



SANT'ANNA LEGAL STUDIES

STALS RESEARCH PAPER N. 1/2012

Giuseppe Bianco - Tatum Ragues

**La Cour de justice et la libre prestation de services : entre
proportionnalité et droits fondamentaux.**

Sant'Anna School of Advanced Studies
Department of Law

<http://stals.ssup.it>

ISSN: 1974-5656

Giuseppe Bianco - Tatum Ragues

La Cour de justice et la libre prestation de services : entre proportionnalité et droits fondamentaux.

Résumé

La définition des restrictions que peuvent apporter les Etats membres de l'Union européenne à la libre prestation de service est une question délicate à laquelle les principales réponses sont apportées par la Cour de justice.

Après avoir entendu largement la notion de restriction et ainsi facilité l'expansion de la libre prestation de service au sein de l'Union, la Cour a parallèlement élargi le champ des justifications à la disposition des Membres. Chacune de ces deux catégories étant interprétée de manière extensive par la Cour, son contrôle s'est finalement reporté sur l'appréciation du caractère proportionné de la mesure prise par l'Etat.

D'un point de vue pratique cette évolution de la structure du contrôle de la Cour semble pouvoir s'expliquer par la volonté de dépasser les difficultés auxquelles est confrontée la libéralisation du commerce des services en s'ouvrant d'avantage aux préoccupations des Etats.

D'un point de vue juridique l'importance prise par la proportionnalité au sein du contrôle de la Cour illustre peut-être la dimension « constitutionnelle » que prend la fonction de la Cour lorsque celle-ci doit concilier les intérêts des Etats avec ceux de l'Union et particulièrement lorsque cette confrontation implique des droits fondamentaux.

Mots-clés

Cour de justice, libre prestation de services, restrictions, contrôle de proportionnalité, droits fondamentaux.

La Cour de justice et la libre prestation de services : entre proportionnalité et droits fondamentaux.

Giuseppe Bianco* - Tatum Ragues**

Sommaire : I. Introduction. II. L'évolution du contrôle opéré par la Cour de justice : de la définition des termes au contrôle de proportionnalité. III. Le contrôle de proportionnalité : une solution aux blocages rencontrés en matière de libéralisation du commerce des services. IV. Conclusions. Libre prestation de services et droits fondamentaux : vers une cour constitutionnelle ? V. Jurisprudence citée. VI. Bibliographie.

I. Introduction.

En matière de libre prestation de services au sein de l'Union européenne une question sans cesse plus sensible est celle de l'admission des restrictions susceptibles d'être apportées par les Etats membres. L'art. 52 TFUE (ancien art. 46 TCE), fournit une base textuelle pour les cas où seraient concernés l'ordre public, la santé publique ou la sécurité publique. Toutefois, face au caractère vague des textes, c'est à la Cour de justice, notamment par le biais des questions préjudicielles, qu'est revenue la tâche d'éclaircir les contours du régime. Une appréhension correcte de ce dernier passe donc nécessairement par l'étude de la jurisprudence.

Celle-ci a connu des évolutions. Ainsi, après avoir adopté des définitions des restrictions et des dérogations favorables à l'essor de la libre prestation de services, la Cour semble aujourd'hui prendre davantage en compte les préoccupations des Etats. Ce mouvement conduit à s'interroger sur les spécificités du contrôle qu'effectue la Cour en matière de restrictions à la libre prestation de services. Nous verrons qu'il se caractérise par la place croissante qu'y prend la proportionnalité (II), évolution qui semble pouvoir s'expliquer par le fait que le contrôle de proportionnalité est utilisé par la Cour afin de dépasser les réticences politiques en matière de libéralisation du commerce des services (III). Cette caractéristique invite par ailleurs à se demander si le contrôle opéré par la Cour sur les restrictions à la libre prestation de services ne lui confère pas à certains égards les attributs d'une cour constitutionnelle, notamment par rapport aux cas concernant des droits fondamentaux (IV).

* Elève en Droit et géopolitique, Ecole Normale Supérieure de Paris

** Etudiante en Master Droit international économique, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

II. L'évolution du contrôle opéré par la Cour de justice : de la définition des termes au contrôle de proportionnalité.

Le contrôle opéré par la Cour en matière de libre prestation de service a considérablement évolué ces dernières années. Alors que la jurisprudence s'était tout d'abord concentrée sur la définition des restrictions et de leur justification, elle semble se focaliser aujourd'hui sur l'appréciation de la proportionnalité des mesures restrictives prises par les Etats.

Vu que les textes ne portaient pas de précision sur les contours de la liberté de prestation des services, la Cour de justice s'est livrée à une œuvre de définition progressive de son champ d'application. En ce qui concerne les restrictions à la liberté de commerce des services, la Cour de justice a distingué deux catégories : la première comprend les discriminations et la seconde les entraves. Les discriminations sont représentées par une différence de traitement fondée sur la nationalité, la résidence ou l'État d'incorporation des fournisseurs ou des destinataires de services. Elles peuvent être justifiées exclusivement par des « raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique », comme le prévoit l'art. 52 TFUE.

Les entraves constituent un groupe plus large, qui inclut « toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services analogues »¹ et même les restrictions qui « rendent moins attrayant l'exercice de ces libertés »². Le choix de la Cour d'appréhender non seulement les discriminations (dont est fait mention explicite dans le Traité), mais aussi des entraves, a élargi de manière conséquente le champ d'application des dispositions communautaires en matière de liberté de prestation de services.

L'approche normalement suivie par la Cour de justice prévoit une qualification assez large de la mesure litigieuse comme entrave pour se pencher par la suite sur l'évaluation de la possibilité d'une justification. Cette dernière peut s'appuyer soit sur l'un des trois motifs mentionnés à l'art. 52 TFUE, soit sur une raison impérieuse d'intérêt général, « pour autant qu'il n'existe pas de mesure communautaire d'harmonisation prévoyant des mesures nécessaires pour assurer la protection de ces intérêts »³. Dans ce dernier cas, un contrôle de proportionnalité doit être effectué.

Par rapport aux justifications des entraves, la Cour a adopté une interprétation restrictive des motifs mentionnés à l'art. 52 TFUE. Toutefois, dans la période récente le juge communautaire a inauguré une approche plus ouverte aux revendications des États. Un exemple est fourni par l'arrêt *Omega*⁴, où l'Etat allemand a invoqué la dignité humaine,

¹ Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 25 juillet 1991. *Manfred Säger contre Dennemeyer & Co. Ltd.* Affaire C-76/90, I-04221, point 12.

² Arrêt de la Cour (cinquième chambre) du 15 janvier 2002. *Commission des Communautés européennes contre République italienne.* Affaire C-439/99, I-00305, point 22.

³ Arrêt de la Cour (première chambre) du 15 juin 2006. *Commission des Communautés européennes contre République française.* Affaire C-255/04, I-05251.

⁴ Arrêt de la Cour (première chambre) du 14 octobre 2004. *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn.* Affaire C-36/02, I-09609.

protégée par l'article 1er, paragraphe 1, première phrase, de la loi fondamentale. L'Allemagne essayait de faire valoir au niveau européen sa conception de la dignité, qui est au cœur de son ordre juridique. Une décision d'incompatibilité aurait probablement engendré un conflit extrêmement grave avec un pays dont la Cour constitutionnelle fédérale s'était déjà montrée prête à manifester son souci d'indépendance et de protection du système juridique national (suffit-il de rappeler l'arrêt *Solange I* de 1974⁵). Nonobstant les critiques parues en doctrine⁶, nous pouvons remarquer la solution équilibrée consistant à considérer la dignité humaine comme part de l'ordre public et à la ranger parmi les droits fondamentaux inclus dans les principes généraux du droit dont l'ordre juridique communautaire assure le respect. Le juge européen a pris une telle décision « sans qu'il importe à cet égard que, en Allemagne, le principe du respect de la dignité humaine bénéficie d'un statut particulier en tant que droit fondamental autonome »⁷ et est ainsi passé à côté de la configuration de la dignité humaine existant dans l'Etat membre ; elle a également affirmé qu'une communauté de vues entre les Etats membres n'est pas non plus requise pour autoriser une restriction⁸. De cette façon la Cour a pu préserver la primauté du droit communautaire. En même temps, elle a respecté les préoccupations de l'Etat membre, en démontrant un certain degré d'ouverture aux exigences autres qu'économiques.

En ce qui concerne les justifications fondées sur une raison impérieuse d'intérêt général, une démarche assez semblable peut être détectée. La Cour dans l'un des premiers arrêts pertinents à cet égard, a affirmé que les restrictions non discriminatoires peuvent être justifiées par « des raisons impérieuses liées à l'intérêt général [si] cet intérêt n'est pas déjà assuré par les règles de l'Etat d'établissement et [...] le même résultat ne peut pas être obtenu par des règles moins contraignantes »⁹. La Cour de justice a montré une ouverture importante aux exigences invoquées par les Etats membres, ce qui marque une différence significative par rapport au *numerus clausus* des motifs prévus à l'art. 52 TFUE¹⁰. Une liste très étendue

⁵ Cour constitutionnelle fédérale allemande, Arrêt du 29 mai 1974, *Internationale Handelsgesellschaft/ EVGF*, Solange I, BverfGE, 37, p. 271, 279 et s.

⁶ «[L]a Cour aurait pu invoquer, s'agissant de la protection de la dignité humaine, l'omniprésence du concept dans l'ensemble des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux » ; « [o]n ne peut que regretter l'extrême laconisme de la motivation ». Simon, Denys. «Ordre public et « jouer à tuer »». *Europe* n° 12, Décembre 2004, comm. 407.

⁷ Arrêt *Omega*, cité, point 34.

⁸ Arrêt *Omega*, cité, point 37. Le principe a été réaffirmé également par rapport à la conception des droits de l'enfant dans un autre arrêt : « il n'est pas indispensable que les mesures restrictives édictées par les autorités d'un Etat membre [...] correspondent à une conception partagée par l'ensemble des Etats membres en ce qui concerne le niveau et les modalités de cette protection [...]. Cette conception pouvant varier d'un Etat membre à l'autre selon des considérations notamment d'ordre moral ou culturel, il y a lieu de reconnaître aux Etats membres une marge d'appréciation certaine », Arrêt de la Cour (troisième chambre) du 14 février 2008. *Dynamic Medien Vertriebs GmbH contre Avides Media AG*. Affaire C-244/06, I-00505, point 44.

⁹ Arrêt de la Cour du 4 décembre 1986. *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Danemark*. Affaire 252/83, 03713, n° 19; Arrêt de la Cour du 4 décembre 1986. *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*. Affaire 205/84, 03755, n° 29.

¹⁰ P.e. voir le point n° 14 de l'arrêt de la Cour du 25 juillet 1991. *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et autres contre Commissariaat voor de Media*. Affaire C-288/89, I-04007 (*Mediawet I*), : « figurent

peut être trouvée dans le préambule de la « Directive Services » où la Commission en a recensé « au moins » une vingtaine dans la jurisprudence de la Cour, tout en prenant soin d'indiquer que la notion « est susceptible d'évoluer encore ». ¹¹

Nous pouvons donc remarquer que la jurisprudence de la Cour s'est focalisée pendant longtemps sur la définition et la portée des notions de restriction et de justification. Dans une phase plus récente, néanmoins, elle a déplacé le cœur de son analyse sur le contrôle de proportionnalité. L'arrêt *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International* du 8 septembre 2009¹² est à cet égard une bonne illustration de la tendance. La Cour y rappelle que « les restrictions [que les Etats] imposent doivent satisfaire aux conditions qui ressortent de la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne leur proportionnalité »¹³ et caractérise sommairement l'existence d'une raison impérieuse d'intérêt général¹⁴ avant d'effectuer un contrôle de proportionnalité qui constitue l'élément central de son analyse.

En premier lieu, et avant d'avancer des explications à cette évolution, il est important de définir plus précisément ce qu'est le contrôle de proportionnalité. Réduit à son noyau dur le contrôle de proportionnalité s'apparente à l'idée d' « éviter de tirer sur un moineau avec un canon »¹⁵. Généralement rattaché à la tradition juridique allemande, il est plus classiquement décrit comme un contrôle se déroulant sur trois phases distinctes. Une définition couramment acceptée le divise ainsi en un contrôle de l'adéquation de la mesure (la contribution de la mesure à l'objectif de l'Etat), un contrôle de sa nécessité (le fait que la mesure n'aille pas au-

parmi les raisons impérieuses d'intérêt général déjà reconnues par la Cour les règles professionnelles destinées à protéger les destinataires du service (arrêt du 18 janvier 1979, *Van Wesemael*, 110/78 et 111/78, Rec. p. 35, point 28), la protection de la propriété intellectuelle (arrêt du 18 mars 1980, *Coditel*, 62/79, Rec. p. 881), celle des travailleurs (arrêt du 17 décembre 1981, *Webb*, 279/80, Rec. 3305, point 19; arrêt du 3 février 1982, *Seco*, 62/81 et 63/81, Rec. p. 223, point 14; arrêt du 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, Rec. p. I-1417, point 18), celle des consommateurs (arrêt du 4 décembre 1986, *Commission/France*, 220/83, Rec. p. 3663, point 20; *Commission/Danemark*, 252/83, Rec.p. 3713, point 20; *Commission/Allemagne*, 205/84, Rec. p. 3755, point 30; *Commission/Irlande*, 206/84, Rec. p.3817, point 20; arrêts du 26 février 1991, *Commission/Italie*, précité, point 20, et *Commission/Grèce*, précité, point 21), la conservation du patrimoine historique et artistique national (arrêt du 26 février 1991, *Commission/Italie*, précité point 20), la valorisation des richesses archéologiques, historiques et artistiques et la meilleure diffusion possible des connaissances relatives au patrimoine artistique et culturel d'un pays (arrêts du 26 février 1991, *Commission/France*, précité, point 17, et *Commission/Grèce*, précité, point 21) ».

¹¹ Point n° 40 de la Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur [Journal officiel L 376 du 27.12.2006].

¹² Arrêt de la Cour (Grande chambre) du 8 septembre 2009. *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd contre Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*. Affaire C-42/07, I-07633.

¹³ Ibid. Point 59.

¹⁴ Ibid. Point 63 : « il convient de relever [...] que la lutte contre la criminalité peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier des restrictions quant aux opérateurs autorisés à proposer des services dans le secteur des jeux de hasard. En effet, compte tenu de l'importance des sommes qu'ils permettent de collecter et des gains qu'ils peuvent offrir aux joueurs, ces jeux comportent des risques élevés de délits et de fraudes ».

¹⁵ Simon, D. « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Justice des Communautés Européennes » *Les petites affiches*, 2009 n° 46, p.17.

delà de ce qui est nécessaire) et un contrôle de la proportionnalité entendu strictement (une balance des intérêts en cause)¹⁶.

Il convient toutefois de noter que la systématisation du contrôle de proportionnalité en un test comportant trois parties bien distinctes n'est que schématique. D'une part parce que les termes définissant les différentes étapes du contrôle varient, par exemple la seconde étape généralement dénommée « test de nécessité » est également connue sous le nom de test de « l'entrave minimale », « de l'interchangeabilité des mesures » ou encore « de substituabilité », et en matière de libre prestation de services la Cour contrôle parfois le caractère indispensable de la mesure dans des termes qui laissent à penser qu'on retrouve sous un vocable différent le test de nécessité¹⁷. D'autre part d'un point de vue du raisonnement, le caractère ternaire du contrôle tel que précédemment décrit n'apparaît pas toujours clairement dans les arrêts de la Cour. Ainsi en matière de libre prestation de services, après avoir préalablement constaté que l'objectif poursuivi est légitime en le qualifiant de raison impérieuse d'intérêt général, la Cour de justice procède généralement en vérifiant que la mesure est « propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi »¹⁸ avant de constater qu'elle « n'excède pas ce qui est objectivement nécessaire à cette fin et que ce résultat ne peut être obtenu par des règles moins contraignantes »¹⁹

Il est par ailleurs intéressant de noter que la « Directive Services » de 2006 donne une définition de la nécessité et de la proportionnalité qui ne correspond pas au raisonnement généralement suivi par la Cour, entretenant ainsi la confusion²⁰. En effet la nécessité y est définie comme le fait que « l'exigence doit être justifiée par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement » (article 16 1 b) et la proportionnalité comme le fait que « l'exigence doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif » (art. 16: 1: c). La définition de la nécessité se confond donc avec l'identification par la Cour du caractère légitime de l'objectif poursuivi, tandis que la définition de la proportionnalité inclut à la fois la question de l'existence d'un lien de causalité entre la mesure et l'objectif poursuivi, qui relève habituellement du test d'adéquation, et celle de la nécessité à proprement parler. Il nous faut donc garder à l'esprit que le contrôle tel qu'opéré par la Cour est susceptible de quelques variations dans les termes utilisés et les étapes du raisonnement suivi.

Il convient en second lieu de noter que l'usage de la proportionnalité par la Cour n'a en soi rien d'étonnant. L'idée selon laquelle l'action des institutions ainsi que celle des Membres doit être proportionnée a constitué un principe important au cours de la construction

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ainsi la Cour a pu estimer que « l'exigence d'un établissement, qui constitue la négation même de la libre prestation des services, *va au-delà de ce qui est indispensable pour atteindre l'objectif recherché* » Arrêt *Commission/Danemark*, cité, n° 20 (c'est nous qui soulignons). Cette idée semble renvoyer à celle de nécessité telle qu'exprimée dans d'autres arrêts de la Cour : « lesdites exigences [...] *ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs* » Arrêt *Säger*, cité, n° 15 (c'est nous qui soulignons).

¹⁸ Voir par exemple Arrêt de la Cour du 6 novembre 2003. *Procédure pénale contre Piergiorgio Gambelli et autres*. Affaire C-243/01, I-13031, n° 65.

¹⁹ Voir par exemple Arrêt *Säger*, cité, point 15 ou Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 16 décembre 2010. *Marc Michel Josemans contre Burgemeester van Maastricht*. Affaire C-137/09, non encore publié, point 69.

²⁰ Lemaire, C. « La directive, la liberté d'établissement et la libre prestation de service. Confirmations, innovations ? », *Revue Europe*, juin 2007, n°6 dossier 10, §45.

communautaire. Si les traités constitutifs ne contenaient pas à l'origine de dispositions consacrant de manière générale le principe de proportionnalité, la Cour en a fait un « principe général du droit communautaire »²¹ dont l'application « s'impose aux autorités nationales lorsqu'elles ont à appliquer le droit communautaire »²².

Ce n'est donc pas le fait que la Cour ait recours au contrôle de proportionnalité lorsqu'elle apprécie la possibilité pour les Etats de restreindre la libre prestation de services qui retient l'attention mais la place prépondérante qu'occupe désormais la proportionnalité dans le contrôle opéré par la Cour. Un tel constat peut appeler deux types d'explications. Il est tout d'abord possible d'envisager que la Cour a abouti à des définitions satisfaisantes des justifications invocables par les Etats et que c'est naturellement sur la question de leur conciliation avec le principe de la libre prestation de services que se focalise son examen. Mais il est également possible d'envisager que la Cour a en réalité abandonné l'idée d'aboutir à une définition claire des raisons impérieuses d'intérêt général du fait qu'une telle catégorie est en fait délicate voire impossible à définir et que dès lors la justification des restrictions à la libre prestation de services ne repose plus tant sur leur caractère légitime que sur leur caractère raisonnable. Au vu des difficultés spécifiques que soulève la libéralisation du commerce des services c'est cette seconde hypothèse que nous privilégierons.

III. Le contrôle de proportionnalité : une solution aux blocages rencontrés en matière de libéralisation du commerce des services.

La libre circulation des services constitue, avec celle des marchandises, des capitaux et des personnes, l'une des quatre libertés communautaires dont le respect est nécessaire à la réalisation du marché commun. Si elle apparaît être un corollaire évident de la libéralisation des marchandises, sa mise en œuvre n'en est pas moins difficile à obtenir. Sa spécificité vient du fait qu'elle peut revêtir diverses formes²³, et touche à des activités de diverses natures. La multiplicité d'activités concernées entraîne l'existence d'un grand nombre de règles nationales différentes susceptibles de constituer des obstacles à la libéralisation du commerce des services, l'encadrement requis n'étant pas le même selon qu'une activité concerne un intérêt sensible de l'Etat concerné, touche aux intérêts de corporations nationales plus ou moins puissantes, relève de secteurs d'emplois plus ou moins importants pour l'économie de l'Etat en question, etc.

Il est intéressant de constater que l'ordre juridique communautaire n'est pas le seul à connaître des difficultés en matière de libéralisation du commerce des services. Un constat similaire peut être dressé concernant l'Organisation Mondiale du Commerce (dorénavant OMC). L'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS) n'a été conclu que près

²¹ Arrêt de la Cour (cinquième chambre) du 11 juillet 1989. *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG contre Hauptzollamt Gronau*. Affaire 265/87, 02237.

²² Arrêt de la Cour du 27 octobre 1993. *Dr. Pamela Mary Enderby contre Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health*. Affaire C-127/92, I-05535.

²³ Ce qu'illustre bien la définition retenue au sein de l'OMC par l'article 1^{er} de l'AGCS qui distingue 4 modes de fournitures de services différents.

d'un demi-siècle après l'Accord Général sur le Commerce des Marchandises (GATT) et s'il s'en est incontestablement inspiré il s'en distingue à beaucoup d'égards du fait de la spécificité du commerce des services. Une différence particulièrement révélatrice consiste dans le choix de la méthode suivie pour aboutir à la libéralisation. Alors que le GATT adopte la logique du *top-down* selon laquelle le principe est la libéralisation et les dérogations sont les exceptions, l'AGCS relève de la logique inverse dite du *bottom-up* selon laquelle en l'absence d'engagement de l'Etat on présume que le marché est fermé. Cette divergence de méthode tout comme l'élaboration tardive de l'AGCS permet de mettre en lumière les réticences des Etats en matière de libéralisation des services.

L'Union européenne, reconnue habituellement comme étant une organisation internationale au niveau d'intégration économique particulièrement abouti, n'échappe pourtant pas non plus aux difficultés que pose la libéralisation des services. Un exemple particulièrement probant est celui de la « Directive Services », qui illustre de deux manières les problèmes que pose la libéralisation des services.

D'une part l'ampleur des débats et la virulence des échanges autour de son adoption sont de bons révélateurs du climat de tension qu'entoure la question de la libéralisation du commerce des services. L'élaboration de la directive a en effet suscité une polémique autour du principe du pays d'origine dont l'inclusion était initialement prévue. Ce principe qui consiste à appliquer au prestataire de services la loi de son pays d'origine a notamment vu certains hommes politiques s'émouvoir d'une éventuelle arrivée du « plombier polonais »²⁴, et s'inquiéter d'une mise en concurrence des législations nationales et d'un manque de lisibilité du droit applicable pour le consommateur. D'autre part le contenu de la directive finalement adoptée souligne également le caractère sensible de ce sujet. La directive montre en effet une volonté de diversifier les modes de mises en œuvre de la libéralisation des services²⁵ qui met en lumière les difficultés qu'ont les moyens d'action juridique habituels à atteindre l'objectif poursuivi.

L'utilisation par la Cour du contrôle de proportionnalité nous semble être une tentative de dépasser les réticences dues au caractère sensible de la libéralisation des services par une prise en considération des intérêts des Etats. Comme l'a dit Jean-Pierre Marguénaud « Pour François Ost et Françoise Tulkens, la proportionnalité « conduit à réfléchir à la transformation possible de la fonction de juger : de déontique vouée à la mise en œuvre de règles préétablies, elle deviendrait téléologique « conséquentialiste », modulant les solutions au regard de leurs conséquences politico-sociales »²⁶. Le contrôle de proportionnalité est donc un moyen offert à la Cour de surveiller le respect par les Etats de la libéralisation du commerce des services tout en veillant à ce que cet impératif ne conduise pas à ignorer la réalité des problématiques auxquelles ils sont confrontés en la matière. L'intérêt de la proportionnalité est donc qu'en évitant à la Cour de déterminer une liste close d'intérêts légitimes elle lui permet au contraire de maintenir celle-ci ouverte et d'ainsi prendre en compte des préoccupations dont le caractère fondamental n'apparaît pas aussi clairement que lorsque l'on parle de sécurité ou de

²⁴ « Villiers : "La grande triche du oui" », Interview de Philippe de Villiers, *Le Figaro*, 15 mars 2005.

²⁵ Codification de la jurisprudence, tentative d'amélioration du fonctionnement des services administratifs nationaux, tentative d'harmonisation des renseignements à fournir par le prestataire au destinataire du service, etc.

²⁶ Marguénaud, J-P. « Conclusions générales », *Petites affiches*, 2009 n° 46, p. 119.

santé publique mais qui ne constituent pas moins à un certain instant, dans un certain Etat et selon un certain contexte culturel juridique et politique, une préoccupation revêtant de l'importance pour l'Etat concerné.

Ce choix nous semble en premier lieu être en lien avec une problématique de légitimité. Il convient de noter que les Etats sont incapables de se mettre d'accord sur des intérêts légitimes partagés par tous, ce qui apparaît clairement dans la « Directive Services » dans laquelle ils s'en remettent à la Cour pour caractériser les raisons impérieuses d'intérêt général²⁷. Face à cette absence d'accord la Cour aurait pu élaborer des définitions autonomes de raisons impérieuses d'intérêt général et se lancer dans la détermination d'une liste claire et systématisée de ce qui est ou n'est pas un intérêt légitime. Elle ne l'a pas fait. L'on pourrait s'étonner de cette réticence dans la mesure où la Cour a été un acteur particulièrement actif de l'expansion de la libre prestation de services au sein de l'Union, notamment par la définition large qu'elle a eu des restrictions au travers de la notion jurisprudentielle d'entrave. Toutefois la situation n'est à nos yeux pas la même. La légitimité de la Cour pour interpréter ce qui est un obstacle à la réalisation du marché unique n'est pas la même que pour interpréter ce qui est aux yeux d'un Etat un intérêt légitime à protéger. Dans le premier cas il s'agit de raisonner du point de vue des institutions de l'Union européenne tandis que dans le second il s'agit de se placer du point de vue des autorités nationales. Alors qu'en tant qu'institution de l'Union la Cour a une certaine latitude en ce qu'il s'agit du premier raisonnement, sa marge de manœuvre est en revanche réduite en ce qui concerne le second. En l'absence de communautés de vue des Etats sur ce qui est ou non un intérêt légitime, et dans l'impossibilité de se substituer complètement à eux sur ce sujet, la Cour doit faire un choix. Soit déterminer une liste d'intérêts légitimes partagés par tous, ce qui dans une Union à 27 risque de réduire la catégorie aux dérogations prévues par le Traité, soit, et c'est le choix qu'elle a fait, prendre en compte les préoccupations des Etats dès lors qu'elles apparaissent crédibles et reporter son contrôle sur le caractère raisonnable de la restriction apportée à la libre prestation de services.

En second lieu cette approche casuistique semble également pouvoir s'expliquer par une certaine volonté de la Cour de ménager les Etats. Le contrôle de la Cour aurait ainsi évolué en même temps que la situation de la libre prestation de services au sein de l'Union européenne : un contrôle strict lorsque la libre prestation de services n'était pas encore développée ; une appréciation plus tolérante une fois que l'application de la libre prestation de services ne nécessite plus une défense aussi active qu'auparavant, laquelle aurait pour effet de braquer les Etats membres et par la même freiner potentiellement la possibilité de poursuivre la libéralisation par la voie normative. Cette hypothèse semble étayée par certains aspects récents de la jurisprudence de la Cour. Son ouverture aux préoccupations des Etats semble d'une part se marquer par une appréciation moins sévère de la notion de restriction. Elle a ainsi reconnu dans un arrêt récent qu' « une réglementation d'un Etat membre ne constitue pas une restriction au sens du traité CE du seul fait que d'autres Etats membres appliquent des règles moins strictes ou économiquement plus intéressantes aux prestataires de services similaires établis sur leur territoire »²⁸. Cette tendance peut se révéler d'autre part par l'octroi

²⁷ Point 40 du préambule de la Directive : « la notion de raison impérieuse d'intérêt général [...] a été élaborée la Cour de Justice dans sa jurisprudence relative aux articles 43 et 49 du Traité et est susceptible d'évoluer encore ».

²⁸ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 29 mars 2011. *Commission européenne contre République italienne*. Affaire C-565/08, non encore publié, point 49.

aux Etats d'une certaine marge d'appréciation quant aux choix de la mesure appropriée²⁹. La Cour a ainsi estimé que les Etats doivent pouvoir mettre en œuvre leurs objectifs « par l'introduction de règles générales qui sont facilement gérées et contrôlées par les autorités nationales »³⁰ ce qui s'est traduit dans l'arrêt *Josemans* par la conclusion que l'interdiction aux non-résidents de Maastricht d'accéder aux coffee shops ne pouvait être remplacée par une mesure moins restrictive consistant à leur autoriser l'entrée sans leur permettre la consommation de drogue dans la mesure où cette règle serait bien plus difficile d'application que la première pourtant plus restrictive.

Cette apparente ouverture de la Cour aux préoccupations des Etats n'est toutefois pas exempte de critiques. D'une part parce que l'approche casuistique réduit la prévisibilité et donc la sécurité juridique. D'autre part parce que certains voient dans l'absence de liste claire des raisons pour lesquelles les Etats peuvent déroger à la libre prestation de services un risque d'instrumentalisation du droit de l'Union européenne par les autorités étatiques lorsque celles-ci souhaitent déroger à un droit national qu'elles jugent inopportun³¹. Le danger serait ainsi de voir des gouvernements faire porter à l'Union la responsabilité de choix politiques qui n'étaient en réalité pas imposés par l'impératif de libéralisation du commerce des services.

IV. Conclusions. Libre prestation de services et droits fondamentaux : vers une cour constitutionnelle ?

Au-delà de ces critiques il nous semble possible, sans pour autant crier au gouvernement des juges, de s'interroger sur le fait de savoir si cela ne donne pas à la Cour certaines caractéristiques des cours constitutionnelles. La doctrine juridique contemporaine a identifié le principe de proportionnalité comme un trait caractérisant le raisonnement de la plupart des cours constitutionnelles³² après la Seconde Guerre Mondiale. On a défini ce paradigme de l'après-guerre par trois composantes : une forme pénétrante de contrôle juridictionnel, une clause de protection des droits et la proportionnalité en tant que principe standard pour la résolution des conflits entre droits.³³

Pour essayer de comprendre les raisons à la base du recours des juges au contrôle de proportionnalité, il est utile de considérer le contexte dans lequel ils sont normalement appelés à œuvrer.³⁴ En premier lieu, la cour constitutionnelle est d'habitude un organe qui n'est pas élu démocratiquement et qui a la charge d'examiner la compatibilité de la législation avec la

²⁹ Arrêt *Liga Portuguesa*, cité, points 69-70 ; Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 3 juin 2010. *Ladbrokes Betting & Gaming Ltd et Ladbrokes International Ltd contre Stichting de Nationale Sporttotalisator*. Affaire C-258/08, I-04757, points 54-55.

³⁰ Arrêt *Josemans*, cité, point 82.

³¹ Bergé. J-S. « le droit communautaire dévoyé - Le cas Blood Note ». *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 7, 16 Février 2000, I 206. Cas d'un juge britannique écartant le droit national relatif à la procréation médicalement assistée au nom du respect de la libre prestation de service dans un cas où il aurait été possible selon l'auteur de justifier la restriction.

³² Et des cours suprêmes ayant un rôle fonctionnellement équivalant à celui des cours suprêmes, comme celles américaine et anglaise.

³³ Weinrib, Lorraine. "The Postwar Paradigm and American Exceptionalism", in Choudhry, Sujit (ed.). *The Migration of Constitutional Ideals*. Cambridge University Press, 2006, pp. 84-111.

³⁴ Law, David. "Generic Constitutional Law". *Minnesota Law Review* n° 89 (2005), pp. 669 ss.

charte fondamentale. La question qui émerge est par conséquent celle du « countermajoritarian dilemma » : « the central function ... is at the same time the central problem, of judicial review: a body that is not elected or otherwise politically responsible in any significant way is telling the people's elected representatives that they cannot govern as they'd like »³⁵. La possibilité d'une opposition populaire aussi bien que d'une critique théorique de l'action de la cour conduit cette dernière à une quête de légitimité et à prêter une attention spéciale à la motivation de ses décisions.

En deuxième lieu, une potentielle réponse à ce dilemme pourrait *a priori* être donnée par la hiérarchie des normes : les normes constitutionnelles priment sur celles législatives qui à leur tour prévalent sur celles posées par la jurisprudence. Une fois l'origine de la norme déterminée, la marge de manœuvre laissée à la cour serait assez limitée. Toutefois, une telle distinction s'avère souvent dans la pratique beaucoup moins nette de ce que l'on pourrait s'attendre. Par exemple, la distinction entre droit constitutionnel et droit jurisprudentiel peut être mise facilement en question, vu que ce sont les juges mêmes qui l'établissent. Par conséquent, la prétendue hiérarchie des normes ne constitue guère une limite du pouvoir judiciaire.

Vu l'impraticabilité d'une approche formelle concentrée sur l'origine des normes, les cours se sont donc tournées vers une pratique qui se focalise sur leur contenu. Les juges examinent les dispositions en cause et garantissent la sauvegarde des intérêts qu'ils estiment intrinsèquement dignes de l'obtenir. De cette façon, les principales cours dans le monde ont recours à un critère de contrôle judiciaire qui est celui de la proportionnalité, décrit comme « the ultimate rule of law » sur lequel se produira la convergence de l'interprétation constitutionnelle au niveau global³⁶.

Le principe de proportionnalité a par conséquent un lien direct avec la légitimité comme « acceptation unanime », c'est-à-dire « la justification de l'exercice du pouvoir public et la coercition en termes de raisons que peuvent accepter tous ceux qui y sont soumis »³⁷, parce qu'une décision « qui ne satisfait pas au critère de proportionnalité ne peut résulter d'une délibération impartiale »³⁸. Une telle considération du contrôle de proportionnalité peut être interprétée comme l'un des facteurs qui a poussé la Cour de justice à l'adopter, afin d'éviter dans la mesure du possible tout contraste avec les autres institutions communautaires et surtout avec les Etats membres.

Le principe est ainsi appliqué en Europe, au Canada, en Nouvelle Zélande, en Australie, en Afrique du Sud, en Israël, en Amérique centrale et méridionale, jusqu'au point que l'on a pu affirmer que « virtually every effective system of constitutional justice in the world » s'y engage et qu'il constitue désormais « one of the defining features of global constitutionalism »³⁹.

³⁵ Hart Ely, John. *Democracy and Distrust*. Harvard University Press, 1980, pp. 4-5.

³⁶ Beatty, David. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford University Press, 2004.

³⁷ Tremblay, Luc B. *Normative Foundation of the Proportionality Principle in Constitutional Theory*. 1^{er} avril 2009. EUI Working Papers LAW 2009/04, p. 13.

³⁸ Tremblay, Luc B. *Normative Foundation of the Proportionality Principle in Constitutional Theory*. 1^{er} avril 2009. EUI Working Papers LAW 2009/04, p. 17.

³⁹ Stone Sweet, Alec ; Mathews, Jud. "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism". *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008 n° 47, p. 75.

Nous pouvons alors nous poser la question de savoir quelles sont pour la Cour de justice les conséquences d'avoir recours à ce principe typique des cours constitutionnelles. Même si la Cour de justice « from a formal standpoint, [...] appears to have no legitimate constitutional review function and does not engage in constitutional interpretation »⁴⁰, en effet elle applique en ce qui concerne les entraves à la liberté de prestation de services un contrôle de proportionnalité qui est étroitement lié au constitutionnalisme global.

Dans la jurisprudence de la Cour concernant le principe de proportionnalité, il est extrêmement difficile d'identifier une approche cohérente, comme la doctrine l'a souligné⁴¹. On a affirmé que « *the ECJ appears to be rather ambiguous as regards [its] application. In fact there is no single formula the Court systematically and consistently uses in its proportionality review* »⁴². L'usage *ad hoc* que le juge communautaire opère du principe de proportionnalité a conduit des observateurs à conclure pour une forte connotation politique de ce principe dans le contexte européen⁴³.

Un exemple particulièrement probant de la manière « flexible » dont la Cour applique le contrôle de proportionnalité est fourni par sa jurisprudence concernant des droits fondamentaux. Vu l'objectif de notre analyse, nous allons examiner les cas où ils ont été invoqués en opposition à la liberté fondamentale de circulation des services énoncée par le Traité. Dans ces situations, la Cour a appliqué le contrôle de proportionnalité pour mettre en balance ces principes en conflit, en assumant ainsi une position traditionnellement propre aux cours constitutionnelles.

En ce qui concerne les droits fondamentaux, le contrôle de proportionnalité peut s'appliquer exclusivement à une certaine catégorie d'entre eux. Cette distinction a été reprise par la Cour de justice de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. D'un côté il y a des droits tels que « le droit de toute personne à la vie ou l'interdiction de la torture ainsi que des peines ou traitements inhumains ou dégradants, qui ne tolèrent aucune restriction », de l'autre des droits comme ceux à la liberté d'expression et à la liberté de réunion pacifique, qui peuvent être assujettis à des limitations dans la mesure où leur substance même n'est pas atteinte, comme l'a affirmé l'arrêt *Schmidberger*⁴⁴. Cette affaire a été « la première fois que la Cour [ait reconnu] avec autant de vigueur et de clarté que les exigences du Marché intérieur peuvent être pondérées» avec un droit fondamental⁴⁵. Avec cette distinction, un conflit entre un droit fondamental absolu et une liberté fondamentale (telle que celle à la libre prestation des services) serait résolu en faveur de la primauté du premier. En revanche, quand le droit fondamental en cause admet une restriction, il faut appliquer le contrôle de proportionnalité pour déterminer quel principe doit être préféré.

⁴⁰ Rosenfeld, Michel. *Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court*. Cardozo Legal Studies Research Paper No. 157, mai 2006, p. 5.

⁴¹ Harbo, T. I. "The Function of the Proportionality Principle in EU Law". *European Law Journal*, 2010, p. 180.

⁴² Gerards, J. H. "Proportionality Review in EU Law". *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, 2009.

⁴³ Fontanelli, Filippo; Martinico, Giuseppe. "Browsing the XX Files. Necessity in the GATT, and why is it not like proportionality in the EU?". *International Law Review at Xiamen Univ. Press*, 2012 (à paraître), p. 17.

⁴⁴ Arrêt de la Cour du 12 juin 2003. *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contre Republik Österreich*. Affaire C-112/00, I-05659, point 80.

⁴⁵ Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes – 2003. *Revue trimestrielle des droits de l'homme* n° 59, 2004, p. 722.

Deux exemples de cette dernière démarche sont les affaires *Viking Line*⁴⁶ et *Laval*⁴⁷. Dans la première affaire, la Cour a reconnu que « le droit de mener une action collective qui a pour but la protection des travailleurs constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction à l'une des libertés fondamentales garanties par le traité »⁴⁸. Comme dans l'arrêt *Omega* mentionné *supra*, ici aussi le juge communautaire a su lier l'intérêt antagoniste à l'ordre juridique de l'Union. Comme dans le cas de 2004 la dignité humaine a été classée parmi les principes généraux du droit dont la Cour assure le respect, ici la Cour a classifié de la même manière les droits invoqués, et a également rappelé les dispositions du Traité visant une politique dans le domaine social ainsi que les finalités de promotion d'un développement harmonieux et équilibré. Par conséquent, le juge du Luxembourg a reconstruit les termes du débat pour le rendre entièrement interne au système communautaire.

Si d'un côté la Cour de justice montre son ouverture vis-à-vis le droit fondamental et délègue l'opération de mise en balance au juge du renvoi, elle donne néanmoins à ce dernier un certain nombre des « indications » aux points 85 et suivants susceptibles de conduire à une réponse en faveur de la liberté de prestation des services. En effet, les conditions du contrôle de proportionnalité sont expliquées dans le détail et de manière assez restrictive. Par conséquent, alors que la Cour semble adopter une attitude de conciliation entre la liberté économique et le droit fondamental en cause, elle recommande au juge national une démarche qui en toute probabilité ne laissera pas d'espace au second.

Dans l'affaire *Laval*, la Cour a adopté un raisonnement superposable, mais a appliqué elle-même le contrôle de proportionnalité. Elle a partant estimé que dans ce cas les restrictions à la liberté de commerce des services et d'établissement ne pouvaient être justifiées (voir points 108 et 110). Les juges n'ont cependant pas donné de précision à cet égard : il n'est pas clair quelle étape du test n'était pas remplie en l'espèce.

Ces affaires montrent toute « la difficulté de concilier la protection des droits des travailleurs et les exigences de la libre circulation »⁴⁹. La délicatesse de ces conflits est particulièrement aigüe dans le domaine des services, puisqu'ils sont étroitement liés à la personne qui les fournit et ont partant de fortes implications sociales.

En outre, les intérêts avec lesquels il faut mettre en balance les libertés économiques du Traité sont susceptibles dans le futur d'inclure plus souvent des droits fondamentaux, puisqu'avec le Traité de Lisbonne la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a acquis une valeur juridiquement contraignante. On prévoit que « [t]he ECJ's use of proportionality review in human rights cases is likely to be reinforced by article 52 of the new Charter of Fundamental Rights of the European Union, which expressly ties the meaning and

⁴⁶ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 11 décembre 2007. *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*. Affaire C-438/05, I-10779.

⁴⁷ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 18 décembre 2007. *Laval un Partneri Ltd contre Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet*. Affaire C-341/05, I-11767.

⁴⁸ Point 77.

⁴⁹ Simon, Denys. Libre circulation des entreprises, conventions collectives et actions syndicales. en *Europe* n° 2, février 2008, comm. 40.

scope of rights in the Charter to that of corresponding rights in the European Convention on Human Rights »⁵⁰. Vu que la Cour de Strasbourg emploie un contrôle de proportionnalité de façon beaucoup plus régulière et standardisée dans sa jurisprudence, il est probable que cela aura une influence sur la pratique de la Cour du Luxembourg.

Cette dernière pourrait même être conduite à réviser sa démarche d'analyse dans les cas de conflits entre droits fondamentaux et libertés fondamentales de type économique (qui semblent sortir gagnantes à l'heure actuelle). Les premiers jouissent d'un rôle tout à fait central dans la « constitution » de l'Union européenne, comme le témoigne l'art. 2 du Traité sur l'Union européenne en vigueur : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme ». Il s'agit donc de valeurs fondamentales pour l'Union. Par contre, à la libre circulation est conférée une fonction plutôt instrumentale, comme le soulignait l'ancien art. 2 TCE : « La Communauté a pour mission, *par l'établissement d'un marché commun*, [...] de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté... ».

Par conséquent, il serait loisible à la Cour de justice de fournir aux restrictions nationales ayant leur base dans un droit fondamental une place plus sûre et stable. Une alternative à la démarche jusqu'ici suivie serait d'affirmer une présomption en faveur de telles mesures, en assignant à ceux qui invoquent une violation des libertés économiques la charge de prouver que les droits fondamentaux peuvent tolérer une limitation justifiée par le principe de libre circulation⁵¹. Par la suite, l'application du test de proportionnalité devrait emmener à condamner exclusivement une mesure qui « impose des conditions ou des modalités restreignant les échanges disproportionnées par rapport aux objectifs légitimes recherchés [les droits fondamentaux] »⁵².

L'adoption d'une telle approche par la Cour de justice traduirait dans la pratique jurisprudentielle la place capitale qu'ont les droits fondamentaux pour l'Union européenne et renforcerait dans le même temps le rôle de cour constitutionnelle que les juges du Luxembourg ont progressivement acquis. Les relations de l'Union avec la Cour européenne des droits de l'homme ne pourraient que bénéficier d'une attitude plus déférente vis-à-vis des droits fondamentaux et bien qu'à court terme un tel changement ne soit pas facile à envisager, ses avantages ainsi que sa cohérence avec la mission que l'Union s'est donnée pourraient laisser espérer une future évolution de la jurisprudence de la Cour en ce sens.

⁵⁰ Law, David. "Generic Constitutional Law". *Minnesota Law Review* n° 89 (2005), Note n° 138.

⁵¹ Alemanno, A. "À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts 'Schmidberger' et 'Omega'". *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2004, n° 4, p. 35.

⁵² *Ibidem*, p. 42.

V. Jurisprudence citée.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, Arrêt du 29 mai 1974, *Internationale Handelsgesellschaft/ EVGF*, Solange I, BverfGE, 37, p. 271.

Arrêt de la Cour du 4 décembre 1986. *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*. Affaire 205/84, 03755.

Arrêt de la Cour du 4 décembre 1986. *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Danemark*. Affaire 252/83, 03713.

Arrêt de la Cour (cinquième chambre) du 11 juillet 1989. *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG contre Hauptzollamt Gronau*. Affaire 265/87, 02237.

Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 25 juillet 1991. *Manfred Säger contre Dennemeyer & Co. Ltd*. Affaire C-76/90, I-04221.

Arrêt de la Cour du 25 juillet 1991. *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et autres contre Commissariaat voor de Media*. Affaire C-288/89, I-04007 (*Mediawet I*).

Arrêt de la Cour du 27 octobre 1993. *Dr. Pamela Mary Enderby contre Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health*. Affaire C-127/92, I-05535.

Arrêt de la Cour (cinquième chambre) du 15 janvier 2002. *Commission des Communautés européennes contre République italienne*. Affaire C-439/99, I-00305.

Arrêt de la Cour du 12 juin 2003. *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contre Republik Österreich*. Affaire C-112/00, I-05659.

Arrêt de la Cour du 6 novembre 2003. *Procédure pénale contre Piergiorgio Gambelli et autres*. Affaire C-243/01, I-13031.

Arrêt de la Cour (première chambre) du 14 octobre 2004. *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*. Affaire C-36/02, I-09609.

Arrêt de la Cour (première chambre) du 15 juin 2006. *Commission des Communautés européennes contre République française*. Affaire C-255/04, I-05251.

Arrêt de la Cour (grande chambre) du 11 décembre 2007. *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*. Affaire C-438/05, I-10779.

Arrêt de la Cour (grande chambre) du 18 décembre 2007. *Laval un Partneri Ltd contre Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet*. Affaire C-341/05, I-11767.

Arrêt de la Cour (troisième chambre) du 14 février 2008. *Dynamic Medien Vertriebs GmbH contre Avides Media AG*. Affaire C-244/06, I-00505.

Arrêt de la Cour (Grande chambre) du 8 septembre 2009. *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd contre Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*. Affaire C-42/07, I-07633.

Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 3 juin 2010. *Ladbrokes Betting & Gaming Ltd et Ladbrokes International Ltd contre Stichting de Nationale Sporttotalisator*. Affaire C-258/08, I-04757.

Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 16 décembre 2010. *Marc Michel Josemans contre Burgemeester van Maastricht*. Affaire C-137/09, non encore publié.

Arrêt de la Cour (grande chambre) du 29 mars 2011. *Commission européenne contre République italienne*. Affaire C-565/08, non encore publié.

VI. Bibliographie.

- Alemanno, A. “À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts 'Schmidberger' et 'Omega'”. *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2004, n° 4.
- Beatty, D. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford University Press, 2004.
- Bergé, J-S. « le droit communautaire dévoyé. - le cas blood note », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 7, 2000.
- Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes – 2003. *Revue trimestrielle des droits de l'homme* n° 59, 2004.
- Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes –2011. *Journal du droit international*, Chron°4, pp. 548-553, avril 2011.
- Commission Européenne, Guide la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE relative à l'article 56 TFUE, 08 mars 2011.
- Fontanelli, F. ; Martinico, G. “Browsing the XX Files. Necessity in the GATT, and why is it not like proportionality in the EU?”. *International Law Review at Xiamen Univ. Press*, 2012 (à paraître).
- Gerards, J. H. “Proportionality Review in EU Law”. *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, 2009.
- Harbo, T. I. “The Function of the Proportionality Principle in EU Law”. *European Law Journal*, 2010, pp. 158–185.
- Hart Ely, John. *Democracy and Distrust*. Harvard University Press, 1980.
- Huglo, J.-G. « Droit d'établissement et libre prestation de services », *J.-Cl. Europe Traité*, Fasc. 710, spéc. n° 6.
- Law, D. “Generic Constitutional Law”. *Minnesota Law Review* n° 89 (2005).
- Lemaire, C. « La directive, la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Confirmations, innovations ? » *Europe* n° 6, Juin 2007.
- Marguenaud, J-P. «Conclusions générales du colloque sur le principe de proportionnalité », *Les Petites affiches*, 5 mars 2009 n° 46, p. 119
- Regan, D.H. “An Outsider’s View of Dassonville and Cassis de Dijon”, en Poiars Maduro, M.; Azoulai, L. (eds). *The Past and Future of EU Law*. Hart, 2009.
- Rosenfeld, M. *Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court*. Cardozo Legal Studies Research Paper No. 157, mai 2006.
- Simon, D. “Libre circulation des entreprises, conventions collectives et actions syndicales”. *Europe* n° 2, Février 2008, comm. 40.
- Simon, D. “Ordre public et « jouer à tuer »”. *Europe* n° 12, Décembre 2004, comm. 407.
- Simon, D. « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Justice des Communautés Européennes », *Les Petites Affiches* n° 46, 2009 pp. 17-25.
- Sindbjerg Martinsen, Dorte. « Judicial policy-making and Europeanization: the proportionality of national control and administrative discretion ». *Journal of European Public Policy*, 2011, n° 18:7, pp. 944-961.
- Stone Sweet, Alec ; Mathews, Jud. « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism ». *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008 n° 47, pp. 73-165.

Tremblay, Luc B. *Normative Foundation of the Proportionality Principle in Constitutional Theory*. 1^{er} avril 2009. EUI Working Papers LAW 2009/04.

Weinrib, Lorraine. « The Postwar Paradigm and American Exceptionalism », en Choudhry, Sujit (ed.). *The Migration of Constitutional Ideals*. Cambridge University Press, 2006, pp. 84–111.