

Zufferey Noémie

Adresse

Numéro de téléphone

Adresse email

Nombre de semestres effectués : XX

!!! AVIS IMPORTANT et REMERCIEMENTS !!!

Les exemples choisis visent à donner quelques idées de la structure et des règles de rédaction autant formelles que matérielles d'un travail de proséminaire en droit européen ou en droit européen des migrations. Pour ce fait, nous avons sélectionné quelques bons exemples de travaux qui ont été rédigés sous la direction de la Prof. Progin – Theuerkauf, et qui répondent dans l'ensemble à nos attentes.

Nous attirons néanmoins votre attention sur le fait que ces travaux écrits ne sont pas toujours exemptés de toute faute. Ils ne doivent donc pas être considérés comme des modèles impératifs, mais servir d'exemple par rapport aux indications énoncées !

Nous remercions vivement les étudiant-e-s qui ont accepté de mettre leur travail à disposition, au profit d'autres étudiant-e-s qui souhaitent rédiger un travail de proséminaire. La publication des noms des étudiant-e-s est faite d'un commun accord.

***Libertés fondamentales et obligations
positives***

(C-265/95, Commission / France)

Travail de proséminaire en droit européen II

Sous la direction de la Prof. Sarah Progin-Theuerkauf

Chaire de droit européen et droit européen des migrations

Faculté de droit

Université de Fribourg

Sujet attribué le, 01 juillet 2015

Remis le, 29 septembre 2015

Table des matières

Table des matières.....	II
Table des abréviations	III
Bibliographie.....	IV
Introduction.....	1
I. Les libertés de circulation comme principes fondamentaux des traités	2
A. Le marché intérieur : la garantie des libertés fondamentales.....	2
B. Les libertés fondamentales en tant que sources d'obligations pour les Etats membres.....	3
II. Les obligations positives des Etats membres relatives aux libertés fondamentales	6
A. La guerre de la fraise : une forme inhabituelle de violation des traités	6
B. La coopération loyale au service des libertés de circulation	8
C. La nature et la portée de l'obligation	10
III. Les limites à la théorie des obligations positives.....	11
A. L'ordre public et l'autonomie des Etats membres	11
B. Le conflit avec les droits fondamentaux	12
C. La question de la réparation du préjudice	14
IV. L'élargissement de la théorie des obligations positives et les alternatives	15
A. L'application du concept aux autres libertés fondamentales	15
B. La voie de l'effet horizontal direct	16
Conclusion	18

Table des abréviations

aff.	affaire(s)
AG	avocat général
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
c.	contre
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
n ^(o) s	numéro(s)
not.	notamment
p.	page
p. ex.	par exemple
par.	paragraphe(s)
phr.	phrase
pp.	pages
pt(s).	point(s)
Rec.	Recueil de jurisprudence de la CJUE
s.	suivant(e)
ss	suivant(e)s
t.	tome
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne

Bibliographie

Doctrine

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël / BLANQUET Marc / GAUDIN Hélène / FINES Francette, *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, t.1, Paris 2014.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, *Droits fondamentaux – Conciliation des libertés fondamentales des traitées et des droits fondamentaux : CJCE 12 juin 2003, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c/ Österreich, C-112/00*, in : ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël / BLANQUET Marc / GAUDIN Hélène / FINES Francette, *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, t.1, Paris 2014, p. 233 ss.

BERGE Jean-Sylvestre / ROBIN-OLIVIER Sophie, *Introduction au droit européen*, Paris 2008.

BESSON Samantha, *Droit constitutionnel européen – Abrégé de cours et résumés de jurisprudence*, 2^e éd., Berne 2013.

BIEBER Roland / MAIANI Francesco, *Précis de droit européen*, 2^e éd., Berne 2011.

BLANQUET Marc, *Coopération loyale des Etats membres – Obligation de prendre toute mesure nécessaire : CJCE 9 déc. 1997, Commission c/ France, C-265/95*, in : ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël / BLANQUET Marc / GAUDIN Hélène / FINES Francette, *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, t.1, Paris 2014, p. 180 ss (cité : BLANQUET, C-265/95).

BLANQUET Marc, *L'article 5 du traité C.E.E – Recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, Paris 1994 (cité : BLANQUET, Article 5).

Blaser Gaëtan / Epiney Astrid / Progin-Theuerkauf Sarah (édit.), *Droit de l'Union européenne, Les libertés fondamentales – Cas pratiques et résolutions*, Berne 2013.

BLUMANN Claude / DUBOIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^e éd., Paris 2013.

DE CLAVIERE-BONNAMOUR Blandine / NOURISSAT Cyril, *Droit de la concurrence, Libertés fondamentales : Droit de l'Union – Droit interne*, 4^e éd., Paris 2013.

DE GROVE-VALDEYRON Nathalie, *Droit du marché intérieur européen*, 4^e éd., Issy-les-Moulineaux 2014.

DE LA ROSA Stéphane, *L'écriture des libertés de circulation*, in : Edouard Dubout / Alexandre Maitrot de la Motte (édit.), *L'unité des libertés de circulation – In varietate concordia ?*, Bruxelles 2013, p. 9 ss.

DEFOSSEZ Alexandre, *L'effet horizontal direct de la libre circulation des marchandises*, *Revue de droit européen* 2013, p. 171 ss.

DUBOIS Louis, *La « guerre de la fraise »: l'impuissance publique sous la toise du droit communautaire – A propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 9 décembre 1991, Commission c/ République française, C-265-95*, *Revue française de droit administratif* 1998, p. 120 ss (En raison de l'utilisation de la version en ligne, il ne sera pas possible de faire référence à des pages précises en notes de bas de page).

DUBOUT Edouard, *Libertés de circulation et situations horizontales – La personne privée comme destinataire commun ?*, in : Edouard Dubout / Alexandre Maitrot de la Motte (édit.), *L'unité des libertés de circulation – In varietate concordia ?*, Bruxelles 2013, p. 105 ss.

Edouard Dubout / Alexandre Maitrot de la Motte (édit.), *L'unité des libertés de circulation – In varietate concordia ?*, Bruxelles 2013.

EPINEY Astrid / MOSTERS Robert / PROGIN-THEUERKAUF Sarah, *Droit européen II – Les libertés fondamentales de l'Union européenne*, Berne 2010.

FAVRET Jean-Marc, *Droit communautaire du marché intérieur*, Paris 2001.

GRUBER Reto, *Cas n° 3 : La guerre du Brenner*, in : Blaser Gaëtan / Epiney Astrid / Progin-Theuerkauf Sarah (édit.), *Droit de l'Union européenne, Les libertés fondamentales – Cas pratiques et résolutions*, Berne 2013, p. 45 ss.

JALABERT Nathalie, *Droit européen des affaires, Etude : La responsabilité des Etats-membres pour inaction à l'égard d'entraves commises par des particuliers*, *Revue de droit des affaires internationales* 1998, 522 ss.

LIGNEUL Nicolas / TAMBOU Olivia, *Droit européen du marché*, Paris 2006.

MATTERA Alfonso, *Un instrument d'intervention rapide pour sauvegarder l'unicité du Marché intérieur : le règlement 2679/98 – De nouveaux pouvoirs pour la « Commission Prodi »*, *Revue du marché unique européen* 2/1999, p. 9 ss.

Michel Valérie (édit.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur – Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Bruxelles 2014.

OBERDORFF Henri, *L'Union européenne*, Grenoble 2007.

PICOD Fabrice, *Des entraves publiques aux entraves privées*, in : Michel Valérie (édit.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur – Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Bruxelles 2014, p. 119 ss.

Jurisprudence et Conclusions des avocats généraux

Les arrêts et conclusions des avocats généraux ne seront cités par la suite que par référence à leur nom raccourci. La table ci-dessous fournit leur référence complète.

CJCE, arrêt du 12 décembre 1974, *B.N.O Walrave, L.J.N. Koch contre Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie and Federación Española Ciclismo*, aff. 36/74, Rec. 1974, p. 1405. [Walrave et Koch].

CJCE, arrêt du 28 octobre 1975, *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, Rec. 1975, p. 1219 [Rutili].

CJCE, arrêt du 27 octobre 1977, *Régina contre Pierre Bouchereau*, aff. 30/77, Rec. 1977, p. 1999 [Bouchereau].

CJCE, arrêt du 11 juin 1985, *Commission des Communautés européennes contre Irlande*, aff. 288/83, Rec. 1985, p. 1761 [Commission / Irlande].

CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contre Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA contre Jean-Marc Bosman et autres et Union des associations européennes de football (UEFA) contre Jean-Marc Bosman*, aff. C-415/93, Rec. 1995, p. I-4921 [Bosman].

CJCE, arrêt du 9 décembre 1997, *Commission des Communautés européennes contre République française*, aff. C-265/95, Rec. 1997, p. I-6959 [Commission / France].

CJCE, arrêt du 15 janvier 1998, *Kalliope Schöning-Kougebetopoulou contre Freie und Hansestadt Hamburg*, aff. C-15/96, Rec. 1998, p. I-47 [Kalliope].

CJCE, arrêt du 19 janvier 1999, *Procédure pénale contre Donatella Calfa*, aff. C-348/96, Rec. 1999, p. I-11 [Calfa].

CJCE, arrêt du 15 juin 1999, *Procédure pénale contre Sami Heinonen*, aff. C-394/97, Rec. 1999, p. I-3599 [Heinonen].

CJCE, arrêt du 6 juin 2000, *Roman Angonese contre Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, aff. C-281/98, Rec. 2000, p. 4139 [Angonese].

CJCE, arrêt du 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contre Republik Österreich*, aff. C-112/00, Rec. 2003, p. I-5659 [Schmidberger].

CJCE, arrêt du 26 juin 2003, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, aff. C-404/00, Rec. 2003, I-6695 [Commission / Espagne].

CJCE, arrêt du 17 juillet 2008, *Andrea Raccanelli contre Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV.*, aff. C-94/07, Rec. 2008, p. I-5939 [Raccanelli].

CJCE, arrêt du 4 avril 2011, *Commission européenne contre République de Pologne*, aff. C-331/09, Rec. 2011, I-2933 [Commission / Pologne].

CJCE, arrêt du 12 juillet 2012, *Fra.bo SpA contre Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) - Technisch-Wissenschaftlicher Verein*, aff. C-171/11, Rec. 2012, p. 00000 [Fra.bo].

Conclusions de l'avocat général Lenz du 9 juillet 1997, CJCE, *Commission des Communautés européennes contre République française*, aff. C-265/95, Rec. 1997, p. I-6959 [AG Commission / France].

Introduction

Le présent travail a pour objet les obligations positives des Etats membres relatives aux libertés fondamentales du marché intérieur européen.

Afin de comprendre ce concept développé pour la première fois par la Cour de justice de l'Union européenne¹ dans un arrêt de 1997, nous commencerons par rappeler brièvement l'importance de la réalisation du marché intérieur au sein de la construction européenne et expliquer la place centrale qu'y occupent les libertés fondamentales. Nous pourrions ainsi nous intéresser plus précisément à ce que ces libertés représentent en terme d'obligations pour les Etats ayant adhéré à l'Union européenne (infra I).

Nous observerons ensuite comment et sur quelles bases la Cour a su enrichir la nature et la portée des libertés de circulation, pourtant conçues initialement comme de simples obligations d'abstention des Etats membres, pour créer à la charge de ces derniers une obligation positive de protection des libertés du marché intérieur sur leur territoire respectif (infra II).

Une fois le cadre et le concept posés, il sera intéressant de se questionner sur la possibilité d'opposer certaines limites ou dérogations à la théorie des obligations positives afin de mieux cerner la portée de l'obligation créée par la CJUE (infra III).

Finalement, nous nous pencherons sur les développements de cette jurisprudence, consacrée en matière de libre circulation des marchandises, afin de voir dans quelle mesure le concept peut être appliqué aux autres libertés fondamentales, ainsi que sur les éventuelles alternatives ouvertes à l'appréhension de mesures privées entravant la libre circulation (infra IV).

¹ Ancienne Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)

I. Les libertés de circulation comme principes fondamentaux des traités

A. Le marché intérieur : la garantie des libertés fondamentales

Si aujourd'hui la construction européenne a pris une dimension bien plus riche que la simple intégration économique, celle-ci a été le cœur de la mission originale et pragmatique que les auteurs des traités s'étaient fixés². Dans une Europe déchirée par les guerres, l'idée centrale a été de pacifier les relations entre les Etats membres en travaillant solidairement à la création d'un marché qui les unirait³. Le marché commun alors visé a par la suite laissé place au marché intérieur européen que nous connaissons aujourd'hui et qui représente l'une des formes les plus avancées d'intégration économique interétatique et l'aspect le plus aboutit de la construction européenne⁴. Le fonctionnement et l'existence de ce marché reposent sur une construction juridique qui régleme les conditions d'échanges dans l'espace européen⁵. Les deux fondements essentiels et complémentaires sur lesquels s'appuie le régime sont la libre circulation et la libre concurrence ; des principes tendant tous deux au décloisonnement du marché intra-européen et à l'interpénétration des systèmes économiques des Etats membres⁶. Cette idée de fusion progressive des marchés nationaux a pour but de créer un espace européen sur lequel les échanges sont rendus possibles d'une manière aussi libre qu'à l'échelle nationale⁷.

Au vu de son importance, le marché intérieur figure à l'art. 3 par. 3 TUE parmi les principaux objectifs de l'Union. L'art. 26 al. 2 TFUE le présente comme « *un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités* ». Ainsi définit par le droit primaire, le système du marché intérieur garantit

² BIEBER / MAIANI, p. 185 ; DE CLAVIERE-BONNAMOUR / NOURISSAT, n° 95.

³ BIEBER / MAIANI, p. 185 ; BESSON, p. 2 ss ; DE CLAVIERE-BONNAMOUR / NOURISSAT, n° 95 ; LIGNEUL / TAMBOU, n° 4.

⁴ BIEBER / MAIANI, p. 186 ; DE CLAVIERE-BONNAMOUR / NOURISSAT, n° 95 s.

⁵ BERGÉ / ROBIN-OLIVIER, n° 128.

⁶ BERGÉ / ROBIN-OLIVIER, n° 115 ; FAVRET, p. 17 ; LIGNEUL / TAMBOU, n° 5.

⁷ DE CLAVIERE-BONNAMOUR / NOURISSAT, nos 100 et 102 ; FAVRET, n° 6 ; LIGNEUL / TAMBOU, n° 16.

une libéralisation accrue des échanges commerciaux s'étendant à l'ensemble des biens et services marchands, ainsi qu'à l'ensemble des facteurs de production sur le territoire de l'Union⁸. Ces quatre libertés de circulation, appelées « libertés fondamentales », ont pour fonction d'assurer l'accès au marché en abolissant les obstacles aux échanges⁹. Fondées sur le postulat d'égalité entre les produits et facteurs de production au sein de l'UE, elles constituent, en parallèle de l'intégration positive par l'harmonisation des législations nationales, le volet négatif de l'intégration économique européenne permettant de réaliser le marché intérieur¹⁰. Ainsi, ce marché européen ne forme pas une simple structure économique, mais représente bien, au travers de l'affirmation des libertés de circulation, la garantie de certains droits subjectifs fondamentaux des citoyens de l'Union¹¹.

C'est à propos de ces libertés fondamentales, éléments constitutifs essentiels du marché intérieur, et notamment des obligations qu'elles créent dans le champ de Etats membres, que nous allons poursuivre notre analyse.

B. Les libertés fondamentales en tant que sources d'obligations pour les Etats membres

Si l'adhésion à l'UE représente la naissance de droits et de perspectives nouvelles pour les Etats membres, elle comporte aussi un important volet d'obligations qu'ils se sont engagés à respecter afin d'assurer le bon fonctionnement de la Communauté¹². En raison de la nature et des caractéristiques structurelles de l'Union, les Etats membres, conservant leurs prérogatives d'Etat souverain, se trouvent être les principaux acteurs en charge d'appliquer et de garantir l'efficacité du droit européen¹³. L'UE ne possède en effet ni les infrastructures administratives, ni l'appareil répressif nécessaire pour assurer cette mise en œuvre et il découle du

⁸ BIEBER / MAIANI, p. 186.

⁹ EPINEY / MOSTERS / PROGIN-TEUERKAUF, p. 3.

¹⁰ BERGE / ROBIN-OLIVIER, n° 129 ss ; DE CLAVIERE-BONNAMOUR / NOURISSAT, n° 125 s. ; EPINEY / MOSTERS / PROGIN-TEUERKAUF, p. 3 ; FAVRET, n°s 6 et 31.

¹¹ DE GROVE-VALDEYRON, p. 10.

¹² BIEBER / MAIANI, p. 24 ; OBERDORFF, p. 241 s.

¹³ BESSON, p. 97 ; BIEBER / MAIANI p. 24 ; OBERDORFF, p. 241 s.

principe de subsidiarité que ce sont les autorités les plus proches et les mieux à même d'exécuter le droit européen qui doivent le faire¹⁴.

Le droit de l'Union étant avant tout un droit du marché, il crée des obligations dans le champ des Etats membres (et de l'UE) orientées pour servir l'objectif économique de la réalisation du marché intérieur¹⁵. Selon l'art. 4 al. 2 let. a TFUE, le domaine fait partie des compétences partagées entre l'Union et les Etats membres. Ainsi, dans toute la mesure où l'UE ne fait pas usage de ses compétences, les autorités nationales sont en principe libres de gérer et régler le déroulement des activités économiques sur leur territoire¹⁶. Cependant, afin de garantir l'objectif du marché intérieur, cette autonomie est directement encadrée par les dispositions communautaires relatives aux libertés fondamentales¹⁷. En tant que droit primaire, ces règles d'application directe permettent une certaine interpénétration des marchés nationaux, notamment par le biais d'interdictions tendant à l'abolition des obstacles aux échanges intracommunautaires¹⁸. En effet, l'intention qui précède à l'affirmation de ces quatre libertés est essentiellement de garantir des droits négatifs ou de défense à l'encontre des actes des autorités des Etats membres¹⁹. Ayant pour *leitmotiv* le principe de non-discrimination, elles interdisent aux Etats membres non seulement les discriminations directes fondées sur la nationalité ou l'origine, mais aussi les discriminations indirectes qui, dans le domaine du marché intérieur, comprennent toute mesure susceptible d'entraver directement ou indirectement et de manière injustifiée le commerce intracommunautaire²⁰. Le critère décisif est ainsi le potentiel impact restrictif d'un acte sur les libertés de circulation²¹. Ces obligations d'abstention s'imposent à tous les Etats membres de l'Union et à toutes les autorités qui les constituent, soient-elles législatives, administratives ou judiciaires, afin de

¹⁴ BESSON, p. 166 ; BLANQUET, *Article 5*, p. 56 ; OBERDORFF, p. 242 ss.

¹⁵ DE CLAVIERE-BONNAMOUR / NOURISSAT, n° 103.

¹⁶ BIEBER / MAIANI, p. 187 ; DE CLAVIERE-BONNAMOUR / NOURISSAT, n° 130 ; EPINEY / MOSTERS / PROGIN-TEUERKAUF, p. 3.

¹⁷ BIEBER / MAIANI, p. 187.

¹⁸ BERGE / ROBIN-OLIVIER, n° 129 ; BIEBER / MAIANI, p. 187.

¹⁹ EPINEY / MOSTERS / PROGIN-TEUERKAUF, p. 153.

²⁰ BERGE / ROBIN-OLIVIER, n° 216 s. ; BIEBER / MAIANI, p. 188 s. ; DE CLAVIERE-BONNAMOUR / NOURISSAT, n° 138.

²¹ BIEBER / MAIANI, p. 188.

garantir une égalité de traitement entre les marchandises, les services, les personnes et les capitaux sur le marché européen²².

À ces mesures émanant strictement des pouvoirs publics ont été assimilées les entraves créées par des personnes privées, mais imputables à l'Etat car encouragées, contrôlées ou volontairement tolérées par les autorités²³. Il ne s'agit pas là d'imposer les libertés de circulation aux acteurs privés – ce qui est une question dont nous traiterons plus tard – mais de requalifier le rapport juridique afin d'englober toutes les variantes d'entraves impliquant la puissance publique dans le but d'éviter que les Etats ne restreignent le commerce intra-européen en se réfugiant derrière le cache d'une entité pseudo-privée²⁴. Cependant, l'origine des entraves aux libertés de circulation peut être toute autre. En effet, les comportements de personnes privées, totalement indépendantes de l'Etat, ne sont pas moins susceptibles de constituer d'importantes entraves au commerce européen²⁵. Dans ce genre de situations, la conception classique des libertés fondamentales, cantonnée à des obligations d'abstention des Etats membres d'entraver ou de restreindre directement ou indirectement le marché, atteint ses limites. En effet, l'efficacité du droit de l'Union serait considérablement remise en cause si des comportements privés – a priori non soumis aux dispositions relatives aux libertés fondamentales – pouvaient entraver la libre circulation sans qu'aucune protection ne puisse être garantie au niveau européen²⁶.

C'est ainsi au nom du caractère fondamental des libertés de circulation et du devoir de coopération loyale des Etats membres que la Cour franchit une étape décisive dans un arrêt de 1997 en constatant qu'un Etat avait manqué à ses obligations en ne prenant pas les mesures adéquates afin que des actions de particuliers cessent d'entraver la libre circulation des marchandises²⁷. La suite de notre étude va se porter sur l'articulation et les fondements de ce raisonnement nouveau de la Cour.

²² BIEBER / MAIANI, p. 24 ; DE CLAVIERE-BONNAMOUR / NOURISSAT, n° 125 ; DUBOUT, p. 132 ; OBERDORFF, p. 242.

²³ DUBOIS, pp. 120 à 134 ; GRUBER, p. 48 s. ; PICOD, p. 124 ss.

²⁴ DEFOSSEZ, p. 172 ; DUBOUT, p. 112 s.

²⁵ AG Commission / France, pt. 43 ; EPINEY / MOSTERS / PROGIN-TEUERKAUF, p. 153.

²⁶ AG Commission / France, pt. 43

²⁷ BLANQUET, C-265/95, n° 18 ; JALABERT, p. 523 s.

II. Les obligations positives des Etats membres relatives aux libertés fondamentales

A. La guerre de la fraise : une forme inhabituelle de violation des traités

Si la théorie des obligations positives n'était déjà pas inconnue du droit international²⁸ et du droit européen des droits de l'homme²⁹, c'est en 1997 dans l'arrêt *Commission / France*, surnommé « la guerre de la fraise », qu'il a été pour la première fois établi par la CJUE en matière de libre circulation³⁰.

Des producteurs français commettaient depuis une dizaine d'années des actes de vandalisme à l'encontre de produits agricoles en provenance d'autres Etats membres, notamment des fraises d'Espagne, ainsi que des pressions sur les commerçants afin de les appeler au boycott des produits étrangers. Les années d'inaction des autorités françaises face aux actes illicites des producteurs locaux ont ainsi amené la Commission à ouvrir une procédure en manquement auprès de la CJUE selon les art. 258 ss TFUE. La problématique présentée était inédite en droit communautaire ; il s'agissait, selon les termes de l'avocat général, d'« *une forme inhabituelle de violation du traité* »³¹. Le comportement des producteurs français étant indépendant des autorités étatiques, il n'était pas question de reprocher à un Etat membre d'avoir enfreint de manière classique les règles de droit communautaire prohibant les entraves à la libre circulation des marchandises par des mesures propres, mais au contraire de savoir si un Etat membre peut manquer à ses obligations en négligeant de prendre des dispositions à l'encontre de comportements privés mettant en péril l'exécution du droit européen³². L'enjeu était d'assurer l'effectivité de la libre circulation des marchandises – obligation qui pèse a priori sur les Etats membres et non sur les particuliers – en condamnant l'impuissance des

²⁸ En effet, la théorie des obligations positives développée par la CJUE se rapproche de la notion de *due diligence* appliquée dans les relations internationales : Not. BLANQUET, C-265/95, n° 3 ; DUBOIS, pp. 120 à 134.

²⁹ BERGE / ROBIN-OLIVIER, n° 300 ss ; PICOD, p. 123.

³⁰ Il a par ailleurs joué un rôle important dans l'adoption du règlement (CE) n° 2679/98 qui clarifie les obligations des Etats membres dans les cas où la libre circulation des marchandises est entravée par des personnes privées et met en place un système d'intervention rapide. Pour plus de détails : MATTERA, p. 9 ss.

³¹ AG *Commission / France*, pt. 5 ; BLANQUET, C-265-95, n° 2.

³² AG *Commission / France*, pt. 5.

autorités étatiques à faire face à des agissements de personnes privées³³. Il ne faisait aucun doute, selon l'avocat général, que les comportements en cause constitueraient une violation de la libre circulation des marchandises s'ils pouvaient être imputés à l'Etat français puisque de tels actes de vandalisme constituaient « *l'une des formes de restrictions à l'importation les plus graves que l'on puisse imaginer*³⁴ » et représentaient « *la négation pure et simple de la libre circulation des marchandises*³⁵ ». En effet, non seulement les producteurs violents empêchaient-ils les produits attaqués d'être acheminés et vendus au consommateur, mais ils créaient au surplus un climat d'insécurité général ayant un effet de dissuasion sur l'ensemble des flux commerciaux³⁶. Cependant, si l'identification d'une entrave effective à une liberté fondamentale est une étape nécessaire, elle ne suffit pas à conclure à une violation des traités par un Etat membre, puisqu'elle n'émane ici que de personnes privées³⁷. L'établissement par la Cour d'un manquement d'un Etat membre exige que celui-ci ait enfreint une obligation de droit communautaire, soit par un comportement actif contraire au droit de l'UE, soit par une exécution tardive de ses obligations ou encore par une abstention contraire à un devoir d'agir³⁸. Pour qualifier une abstention d'illicite – ce qui était l'enjeu de la présente affaire – il faut pouvoir démontrer une obligation préexistante pesant sur l'Etat membre³⁹.

Reprenant en substance la technique du « raisonnement à deux étages⁴⁰ » déjà utilisée auparavant dans le domaine de la concurrence, il s'agissait donc pour la Cour d'ajouter à cette première constatation d'entrave par des particuliers, l'identification d'un manquement de l'Etat à une obligation personnelle d'intervention découlant du droit communautaire. La liberté de circulation des marchandises étant, selon la CJUE, « *l'un des principes fondamentaux des traités*⁴¹ », il n'est pas étonnant que les obligations y relatives engendrent non seulement l'interdiction d'atteintes émanant des autorités publiques, mais aussi l'obligation de la part des Etats membres d'assurer que les marchandises puissent effectivement être

³³ BLANQUET, C-265/95, n° 2.

³⁴ AG Commission / France, pt. 13 s.

³⁵ Idem, pt. 14.

³⁶ AG Commission / France, pt. 14 ss ; DUBOIS, pp. 120 à 134.

³⁷ DUBOIS, pp. 120 à 134.

³⁸ JALABERT, p. 523 s.

³⁹ JALABERT, p. 524.

⁴⁰ BLANQUET, *Article 5*, p. 187.

⁴¹ Commission / France, pt. 24 ; Schmidberger, pt. 51.

transportées sans entraves et mises à disposition du consommateur⁴². Si l'art. 34 TFUE ⁴³ et les dispositions sur les organisations communes des marchés – s'adressant aux Etats membres et non aux particuliers – ne suffisaient pas en l'espèce à constituer une base légale suffisante pour condamner la France, c'est à ce moment qu'est intervenu le « deuxième étage » du raisonnement original de la Cour faisant appel au principe de coopération loyale des Etats membres⁴⁴.

B. La coopération loyale au service des libertés de circulation

Le principe de coopération loyale inscrit aujourd'hui à l'art. 4 par. 3 TUE⁴⁵ stipule que « *Les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités, (...) prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union, (...) facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union* ». Cette contribution active des Etats membres est essentielle à la garantie de l'effectivité du droit communautaire, tant dans son aspect positif de protection des droits issus des traités, que dans son pan négatif de sanction pour violation du droit communautaire⁴⁶. Néanmoins, le principe de coopération loyale ne fait pas naître à lui seul des obligations nouvelles à charge des Etats membres⁴⁷. Au delà de l'art. 4 par. 3 TUE, les Etats membres sont toujours tenus de respecter l'ensemble de leurs obligations découlant du droit de l'Union⁴⁸. Cependant, en prescrivant qu'ils doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'exécution de leurs obligations, même si les traités ne prescrivent aucun comportement déterminé dans la situation en cause, la maxime de coopération loyale sert à renforcer ces obligations préexistantes⁴⁹. Elle fait ainsi office de soupape de sécurité permettant

⁴² DUBOIS, pp. 120 à 134.

⁴³ Ancien 30 TFUE

⁴⁴ AG Commission / France, pt. 8 ss. ; DUBOIS, pp. 120-134.

⁴⁵ Lequel reprend en substance l'article 5 CE applicable à l'époque de l'arrêt.

⁴⁶ BLANQUET, *Article 5*, p. 54 ss ; BLANQUET, C-265/95, n° 7 ss.

⁴⁷ BLANQUET, *Article 5*, p. 26 ; BLUMANN / DUBOIS, n° 133.

⁴⁸ BLUMANN / DUBOIS, n° 133.

⁴⁹ BLANQUET, *Article 5*, p. 26 s. ; BLUMANN / DUBOIS, n° 133.

soit de déclencher l'action des Etats membres, soit de les sanctionner lorsqu'aucune autre disposition concrète de droit communautaire ne justifierait une intervention de l'Union⁵⁰.

Dans l'arrêt concerné, la Cour a tout particulièrement exploité les possibilités de l'art. 4 par. 3 al. 2 TUE en ajoutant à l'obligation classique des Etats membres de prendre les mesures nécessaires à la mise en œuvre de leurs engagements, l'obligation nouvelle de travailler de manière active à la protection de la force impérative et de l'effectivité du droit de l'UE, quelque soit l'origine des obstacles⁵¹. Le principe de coopération loyale se montre révélateur de la structure et de la philosophie même de l'intégration européenne, puisqu'il charge les Etats membre, restés souverains, de mettre l'ensemble de leurs prérogatives d'Etat au service des objectifs et des intérêts de l'Union dans leur ensemble, transcendant ainsi le champ naturel d'application des obligations en question⁵². Après avoir admis en première partie de son raisonnement que des entraves à la libre circulation des marchandises pouvaient être dues à des causes qui ne sont pas d'origine étatique, la Cour a jugé qu'en ne prenant pas les mesures adéquates pour faire face à ces entraves d'origine privée, l'Etat a violé l'article 34 TFUE qui impose aux Etats membres non seulement de ne pas adopter eux-mêmes des actes ou des comportements susceptibles de troubler les échanges commerciaux, mais également, en lien avec leur obligation de coopération loyale, de prendre toutes les mesures nécessaires et appropriées pour assurer le respect de cette liberté fondamentale sur leur territoire⁵³.

Ainsi, c'est en conjuguant le principe de coopération loyale avec les obligations découlant de la libre circulation que la Cour admet qu'une violation du droit communautaire peut aussi résulter du fait qu'un Etat membre omet de prendre les dispositions nécessaires à la protection du marché⁵⁴. La Cour a donc créé un véritable devoir de garant des Etats membres, mettant à leur charge l'obligation positive de faire respecter les libertés fondamentales, y compris dans les rapports horizontaux⁵⁵.

⁵⁰ BLUMANN / DUBOIS, n° 133.

⁵¹ BLANQUET, C-265/95, n°s 10 et 18.

⁵² BLANQUET, C-265/95, n° 11.

⁵³ Commission / France, pt. 30 ss.

⁵⁴ Idem, pt. 29 ss.

⁵⁵ DUBOUT, p. 132.

C. La nature et la portée de l'obligation

Le concept nouveau développé par la Cour imposant aux Etats membres de prendre toutes les mesures nécessaires et appropriées pour assurer la libre circulation des marchandises sur leur territoire peut appeler certaines questions d'interprétation quant à la nature de cette obligation⁵⁶. Prise au pied de la lettre, cette formule du point 32 de l'arrêt pourrait conduire à y voir une obligation absolue de résultat exigeant que les Etats membres fassent en sorte que les marchandises puissent effectivement circuler librement sur leur territoire, tout en leur laissant cependant une certaine liberté quant aux moyens à mettre en œuvre pour y parvenir⁵⁷. En effet, la Cour confirme qu'il est de la seule compétence des Etats membres de déterminer quelles sont les mesures appropriées au cas d'espèce et qu'aucune institution de l'UE ne peut substituer son appréciation à celles des Etats membres et leur prescrire les moyens concrets à adopter⁵⁸. Cependant, une telle compréhension de l'obligation des Etats membres reviendrait à les placer dans la même situation que lorsqu'on leur impose d'assurer l'ordre public ou de transposer une directive, c'est à dire en leur laissant le libre choix des moyens certes, mais avec l'obligation de garantir un certain résultat⁵⁹. Cette interprétation s'opposerait aux positions défendues tant par la Commission que par l'avocat général Lenz, ainsi qu'à la conception traditionnelle d'un devoir de diligence⁶⁰. En réalité, la prise de mesures « *nécessaires et appropriées* » exigée dans l'arrêt n'impose pas à l'Etat une obligation stricte de fournir un résultat déterminé – en l'occurrence la libre circulation des marchandises – mais une obligation de moyens⁶¹. L'Etat est ainsi tenu par le droit communautaire d'entreprendre toutes les démarches nécessaires et proportionnées pour tenter d'obtenir ce résultat, sans pour autant le garantir⁶². La Cour nuance cependant le principe en rappelant qu'elle reste compétente pour contrôler que les dispositions en

⁵⁶ DUBOIS, pp. 120 à 134 ; BLANQUET, C-265/95, n° 20.

⁵⁷ DUBOIS, pp. 120 à 134 ; BLANQUET, C-265/95, n° 20.

⁵⁸ Commission / France, pt. 33 ; confirmé dans l'arrêt Heinsonen, pt. 43 ; DUBOIS, pp. 120 à 134 ; GRUBER, p. 51 ; MATTERA, p. 14.

⁵⁹ DUBOIS, pp. 120 à 134.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ DUBOIS, pp. 120 à 134 ; BLANQUET, C-265/95, n° 20.

⁶² AG Commission / France, pt. 45.

question ne soient pas manifestement insuffisantes et inappropriées au regard notamment de la nature de l'entrave à empêcher, de sa durée et de son intensité⁶³.

Ainsi, en raison de la nature de l'obligation et de la liberté laissée aux Etats membres quant à l'opportunité des moyens à mettre en oeuvre, un manquement de l'Etat à son obligation de protection des libertés fondamentales ne peut être établi que dans des cas extrêmes⁶⁴. Or, il faut admettre qu'au vu de la gravité et de la fréquence des incidents en cause, l'inertie des autorités françaises, parfois même sévèrement qualifiée d' « impuissance publique⁶⁵ », entraine bien dans un tel champ d'exceptions.

III. Les limites à la théorie des obligations positives

A. L'ordre public et l'autonomie des Etats membres

Le concept étant posé, il est cependant important de relever que la constatation d'une entrave aux libertés de circulation n'est pas automatiquement synonyme d'une violation illicite de ses engagements de droit communautaire par un Etat membre⁶⁶.

En effet, afin d'éviter de tomber dans un régime excessif, les traités et la jurisprudence admettent que les libertés fondamentales puissent souffrir de restrictions lorsque celles-ci sont proportionnées et justifiées par des intérêts publics prépondérants, notamment pour des raisons d'ordre et de sécurité publics⁶⁷. Dans l'affaire précitée, la position de principe invoquée par le gouvernement français selon laquelle les autorités policières peuvent, dans certains cas, renoncer à intervenir par la force contre de tels comportements privés lorsque cela risquerait de créer une menace encore plus grave pour la sécurité et l'ordre publics n'est nullement contestée⁶⁸. Il est aussi vrai, comme nous l'avons vu précédemment, que la CJUE admet une grande autonomie des Etats membres en la matière et reconnaît qu'il est de la seule compétence de l'Etat concerné d'apprécier les mesures nécessaires au

⁶³ Commission / France, pt. 35 ss ; BLANQUET, C-265/95, n° 26 ; GRUBER, p. 51.

⁶⁴ AG Commission / France, pt. 49.

⁶⁵ DUBOIS, pp. 120 à 134.

⁶⁶ GRUBER, p. 52.

⁶⁷ BIEBER / MAIANI, p. 191 ; GRUBER, p. 52.

⁶⁸ Commission / France, pt. 62 ; DUBOIS, pp. 120 à 134.

maintien de l'ordre et de la sécurité publics sur le territoire dont il est souverain. Si la Cour admet qu'il n'est pas à exclure que, dans une telle situation, la menace de troubles graves à l'ordre public puisse justifier une absence d'intervention des forces de l'ordre, elle réduit cependant la portée de l'argument en ajoutant qu'il ne saurait être avancé que dans un cas précis et non pas de manière générale pour un ensemble d'incidents, comme c'était le cas en l'espèce⁶⁹. Elle précise encore que la crainte de difficultés internes ne saurait excuser le manquement d'un Etat membre d'appliquer correctement le droit de l'Union⁷⁰.

Il est de jurisprudence constante que les raisons d'ordre et de sécurité publics ne sont invocables en tant que dérogations aux libertés fondamentales qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société⁷¹. Dans une telle situation, l'Etat membre en question doit pouvoir concrètement démontrer qu'une action de ses autorités nationales aurait des conséquences sur l'ordre public auxquelles il ne pourrait pas raisonnablement faire face avec les moyens à sa disposition ; preuve que la République française n'a pas valablement réussi à apporter dans l'affaire en cause⁷². En outre, malgré les difficultés invoquées par la France relatives à la concurrence des produits espagnols, la Cour ne saurait en aucun cas admettre que ces motifs de justifications se voient détournés de leur fonction afin de servir des intérêts purement économiques⁷³.

Ainsi, même si aucun motif de justification ne pouvait être admis en l'espèce, leur invocation dans l'arrêt a permis à la Cour de confirmer la possibilité d'une éventuelle justification pour motifs d'ordre et de sécurité publics et d'en poser les principes directeurs.

B. Le conflit avec les droits fondamentaux

Si les limites habituelles issues des traités et de la jurisprudence avaient été posées de manière théorique au concept des obligations positives dans l'arrêt *Commission /*

⁶⁹ DUBOIS, pp. 120 à 134 ; MATTERA, p.15.

⁷⁰ *Commission / France*, pt. 55 ; *Commission / Espagne*, pt. 55 ; *Commission / Pologne*, pt. 72.

⁷¹ *Rutili*, pt. 28 ; *Bouchereau*, pt. 35 ; *Calfa*, pt. 21.

⁷² *Commission / France*, pt. 56 s. ; *BLANQUET, C-265/95*, n° 26 ; *GRUBER*, p. 52.

⁷³ *Rutili* pt. 30 ; *Commission / Irlande*, pt. 28 ; *Commission / France*, pt. 62.

France, une nouvelle voie de justification a été concrètement ouverte dans l'affaire *Schmidberger*. Dépassant une logique purement économique de l'ordre juridique établi par les traités pour évoluer vers une conception plus globale de l'intégration, la Cour a pour la première fois admis qu'une liberté fondamentale puisse être limitée par un droit fondamental⁷⁴. Elle a en effet jugé que le fait pour les autorités autrichiennes de n'avoir pas interdit une manifestation à but environnemental entraînant le blocage complet d'un axe autoroutier important pendant une durée annoncée de 30 heures n'était pas incompatible avec la libre circulation des marchandises, pour autant que l'entrave causée soit justifiée par l'intérêt légitime à la protection des droits fondamentaux de l'Union – en l'espèce, la liberté d'expression et de réunion des manifestants⁷⁵. La CJUE privilégie ainsi une approche de conciliation nécessaire entre libertés fondamentales et droits fondamentaux, plutôt qu'une perspective hiérarchique tendant à consacrer la supériorité des libertés fondamentales⁷⁶. En effet, les droits fondamentaux font partie des principes généraux du droit et s'imposent tant à l'UE qu'aux Etats membres ; leur protection est donc susceptible de justifier des restrictions aux obligations imposées par le droit communautaire⁷⁷. Les Etats membres ont ainsi la charge d'assurer le respect tant des libertés fondamentales que des droits fondamentaux.

Le dispositif de l'arrêt repose sur deux pondérations : D'une part, ni les droits fondamentaux, ni les libertés fondamentales n'étant absolus, chacun d'eux est susceptible de faire l'objet de restrictions lorsque celles-ci poursuivent un objectif d'intérêt général⁷⁸. Ainsi, en cas de conflit entre ces deux types de dispositions de droit primaire, il est question de confronter les différents intérêts en présence afin de s'assurer qu'un juste équilibre soit respecté entre la gravité de l'entrave aux libertés de circulation et celle imposée à l'exercice du droit fondamental concerné⁷⁹. D'autre part, il convient de trouver une solution mesurée respectant à la fois la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales et la tâche de la Cour de vérifier que les restrictions portées à la libre circulation soient proportionnées au regard du but

⁷⁴ ANDRIANTSIMBAZOVINA, n° 1 ss.

⁷⁵ Schmidberger, pts. 64, 74 et 94.

⁷⁶ ANDRIANTSIMBAZOVINA, n° 5 ss.

⁷⁷ Schmidberger, pts. 71 et 74.

⁷⁸ Schmidberger, pts. 78 et 79 ; BLANQUET, C-265/95, n° 27 ; GRUBER, p. 53.

⁷⁹ Schmidberger, pt. 81 ; EPINEY / MOSTERS / PROGIN-TEUERKAUF, p. 145 ; GRUBER, p. 53.

poursuivi, en l'occurrence la protection des droits fondamentaux⁸⁰. Le contrôle de proportionnalité ne permet pas de faire systématiquement pencher la balance en faveur de l'un ou de l'autre, mais au contraire d'arriver à des solutions au plus proche des cas d'espèce⁸¹.

Malgré avoir insisté sur l'obligation positive des Etats membres de prendre toutes les mesures nécessaires à protéger la libre circulation, la Cour a donc admis que les droits fondamentaux, en tant qu'exigences impératives d'intérêt général, sont susceptibles de justifier une atteinte aux libertés de circulations s'ils sont reconnus par l'Union comme poursuivant un intérêt légitime et proportionné⁸².

C. La question de la réparation du préjudice

S'il est vrai que la Cour a reconnu la possibilité d'invoquer la responsabilité de l'Etat, et donc un droit à réparation de sa part, du fait d'une situation horizontale, l'indemnisation ne représente pas à elle seule une mesure suffisante à pallier à l'inaction des autorités étatiques⁸³. Les autorités françaises ont tenté d'invoquer les indemnités fournies à certains producteurs espagnols comme les mesures appropriées et proportionnées que l'on exigeait d'elles, considérant avoir régularisé ainsi la violation du droit communautaire⁸⁴. Cependant, la Cour rejette l'argument puisque si, en effet, le sort des acteurs économiques lésés peut être amélioré par l'indemnisation, celle-ci ne constitue pas une mesure propre à remédier au manquement d'un Etat membre⁸⁵. Elle ne saurait en aucun cas être utilisée par les Etats membres comme moyen de s'affranchir de leurs obligations au regard du droit communautaire⁸⁶. La Commission et l'avocat général ajoutent même que la reconnaissance de l'indemnisation comme moyen de pallier aux entraves aurait pour effet pervers de diminuer le sentiment de culpabilité des auteurs des dommages et

⁸⁰ BLANQUET, C-265/95, n° 27.

⁸¹ ANDRIANTSIMBAZOVINA, n° 26 ss.

⁸² ANDRIANTSIMBAZOVINA, nos 3 et 11 ; EPINEY / MOSTERS / PROGIN-TEUERKAUF, p. 146.

⁸³ DUBOIS, pp. 120 à 134 ; DUBOUT, p. 132.

⁸⁴ BLANQUET, C-265/95, n° 28 ; MATTERA p. 15.

⁸⁵ Commission / France, pt. 60 ; BLANQUET, C-265/95, n° 28 ; DUBOIS, pp. 120 à 134 ; MATTERA p. 15.

⁸⁶ Commission / France, pt. 59 ; MATTERA p. 15.

de favoriser ainsi ce genre de comportements⁸⁷. Il est important de ne pas minimiser le fait que non seulement l'indemnisation ne représente pour les personnes lésées qu'une compensation pécuniaire de l'atteinte à leurs droits, mais aussi que la défaillance des autorités dans leur obligation d'assurer le respect des droits et libertés des victimes constitue une faute grave de l'Etat⁸⁸.

IV. L'élargissement de la théorie des obligations positives et les alternatives

A. L'application du concept aux autres libertés fondamentales

Il est vrai que les deux affaires dont nous avons parlé précédemment concernaient les obligations positives des Etats membres dans le cadre de la libre circulation des marchandises uniquement, il est donc légitime de se demander dans quelle mesure cette jurisprudence est transposable aux trois autres libertés fondamentales reconnues par les traités. Au vu de ce qui suit, il nous semble pouvoir être répondu de manière positive à cette problématique.

En effet, les libertés fondamentales n'ont pas été établies et inscrites comme principes fondamentaux du droit de l'Union de manière séparée, mais correspondent à une perspective globale orientée vers la création d'un marché intérieur, ainsi que l'illustre la lettre de l'art. 26 al. 2 TFUE⁸⁹. Elles forment entre elles une systématique cohérente et complémentaire tendant à couvrir l'ensemble des mesures visant à la création d'un territoire au sein duquel la production et les échanges commerciaux peuvent se développer librement⁹⁰. Partant de cet objectif originaire de l'Union, la jurisprudence de la Cour a permis de développer l'unité des libertés fondamentales en élaborant une systématique d'interprétation commune⁹¹. La convergence des libertés fondamentales s'exprime au travers d'un régime juridique propre créé par la CJUE au travers du développement de notions spécifiques communes telles que

⁸⁷ AG Commission / France, pt. 65.

⁸⁸ DUBOIS, pp. 120 à 134.

⁸⁹ DE LA ROSA, p. 17.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ DE LA ROSA, p. 35 ; EPINEY / MOSTERS / PROGIN-TEUERKAUF, p. 166.

celles d' « entrave », de « justification », de « raisons impérieuses » ou encore de « situations purement internes »⁹². Les libertés sont aujourd'hui comprises de manière toujours plus unifiée comme l'interdiction de toute mesure propre à gêner ou à rendre moins attrayant les possibilités commerciales offertes par le droit communautaire⁹³.

Dans l'arrêt des fraises espagnoles, la Cour a pris le soin d'appuyer son argumentation sur le caractère fondamental de la libre circulation des marchandises comme justification au devoir de protection des Etats membres⁹⁴. En outre, les quatre libertés sont reconnues comme « fondamentales » par la Cour, sans qu'une quelconque hiérarchie ne soit plus établie entre elles⁹⁵. Il semble donc qu'aucune spécificité ne doive ainsi justifier de cantonner le concept des obligations positives à la libre circulation des marchandises⁹⁶. Cette idée est manifestement soutenue par l'avocat général Lenz qui reconnaît l'importance particulière de la libre circulation des marchandises, tout en prenant le soin de préciser qu'il en est de même pour les autres libertés fondamentales, même si elles ne sont pas spécifiquement concernées par le cas d'espèce⁹⁷.

B. La voie de l'effet horizontal direct

Une autre voie empruntée par la Cour pour répondre au problème des entraves à la libre circulation émanant de personnes privées est celle de l'effet horizontal direct des libertés fondamentales. Il est à bien distinguer du système des obligations positives car, même si nous avons vu que ce dernier permet de réagir en cas d'entraves dues à des particuliers, il ne s'agit pas d'un véritable effet horizontal, mais plutôt d'une sorte d'effet horizontal indirect⁹⁸. C'est en effet la responsabilité de l'Etat,

⁹² BERGE / ROBIN-OLIVIER, n° 184 ; DE LA ROSA, p. 9.

⁹³ BERGÉ / ROBIN-OLIVIER, n° 184 ; EPINEY / MOSTERS / PROGIN-TEUERKAUF, p. 166.

⁹⁴ ANDRIANTSIMBAZOVINA, n° 4 ; BLANQUET, C-265/95, n° 18.

⁹⁵ DUBOUT, p. 123.

⁹⁶ JALABERT, p. 525 ; PICOD, p. 129.

⁹⁷ AG Commission / France, pt. 69.

⁹⁸ DEFOSSEZ, p. 172 ; DUBOUT, p. 131 ss.

en tant que garant de la libre circulation, qui est touchée et non celle des personnes privées à l'origine de l'atteinte⁹⁹.

Un effet horizontal a d'abord été admis par la CJUE dans le contexte d'actes de personnes privées possédant un pouvoir réglementaire tel que des associations agissant de manière autonome sur le plan national ou international ou des conventions collectives¹⁰⁰. En effet, elle a affirmé que la libre circulation des services, le droit d'établissement et la libre circulation des travailleurs ne s'appliquent pas seulement à l'action des autorités publiques, mais s'étendent aussi aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, l'exercice de ces libertés¹⁰¹. Elle est même allée plus loin en reconnaissant, dans les arrêts *Angonese* et *Raccanelli*, l'application de la libre circulation des travailleurs dans le cas d'une décision individuelle émanant d'un employeur privé en s'appuyant sur le fait que les relations de travail sont principalement réglées par des contrats de nature privée et que l'élargissement du champ d'application de 45 TFUE favoriserait ainsi la pleine effectivité de la libre circulation des travailleurs¹⁰². En ce qui concerne la libre circulation des marchandises, l'arrêt *Fra.bo* a admis la possibilité d'un effet horizontal direct, en exigeant cependant une forme de pouvoir réglementaire sur l'accès au marché national¹⁰³.

Il se comprend aisément que puisqu'un comportement privé est susceptible de constituer une entrave et que les libertés de circulation se conçoivent comme des droits des citoyens européens, la Cour tend dans certaines situations à vouloir imposer des obligations correspondantes dans le cadre de relations entre particuliers. Cependant, en l'état actuel de la jurisprudence, un certain nombre de questions restent ouvertes et il est difficile d'identifier un système homogène et concrètement applicable¹⁰⁴. Il faut tout d'abord relever le risque élevé de conflits avec le domaine du droit de la concurrence (art. 101 ss TFUE) qui régit en principe la question des conventions entre personnes privées¹⁰⁵. La question des motifs de justifications admissibles en cas de comportements privés est aussi délicate puisque

⁹⁹ DEFOSSEZ, p. 172.

¹⁰⁰ P. ex. *Walrave et Koch* ; *Bosman* ; *Kalliope* ; DUBOUT, p. 106 ; *EPINEY / MOSTERS / PROGIN-TEUERKAUF*, p. 154 s.

¹⁰¹ DEFOSSEZ, p. 172.

¹⁰² DEFOSSEZ, p. 172 ; DUBOUT, pp. 107 et 117 ss ; *EPINEY / MOSTERS / PROGIN-TEUERKAUF*, p. 156.

¹⁰³ DEFOSSEZ, p. 172 s.

¹⁰⁴ DEFOSSEZ, p. 172 ; DUBOUT, p. 106 s. ; *EPINEY / MOSTERS / PROGIN-TEUERKAUF*, p. 160.

¹⁰⁵ DUBOUT, p. 109 ; *EPINEY / MOSTERS / PROGIN-TEUERKAUF*, p. 160.

les justifications habituelles reconnues par les traités, ainsi que les raisons impérieuses d'intérêt général développées par la jurisprudence, ont plutôt été conçues dans le cadre de comportements des autorités publiques et sont ainsi moins adaptées à une application dans le cadre de situations privées¹⁰⁶. En outre, il est aussi légitime de se demander si la reconnaissance des libertés fondamentales comme source d'obligations individuelles et plus seulement étatiques ne serait pas de nature à restreindre de manière démesurée l'autonomie privée et la liberté contractuelle, supposées être l'essence des relations entre particuliers¹⁰⁷.

Nous pouvons donc observer que la question de la répression des actes de particuliers entravant les libertés de circulation en tant que tels, sans passer par un devoir de garant de l'Etat n'a pas été réglée de manière claire et uniforme pour l'ensemble des libertés et des situations¹⁰⁸. Il est compliqué de déterminer au travers des circonstances isolées qui ont été présentées à la Cour si le principe doit s'appliquer uniquement à certaines catégories de personnes privées jouissant d'un pouvoir réglementaire ou d'une position privilégiée ou à toute personne privée, s'il s'applique à toutes les libertés de manière similaire ou seulement à certaines libertés en fonction de certaines caractéristiques propres et enfin sur quel fondement l'extension des libertés fondamentales aux comportements privés doit s'opérer¹⁰⁹.

En attendant d'autres développements jurisprudentiels plus aboutis, il semble que le mécanisme des obligations positives contraignant les pouvoirs publics à neutraliser les entraves de nature privée au titre de leur obligation de protection soit un bon remède à l'absence d'un effet horizontal direct clair, permettant ainsi d'assurer le respect effectif des libertés fondamentales¹¹⁰.

Conclusion

En analysant ainsi les fondements et le contexte de la théorie des obligations positives relatives aux libertés fondamentales, nous pouvons voir se profiler un

¹⁰⁶ DEFOSSEZ, p. 173 ; DUBOUT, p. 129 s. ; EPINEY / MOSTERS / PROGIN-TEUERKAUF p. 160.

¹⁰⁷ DUBOUT, p. 108 ss ; EPINEY / MOSTERS / PROGIN-TEUERKAUF, p. 160.

¹⁰⁸ DEFOSSEZ, p. 172 ; EPINEY / MOSTERS / PROGIN-TEUERKAUF p. 153.

¹⁰⁹ DUBOUT, p. 120 ss.

¹¹⁰ DEFOSSEZ, p. 172.

développement jurisprudentiel englobant des entraves toujours plus larges et diverses. Nous avons en effet pu constater que si au début l'interdiction des entraves aux libertés de circulation était comprise comme la prohibition de comportements émanant directement des autorités étatiques, la Cour a peu à peu pris en compte de manière plus ou moins homogène et directe des entraves pseudo-privées puis privées au sens strict. De tels élargissements sont rendus possible grâce à la créativité de la Cour de justice dans l'interprétation des articles relatifs aux libertés fondamentales. Elle a en effet eu l'audace, à de nombreuses reprises, de se détacher de la lettre des traités, pour privilégier une interprétation téléologique, toujours orientée dans l'idée de servir la pleine réalisation du marché intérieur¹¹¹. L'extension de l'engagement des Etats membres à un devoir de protection des libertés communautaires en a visiblement été un bel exemple et un grand pas pour le passage des entraves publiques aux entraves privées. Il sera intéressant, à l'avenir, de voir dans quelle mesure la Cour étendra encore l'effet horizontal des libertés fondamentales pour peut-être faire un jour des particuliers de véritables destinataires des libertés fondamentales, sans passer par une responsabilité de l'Etat.

Le marché intérieur étant un processus en cours d'évolution et non une réalité définitivement acquise, de nombreux développements sont encore à présager afin non seulement de préserver les acquis communautaires, mais aussi de parer aux nouveaux obstacles qui ne cesseront immanquablement de se présenter¹¹².

¹¹¹ DE LA ROSA, p. 35 ss ; PICOD, p. 122.

¹¹² DE GROVE-VALDEYRON, p. 11 s.