œuvre du principe de primauté du droit européen, c'est se donner pour ambition de réfléchir à la capacité du droit européen à limiter ses effets dans ses rapports aux droits nationaux.

3. Pour tenter de répondre à cette interrogation, le choix a été fait de retenir le droit de l'Union européenne qui nous est plus familier que le droit du Conseil de l'Europe.

Le principe de primauté a été dégagé, on le sait, par la Cour de Justice dans une jurisprudence restée célèbre⁵. Le Conseil constitutionnel français lui a reconnu une valeur en droit positif⁶. Il fait l'objet d'une déclaration dans le Traité de Lisbonne⁷ récemment entré en vigueur.

¹ Voir, à titre d'exemple récent, au sujet des procédures de grâce présidentielle : CEDH, *Kafkaris c. Chypre*, 12 fév. 2008, Req. n° 21906/04.

² Voir *supra*, la belle analyse proposée par notre collègue D. Guével.

³ Voir à propos des procédures de clémence en droit de l'Union européenne de la concurrence, les contributions d'E. Jeuland et de L. Idot.

⁴ On peut également la définir par l'idée d'autonomie ou de loyauté, voir sur ce thème : J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Introduction au droit européen*, éd. PUF, coll. Thémis, 2008, spéc. n° 640 et 670 s.

⁵ Voir notamment : CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64 : « qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions »

⁶ Voir : Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004 : le Traité de Rome (2004) établissant une Constitution pour l'Europe (non entré en vigueur) « ne modifie ni la nature de l'Union européenne, ni la portée du principe de primauté du droit de l'Union telle qu'elle résulte (...) de l'article 88-1 de la Constitution ».

⁷ Déclaration 17 annexée à l'acte final de la conférence intergouvernementale qui a adopté le Traité de Lisbonne : « La Conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union

La primauté du droit européen se déploie dans tous les domaines d'intervention de l'Union européenne. Il en est un qui mérite cependant une attention particulière. Celui des libertés de circulation définies par les traités au titre du marché intérieur⁸.

Une analyse rétrospective et prospective des modalités de mise en œuvre du principe de primauté du droit européen dans le contexte bien défini des libertés de circulation offre, en effet, une perspective intéressante pour qui s'intéresse à l'idée de clémence du droit. La construction de l'Europe des libertés économiques s'est toujours efforcée de modérer ou moduler la vigueur de la primauté attachée aux règles du traité en admettant l'existence d'entraves justifiées aux différentes libertés fondamentales de circulation (marchandises, services, personnes et capitaux).

En ce sens, il est possible de parler de clémence dans l'application des règles européennes fondamentales du marché intérieur.

4. Encore faut-il pouvoir mesurer l'importance du phénomène et ses effets. Cette contribution propose de présenter trois générations de solutions juridiques en matière de justifications aux entraves à la liberté européenne de circulation (I) dans l'espoir d'en tirer quelques enseignements généraux sur l'aptitude du droit européen à faire œuvre de clémence (II).

I - Trois générations de solutions juridiques en matière de justifications aux entraves à la liberté européenne de circulation

5. Le droit européen de la libre circulation a été le théâtre de différentes évolutions depuis la création du marché européen au début des années 1950. En trois générations, différentes approches ont été proposées pour appréhender la question difficile des justifications aux entraves. Chacune de ces approches traduit une capacité du droit européen à apporter de la clémence dans la mise en œuvre de ses solutions. Mais les voies empruntées sont différentes les une des autres. En forçant un peu le trait, on peut dire que le droit européen de première génération a été marqué par une opposition franche au droit national (A), que celui de deuxième génération a été l'occasion d'une recherche des solutions harmonisées (B) et que celui de troisième génération a été placé sous le signe d'une subsidiarité judiciaire (C).

A - Le droit européen dans son opposition au droit national

6. Les justifications aux entraves aux échanges sont inscrites dans les traités européens. De façon plus ou moins précise, les textes jettent les bases des compromis à construire entre le marché commun et les droits nationaux.

Le Traité de Rome (1957) instituant l'ancienne Communauté économique européenne dressait une liste des exceptions au libre-échange pour la libre circulation des marchandises. Cette liste a été reprise, de manière inchangée, dans les textes en vigueur.

européenne, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence ».

⁸ Articles 26 et s. du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

Sont ainsi énumérées comme causes possibles de justifications aux entraves : « la moralité publique, l'ordre public, la sécurité publique, la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, la préservation des végétaux, la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique et la protection de la propriété industrielle et commerciale » (article 36 TFUE).

En matière de libre circulation des personnes, la liste est plus courte. Elles mêlent d'ailleurs deux considérations quelque peu différentes. On trouve, dans les traités en vigueur, des justifications aux entraves proprement dites (ordre public, sécurité publique et santé publique : articles 45 et 52 TFUE). Mais il est également question de véritables exceptions à la liberté de circulation pour les activités impliquant l'exercice de l'autorité publique (articles 45 et 62 TFUE).

Ces différents textes assouplissent considérablement la vigueur des libertés de circulation définies par les traités européens. Ils forment pour les droits nationaux des brèches dans lesquelles il est possible de s'engouffrer pour faire échec à la mise en œuvre de telle ou telle liberté européenne de circulation au nom d'un impératif de source nationale. Dans ces différentes hypothèses, le droit européen accepte de rendre plus clément l'énoncé de ses solutions. Au stade de leur mise en œuvre, il tolère que des obstacles nationaux s'opposent à l'affirmation pleine et entière d'un droit fondamental européen de la libre circulation.

7. La Cour de Justice a joué un rôle de premier ordre dans l'interprétation de ses différents textes relatifs aux justifications aux entraves de source nationale.

Plutôt que de contenir dans des limites étroites les tempéraments ainsi apportés par les traités aux libertés de circulation, elle en a donné une lecture véritablement extensive. Parmi les développements jurisprudentiels les plus significatifs, on trouve le célèbre arrêt « Cassis de Dijon »⁹ selon lequel les obstacles à la circulation intra-européenne des marchandises résultant de disparités des législations nationales ne se limitent pas aux cas énumérés par les textes. Ils doivent être acceptés lorsque de tels obstacles apparaissent nécessaires pour satisfaire à des « exigences impératives d'intérêt général ». Dans le même arrêt, la Cour de Justice prenait pour exemple : « l'efficacité des contrôles fiscaux, la protection de la santé publique, la protection des consommateurs et la loyauté des transactions commerciales ».

Cette approche extensive des justifications aux entraves a été généralisée à tout le champ des libertés. Très nombreux sont les motifs tirés de l'intérêt général national qui peuvent être valablement invoqués : il n'y a pas de restriction, pour autant que ces motifs ne cachent pas des mesures protectionnistes¹⁰. La liste variée des motifs, non mentionnés par l'arrêt Cassis de Dijon (préc.), qui ont permis à des législations nationales de se maintenir en dépit de leur effet restrictif sur la libre circulation, fait voisiner la protection de l'environnement¹¹ et la liberté d'expression¹² ; la réglementation des professions¹³ et la protection des travailleurs¹⁴ et des artistes¹⁵ ; le bon fonctionnement des marchés

⁹ CJCE, 20 février 1979, aff. 120/78.

¹⁰ Sur l'exclusion des motifs de ce type, v. notamment CJCE, 19 déc. 1961, Commission/Italie, aff. 7/61 ; CJCE 5 juin 1986, Commission/Italie, aff.103/84 ; 28 mars 1995, Evans Medical aff. C-324/93.

¹¹ CJCE, 20 sept. 1988, Commission/Danemark, aff. 302/86.

¹² CJCE, 25 juill. 1991, Gouda, aff. C-288/89 et CJCE, 26 juin 1997, Familiapress, aff. C-368/95.

¹³ CJCE, 3 déc. 1974, Van Binsbergen, aff. 33/74.

¹⁴ CJCE, 17 déc. 1981, Webb, aff. 279/80.

¹⁵ CJCE, 18 jan. 1979, Van Wesemael, aff. 110 et 111/78.

financiers¹⁶ et la sécurité routière¹⁷; la protection des créanciers ou de la bonne administration de la justice¹⁸ et la défense de certaines valeurs culturelles¹⁹. Une mention particulière doit être faite des droits de propriété intellectuelle. Alors que le libellé du Traité CE (actuel art. 36 TFUE) semblait se limiter à certains d'entre eux (le texte ne vise que la propriété industrielle et commerciale, délaissant ainsi les droits de propriété littéraire et artistique), la Cour de Justice a construit une jurisprudence très élaborée tendant à inclure dans les exceptions à la libre circulation, l'ensemble des droits de propriété intellectuelle²⁰. Le phénomène est d'autant plus remarquable que ces droits ont une dimension économique incontestable, puisqu'ils ont notamment vocation à définir des droits exclusifs d'exploitation. Il montre aussi que, contrairement à ce que laisse penser la jurisprudence de la Cour de Justice²¹, des exceptions aux libertés de circulation peuvent être assises sur des considérations d'ordre économique.

8. La mise au jour par la Cour de Justice des motifs nationaux relevant d'un intérêt général de nature à primer sur la liberté de circulation montre que le droit européen est apte à déployer ses potentialités, y compris dans l'hypothèse où une certaine clémence est apportée à la vigueur des solutions énoncées par les traités. Dans ce droit européen de première génération, l'idée de clémence est bel et bien présente. Elle accompagne la mise en œuvre des libertés de circulation dans ce rapport de force frontal qui l'oppose alors régulièrement aux droits des États membres.

B - Le droit européen et la recherche de solutions harmonisées

9. Les obstacles que les droits nationaux peuvent légitimement dresser aux fins de protéger des intérêts nationaux d'une importance particulière ont vocation à reculer devant les progrès de l'harmonisation européenne. Lorsque les intérêts concernés ont fait l'objet de mesures de rapprochement, leur protection découle du droit européen et cesse de justifier des interventions dispersées des États, susceptibles d'entraver les libertés de circulation. La protection européenne se substitue aux protections nationales. Les dérogations à la libre circulation résultant de l'application des législations nationales sont conçues comme des exceptions temporaires permettant de pallier la disparité de ces législations : leur harmonisation progressive réduit les possibilités d'y recourir. Lorsque, par exemple, des dispositions de droit européen aménagent des procédures de contrôle sanitaire harmonisées, des objectifs sanitaires visés par ces procédures ne permettent plus de justifier une restriction à la libre circulation²². Ce phénomène s'inscrit dans le vaste mouvement « d'européanisation » du droit.

¹⁶ CJCE, 10 mai 1995, Alpine Investments, aff. C-384/93.

¹⁷ CJCE, 5 oct. 1994, Van Schaik, aff. C-55/93.

¹⁸ CJCE, 12 déc. 1996, Reisebüro Broede, aff. C-3/95.

¹⁹ CJCE, 11 juill. 1985, Cinétièque, aff. jointes 60 et 61/84.

²⁰ Voir, notamment, pour les arrêts pionniers rendus à propos des différents droits de propriété intellectuelle : CJCE, 13 juillet 1966, Grundig-Consten, aff. 56 et 58/64 ; CJCE, 29 fév. 1968, Parke Davis, aff. 24/67 ; CJCE, 18 fév. 1971, Sirena, aff. 40/70) ; CJCE 8 juin 1971, Deutsche Grammophon, aff. 78/70 ; CJCE, 22 janvier 1981, Dansk Supermarked, aff. 58/80 ; CJCE, 30 juin 1988, Thetford, aff. 35/87 ; CJCE, 24 janv. 1989, Emi II, aff. 341/87 ; CJCE, 22 juin 1994, Ideal-Standard, aff. C-9/93.

²¹ V. notamment CJCE, 28 mars 1995, Evans Medical, aff. C-324/93.

²² CJCE, 17 novembre 1992, Commission/Irlande, aff. C-235/91.

10. Il existe cependant des limites à cette substitution. Le droit européen de deuxième génération continue d'adhérer à cette idée de clémence dans la recherche des justifications aux entraves à la libre circulation.

Tout d'abord, l'impossibilité des restrictions fondées sur l'intérêt général national ou sur les motifs figurant dans les traités suppose une harmonisation complète²³ ou, du moins, que la protection de l'État membre concerné ne soit pas suffisamment assurée par la réglementation européenne²⁴.

En outre, et surtout, il est très fréquent que l'objectif poursuivi par le droit national rejoigne un objectif européen, sans pour autant que le droit de l'Union européenne ait vocation à se substituer totalement au droit national. Cette situation existe dans tous les domaines dans lesquels le droit européen vient s'ajouter aux droits nationaux, pour les soutenir ou les compléter. Cette combinaison d'objectifs européens et nationaux susceptibles de contrecarrer le jeu des libertés, est apparue de façon particulièrement nette en matière de protection des droits fondamentaux ou de protection de l'environnement. La conciliation des libertés de circulation avec la liberté d'expression, liberté fondamentale protégée à la fois par les Constitutions nationales et le droit européen, ou avec le principe de précaution, dont l'émergence récente dans l'Union européenne a fait suite à son inscription dans les droits nationaux, a donné lieu à quelques décisions importantes²⁵. Ces décisions contribuent à atténuer l'opposition, le plus souvent au cœur des décisions en matière de libre circulation, entre un droit européen de la libre circulation qui ne viserait que la défense des libertés économiques et des droits nationaux attachés à défendre une palette plus variée et plus équilibrée de droits et d'intérêts entrant en conflit avec ces libertés. Cette convergence ne peut être sans conséquences quant au contrôle opéré par la Cour de Justice sur les mesures restrictives. Lorsque l'objectif poursuivi par un État, qui entraîne une restriction à la libre circulation, est aussi un objectif européen, la justification invoquée par l'État est plus facilement acceptée. La protection des droits fondamentaux, par exemple, dans la mesure où elle s'impose à la fois à l'Union européenne et à ses États membres, justifie « par principe » la restriction d'une liberté fondamentale garantie par le traité²⁶. Un pouvoir d'appréciation particulièrement important est accordé aux États membres²⁷. La jurisprudence de la Cour de Justice utilise la convergence des objectifs comme un moyen de renforcer l'argumentation en faveur du maintien d'une mesure nationale restrictive. Par exemple, saisie d'une mesure nationale visant la protection de l'environnement, la Cour de Justice a insisté sur le fait que la protection de l'environnement était un des objectifs essentiels de l'Union européenne et que cet objectif avait un caractère transversal et fondamental²⁸.

11. La clémence du droit européen dans l'affirmation des libertés fondamentales de circulation est comme inhérente à la construction européenne du marché intérieur. Prévue dès l'origine par le droit primaire, les justifications aux entraves imprègnent dorénavant l'ensemble du droit dérivé. Certains domaines sont, à cet égard, exemplaires. En droit de la

²³ Cf., par exemple, CJCE, 30 novembre 1983, Van Bennekom, aff. 227/82.

²⁴ V., par exemple, CJCE, 10 juillet 1984, Campus Oil, aff. 72/83.

²⁵ Sur la liberté d'expression : CJCE, 26 juin 1997, Familiapress, aff. C-368/95 ; CJCE, 12 juin 2003, Schmidberger, aff. C-112/00 ; sur le principe de précaution : CJCE, 9 septembre 2003, Commission/Danemark, aff. C-192/01 ; CJCE, 5 février 2004, Commission/France, aff. C-24/00 et Greenham, aff. 95/01 ; CJCE, 2 décembre 2004, Commission/Pays-Bas, C-41/02.

²⁶ Cf. CJCE, 12 juin 2003, Schmidberger, aff. C-112/00, précité, point 74.

²⁷ V. par exemple, les décisions, citées supra, dans lesquelles le principe de précaution est invoqué.

²⁸ CJCE, 15 novembre 2005, Commission/Autriche, aff. C-320/03.

propriété intellectuelle ou en droit de l'environnement, par exemple, l'Europe définit le plus souvent des niveaux de protection plus élevés que ceux imposés par les standards internationaux. Cette politique législative exigeante montre que l'effet d'entraînement (*spill over effect*) qui caractérise la construction européenne est plus équilibré qu'on ne le croit bien souvent. Le droit européen définit ses propres garde-fous pour contenir l'impact exercé par les libertés européennes de circulation sur la définition du niveau de protection des droits. En ce sens, on peut dans ce contexte de deuxième génération continuer à parler de clémence du droit européen.

C - Le droit européen et le jeu d'une subsidiarité judiciaire

12. Les libertés de circulation sont soumises, au stade de leur mise en œuvre, à différents contrôles. Il en va spécialement ainsi quand une entrave aux échanges est opposée par un État sur la base d'une réglementation nationale, internationale ou européenne. La Cour de Justice a défini un test de compatibilité entre l'entrave et les exigences des traités en matière de libre circulation. Dans ce test, on trouve, notamment, une exigence de proportionnalité.

Le contrôle de proportionnalité peut donner lieu à des solutions très variées selon la rigueur avec laquelle il est appliqué. Différents niveaux de contrôle sont possibles. En matière de droits fondamentaux et, plus généralement, lorsque les objectifs européens et nationaux se combinent, par exemple, il semble que le pouvoir d'appréciation laissé aux États soit plus étendu, le contrôle judiciaire moins strict. Il n'existe pas, cependant, de doctrine bien établie de la Cour de Justice sur les variations de l'intensité du contrôle selon les motifs invoqués pour restreindre les libertés de circulation.

13. La répartition des rôles entre la Cour de Justice et les juges nationaux ne fait pas l'objet d'une ligne directrice générale. Parfois, le contrôle de proportionnalité conduit la Cour à une analyse détaillée du bien fondé de la législation au terme duquel elle conclut au caractère proportionné ou non de la mesure²⁹. Cependant, le contrôle exercé par la Cour de Justice n'est pas toujours aussi approfondi. La Cour se limite parfois à indiquer aux juridictions nationales les éléments à prendre en compte pour apprécier le respect du principe de proportionnalité. En ce qui concerne, par exemple, les restrictions relatives à l'utilisation d'additifs alimentaires, la Cour a précisé que ces restrictions devaient se limiter à ce qui est effectivement nécessaire à la protection de la santé publique, l'appréciation devant s'effectuer au regard des résultats de la recherche scientifique internationale et des habitudes alimentaires dans l'État membre d'importation³⁰. De la même manière, pour établir la proportionnalité d'une interdiction de vente de journaux contenant des jeux dotés de primes à l'objectif de maintien du pluralisme de la presse, la Cour indique au juge national qu'il convient de procéder à un examen du marché national de la presse, par lequel la juridiction nationale doit délimiter le marché du produit en cause, prendre en considération les parts de marché détenues par chaque éditeur et leur évolution, mesurer le degré de substitution possible aux yeux du consommateur du produit concerné aux

²⁹ Cf. par exemple, CJCE, 16 mai 1989, Buet, aff. 382/87, sur la proportionnalité de l'interdiction du démarchage pour la vente de matériel pédagogique à l'objectif de protection des consommateurs invoqué par le gouvernement français ; CJCE, 24 novembre 2005, Schwarz, aff. C-366/04, sur l'interdiction de la vente de confiseries non emballées dans des distributeurs automatiques.

³⁰ CJCE, 14 juill. 1983, Sandoz, aff. 174/82.

journaux qui n'offrent pas la possibilité de gagner un prix³¹. Il arrive aussi que la Cour de Justice ne donne aucune indication aux juges nationaux et se contente de leur confier le contrôle de proportionnalité³².

14. La Cour de Justice est ainsi fréquemment conduite à confier aux juges nationaux un contrôle de proportionnalité qui suppose une parfaite connaissance du contexte national dans lequel s'intègre la mesure d'intérêt général entravant les échanges³³. La Cour de Justice qui n'a pas toujours une connaissance aussi complète que le juge national du contexte matériel et juridique de l'affaire, ne dispose pas de tous les moyens qui sont à la disposition du législateur pour apprécier l'opportunité du choix opéré. En outre, et cela constitue une objection plus sérieuse, la légitimité du contrôle de proportionnalité, qui autorise le juge européen à défaire l'œuvre du législateur national, est contestée. Dans ces conditions, la recherche d'un équilibre entre les libertés de circulation et la préservation d'autres intérêts, qui y font obstacle, auquel tend le contrôle de proportionnalité, constitue aussi une périlleuse quête d'équilibre entre les compétences européennes et celles des États.

15. Cette subsidiarité judiciaire est, nous semble-t-il une autre illustration de la capacité du droit européen à apporter de la clémence dans la mise en œuvre de ses solutions. Au lieu de centraliser le pouvoir de décision et d'interprétation, la Cour de Justice concède au juge national le soin de porter une appréciation propre sur la compatibilité de l'entrave avec les exigences des traités européens. La primauté du droit européen s'accommode d'une marge d'appréciation laissée à des acteurs nationaux. La clémence du droit européen s'exprime ici par la place accordée à un acteur appartenant à un autre étage du droit, l'étage national en l'occurrence.

II – Quels enseignements généraux sur « la clémence » en droit européen ?

16. Le panorama des solutions juridiques proposées par trois générations de droit européen offre un aperçu des différentes manières dont les justifications aux entraves ont été appréhendées. Cette approche pêche naturellement par excès de généralité. Sur chaque point, il faudrait pouvoir rendre compte de manière exhaustive de l'aptitude du droit européen à apporter de la clémence dans la mise en œuvre des libertés de circulation. Mais elle offre une indication d'ensemble qui nous permet d'essayer d'avancer sur deux approches de la clémence en droit européen : l'approche quantitative (A) et, surtout, l'approche qualitative (B).

A – L'approche quantitative de la clémence

³¹ CJCE, 26 juin 1997, Familiapress, aff. C-368/95.

³² Cf. par exemple, CJCE, 24 mars 1994, Schindler, aff. C-275/92 sur la proportionnalité de l'interdiction des loteries à l'objectif de protection de l'ordre social.

³³ Pour une illustration particulièrement éclatante, à propos de la législation italienne définissant des seuils planchers en matière de rémunération des avocats : CJCE, 5 déc. 2006, Cipolla, aff. C-94/04 et C-202/04.

17. Une approche quantitative de la clémence peut se donner pour ambition de mesurer sur une période donnée, l'ensemble des solutions juridiques de droit positif selon qu'elles apportent ou non de la clémence dans la mise en œuvre du droit européen de la libre circulation.

Elle suppose que soit menée une recherche empirique suffisamment vaste qui ne peut être accomplie dans le cadre trop modeste de cette contribution à ce beau colloque sur la clémence et le droit. Aussi nous nous contenterons de formuler quelques observations sur les principales difficultés que ce travail d'investigation soulève de prime abord.

18. Pour mesurer l'impact exercé par le droit européen en matière de justifications aux entraves à la libre circulation, l'approche quantitative pourrait prendre appui sur l'étude exhaustive de la jurisprudence européenne et nationale rendue en ce domaine sur une période suffisamment longue (10 à 20 ans par exemple).

L'analyse au cas par cas, des différentes décisions rendues, peut se révéler utile pour déterminer avec précision la propension des juges à faire preuve de clémence dans l'affirmation des libertés européennes de circulation. Pour chaque arrêt ou jugement, il doit être possible de déterminer si une justification aux entraves a été acceptée ou refusée et si cette solution conforte ou, au contraire, infirme la jurisprudence antérieure compte tenu des circonstances propres à chaque espèce³⁴. Les différents cas peuvent, par ailleurs, alimenter un travail plus vaste de classification. Selon les domaines et les questions posées, l'analyste peut être conduit à observer que c'est une solution de droit européen de 1^{re}, 2^e ou 3^e génération qui a été mise en œuvre. En effet, l'état d'avancement du processus de rapprochement des législations nationales diffère considérablement d'une matière à l'autre. Par ailleurs, la Cour de Justice se montre disposée sur les questions les plus connues ou rebattues à jouer la carte d'une subsidiarité judiciaire là où sur des questions plus nouvelles, elle entend dicter la marche à suivre de manière tout à fait autonome. Selon la question posée et son contexte, la situation soumise à l'appréciation du juge ou du juriste peut être l'occasion d'une opposition franche entre le droit européen et le droit national, d'une interprétation d'une mesure européenne d'harmonisation ou d'une stratégie de subsidiarité judiciaire.

19. Au-delà des résultats classiquement attendus d'une analyse systématique, la question se pose de la capacité de la recherche à livrer un enseignement à caractère général sur la clémence du droit européen en matière de justifications aux entraves. Si l'on examine la jurisprudence relativement récente de la Cour de Justice, on observe qu'il peut être très difficile de livrer une explication d'ensemble capable de concilier des jurisprudences très complètes de particularismes nationaux³⁵ et d'autres parfaitement intolérantes³⁶,

³⁴ Pour une démarche de ce type, voir, par exemple, les traditionnelles chroniques de jurisprudence publiées dans les revues spécialisées (en France, notamment, la RTDE, le JDI, la revue Europe, etc.).

³⁵ Voir, par exemple, en matière de réglementation de l'activité des pharmaciens au nom d'un impératif de santé publique : CJCE, 19 mai 2009, Commission c. Italie, aff. C531/06 ; CJCE, 19 mai 2009, Apothekerkammer, aff. C171/07 et 172/07 ; voir également, s'agissant de la réglementation des jeux et paris sur Internet : CJCE, 8 sept. 2009, Liga Portuguesa, aff. C42/07.

³⁶ Voir, par exemple, pour une mise en concurrence frontale de la liberté de circulation et de la liberté syndicale : CJCE, 11 déc. 2007, Viking, aff. C-438/05 et CJCE, 18 déc. 2007, Laval, aff. C-341/05. Comparer, s'agissant de la question très débattue de la transposition des directives (en l'occurrence la dir. 85/374/CEE, 25 juill. 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux) : CJCE, 10 janv. 2006, SKov Aeg, aff. C-402/03 ; voir cependant depuis : CJCE, 4 juin 2009, Moteurs Leroy Somer, aff. C-285/08.

sachant que sur un même sujet, il n'est pas rare que le juge européen livre des solutions variées³⁷.

L'analyse d'ensemble butte nécessairement sur les particularismes de chaque matière et, parfois, de chaque affaire. Il est donc difficile d'attendre d'une recherche de ce type, une tendance générale sur le caractère plus ou moins clément du droit positif européen en matière de libre circulation. L'analyse quantitative atteint sa limite. Il faut la prolonger par une analyse qualitative.

B – L'approche qualitative de la clémence

20. Un travail qualitatif sur la clémence en droit européen suppose que soient nommées les institutions ou techniques juridiques aptes à traduire une capacité du droit des libertés de circulation à tempérer ses solutions en admettant des justifications aux entraves.

À ce titre, nous avons déjà évoqué, dans les développements précédents, l'importance accordée, en droit européen, aux justifications de source nationale ou européenne et au jeu d'une subsidiarité judiciaire. Mais ces différents mécanismes sont d'application variable. Leur mise en œuvre n'est pas systématique. Ils ne permettent pas d'instituer une sorte de droit prévisible à la clémence (proche de celui défini en droit de la concurrence) d'autant que nous avons rappelé que les trois générations de droit européen décrites plus haut ne se sont uniformément succédé dans le temps. Les solutions varient fortement d'un domaine à l'autre.

Nous avons surtout fait allusion, à diverses reprises, à l'importance du travail d'interprétation du juge, véritable bras armé de la clémence, celui par lequel les solutions clémentes sont énoncées en marge de la généralité des principes ou des règles formulés par les textes.

Mais il nous faut essayer de dépasser cette première approche et tenter de rechercher d'autres outils, ceux qui seraient les plus à même de servir la clémence du droit européen dans le domaine des libertés de circulation.

21. Les traités européens ou le droit dérivé ont institué deux techniques qui encadrent la mise en œuvre du droit européen de la libre circulation. On songe, tout d'abord, aux clauses de sauvegarde qui offrent formellement la possibilité aux États de maintenir à titre provisoire une réglementation nationale d'intérêt général en contradiction d'une mesure commune de rapprochement des législations nationales (articles 114 § 4 s. et 191 § 2 TFUE). Une procédure est définie à cet effet qui permet de suspendre temporairement l'application des règles ordinaires européennes. Il existe, en outre, la clause de non-régression qui empêche qu'une disposition de droit européen conduise à un rabaissement du niveau de protection défini jusqu'alors à l'échelon national (voir la Directive 1999/70 du 18 mars 1999 mettant en œuvre l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée).

La portée pratique de ces dispositifs demeure néanmoins très limitée. Les clauses de sauvegarde sont très rarement mises en œuvre par les États qui peinent à respecter la

³⁷ C'est le cas par exemple en matière de jeux et paris où la France est en train de revoir de fond en comble sa réglementation à l'aune d'une jurisprudence (notamment : CJCE, 6 avril 2007, Placanica, C-338/04) manifestement moins clément que celle rendue dernièrement (CJCE, 8 sept. 2009, Liga Portuguesa, préc.).

procédure contraignante qu'elles imposent³⁸. Quant aux clauses de non-régression, la Cour de Justice s'est attachée à en limiter étroitement la portée³⁹.

22. L'entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009 du Traité de Lisbonne offre l'opportunité de signaler deux dispositions nouvelles qui ne figuraient pas dans les versions antérieures des traités. La première pose une exigence intangible de respect des traditions constitutionnelles nationales (article 4 § 2 TUE). La seconde aménage formellement une procédure de retrait d'un État membre de l'Union européenne (article 50 TUE).

Ces dispositions ne sont pas à proprement parler des techniques juridiques de clémence à l'image de celles évoquées plus haut. Mais elles peuvent être invoquées au soutien de la démarche d'un État qui souhaiterait en appeler à la clémence du droit européen. En dernière analyse, c'est l'Union européenne qui délivre ses arbitrages. Mais si l'Union veut inscrire son action dans le respect des traditions constitutionnelles nationales ou si elle veut éviter le retrait d'un État membre, elle doit se montrer capable de clémence dans l'affirmation de la primauté du droit européen.

23. Cette dernière observation nous amène à conclure que, dans le domaine des justifications aux entraves à la libre circulation, la clémence du droit européen est au fond l'expression d'une capacité du droit national à résister à la primauté des règles européennes. Comprise en ce sens, l'idée de clémence nous semble bel et bien inhérente à la construction européenne, celle qui s'est donnée pour ambition de faire coexister durablement différents étages du droit.

³⁸ Voir pour une illustration récente dans le domaine de la réglementation des organismes génétiquement modifiés (OGM) : CJCE, 16 juill. 2009, Commission c/ Pologne, aff. C-165/08.

³⁹ CJCE, 22 nov. 2005, Mangold, aff. C-144/04.