Mais c'est seulement après la seconde guerre mondiale que vont ressurgir des projets pour rapprocher les pays européens dont les économies sont disloquées. Après la seconde guerre mondiale on a une série de proposition en faveur de l'union européenne.
Celle de **CHURCHILL** est restée très fameuse, c'est son plaidoyer fait dans une université. Il mentionne l'idée d'une union politique entres les pays européens, et la création de ce qu'il appelle une sorte d'États-Unis d'Europe.
Cette unité politique serait fondée sur un partenariat entre la France et l'Allemagne.
-Cela laisse de coté le Royaume-Unis
-Ne porte pas atteinte à la souveraineté de l'état.

On appelle ces idées **UNIONISTE**, qui se différencie du courant des **FEDERALISTES**, qui eux sont au contraire en faveur d'un véritable gouvernement européen, qui soit doté de vrais pouvoirs et un gouvernement qui implique des restrictions de souveraineté pour chacun des ressortissants.
Le groupe des fédéralistes est dirigé par un Italien, **SPINELLI**.

Il y a eu un message des fédéralistes aux européens dans un congrès de La Haye, qui précisait la volonté d'inclure l'Allemagne pour développer les économies en commun.

*On veut créer l'Europe pour des raisons économiques, car l'Europe est ruinée après la seconde guerre mondiale, mais elle est aussi dans un état de dislocation économique. (**MARSHALL** discours à Harvard le 5 juin 1947).
Termes très fort pour décrire une situation catastrophique, il parle d'effondrement total. Il plaide pour une aide américaine à l'Europe qui permettrait de reconstruire les structures de base de l'économie.
Ce plan **MARSHALL** va se mettre en place dès **1947,** ce plan comporte une importante aide financière mais elle est offerte sous condition.
L'aide doit être gérée par l'organisation au sein de laquelle les bénéficiaires devront coopérer.
Ils devront s'unir pour distribuer l'aide, ils vont s'unir dans le sens d'assurer le libre échange, reconstruire une économie de marché.
Elles vont aboutir en **1948, le 16 avril.** On a une entité intergouvernementale qui est **l'OECE** (organisation économique de la communauté européenne), qui s'est transformé en **OCDE** avec des pays industrialisés qui ne ressortent pas forcément de l'Europe (ex : Etats unis, Canada). L'organe central de cette entité est le conseil des ministres, réuni plusieurs fois par an au niveau des ministres des affaires étrangères et de l'économie, et plus fréquemment au niveau des ambassadeurs, représentants permanents.

Problème 1 : Il y a une idée de remilitarisation de l'Allemagne pour retenir le front de l'est. La France est très opposée à ce qu'on reconstruise l'armée en Allemagne, les choses sont donc tendues.

Problème 2 : Il s'ajoute une question des droits fondamentaux, comment les pays d'Europe peuvent garantir que seront à l'avenir protégées certaines valeurs, qui auraient été bafouées pendant la guerre.

En réponse, il se crée une des deux Europe, une organisation intergouvernementale, qui est **le conseil de l'Europe crée en 1949, le 5 mai** par le **Traité de LONDRE**, qui réuni au départ 10 pays européens, dont le royaume unis, la France, l'Italie, la Belgique, le Luxembourg, le Danemark, l'Irlande, la Norvège, la Suède, les Pays-Bas.

Le conseil de l'Europe est une réponse à ces questions de la protection des valeurs essentielles qui ont été gravement atteintes pendant la guerre. C'est une organisation classique intergouvernementale, chaque état a une voix et peut participer à des décisions, bloquer certaines décisions.

Le conseil a des objectifs très larges, il agit dans des domaines très vastes comme le montre **l'article premier du statut du conseil de l'Europe**, (*le conseil ne propose d'établir une union sans cesse plus étroite entres ses membres, afin de sauvegarder et promouvoir les idées et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser les progrès économiques et sociaux.)*

La seule limite c'est une incompétence dans le domaine de la défense nationale, mais les questions sont discutées tout de même, (cf Guerre de Corée 1950-1953).

Le conseil de l'Europe a eu une activité très importante, en matière sociale, en matière scientifique, son mode d'action c'est l'adoption de conventions internationales, dans des domaines très variés, elles sont ratifiées par les états, elles ont donc une efficacité juridique.

RQ : Aujourd'hui le conseil de l'Europe comporte 47 membres.

La plus grande réalisation est celle en matière des droits de l'homme.

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme, crée en 1950, est le premier dispositif européen de protection des droits de l'homme. Ce qui a produit ce rayonnement c'est que ce texte est associé à une juridiction qui a été crée pour faire respecter cette convention de protection des droits de l'homme, c'est la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Si on regarde les résultats de l'application, on peut constater qu'elle a produit des transformations très fortes des systèmes juridiques.

*La deuxième forme est une unité économique, crée en **1950**, idée qui touche aux problèmes économiques et politiques de l'Europe. **Mise en commun de l'industrie du charbon et de l'acier la CECA.**

Proposition que fait **Robert Schuman en 1950 le 9 mai**. *Discours de l'horloge.* Mettre en commun les ressources allemandes et françaises du charbon et de l'acier, sous l'égide d'une autorité supra nationale, au dessus de l'état.

Un plan et un programme élaboré par **Jean Monnet.**

Le traité CECA est signé en 1952 pour 50 ans, cette organisation économique va mettre en place un premier marché sectoriel sous l'autorité d'une instance supranationale, on voit se mettre en place un système fédéral.

Cette idée a déjà une histoire derrière elle, car dans les années 1920 des initiatives s'étaient déjà développées.

Ce qui est nouveau c'est que la CECA n'est pas le seul secteur dans lequel l'intégration va se faire. Il n'y a pas de limite, la CECA est vue comme une première réalisation.

Rapidement, c'est la question de la défense qui se pose, une proposition française en 1950, **un plan PLEVEN** pour mettre en place une communauté européenne de défense, dotée d'une armée et d'une institution commune.

Ce traité CED est signé par les 6 états membres en 1952, et en même temps se développe un projet qui va plus loin car il faut un contrôle politique démocratique pour la défense et du coup se dessine cette idée d'une communauté politique. **P. Henry SPAAK** va faire ce projet (ministre Belge.)
En 1954 par la responsabilité de la France qui ne s'entend pas. Le projet échoue.
On a ce sentiment que les projets en matière de défense sont voués à l'échec.
C'est une forme de traumatisme et il devient difficile de faire un nouveau chantier politique pour créer un traité pour la défense en Europe.

L'intégration européenne n'a pas été remise en cause pour autant, les Etats-Unis dans la CECA ont mis en place d'autres propositions, ils l'ont fait lors de la conférence de Messine qui propose en **1956 un projet de communauté économique européenne et l'EURATOM.**

Lorsque l'on regarde le traité CEE, les objectifs ne sont pas seulement économique mais aussi de créer un marché commun qui permet de rapprocher les états.
Les objectifs seconds sont le rapprochement des législations des états membres, amélioration du niveau de vie, le souci de promouvoir une relation plus étroite entres les états membres, renforcer les liens entres les états.

06.10.09

Lewebpedagogique.com/robinolivier.

Section 2 : Les évolutions, les liens.

1) Les forces de l'union européenne.

La **Théorie de l'intégration**, il s'agit de la théorie néo fonctionnaliste, dans la présentation des forces de l'évolution, de la communauté européenne.
C'est une théorie qui relève des relations internationales, mais qui n'est pas forcément juridique, elle est tirée d'observations.
Développée par **E.HAAS dans un livre publié en 1958** sur l'unité européenne (the Uniting of Europe).
Cette théorie dit que ces forces qui produisent une intégration entres états ne sont pas gouvernées par les états eux-mêmes, ils ne sont pas les principaux acteurs de l'Europe, ils partagent cependant leur rôle avec d'autres entités qui se situent au niveau sub national ou supra national, soit en dessous ou au dessus.

-Les autres entités, peuvent être des individus, des entreprises, des groupes, des associations, des groupes de pression *(niveau inférieur)*

-*(Au niveau supérieur)* des institutions qui vont jouer un rôle propre à l'intégration. Il est question ici aussi des institutions crées par les états et qui vont prendre leur autonomie ensuite, comme **la commission européenne, et la cour de justice des communautés européennes.**
Le deuxième, c'est une évolution pour la communauté, à partir d'un stade qui est technique, économique pour aller progressivement vers une intégration plus large.
Dans cette théorie, si on crée un marché, on devra nécessairement passer à autre chose, créer d'autre chose par la suite. Le marché va avoir des conséquences, et par la force de l'entrainement, on passe d'une question à l'autre. ***(spill over ➔ Déborder).***
(On passe d'une chose à une autre, d'un domaine à un autre.)

Ex : protection des consommateurs, on met en place une protection non prévu, mais on l'a mets en place à la suite du marché. C'est un objectif supplémentaire.

Question : l'élargissement peut-il passer d'une union économique à une union politique ?

Si on prend l'exemple du Traité de Maastricht qui crée l'union européenne, qui introduit un traité sur l'union européenne.

Cette théorie est insuffisante, elle est beaucoup contestée car au fond, il y a aussi des fonctionnements très classiques d'intégration, les relations intergouvernementales qui souvent s'opposent aux théories néo fonctionnalistes.
Cela suppose des décisions de l'état et donc rejette l'idée d'intervention des autres institutions communautaires. Il faut des actes, des décisions ou les états décident ensemble de développer l'intégration.

Le point de départ c'est une intégration dans un domaine assez technique, en l'occurrence, on commence par le marché, l'économie et du coup l'intégration est portée par un discours qui n'est pas idéologique, il reste assez neutre, il n'est pas non plus politique. Dans les forces de l'intégration il y a l'idée que cette intégration est portée par des technocrates plutôt que des politiques car il s'agit de questions techniques.

On comprend donc l'intégration comme un processus mené par des spécialistes experts éclairés, qui connaissent la matière et non pas par un discours politiques.

Questions : comment est-on passé à d'autre domaine ?

2) Les liens.

Cette évolution est-elle due au ***spillover*** ou est-ce autre chose, comme les gouvernements, qui expliquent qu'on soit passé du marché aux droits fondamentaux ?

Dans le développement du droit de la communauté économique européenne, un grand principe prévaut c'est celui **de la primauté.**
➔Ce principe impose l'implication du droit communautaire dans le droit national.

Question : Le droit communautaire peut-il s'imposer, quitte à entrainer la mise à l'écart des droits fondamentaux ?

La cour de justice de la communauté Européenne dit que la primauté s'impose quelque soit le statut du droit national, y compris lorsqu'il s'agit du droit constitutionnel.
La loi nationale doit se plier au droit communautaire.

Certaines d'entres elles *(cours de justice des différents pays)* n'étaient pas d'accord, et il y a eut une rébellion contre cette solution, il s'agit des cours Allemandes et Italiennes, elles considéraient qu'elles devaient conserver leur compétence pour la protection des droits fondamentaux, pour protéger leurs citoyens des violations des droits fondamentaux.

En réalité, ce qui se passe est au delà de çà.
La cours constitutionnelle allemande, ne privilégiera pas forcément le droit national, mais elle dit qu'elle le fera tant qu'il n'y aura pas une protection communautaire équivalente à celle du droit national.
« so lange wie » arrêt *Solange*.

La cour de justice dit qu'il faut traiter les droits fondamentaux, il ne faut pas s'en désintéresser, car si on le fait on se heurte à des résistances.
La Cour de Justice va le faire en considérant que les institutions communautaires ne peuvent pas mettre en œuvre les constitutions nationales, mais les institutions communautaires doivent protéger les droits fondamentaux en tant que principes fondamentaux du droit communautaire.

-**La cour le fait en 1969** dans une décision, elle mentionne les droits fondamentaux inscrits dans les principes généraux du droit communautaire.

-Suite au contentieux allemand en **1970 « arrêt international Handelsgesellschaft** »
La cour identifie dans cet arrêt, un des principes celui **de proportionnalité**.

Elle précise : « *qu'en effet, le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect, que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté »*

La cour mentionne que la protection doit se faire dans le cadre des structures et des objectifs de la communauté.

La cour puise dans les traditions constitutionnelles communes. Elle va faire apparaître des principes protégés.

Le deuxième fond, ce sont les conventions internationales qui sont ratifiées, la cour les appelle instruments de Droit international auxquels les états membres ont coopéré et adhéré.

Mais la Cour va puiser principalement dans la convention européenne des droits de l'homme.

Elle le fait dans **une décision de 1974 arrêt « Nold », elle indique que les traités internationaux protégeant les droits de l'homme peuvent fournir des directives à suivre dans le droit communautaire** et en particulier la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et progressivement la cour dit que cette Convention est la source principale et la communauté ne peut pas tolérer des mesures qui seraient contraires à cette convention.

En 1986 on trouve une inscription dans l'acte unique dans son préambule une référence à la CEDH.
Ensuite c'est le traité sur l'union européenne qui permet l'évolution la plus significative, dans son article 6 qui prévoit que **l'union respecte les droits fondamentaux, garantis par la convention Européenne des Droits de l'Homme et qui résulte des traditions communes des états membres, et ce respect se fait en tant que principes généraux du droit communautaire**.

Renforcement avec le traité d'Amsterdam en 1997, le respect des Droits de l'Homme devient une exigence essentielle pour l'union européenne, et c'est quelque chose de structurant, et le traité ajoute des mécanismes de contrôle de ces droits par les états.

ex : article 7 : le conseil peut reconnaître **l'existence d'une violation sérieuse et persistante des droits fondamentaux** par un des états membres, et s'il observe une telle violation, il peut décider de suspendre certain droit du pays concerné.
Au début des années 90 lorsque les questions de nouveaux états membres se posent, dans les critères pour l'adhésion, le respect des droits fondamentaux est exigé.
Dans ces critères il y a l'obligation de respecter ces droits fondamentaux par les nouveaux entrants.
Le mouvement s'est prolongé au moment du **traité de Nice 2000**, ce traité introduit une disposition destinée à permettre aux institutions Européennes de réagir lorsqu'un état viole un droit fondamental.

Au moment de la conférence qui va aboutir au traité de Nice est adoptée **une Charte des droits fondamentaux de l'union Européenne** qui va être proclamée solennellement par le conseil, la commission et le parlement européen.
C'est une liste des droits fondamentaux que l'union s'engage à respecter.

Cette charte arrive à un moment important parce qu'elle est le résultat d'un grand travail de réflexion, qui doit s'opérer en Europe en l'an 2000 et les travaux qui ont débouché sur la Charte ont été des travaux de réflexions, d'échanges, de débats avant cette proclamation en décembre 2000.
On arrive à un texte qui vise à rendre plus visible les droits fondamentaux. La Charte ne produit pas de changement radicaux, mais du point de vu symbolique, elle produit des effets.
Ce que fait la Charte c'est une clarification de ce que sont les valeurs communes de l'union Européenne, qui mérite d'être repérées dans un instrument, et on sent que la Charte préfigure un énoncé constitutionnel. Elle met en ordre les droits fondamentaux, elle les classe.

Au moment ou cette opération se fait, les temps ont changé, et donc on ne peut pas faire la même chose, on les fait différemment, elle essaie de retravailler, reprendre les droits, dans le nouveau contexte de l'Europe du 21eme siècle.

Elle procède en classifiant les droits dans des chapitres, il y en a 6.
Ils sont consacré, à la dignité, liberté, l'égalité, la solidarité la citoyenneté et enfin la justice.

La valeur juridique de la charte : Un des grands objectifs du traité est de rendre la Charte applicable. Celle ci a été proclamée par les institutions et cette proclamation constitue une forme d'engagement à respecter la Charte.
Quand on regarde la jurisprudence, on observe que ces juridictions ont eu tendance à se référer à cette **charte des droits fondamentaux** lorsque la question des droits fondamentaux était en cause.
Les juridictions européennes l'ont utilisée comme référence.

Ex : Décision rendue en juin 2006, le 27 juin.
Affaire « C540 /03 »
Directive adoptée par le conseil dans le cadre d'une procédure ou le Parlement est consulté, sur le regroupement familial.
Le Parlement estime que le droit a été violé, il demande l'annulation de la directive.
La Cour de Justice répond en faisant référence à la Charte, celle-ci proclamée ne constitue pas un instrument juridique contraignant.
D'abord elle remarque que dans le préambule de la directive, le Conseil a fait référence à la Charte.
Puis l'objectif de la charte comme l'indique son préambule consiste à réaffirmer les droits fondamentaux déjà reconnus, soit qu'il résulte des droits fondamentaux déjà reconnu soit des traités internationaux, ou d'autres textes ou de la jurisprudence de la CEDH.
La charte ne fait que réaffirmer les droits qui existent, même si elle n'a pas de valeur les droits inscrits ont une force, ce sont des droits préexistants.
La manière de procéder de la Cour consiste à se servir du fait que la Charte ne crée pas de droits nouveaux, mais reprend des droits existants et donc, on peut se référer à la charte.

12.10.09

3) Du point de vue du conseil de l'Europe.

Le Conseil de l'Europe n'est pas une organisation étrangère qui ne porte aucun intérêt à l'économie.
Il y a de la place pour **les libertés économiques et pour les libertés de circulation.**

Question : Comment le Conseil de l'Europe se préoccupe t-il des libertés de circulation ?

Ce n'est pas l'une des principales directives du Conseil de l'Europe. Mais il y a cette dimension qui est présente et notamment la libre circulation dans l'Europe.
Parmi ces objectifs, **il doit se préoccuper de la mobilité des personnes**, et du fait de la compétence large, le Conseil de l'Europe a adopté plusieurs conventions qui concernent la circulation des personnes.

On a :
-En 1955 une convention adoptée qui est la **Convention européenne d'établissement**.
-En 1957 **un accord sur le régime de la circulation des personnes entres les états membres** du Conseil de l'Europe.
-En 1977, on a **une convention relative aux statuts juridiques des travailleurs migrants**.
Il y a un ensemble de convention qui essaie de fixer les règles pour tous les états avec cette limite qu'il s'agit de Conventions internationales et que tous les états membres ne les signent pas forcément. Ce n'est pas comparable avec ce qui se passe à l'intérieur de la Communauté Européenne.
Au sein du Conseil de l'Europe, des Conventions sont adoptées.
-On a **l'équivalence des diplômes** pour que la circulation des personnes soit effective.
En effet, au sein du Conseil de l'Europe, la coopération universitaire est discutée.
Il y a donc des actions du Conseil de l'Europe qui favorise la circulation des personnes.

Question : Peut-on trouver quelque chose qui assure la liberté de circulation des personnes ?

Quand on regarde **la Convention des Droits de l'Homme, le protocole n°4 adopté en 1968, consacre un droit à la libre circulation à l'intérieur des états et aussi un droit à quitter le territoire d'un état.**
C'est une dimension de la libre circulation des personnes.

Article 2 – Liberté de circulation

1- *« Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.*
2- *Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.*
3- *L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »*

Le droit de quitter librement un pays doit être interprété comme incluant le droit de se rendre dans le pays de son choix.
Il y a une extension par la Jurisprudence : arrêt **du 22 mai 2001 « BAUMANN contre France »**

Il y a une limite, c'est que le droit de quitter un état et de se rendre dans un autre Etat n'inclus **pas pour l'état d'accueil une obligation de recevoir sans condition** celui qui souhaiterait séjourner sur le territoire.
Il n'y a pas **d'obligation d'ouvrir ces frontières.**
Le droit de l'immigration, n'est pas remis en cause par l'effet du protocole n°4.

C'est un petit aspect de la circulation des personnes.

Il y a d'autres domaines de libertés de circulation pour l'Union Européenne. En effet on peut également penser à la libre circulation de marchandise, de services etc...

Il est indiscutable que le Conseil de l'Europe ne s'intéresse pas beaucoup à ces libertés de circulation là (libre circulation de marchandise ou service) car ce n'est pas une organisation qui vise à libéraliser les échanges commerciaux.
Ce n'est pas l'un de ces objectifs premiers.
Ceci est inscrit au second plan dans les objectifs du Conseil de l'Europe, même si rien n'exclu ces libertés, **ce n'est tout simplement pas l'objectif principal.**

L'organisation n'a cependant jamais été indifférente, car si on regarde dans l'histoire, le Conseil de l'Europe reste très présent dans les discussions à ce sujet. **On parle de la généralisation de l'intégration économique**, de la création de la CEE après que la CECA ait été mise en œuvre. On discute le projet de la généralisation.
On discute aussi régulièrement de l'évolution de la CECA, des bilans qui sont fait des travaux, de l'activité de la CECA.
Le Conseil de l'Europe est concerné et intéressé par les activités de certains membres.
Tous ont intérêts à être au courant et à s'intéresser à cela.

Si on prend une perspective plus large que la libre circulation, pour les libertés économiques, on voit mieux comment les Droits de l'Homme peuvent rejoindre les libertés économiques.
En effet la protection de ces Droits se traduit aussi par des libertés économiques, comme le libre exercice d'une activité économique qui est considéré comme une liberté fondamentale et on en tire des libertés comme la liberté d'entreprendre ou la liberté du travail.
Les libertés économiques peuvent être protégées comme des droits de l'homme et on l'observe quand on regarde la jurisprudence des droits de l'homme.

Ex : La liberté d'expression, inscrit dans la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, permet de protéger des publications qui défendent les intérêts économiques.

En 1990, La Cour dit dans une autre décision que la publicité commerciale est protégée par la convention de sauvegarde.
Arrêt de la Cour de 1988 « arrêt Müller contre Suisse »
➔Protection de la publicité commerciale au nom de la liberté d'expression.

Ex : Le droit aux respects des droits protégé par le protocole n°1, attaché à la Convention de sauvegarde.
Ce protocole précise que toute personne a : « un droit au respect de ces biens. »
A ce titre, et parce que cet article a fait l'objet d'une interprétation très large, **on protège l'autorisation d'exercice d'une activité économique**.
Elle relève des biens au titre desquels on peut bénéficier d'une protection sur le fondement de la Convention de Sauvegarde (obtention d'une licence, autorisation de développer telle activité.) Les Activités sont protégées comme des biens.
On voit une certaine évolution au Conseil de l'Europe qui à partir de droits fondamentaux, passe par une interprétation de la Cour.
Il n'y a pas d'autonomie des sphères des deux Europe.
Même si on est face à deux organisations distinctes, sur les champs de compétences, sur les intérêts, il y a des liens assez intéressants qui se fonts.

4) Liens entre le Conseil de l'Europe et l'Union.

Ces liens sont très multiples.
Question : Qu'en est-il de la Protection des droits de l'Homme ?

Le fait que les deux organisations soient indépendantes a une incidence sur les relations juridiques qui se nouent entres elles, car lorsqu'elles traitent des mêmes questions, le fait qu'il n'y ait pas de lien, d'articulation, a pour conséquence que juridiquement, **il n'y a pas de principe qui garantit que ces articulations ne vont pas se contredire.**
On a parfois des difficultés, car il n'y a pas de principe qui régit l'articulation des solutions.

a) La question des conflits dans la protection des droits de l'homme.

S'il y a des conflits dans ce domaine, c'est parce qu'il y a en matière de protection des droits de l'homme des compétences qui se chevauchent.
L'union européenne s'est aussi dotée d'une compétence en matière des droits de l'homme. Il peut donc y avoir des divergences de but et d'exigence.
Le conflit c'est la situation dans laquelle les deux organisations en particulier à partir des conventions adoptées ou des décisions de leur juridiction, sont interrogées sur une question des droits de l'homme et vont donner des solutions différentes.
Il y a une liberté de l'interprétation, de la création des droits. Chaque organisation peut prendre une direction particulière.
Les Interprétations divergent, il n'y a pas forcément les mêmes directives.

Sur ce point, quand on dit qu'il y a risque de conflit, il faut garder à l'esprit que ce chevauchement reste limité assez étroitement par le fait que l'Union Européenne n'a pas de compétence générale.
Pour ce qui est du droit de l'Union Européenne et de la compétence de la Cour de Justice, le respect des droits fondamentaux est garanti qu'à l'intérieur de son champ de compétence.

Ex : Le port du voile à l'université.

Si quelqu'un veut défendre une interdiction de porter le voile. Si cette décision est adoptée, peut-on la contester ?
D'un coté on a la protection de la liberté religieuse assurée par la convention de sauvegarde.
Si on utilise le droit de l'Union car pour accéder à la protection des droits fondamentaux, il **faut dire que cette question relève du champ de compétence de l'Union Européenne.**
Y a-t-il une compétence inscrite dans le traité ?
Il faut savoir si la question en cause peut être rattachée à une compétence communautaire.

S'il y a des conflits possibles c'est qu'il y a des compétences différentes.
Cela explique qu'il n'y a pas tant que ca de vrais conflits. Il y a beaucoup de faux conflits.

- L'hypothèse para conflictuel

Hypothèse la plus loin du conflit réel. Les deux organisations par le biais de leur Cour vont traiter la même affaire mais **elle ne se prononce pas sur le même fondement**. Elle n'interprète pas les mêmes droits fondamentaux.
Ex : affaire information en faveur de l'avortement en Irlande.
Associations critiquées au motif que l'avortement est interdit donc contraire à la loi Irlandaise.
Ce contentieux est porté devant les deux Cours Européennes.

➔La cour de justice (CJCE) va se saisir de la question sur le point de savoir si cette interdiction est contraire ou pas à la libre prestation de service. La cour dit en **1991 (arrêt Grogan**) qu'il n'y a pas d'atteinte à la libre prestation de service car il faut que la restriction porte sur une activité économique.) Cela n'affecte pas une activité économique.

➔Devant la Cour Européenne des droits de l'homme en **1992 « open door contre Irlande »,** elle condamne au nom de la liberté d'expression.
On peut conclure que la Cour de Justice ne condamne pas mais la CEDH condamne.
Le problème vient simplement du fait qu'elles ne se prononcent pas sur les mêmes fondements.
Elles statuent simplement sur des droits différents.

- Conflit abstrait

Les deux Cours Européennes statuent sur des conflits similaires mais les affaires, les cas sont distincts.
Dans le contentieux de la Cour de Justice, il y a eu une question qui s'est posée sur la procédure devant la Cour de Justice et sur la question de la compatibilité. Le droit au procès équitable est-il respecté ?
Le droit au procès équitable, n'implique pas que l'on reconsidère le rôle joué par ses avocats généraux. **(Arrêt en 2000 C-17/98 Emesa Sugar)**
Il n'y a pas lieu de concilier le rôle de l'avocat avec le procès équitable.
Solution critiquée car elle ne prend pas en compte **l'évolution de la jurisprudence de la CEDH.**
La CEDH a considéré que le rôle de l'avocat général en Belgique (**1996 Verneulen contre Belgique)** n'était pas compatible avec le droit au procès équitable et au regard du principe d'égalité des armes et du droit à une procédure équitable.
Il y a une contradiction apparente.
C'est encore plus net dans d'autres cas, notamment sur la protection du domicile. On a vu des évolutions qui paraissaient aller en sens contraire. *On a l'impression que la CEDH développait une conception très large allant jusqu'à inclure le domicile professionnel, alors que pendant un temps la CJCE maintient une attitude restrictive.*
Elle ne se montre pas décidée à élargir le champ du domicile.

- Vrais conflits.

La même affaire est traitée par les deux Cours et sur le même fondement.

L'ex : Une décision prise par un état membre en application du droit de l'Union Européenne lorsque cette décision vient à être contestée devant la CEDH.
Il y a une tension forte entres les deux juridictions.
Cela peut se produire car selon la CEDH, la responsabilité des états de respecter les Droits de l'Homme n'est pas remise en cause par le fait qu'ils ont transféré une partie de leur compétence à l'Union Européenne (1999)
Ils restent responsables du respect ou non respect des Droits de l'Homme.
La question s'est posée dans une décision rendue en **2005 par la CEDH « bosphorus contre Irlande »**
Dans cette décision, on a une bonne illustration du contexte de tension qui se manifeste entres les deux Europes.
La situation : Il y a un règlement du Conseil de l'Union Européenne qui a été adopté.
Il soumet à la Yougoslavie un embargo et sur le fondement de ce texte, l'avion d'une compagnie aérienne turque est saisi par les autorités irlandaises et immobilisé sur le sol Irlandais.
➔**La CJCE a été saisie, et a jugé que la mesure prise par l'Irlande n'est pas contraire aux droits fondamentaux. (1996)**
➔**La CEDH qui est saisie de la même question, visant à faire reconnaître que l'Irlande est responsable d'une violation du respect des biens**.

13.10.09

§2) Comment ces conflits peuvent être résolus.

IL y a plusieurs modes de règlement des conflits.
S'agissant des conflits survenant dans les deux systèmes européens, il y a :

-**Solution qui consiste pour la communauté ou l'union européenne d'adhérer à la convention de sauvegarde des droits de l'homme**. La communauté sera soumise au contrôle par la Cour Européenne des droits de l'homme. Il y a plus qu'une seule cour qui a la charge du respect de la Convention des Droits de l'Homme. Elle sera chargée de contrôler en dernier lieu.
Aujourd'hui ce n'est pas le cas dans l'arrêt **de 1999 « Matthews » de la CEDH**.
Cet arrêt dit que la Communauté elle-même ne peut pas être tenue de respecter la Convention des droits de l'homme car elle n'est pas partie à cette convention.
La communauté ne peut pas voir sa responsabilité engagée au regard de l'action de certains membres etc…
Si la Communauté adhérait, elle pourrait engagée sa responsabilité si la Convention n'était pas respectée.
Il y a une difficulté. La Cour de Justice se trouverait soumise à la CEDH sur les questions des Droits Fondamentaux. Il y aurait une limitation du pouvoir de la Cour de Justice.
C'est l'une des raisons qui explique que lorsque la Cour de Justice a été interrogée sur le point de savoir si cette Cour pouvait adhérer à la convention européenne en 1994, elle a répondu que ce n'était pas possible pour la cour d'adhérer. **(Avis du 2/94 de 1996).**
La Cour de Justice dit que la Communauté n'est pas compétente pour adhérer car cette question ne relève pas de ses compétences.
Cette solution n'est cependant pas irrémédiable.

Il est inscrit **dans le traité de Lisbonne que l'union va adhérer à la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme.**
On aura un système de solution, une interprétation uniforme de la Convention sous l'autorité de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Pour l'instant du coté de l'Union Européenne, il y a une voix qui a été trouvée. Le traité sur l'Union dans son article 6 prévoit que l'union respecte la Convention Européenne des droits de l'homme.
L'article 6 indique que le droit issu de la convention européenne s'impose.
La Cour de Justice dit qu'il faut respecter la Convention mais également l'interprétation de cette Convention.
L'Union Européenne précise qu'elle respecte cette Convention.

D'un autre coté, si on considère la Charte des droits fondamentaux, on est dans la même ligne car **elle considère que l'acquis de la Convention telle qu'interprété par la CEDH s'impose dans la Convention de la Charte. (Article 52 de la Charte des Droits Fondamentaux.)**
Limite : Sauf quand l'union assure une protection supplémentaire.

Article 52
Portée des droits garantis
1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

2. Les droits reconnus par la présente Charte qui trouvent leur fondement dans les traités communautaires où dans le traité sur l'Union européenne s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci.

3. Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue.

Il y a dans le droit de l'Union des règles qui devraient assurer que jamais la Cour de Justice ne fait une interprétation de la Convention contraire que celle de la CEDH.

Pour ce qui est du Conseil de l'Europe, la Cour Européenne a dans **l'arrêt Bosporus (2005 CEDH)** posé les éléments d'une théorie pour articuler les systèmes de protection.
Dans cet arrêt la Cour prétend qu'elle est compétente pour contrôler la conformité à la Convention d'un acte national pris sur le fondement d'un règlement communautaire.
Comme elle est consciente aussi des risques de tension, elle va présumer conforme à la convention la mesure prise par l'état.
Lorsque cette mesure est prise en exécution d'obligations juridiques, résultant de son appartenance à une organisation internationale à laquelle il a transmis une partie de sa souveraineté dès lors que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux une protection au moins équivalente à celle assuré par la Convention.
L'organisation doit accorder une protection au moins équivalente à celle prévue par la convention européenne des droits de l'homme.

S'agissant du **Droit Communautaire la Cour Européenne a considéré que la protection des droits fondamentaux assurés par le Droit Communautaire est équivalente à celle assurée par le mécanisme de la convention.**
La Cour Européenne a indiquée que ce n'était pas une interprétation définitive, l'équivalence de la protection n'est pas définitive, la présomption peut céder en cas de changement dans la protection des Droits Fondamentaux au sein de l'organisation considérée.
Cette présomption peut également cédée lorsque dans une affaire donnée, **la protection des droits fondamentaux est entachée d'une insuffisance manifeste.**

Illustration des rapports entres les deux Europes.

CHAPITRE 2 : LA CONSTRUCTION JURIDIQUE DE L'UNION : Centralité du droit du marché.

Section 1 : La place du marché et des grandes libertés dans le droit de l'union.

§1) Pourquoi le marché est au cœur du droit communautaire.

Cette idée, cette solution de l'intégration est une voix qui est considérée dans les années 50 comme possible. Elle traite les questions économiques, et aussi les problèmes politiques européens. On évitera la guerre par la création de solidarité économique.
Le marché est au cœur, il a servi de point de départ dans les traités.
A partir du marché il y aurait des développements plus larges (*spillover*).
Jusqu'à aujourd'hui on avait à l'idée que le marché devait être complété par d'autres politiques et qu'il perdrait donc sa place centrale. Il deviendra simplement un élément de l'ensemble.
Si on regarde l'histoire, **on s'aperçoit qu'à chaque grand moment, lorsqu'il s'agit de relancer l'intégration, cela passe par la relance du marché**. Cela se produit à la fin des années 70. La communauté se trouve confrontée à une période de stagnation.
La construction avance doucement, période de crise.
La solution trouvée pour relancer l'intégration, c'est de relancer le marché, **de construire le grand marché intérieur**. Il y a un livre blanc présenté par la commission européenne qui vise à la réalisation du grand marché en 92. Il est désigné comme l'objectif que se donne la communauté européenne.
Cela a assez bien marché car les confrontations idéologiques n'étaient pas fortes, et on a pu dresser une liste objective des obstacles au grand marché et du gain et des progrès réalisés si on arrivait à mettre en place le grand marché. Il y avait un intérêt à travailler fortement pour éliminer les barrières du libre échange.
Cela a été fait à partir de ce livre blanc, de nombreuses propositions pour réaliser ce grand marché. On arrive à l'acte unique européen en 86 qui achève la construction du grand marché.
A cette époque, il n'y a pas de grand objectif constitutionnel.
C'est une évolution d'ordre technique.
Pour réaliser le grand marché il a fallu transformer les modes de décision. Il y a une disposition dans le traité introduite par l'acte unique qui est un article pour le fonctionnement du marché (article 95) prévoit que des mesures ou actes peuvent être adoptés à la majorité qualifiée et non plus à l'unanimité.

- Article 95 TCE : « 1. Par dérogation à l'article 94 et sauf si le présent traité en dispose autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 14. Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 et après consultation du Comité économique et social, arrête les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux dispositions fiscales, aux dispositions relatives à la libre circulation des personnes et à celles relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés.

3. La Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques. Dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil s'efforcent également d'atteindre cet objectif. »

On va avoir une transformation importante car il va y avoir dans cette disposition un grand pouvoir transféré à la communauté européenne.
La critique que l'on peut faire à cette façon d'aborder les questions, on arrive jamais à proposer d'autres ambitions pour la Communauté que le fonctionnement du marché.
Si on regarde dans les années 2000, problème de stagnation, on voit de nouveau apparaître dans un livre blanc en 2007, le marché intérieur et son achèvement.
Un marché intérieur pour l'Europe du 21ème siècle.
S'il y a un domaine dans lequel la légitimité de l'Union Européenne n'est pas contestée ou peu, c'est le développement du marché intérieur. Aucun état ne peut le faire seul.
Cette situation est source de difficulté car au fond le fait d'avoir centré les relances, a pour conséquence qu'il s'est produit un déséquilibre dans l'Union Européenne.
La construction du marché n'est pas sans incidence sur les politiques nationales. Il y a une difficulté au fait que le marché affaibli le pouvoir de l'état dans ces domaines, mais il ne parvient pas à remplacer les politiques nationales déstabilisées ou perturbées.

§2) comment se définit-il ?

Définition du marché :
Ce marché est défini dans le traité sur l'Union Européenne.
Le marché étant le lieu où se rencontre l'offre et la demande et ou se forme les prix des marchandises, des biens.
Le marché commun, intérieur est défini d'une manière assez précise, dans le traité instituant la communauté dans l'article 3, qui énonce les actions.
Le marché intérieur est caractérisé par l'abolition entre les états membres des obstacles à la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux.

C'est une définition importante, elle peut paraître étrange, ce n'est pas une définition économique du marché.
On voit les biens, les personnes, les services et les capitaux ensembles.
On voit comment les biens et les services peuvent faire l'objet d'échanges.
Mais quand on regarde les capitaux et les personnes, on est face aux facteurs de production.
C'est la nature des différents éléments des libertés.
S'agissant des personnes, on peut se demander si les travailleurs peuvent être assimilés aux marchandises s'agissant de créer un marché.
Question : Y a-t-il un marché des travailleurs ?

Cette fiction par laquelle le travail est considéré comme une marchandise est dénoncé par certain auteur. Karl Blany : «*la grande transformation. »*
Il traite de la question de savoir comment les sociétés européennes se sont libéralisées pour devenir des sociétés de marché.
Comment on a pensé le marché du travail. Il souligne les difficultés que cela présente. L'activité de la personne humaine, devenant un élément du marché.
La difficulté qu'il y a à ne traiter de l'individu qu'en tant qu'élément du marché.

Le deuxième aspect sur la définition du marché. La définition vise à l'abolition de quelque chose. **L'abolition des obstacles (article 3 du traité instituant la communauté européenne).**
Il y a un caractère négatif de l'intégration. On doit supprimer des obstacles aux libertés aux échanges.

§3) La distinction entre intégration négative et intégration positive.

L'une des idées, c'est que le marché est capable par lui-même de remplir un certain nombre d'objectif et l'essentiel des objectifs de l'intégration. Le marché est capable de produire les objectifs de prospérité, d'intégration.
On le voit à plusieurs reprises dans le Traité. L'idée poursuivie est réalisée par la simple réalisation du marché intérieur.
L'article 2 du traité CE. C'est cette idée qui est présente. La communauté a pour mission de promouvoir un développement harmonieux, l'égalité entre homme et femme, la croissance etc.…

Article 2 : ***La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques des États membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les États qu'elle réunit.***

La Communauté a pour objectifs beaucoup de chose par l'établissement d'un marché commun.
Il y a cette foi dans le fait qu'avec le marché on va arriver à quelque chose. (C'est l'intégration négative.) **On va remplir les objectifs en éliminant les obstacles.**
D'un autre coté, il y a quand même dans le traité CE, **des actions positives, des interventions pour produire des résultats recherchés, par exemple, il prévoit des fonds structurels pour réduire le clivage entres les régions pauvres et les régions riches.**
Ex : politique sociale, politique agricole, possibilité d'action a l'échelle Européenne, des mesures prises de façon spécifique pour remplir certains objectifs. Pour corriger le marché.
Il y a une série d'action pouvant être prise à l'échelle européenne.
La difficulté, c'est que parfois il s'avère difficile de prendre des mesures à l'échelle Européenne alors qu'il est plus simple d'abolir des échanges.
Il est parfois difficile de prendre des mesures à l'échelle européenne, il faut convaincre les états.
Cette situation là, permet d'aller plus vite dans l'intégration négative et on laisse de coté l'intégration positive.
Ex : pour la libre circulation des travailleurs, on peut arriver à la solution suivante. Les travailleurs peuvent circuler librement d'un état à un autre. Les droits nationaux ne doivent

pas entraver cette liberté. En revanche lorsqu'il s'agit de créer un système harmonisant les solutions, il est très difficile de prendre des mesures.
Certains systèmes de protection vont être mis en difficulté.
Si on met en place un principe de libre circulation, les personnes vont se déplacer pour aller vers les systèmes sociaux les plus favorables.

Question : Ce déséquilibre a-t-il évolué dans l'histoire ?

Il ne semble pas mais on peut considérer qu'à partir du Traité de Maastricht, il y a eu un déploiement des capacités d'action de l'Union Européenne dans des domaines plus larges. **Les institutions communautaires peuvent adopter plus simplement des mesures d'intégrations positives**.
Ex : adoption à la majorité qualifiée. On favorise l'intégration positive.
Ex : création de la monnaie unique. On crée une solution commune pour l'union.

Si on regarde la situation, ce qui s'est produit après, il y a quand même peu d'harmonie.
Depuis le traité d'Amsterdam, il n'y a pas eu de grande évolution.
Le marché reste au centre, l'élément de l'Union Européenne.

Section 2 : Compétence de l'union et fonctionnement du marché.

La compétence communautaire, est une compétence limitée. Si on prend l'article 5 §1 du traité instituant la communauté. Elle agit dans les limites de ses compétences, celles qui lui sont conférées par les états…..

- Article 5 TCE :

« La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité.

Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire.

L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité. »

On se demande si par le biais du fonctionnement du marché, l'union ne gagne pas une compétence générale ?
Si tout contribue au fonctionnement du marché, on se demande cela.
Si on veut faire le marché, il faut que soit assurées des conditions de concurrence justes, loyales.
Il faut rapprocher les conditions dans lesquelles se trouvent les acteurs pour que le marché fonctionne bien. Cela donne une compétence à l'Union pour agir dans des domaines très variés. (Mesures similaires en matière sociale, fiscale, etc...)

de 2004 Arnold André C-434/02 cour de justice.

- ⇨ *L'avocat général indiquait que pour que le marché puisse fonctionner, il faut que la mise sur le marché des produits soient les mêmes dans les différents états membres.*

Pour que les frontières soient supprimées il faut que les conditions soient les mêmes dans les différents états membres.

19.10.09

Sur la limitation de la compétence, il y a un ensemble de règle qui limite la compétence communautaire.
D'abord d'un point de vue <u>formel</u>, tous les actes communautaires sont censés avoir une base légale. Elle se traduit par une base légale pour toute adoption d'un texte.
Il y a aussi une dimension <u>substantielle</u>**, il est exigé que les institutions de l'Union, fasse la démonstration que la mesure prise correspond à la base légale choisie.**
Deux principes importants, <u>celui de subsidiarité et celui de proportionnalité.</u>

<u>-Base légale :</u>
La principale source de difficulté, c'est le fait qu'il existe des textes dans le Traité, (article 94 et 95) qui permettent d'adopter des mesures de rapprochement des législations nationales, des états membres, dès lors que ces mesures ont pour objet **l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.**

LE RAPPROCHEMENT DES LÉGISLATIONS

Article 94

Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun.

Article 95

1. Par dérogation à l'article 94 et sauf si le présent traité en dispose autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 14. Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 et après consultation du Comité économique et social, arrête les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

A cet égard, l'article 95 est source de discussion et de débats. **L'Acte Unique Européen, permet d'adopter des mesures à la majorité qualifiée.** L'article 94 imposait l'unanimité.
Du coup il est devenu plus facile d'adopter une série de texte.
La difficulté que posent ces textes, c'est qu'on peut s'interroger sur la façon de contrôler l'utilisation de ceux-ci.

<u>Questions :</u>
-Comment peut-on délimiter la sphère, les mesures, qui ont pour objet l'établissement du marché ?
-Quelle est la limite qui a pour objet le fonctionnement du marché ?
-Qui opère le contrôle ?
-La CJCE opère t-elle ce contrôle ?

<u>EX :</u> Pour adopter une directive sur les composants des produits du tabac.

On peut aller devant la CJCE pour contester ces directives. Elle peut donc être annulée.
-Quelle est l'intensité du contrôle exercé par la Cour ?
-Est-ce un contrôle étroit ? Est-il très succins ?

L'observation de la jurisprudence de la CJCE montre que cette **Cour n'a pas fait un contrôle très strict. Elle admet très bien une interprétation extensive de l'article 95.**
Puis, une décision nous dit que la Cour va faire un vrai contrôle de l'article 95.
La Cour en reprenant en main le contrôle essaie d'apaiser le climat entres les états.
Décision du 5 octobre 2000 « arrêt de la publicité en faveur du tabac » N° C376-98.
La Cour vient dire que l'article 95 ne donne pas au législateur communautaire une compétence générale pour règlementer le marché intérieur.
Chaque fois que la Cour sera saisie, elle vérifiera si la directive contribue effectivement aux entraves à la libre circulation, et à la suppression des distorsions de concurrence.
Elle ajoute qu'il ne suffit pas de constater des disparités entres les droits**, il faut qu'il soit de nature à entraver les libertés fondamentales.**
On peut avoir recours à l'article 95 pour anticiper des conflits, lorsqu'on remarque que les droits vont évolués.
On peut intervenir en amont.

Dans l'affaire directive sur la publicité du tabac, la CJCE a annulé la directive car l'article 95 a été utilisé abusivement.

Directive qui visait à interdire la publicité pour les produits du tabac.

Ce que la cour critique c'est d'interdire la publicité sur des parasols, affiche etc….
Interdire la publicité sur ces objets, au cinéma, ne va pas avoir un impact sur le marché.

C'est une directive qui a pour objectif de garantir <u>la sécurité publique</u>. Ca peut paraître un problème car il est écrit dans le Traité qu'aucune harmonisation ne peut être prise en ce qui concerne la santé publique.
La cour dit que l'article 95 a une finalité fonctionnelle. On s'intéresse peut au fait que la mesure vise à protéger la santé publique, dès lors qu'elle a un effet sur le bon fonctionnement du marché.
Peu importe que l'objectif politique dominant ait été la protection de la santé publique.
Cette annulation a conduit la Commission à faire une autre directive, adoptée par le conseil, directive de 2003. Cette directive a de nouveau été contestée. **« Allemagne contre parlement européen 2006 » C280-03.**
Directive interdit seulement certain type de publicité et du coup la CJCE considère que la directive pouvait être adoptée sur le fondement de l'article 95.
La CJCE estime que cela va être favorable au bon fonctionnement du marché.
La CJCE reprend l'analyse faite en 2000, **elle considère que pour prendre une mesure d'harmonisation, il faut constater des divergences entres les états.**
Ces mesures doivent avoir pour but de supprimer des obstacles aux changes ou de les prévenir si ces obstacles sont vraisemblables.

<u>-L'utilisation du principe de subsidiarité et proportionnalité.</u>

On trouve ces principes dans le traité de Maastricht (1992). On élargit les compétences à cette époque.
Mais on contrôle cet élargissement. **Ils sont mentionnés à l'article 5 paragraphe 2 et 3 du traité CE.**
La subsidiarité, on peut la définir comme un test d'efficacité et d'efficience de l'adoption d'un texte au niveau communautaire par rapport aux adoptions de textes au niveau national.
On fera toujours primer le niveau le plus décentralisé s'il est toujours efficace.
Si c'est équivalent, on choisit le niveau le plus proche des citoyens.
Quant à la proportionnalité, l'action de la communauté doit être strictement nécessaire.
Il faut pour le législateur délimiter l'action au plus près des objectifs.

La grande question qui se pose est de savoir qui peut contrôler ces principes ?
Le contrôle doit se faire par les institutions elles mêmes. Elles s'engagent à respecter ces deux principes. **Il y a un autocontrôle.**
Chaque fois qu'un texte est proposé, la Commission en général regarde si ce texte est régulier au regard de ces deux principes.
Les institutions doivent se poser la question.

Il y a aussi un contrôle qui peut se faire devant la CJCE.
Cela ne va pas de soit.
La Cour elle-même n'a pas refusé le contrôle, **mais elle dit que ce contrôle est très limité**.
On retrouve dans ces décisions, ce que l'on a vu apparaître, pour que le principe soit respecté, la cour souligne que si on dresse le constat, que les législations ont tendance à diverger, cela justifie une action au niveau de l'Union.
Il y a une affaire importante qui est une décision rendue en 2002 « **affaire British American Tabacco » composition des produits du tabac. N° 491-01**
Le contrôle de la Cour est très superficiel.
La directive en cause c'est celle qui compose, production, vente du tabac.
La directive a pour objectif d'éliminer les barrières qui résultent des différences dans chaque état.
La Cour dit qu'un tel objectif ne peut pas être rempli par chaque état membre et donc cela justifie une action communautaire.

L'approche de la Cour est **très générale, très superficielle.**
Ce qui amène une critique c'est que la Cour indique qu'elle opère un recours.
Pour la subsidiarité, on n'a pas de grande décision.
Sur la proportionnalité, l'analyse est décevante, **« Allemagne contre parlement européen** »
La Cour dit que le législateur doit disposer d'un large pouvoir d'appréciation à chaque fois que la question implique des choix politiques économiques et sociaux et requiert des évaluations complexes.
On ne peut obtenir la nullité d'une directive que si la mesure est manifestement inappropriée au regard des objectifs de la communauté.

On a voulu introduire un autre mécanisme de la subsidiarité. Ce contrôle devrait passer **par les Parlements nationaux.**

Cette idée a été reprise dans le traité de Lisbonne. On peut demander un réexamen lorsqu'on estime que le principe de subsidiarité n'est pas respecté.

Section 3 : Les rapports entre le droit de l'union et les droits nationaux.

Le fonctionnement du marché confère à l'Union Européenne une compétence large. Cette situation a fait comprendre que les interventions communautaires, que les actions au nom du bon fonctionnement, vont être nombreuses, importantes.
Ces transformations des droits nationaux sont d'autant plus fortement ressentie que le droit de l'union s'impose avec une grande force juridique, notamment **en raison de primauté qui établit une hiérarchie entres les normes issus du droit de l'union et les normes nationales.**
Un droit centré sur le marché domine complètement le droit national.
On a une forme de hiérarchie entre une constitution économique et les droits nationaux.

Comment s'impose cette règle de primauté et comment ce principe doit être nuancé ?

§1) Le principe de primauté vu du point de l'Union.

La primauté est consacrée par la Cour de justice dans l'arrêt « **Costa contre Enel » (1964).**
Chaque fois qu'il y a une situation dans laquelle, normes nationales et normes communautaires sont en conflits, ce sont les normes communautaires qui s'appliquent.
Dans l'arrêt Costa la CJCE exprime cette préférence. Elle la justifie de façon succincte. Elle dit que le droit issu des Traités, une source de droit indépendante, peut être remise en cause par des dispositions de droit interne sans perdre son caractère en tant que droit communautaire et sans que les fondements de la communauté eux-mêmes soit remis en cause.

Une des questions qui a suivit, c'est de savoir si le principe de primauté s'impose à tout le droit national, et s'il s'impose à toutes les sources de droits nationaux.
La Cour répond dans l'affaire **Handelsgesellschaft**. *Le droit communautaire s'impose y compris au principe de nature constitutionnel.*
Elle répond qu'on ne peut pas invoquer d'atteinte aux droits fondamentaux, pour mettre de coté le droit Communautaire.
Ex : En **2000 « emploi des femmes dans l'armée. Arrêt Kreil C 285/98 »**
Le principe selon lequel les femmes n'étaient pas admises à ces emplois était prévu par la Constitution Allemande.
Hors il y a une directive communautaire pour l'égalité des hommes et femmes pour l'accès à l'emploi. La directive prime sur la Constitution Allemande.

§2) La primauté vu des droits nationaux.

S'agissant du cas français, la **primauté est un principe Constitutionnel**. La primauté des traités sur le droit interne découle de la constitution (article 55 de la CST.)
Si on raisonne comme ca la primauté ne peut pas s'imposer à la CST car elle a elle-même posé cette règle.
On voit cela consacrer par le conseil d'état ou la Cour de Cassation.
Les traités internationaux ne peuvent pas s'imposer à la CST elle-même.

Arrêt **« sarrant et levacher en 1998** » du conseil d'état.
Arrêt **frech en 2000** de la Cour de Cassation.
Ce sont les normes constitutionnelles françaises qui vont primer sur les traités.
La constitution est la norme suprême.
Cette question de l'articulation est une question compliquée. Elle a été alimentée par des décisions du Conseil Constitutionnel.
Trois décisions rendues en 2004. Loi qui venait transposer des directives communautaires,
On demandait au conseil d'annuler ces lois de transposition car elles sont contraires à des dispositions de la constitution française.
Le conseil Constitutionnel a construit un mode d'articulation du droit de l'union et de la constitution française.
Le Conseil Constitutionnel considère que s'agissant de contrôler la transposition correcte de directive, ce contrôle relève en principe de la Cour de Justice des communautés Européennes et il ajoute qu'il pourrait s'opposer à une telle transposition dans l'hypothèse où cette transposition serait incompatible avec une disposition expresse de nature Constitutionnelle.
La question de la transposition relève de la Cour de Justice.
Ce qui est intéressant c'est que le Conseil Constitutionnel reconnaît que le législateur est tenu de transposer par la Constitution les directives. Il n'y a pas de raison que le Conseil Constitutionnel fasse obstacle a ces transpositions.
Mais il y a une limite que dans certain cas, il faudra reconnaître que la Constitution prime sur l'obligation de transposer.
En 2004 on parle de dispositions expresses de la Constitution qui s'opposeraient à la transposition.
S'il n'y a pas d'opposition la Cour de justice contrôle la disposition et le fait que si les dispositions communautaires sont conformes.

En 2006, décision adoptée le 27 juillet 2006, et le 20 novembre 2006. La référence aux dispositions expresses a été remplacée par une autre formule. La transposition ne doit pas aller à l'encontre de l'identité Constitutionnelle de la France.
Cette notion se retrouve dans le traité de Lisbonne, il est indiqué que l'Union européenne respecte l'identité des états membres inhérente à leur structure fondamentale, politique.

20.10.09

L'objectif est d'établir une relation qui soit supportable entre la mission du conseil constitutionnel et la Cour de justice.
Dans cette jurisprudence, il y a l'idée qu'il faut transposer, mais dans le même temps, il souligne que la France doit intégrer le droit communautaire.
Le Conseil Constitutionnel doit restreindre son contrôle.

Il y a une réserve, **le Conseil Constitutionnel pourra censurer une loi qui vise à faire vivre le droit communautaire, si elle est contraire à des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France.**

Le fait que le Conseil Constitutionnel souligne que l'absence de contrôle de sa part se limite au domaine de la transposition correcte de la directive.
Il dit qu'il ne contrôle pas quand la transposition est correcte.

Le Conseil Constitutionnel va contrôler la bonne transposition.
Le Conseil Constitutionnel se donne la mission d'un contrôle. Il le fait dans **une décision du 30.11.06.** Il censure la transposition d'une directive.

Dans les décisions françaises on voit l'idée que si le Conseil Constitutionnel ne contrôle pas les lois de transposition il considère que la Cour de Justice est en charge d'assurer que les textes communautaires respectent les droits fondamentaux.

Il y a une forme de coexistence pacifique. Le Conseil constitutionnel renvoie une partie de son travail à la cour de justice.

Affaire concernant le Conseil d'état, qui est similaire à celle posée devant le Conseil Constitutionnel. Il s'agit d'un règlement de transposition ou loi de transposition.
On se demande si un règlement peut être contrôlé par le conseil d'état pour voir sa constitutionnalité.
Ce décret est censé transposer une directive communautaire.
Affaire ARPHELOR. 8.02.07.
Il met en place une méthode : le juge administratif dans la situation ou on lui demande s'il n'y a pas violation d'une règle constitutionnelle, doit opérer en deux temps.

-**Il doit rechercher s'il existe une règle ou un principe du droit communautaire qui garanti le respect de la disposition constitutionnelle française qui aurait été violé**. Un principe qui garantirait le respect de cette directive.
Si c'est le cas le conseil d'état :
-**Il doit pour s'assurer de la constitutionnalité du décret rechercher si la directive qui doit être transposée est conforme à la règle ou au principe communautaire correspondant**.
-Soit il dit que la directive est conforme, il écarte le moyen
S'il a un doute sur le respect par la directive de ce principe il doit poser à la cour de justice une question préjudicielle, qui va pouvoir inviter la Cour à se prononcer sur le respect ou non des principes fondamentaux.
S'il a un doute, on peut demander à la Cour s'il n'y a pas un problème de compatibilité.

S'il n'y a pas de principe correspondant dans le droit de l'union, c'est au juge administratif de vérifier la constitutionnalité.

Ex : directive sur le système d'échange de quota d'émission de gaz à effet de serre.
La cour de justice le 16.12.08 a rendu un arrêt.
Le principe en cause c'est le principe d'égalité, la cour de justice a jugé que la directive ne portait pas atteinte au principe d'égalité.
Une décision de la cour de justice qui dit que la directive est valable.
Le **conseil d'état, le 3.06.09** rend une décision dans laquelle il écarte le moyen qui était tiré de la méconnaissance par le décret du principe constitutionnel d'égalité.

*__Le cas Allemand.__

Quand on parle des droits fondamentaux, il a une difficulté pour les juridictions allemandes de se plier au principe de primauté.

Pour protéger les droits fondamentaux du droit allemand, dans un arrêt de **74 « so lange wie. »**
La Cour Constitutionnelle allemande considère qu'elle n'admettra pas le principe de primauté tant que le droit de l'union n'aura pas mis en place une protection équivalente.
Elle limite la primauté pour faire prévaloir la constitution allemande.
Dans un deuxième temps, la Cour allemande va dire que le développement des droits fondamentaux dans la Communauté Européenne a porté cette protection à un niveau comparable par rapport aux droits allemands.
Du coup **elle n'a plus de raison de contrôler le respect par les actes communautaires des droits reconnus en Allemagne sur le fondement de la Constitution. Arrêt so lang wie 2 (1987).**

Une autre décision **« Maastricht 1993 Brunner ».**
Décision dans laquelle la Cour constitutionnelle précise que l'Allemagne ne serait pas liée par le droit de l'union, si ce droit se développait en dehors des pouvoirs conférés à l'union par les traités.
Il y a une manière de réserve.

Ce contrôle de la limite de la compétence, elle s'estime compétente pour le contrôler.

Ex : Dans un cas récent l'Allemagne a transposé une décision cadre de 2002 portant sur le mandat d'arrêt européen.
Cette loi a été contestée au motif qu'elle était contraire à la Constitution Allemande.
Il y a eu une censure.
Il y a eu des réactions.
On a souligné que l'Allemagne s'opposait à la transposition du texte en Allemagne.
On a dit que c'est le droit constitutionnel allemand qui prévaut. En fait ce n'est pas le cas car **la Cour Constitutionnelle allemande a censuré au motif qu'elle n'avait pas utilisé toutes les marches de manœuvres dont disposait les états membres et que donc ce sont les choix fait par le législateur allemand qui sont critiquables.**
Décision de 2005 n'abouti pas à empêcher la transposition, elle oblige simplement à prendre un nouveau texte qui en utilisant les marches de manœuvres permettent de satisfaire aux exigences de la Constitution Allemande.
Dans ce cas la, on a d'autre cas si il n'y a pas d'autre voix possible.

Question : S'il n'y a pas d'autre manœuvre possible pour transposer on se demande comment faire ?

CHAPITRE 3 : Les libertés devant les juges : juge nationaux et juges européens.

Les juges jouent un rôle très significatif dans les libertés de circulation. On est dans un droit ou il existe des relations entres les juges des différentes hiérarchies. Il y a une coopération qui se met en place.

Section 1 : L'invocation du droit de l'union européenne devant les juges nationaux.

On présente souvent cette idée la à partir du principe de l'effet direct ou bien on parle parfois de l'invocabilité du droit de l'union devant les juridictions nationales.

§1) L'invocabilité de droit communautaire devant les juges nationaux.

Arrêt Van genden loos 1963. Cet arrêt pose l'idée que les dispositions du droit communautaire entre directement dans le patrimoine juridique des individus et leur confère des droits qu'ils peuvent faire valoir devant les juridictions nationales.

C'est une invocabilité qu'on tire des droits communautaires. Il y a beaucoup d'autres formes d'invocabilité.
Cette conception plus large, invocabilité objective, signifie qu'on peut invoquer le droit communautaire mais pas seulement pour en tirer des droits.
Ex : on peut l'invoquer pour faire obstacle à une disposition nationale (invocabilité d'éviction).
On parle d'invocabilité de substitution.
Il y a un effet de l'internationalisation du droit de l'union.
Les dispositions du droit communautaire qui sont invocables directement, on peut s'en servir devant un juge sans avoir besoin d'une intervention d'un juge national.

Question : qu'elles sont les normes de droit communautaire qui ont un effet direct ?

Toutes les dispositions des Traités ne sont pas d'effet direct.
Les conditions requises sont déjà indiquées dans l'arrêt « van Genden Loos ». Dans cette décision la cour de justice indique que les dispositions doivent être **claires,** le juge doit pouvoir l'appliquer. Il ne peut pas s'agir d'objectif, de programme d'action, de développement etc.

La question s'est posée pour les directives.
En 1978 arrêt « Van Duyn », La cour admettait que les dispositions d'une directive peuvent être d'effet direct quand **elles imposent une obligation précise qui ne nécessite aucune mesure postérieure de la part des institutions communautaires ou d'état membre pour leur mise en œuvre et qui ne laisse aux états aucune marge d'appréciation.**
Le problème c'est que les directives s'imposent aux individus.

Question : Les dispositions du Traité CE sont elles d'effet direct ?
Article 28, 29, 43, 39 49.
Ce n'est pas indiqué dans le traité lui-même. La cour de justice s'est prononcée. Elle a reconnue l'effet direct, article 28 et 29, de la liberté d'établissement en 74 ainsi que de la liberté de prestation de service.
En réalité, cette objection n'a pas gêné la cour de justice. **La condition de l'effet direct, c'est que la disposition en cause peut s'appliquer, même si cela implique une certaine interprétation de la disposition.**
Si celle-ci peut être précisée, cela suffi pour que cette disposition soit mobilisée devant les juridictions.
Ce que l'on admet, c'est qu'on fait jouer une disposition communautaire. On peut agir contre un état pour lui imposer une disposition.

Si l'état ne le fait pas, l'individu peut être indemnisé.

La question plus difficile c'est la question horizontale.
Individu ➔ individu.
Ex : passation d'un contrat, dans lequel certaine marchandise ne circule pas.
Ce n'est pas une situation facile à saisir.
Pour les marchandises, les questions se sont posées, mais aucune décision très nette.
Décision de 1981 **« dansk supermarked** » Contrat entre deux entreprises qui porte sur l'interdiction d'importer des marchandises. Une des entreprises à violé l'accord, le contrat, et du coup, elle a été poursuivie devant les juridictions pénales.
Le contrat ne peut pas être jugé valable.
La cour a dit que des conventions entre particulier ne sauraient déroger aux dispositions des traités relatifs à la libre circulation des marchandises.
Dans cette affaire, c'est la loi qui permet de poursuivre l'entreprise qui viole l'accord.
Ce n'est pas un individu qui est mis en cause, c'est l'état pour avoir permis des actions contre l'auteur de la violation des contrats.

Il y a une autre affaire qui concerne des mouvements d'agriculteurs français, qui menaient des actions de revendication contre des importations de fruits, provenant d'Espagne.
Bloque l'importation des produits, il y a un frein à la libre circulation.
Ils ont agit contre la France, pour ne pas avoir empêché ces violences. (c'est même la Commission Européenne qui a agit contre la France.)
Cette affaire « fraises » commission contre France, a été rendu le 9.12.97 C265/95.

On n'a donc pas de réponse…
On appelle cela **le mécanisme de l'effet horizontal indirect.**

Pour ce qui concerne les autres libertés, libre prestation de service, établissement, il y a une série de décision, qui a permis de voir plus clairement un effet direct horizontal.
Pour les personnes, les premières décisions ont concernées les associations sportives qui faisaient obstacle à la libre circulation des personnes.
Arrêt Valrave de 1974.
Arrêt Bosman qui concerne les règles concernant le football de 1995.
Dans ces deux cas, ce qui est en cause ce sont des règles élaborées par des personnes privées.
Dans ces affaires ce sont des particuliers, et la Cour a dit que ces comportements peuvent être jugés contraires à la libre circulation des personnes.
On était face à des dispositions qui régissaient tout une série de situation.
Il y a un impact important sur la libre circulation des personnes.

Le 26.10.09

On a des décisions importantes qui portent sur l'effet direct horizontal des grandes libertés
Ces décisions sont issues de deux arrêts rendus par la Cour de justice :
-arrêt « viking » (11 décembre 2007) affaire c 438/05
-arrêt « Laval » du 18 décembre 2007 affaire C 341/05

Dans ces deux affaires il s'agit d'actions collectives menées par les syndicats.
Dans le cas de l'arrêt « viking » il s'agit d'une grève qui fait obstacle à la liberté d'établissement des entreprises, et d'autre part à la liberté de prestation.
On recherche la responsabilité des syndicats pour avoir fait obstacle aux libertés de circulation.
C'est une situation qui peut être assimilée aux cas dans lesquels on met en cause l'état de ne pas avoir empêché ces actions.
Cependant, ici ce sont des personnes directement mis en cause mais pas des états donc Il y a une soumission directe des personnes privées.
C'est important car les sanctions qui sont appliqués ne sont pas les mêmes que celles qui s'appliquent à l'état et les conditions de mise en jeu de la responsabilité ne sont pas les mêmes non plus.

Dans ces affaires on peut voir qu'un des objectifs de l'action en justice **est d'obtenir une injonction de cesser la grève ou de cesser l'action collective.**
On peut aussi imaginer une action qui vise à la réparer le préjudice subi par l'entreprise du fait de l'atteinte à la liberté de circulation ce qui pose une difficulté particulière.
Il y a des conséquences graves dans la mesure où ce qui est en cause ici ce sont des droits sociaux fondamentaux :
Le droit à l'action collective des salariées, (qui inclus le droit de grève) des syndicats est un droit social fondamental.
➔**Si on admet des actions en responsabilité, on porte atteinte à ce droit fondamental.**

Problème : Il y en a un pour les systèmes juridiques nationaux.
En effet, dans les états de l'Union Européenne, il y a des solutions qui ont été mises en place pour protéger l'action des syndicats.
Par exemple en France, l'exercice normal du droit de grève n'entraine pas une action en responsabilité. ➔On ne peut pas demander au salarié de réparer le préjudice.
Ces affaires montrent jusqu'où les libertés de circulation peuvent jouer un rôle fort en terme de droit qu'elles confèrent à l'action en justice et aux personnes privées.
Ce n'est pas une affaire technique juridique, les conséquences sont très fortes et sensibles

Ces questions restent tout de même controversées.

La Cour de justice pousse très loin l'interprétation de la Liberté de circulation.
Elle fait produire des effets. On voit le déploiement de ces libertés de sorte qu'elles s'imposent aux états et aux personnes privées.

Il y a deux choses à relever :
Ce que permet l'effet direct c'est pour les particuliers et personnes privées d'agir devant les juridictions nationales pour imposer l'application des dispositions du traité CE, notamment celles qui reconnaissent des libertés de circulation.
Cela donne un rôle très important aux individus et aux entreprises parce qu'ils vont fréquemment amener devant le juge des questions en exigeant qu'on leur applique des droits

On voit un aspect du néo fonctionnalisme. Le développement de l'intégration a pour origine la poursuite des intérêts des personnes privées. ➔ Les acteurs sont au niveau infranationales.
L'action des entreprises poussent l'intégration. Ce mécanisme est un des moyens du développement de l'intégration.

Il y a d'autres leviers en termes d'action en justice comme **l'action en manquement**, qui sont moins efficaces que les actions des particuliers car la Commission est seule face à une multiplicité d'états.

2) conséquences de l'effet direct des libertés de circulation

La règle que pose le principe de l'effet direct pour le juge national est de donner plein effet aux libertés de circulation c'est-à-dire comme souligne la Cour très tôt dans sa jurisprudence, que **les juges nationaux doivent appliquer le droit communautaire et protéger les droits qui sont conférés aux individus.**
Les juridictions nationales doivent notamment laisser inappliqués toutes dispositions du droit national contraire au droit communautaire.
Le terme « donner plein effet » signifie laisser de coté si nécessaire les dispositions contraires du droit national, c'est une solution tirée de l'arrêt ***Simmental de 1978***
Cela confère un grand pouvoir aux juges nationaux.
Dans les domaines de la liberté de circulation, compte tenu du caractère général des dispositions qui sont en causes (dans le Traité CE), le pouvoir est très étendu dans la mesure où les libertés sont très ouvertes (spillover).
Elle laisse une large interprétation aux juges.
Il y a quelque chose de nouveau qui se joue : il y a une transformation du droit communautaire, dans la manière d'aborder la relation avec la loi qui est traditionnellement celle des juges internes.
Question : Quel est le caractère un peu gênant de cette situation ?
Dans certains pays comme en France, **le juge n'a pas le pouvoir de contrôler la constitutionalité des lois.**
Or il se trouve investi avec le droit communautaire d'un **pouvoir de contrôler la compatibilité** des dispositions communautaires.
C'est un contrôle qui s'apparente au contrôle de constitutionalité ➔Le droit communautaire investit le juge d'un pouvoir important.

Depuis la reforme de 2008, les choses ont changés dans la mesure où **la réforme constitutionnelle doit permettre au juge ordinaire de soumettre une question de constitutionalité de la loi** alors qu'il était dépourvu de tout pouvoir.
On reste en dépit de cette reforme dans une situation où **les juges ordinaires ont un plus large pouvoir, fondé sur le droit communautaire qu'un pouvoir, fondé sur la Constitution interne.**

En vertu de l'effet direct et de primauté, le juge interne se doit de contrôler seulement si les textes qu'il doit appliquer sont bien conformes aux droits communautaires.
Lorsqu'on observe la jurisprudence française, il y a bon nombre de cas dans lesquels une bonne solution quand on veut échapper à un texte de droit interne, est d'évoquer le droit de

liberté de circulation en demandant au juge d'écarter les lois internes car elles sont contraires au droit communautaire.

Exemple : En Autriche il y a une loi qui oblige les médecins à prendre un compte bancaire dans une banque locale pour que les caisses de sécurité sociale versent sur ce compte particulier les prestations correspondants aux honoraires
Les médecins qui ne veulent pas se soumettre, peuvent agir devant un juge en faisant valoir qu'on ne peut pas les contraindre car ce serait contraire à la liberté de circulation.

Ce qu'exige le droit communautaire c'est que le juge national doit écarter la loi nationale contraire au traité mais ce n'est pas au juge d'abroger la loi.
Le droit communautaire ne peut contraindre le juge national à une action qui n'est pas en son pouvoir. On reste donc dans une situation où l'on sait par jurisprudence que la loi n'est pas applicable mais reste en vigueur. Ce qui rend le droit compliqué parfois.

3) Incidences de l'application des droits communautaires sur la procédure :

C'est un aspect intéressant sur la construction du droit communautaire qui consiste à considérer que l'application du droit communautaire par le juge national doit s'effectuer en principe dans le cadre des procédures nationales : ce sont les règles procédurales internes qui s'imposent parce qu'il n'y a pas **d'harmonisation encore moins d'uniformisation** prévue par le droit de l'union.
C'est ce que souligne la Cour de justice qui indique que les juridictions nationales doivent assurer la protection juridique des citoyens sur le fondement de l'effet direct mais il revient au **droit des états membres de fixer les conditions procédurales des actions qui sont fondées sur le droit communautaire** (**arrêt Saarland 1976).**
Cette solution est généralement qualifiée ***d'autonomie procédurale*** dont dispose les états : ils sont autonomes sur le plan procédural et non soumis à des exigences communautaires ➔ le droit interne prévaut.
Cette position n'est pas facile à tenir car on a beaucoup de mal à distinguer les questions de procédures et les questions de fonds. Pour le droit communautaire elle se pose d'une manière très simple :
-Est ce que si on s'en tient aux procédures nationales, il y a un risque que le droit communautaire ne soit pas appliqué dans les états membres ?
-N'est ce pas un problème que chaque droit national puisse au fond faire produire des effets différents aux droits communautaires au gré de la spécificité des procédures ?

On a vu les limites au principe de l'autonomie procédurale qui se sont multipliées.
Selon la Cour de justice, il y a déjà deux grandes limites et deux grandes exigences qui doivent être respectées dans le cadre de l'autonomie procédurale.
D'abord, en tout état de cause :
-Il faut que les conditions des actions qui sont fondées sur le droit communautaire ne soient pas moins favorables que les actions fondées sur le droit interne.
C'est ce qu'on appelle ***la condition d'équivalence***, qui est un aspect de la « non discrimination » qui doit s'imposer entre le droit communautaire et droit interne.

Puis :

-**La procédure nationale ne doit pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits protégés.**

On parle de ***condition d'effectivité*** du droit communautaire.

La première condition est assez bien dessinée : les conditions doivent être identiques.

La deuxième condition est plus difficile : on n'a pas de ligne directrice qui sont très nettes.

Ou qui soient effectifs. Par exemple si on discrimine quelqu'un à l'embauche, il ne peut être sanctionné que par le remboursement des frais de voyage à l'entretien d'embauche, cette sanction n'est elle pas insuffisante pour que le droit communautaire soit efficace ? La question se pose dans le cadre de la procédure nationale :

La cour de justice souligne qu'il faut des sanctions suffisamment dissuasives pour que le droit national assure une protection juridique réelle et effective.

Mais cela laisse beaucoup d'incertitudes puisque l'on n'est jamais sûre de ce qu'est une sanction dissuasive. Ce qu'on peut voir c'est qu'il y a un contrôle possible par le droit communautaire mais ce qui est exactement exigé n'est pas facile à définir. Cela relève d'une approche au cas par cas très difficile à généraliser.

On voit bien l'entorse qui est fait au principe de l'autonomie procédurale. On peut soutenir qu'il n'y a pas de sanction ou si il y a **sanction trop légère**, les droits conférés par le droit communautaire ne peuvent pas être mis en œuvre de manière effective : il faut donc repenser, refaire et réformer le droit interne en droit de sanction.

2ème exemple : répétition de l'indu. Dans quelles conditions on peut demander la répétition de l'indu ?

Le droit communautaire procure un droit à l'individu.

Aspect important de l'immixtion du droit communautaire dans le droit interne : mettre en place une action en responsabilité de l'état pour violation du droit communautaire.

Section 2 : Le dialogue des juges nationaux avec la Cour de Justice.

Les juges nationaux sont centraux, par le principe de l'effet direct on peut porter des actions devant eux.

Il y a un rôle important conféré aux juges internes mais la difficulté est que les juges internes sont des juges formés dans un système juridique particulier : **ce sont des juges des états membres formatés dans un système juridique qui agissent dans le cadre du droit national et des procédures nationales.** Ils ont été investis du devoir et du pouvoir d'appliquer le droit national. Ils ont un double rôle, appliquer et respecter le droit national.

On a fait le choix de confier cette mission du droit communautaire aux juges internes et non pas de créer des juridictions fédérales.

Dans le système américain, on a choisi de mettre en place des juridictions fédérales en plus des états.

C'est un problème car il y a le risque que les juridictions nationales développent des interprétations des droits de l'union qui sont divergentes. Les juges nationaux risquent d'appliquer de manière différente le droit de l'union.

C'est pour cela qu'on comprend qu'il faille installer des mécanismes permettant une relation entre les juges internes et la cour régulatrice qui est la cour de justice de la CE. Ce mécanisme de relation entre les juges interne et la Cour de justice est **le mécanisme de la question préjudicielle.**

*Le Mécanisme de la question préjudicielle :
C'est une procédure dans laquelle le juge interne interroge la c
Cour de justice quand il a un doute sur l'interprétation ou la validité du droit de l'union et il le fait dans un cas, quand il a besoin pour trancher un litige dont il est saisi et donc pour les besoins de la résolution de ces litiges. Ce n'est pas quelque chose qui se dissocie du contentieux.

C'est à cette occasion que se met en place un échange entre juge interne et Cour de justice. A ce moment là, La Cour de justice joue le rôle de juge régulateur car elle va fournir une interprétation du droit de l'union qui doit prévaloir de façon uniforme sur tout le territoire de l'union.

L'interprétation s'impose à l'échelle européenne. La Cour de justice décrit comme un dialogue judiciaire coopératif et non pas un rapport hiérarchique qui se noue entre le juge interne et la Cour de justice. **La Cour de justice ne casse pas la décision. C'est une coopération entre les juges.**

Cette procédure particulière n'est pas à l'initiative des parties.
Ce sont les juridictions internes qui décident de poser une question ou non.
Les partis jouent quand même un rôle : elles jouent dans la procédure devant le juge interne ce rôle qui consiste à solliciter du juge interne qu'il pose une question préjudicielle et de souligner en quoi il y a une difficulté du droit communautaire.
La Cour de justice va s'intéresser aux parties quand même. (Quels sont les arguments des partis etc…) chaque argument joue un rôle dans la résolution.

Par rapport au fonctionnement de la procédure préjudicielle, le traité CE souligne un point important : Il y a une distinction entre les cas de saisine obligatoire ou facultatives.
Les recours ne sont pas toujours obligatoires pour les juridictions nationales comme indique l'article 234. Il n'est pas tenu de saisir la Cour chaque fois que se pose une question du droit communautaire.
La théorie qui a été développée prévoit que **la saisine de la Cour de justice ne s'impose que quand il y a un doute sur l'interprétation sur le droit communautaire.** Cette théorie (la ***théorie de l'acte clair***) est très dangereuse car elle ouvre la possibilité d'éviter la question préjudicielle aux juges en décidant qu'il n'y a pas de problème d'interprétation.
La Cour de justice a essayé d'encadrer cette théorie de l'acte clair pour éviter une situation où les juges échappent trop souvent à l'obligation de poser une question préjudicielle, en indiquant aux particuliers que le juge interne, pour apprécier si il y a difficulté d'interprétation, doit tenir compte des caractéristiques propres du droit communautaire et tenir compte de la spécificité des concepts de ces droits. Le droit communautaire est un droit particulier qui pose donc des difficultés particulières d'interprétation et donc risque de

divergence des interprétations au sein de la communauté dont le juge national doit être conscient et doit avoir à cœur d'éviter ***(arrêt CIFLIT de 1982)***

Quand il s'agit des validités du droit communautaire, le juge qui a un doute sur cette validité va poser une question préjudicielle à la Cour de justice mais si un juge interne considère **qu'il y a problème de validité (c'est-à-dire texte communautaire illégal) il ne peut pas prononcer lui-même l'invalidité de l'acte communautaire**. Il peut estimer que l'acte est légal, mais s'il estime qu'il y a problème d'illégalité il doit obtenir de la Cour que c'est illégal et pas le déclarer lui-même.

Donc si le problème de validité ne pose pas de problème : le juge peut trancher lui-même mais s'il y a problème de validité, il doit l'obtenir de la Cour de justice.

Quand est ce que le juge interne pose une question préjudicielle et dans quelles conditions ? Cette question a une importance sur le fonctionnement des juridictions internes

§2) Conséquences de la saisine.

Le procès est interrompu, **la question préjudicielle suspend la procédure dans l'attente de la décision de la Cour.** Actuellement on attend deux à trois ans la réponse à une question préjudicielle (en moyenne). Les délais sont longs.
Le juge national est sensible au fait que ce mécanisme ralentit la procédure de manière considérable. Dans le cadre de la rapidité des procédures, il y a quand même de fortes contraintes qui s'imposent comme le respect des droits de l'homme.
Donc la lenteur peut engendrer une critique contre les états dont les procédures sont trop lentes.

Lorsque la décision est rendue, le juge national se trouve dans cette situation de devoir tirer les conséquences sur le litige de cette décision communautaire. Il va donc apprécier si le droit national est compatible ou non avec le droit communautaire.
Il y a plusieurs manières de tirer des conclusions pour un juge :
-**Si c'est une question d'interprétation il doit comprendre la norme communautaire pour en tirer les conséquences,**
-Si c'est une question de validité, la conséquence est la suivante : **quand la Cour de justice pense que c'est invalide, le juge national doit tirer les conséquences de l'invalidité de la norme communautaire pour le litige auquel il doit trancher**. Il doit donc juger nulle la norme prise en application de l'acte communautaire invalide.
Il tire donc les conséquences de cette nullité de l'acte national sur le litige.

Cette décision ne s'impose pas seulement aux juges mais aussi à toutes les juridictions de l'Union qui doivent tenir compte de cette décision car l'interprétation qui est faite par la Cour s'intègre au droit communautaire.

Le 27.10.09

§3 L'arrêt de la Cour de justice.

C'est une décision qui est rendue après qu'un certains nombres de partis prenants aient pu présentés des observations.
Les observations du Conseil et de la Commission figurent aussi dans l'arrêt.
L'opinion donné par l'avocat général se trouve aussi dans l'arrêt de la cour.
Il faut savoir que l'avis de l'avocat ne lie pas la Cour, elle peut décider de s'écarter et dans ce cas **elle le signale.**
On voit pourquoi la Cour veut se détacher de l'opinion de l'avocat.
En principe l'arrêt de la Cour de justice consiste en une interprétation du droit communautaire, ou une appréciation de sa validité, c'est le seul objet de la question préjudicielle parce que la Cour n'est pas chargée d'apprécier les faits qui lui sont présentés, donc elle n'est pas chargée d'interpréter le droit national, elle interprète seulement le droit de l'union.
En réalité, la Cour va bien souvent au-delà. Il arrive souvent que la Cour fasse apparaître son point de vue sur la compatibilité du droit national sur le droit communautaire. Cela correspond à la difficulté qu'il y a pour la Cour à séparer l'interprétation du droit communautaire et son application. L'application à ce cas peut être faite par la Cour alors que ce n'est pas son rôle.
La cours de justice tente de donner une interprétation suffisamment précise et proche de la question posée pour que sa réponse soit utile au juge interne qui a posé la question. Elle s'efforce de ne pas se substituer au juge national, donc de ne pas appliquer le droit communautaire au cas d'espèce.

Question : Pourquoi ne doit- elle pas appliquer le droit communautaire au cas?
Car elle n'a pas une connaissance suffisante du droit national, ni des éléments de fait.
Devant la Cour, et pour que la question soit recevable, il faut des éléments précis. La Cour demande que le cas existe réellement, dans ce cas on bascule dans une situation où elle peut avoir tous les éléments, ce qui produit quelques tensions.
Cette relation avec les juges internes est difficile car les juges nationaux ont la volonté d'obtenir des réponses qui ne leur laissent pas trop de marges de manœuvre. D'un autre coté si la Cour de justice va trop loin, cela peut heurter les juridictions nationales qui se sentent dépossédées de leurs pouvoirs.

Exemple : une décision rendue le 10.01.06 portant sur un décret français de 1990 qui interdit la terminologie « échalote » pour commercialiser des légumes qui ne sont pas produit par multiplication végétatives mais par semences.
Ce décret fait obstacle à la libre circulation. Ce décret est il conforme au droit communautaire ? Cette question fait difficulté. Il faut poser la question préjudicielle à la Cour de justice.
La Cour de justice dit : ***« une réglementation nationale telle que l'arrêté du 17 mai 1990 est contraire à l'article 28 du traité CE. »***
La Cour va plus loin que ce qu'on peut attendre de la question préjudicielle car elle tranche la question de savoir si cette réglementation peut être maintenue ou non. La marge de manœuvre du Conseil d'état reste floue.
Le Conseil d'état a pris une décision en décembre 2006 où il adopte la solution de la Cour de justice : il faut modifier les textes français et introduire une notion d'étiquetage. Il le fait après avoir mené une analyse, un supplément d'instructions pour analyser les différences entre les catégories de légumes qui sont différentes des échalotes, c'est au terme de cette

analyse qu'il se prononce sur le fait qu'un étiquetage est suffisant. Cet exemple montre comment se nouent les relations entre le juge interne et la Cour de justice. Ici la Cour de justice va trop loin par rapport à son rôle mais d'un autre côté le juge interne essaie d'affirmer son rôle qui est le sien par rapport à la cours de justice.

En ce qui concerne le contrôle de proportionnalité qui doit être mis en place pour savoir si une mesure restrictive peut être justifiée, on observe que la Cour de justice a une attitude très changeante à l'égard de ce contrôle.
Parfois elle considère que ce contrôle ne lui revient pas et le renvoie au juge interne.
Parfois elle décide d'opérer ce contrôle.
Il peut aussi arriver qu'elle soit dans une situation intermédiaire, elle transmet au juge interne un certain nombre d'éléments qui doivent le guider quand il va effectuer le contrôle de proportionnalité. Il se joue là une histoire des pouvoirs des juges.
On est dans des situations de rapport de force entre les juges mais aussi entre les droits communautaires et nationaux.

Section 3 : Les juges et la violation du droit de l'union européenne par les états membres.

Que se passe t-il Si les états membres ne respectent pas les libertés de circulation ou n'assurent pas aux individus les droits qu'ils peuvent tirer des libertés de circulation, quelles sont les actions ?

Quand les états ne respectent pas leurs obligations, les individus peuvent agir devant les juges internes pour obtenir le bénéfice des libertés de circulation. C'est exiger le respect des droits.

Il y a deux modes d'action contre l'état :

1- L'action en responsabilité pour violation du droit communautaire

C'est une action qui n'est pas répertoriée dans le traité CE. Elle a été prévue dans l'arrêt « **Francovich » de 1991** (6&9/90).
Cet arrêt pose **l'obligation pour les états membres de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leurs sont imputables.**
Pourquoi cette action doit elle être disponible dans la Cour de justice et dans tous les états membres ?

➔Car la pleine efficacité communautaire serait mise en cause et la protection des droits serait affaiblie si les particuliers ne pouvaient pas avoir une réparation quand leurs droits sont lésés par la violation du droit communautaire imputable à un état. C'est la recherche de l'efficacité des normes communautaires.

Dans cet arrêt, il s'agit d'une directive qui impose aux états de mettre en place un système de protection en laissant une marge de manœuvre aux états pour mettre en place des moyens. Il y a une marge de manœuvre pour les états, donc les particuliers ne peuvent pas se prévaloir directement de la directive.

C'est la situation ou l'action contre l'état est particulièrement utile car il n'y a pas d'autres actions pour l'individu en absence de l'effet direct. Cette action de responsabilité de l'état est utile quand il n'y a pas d'effet direct.
Pour que cette responsabilité soit engagée, il faut que trois conditions soient remplies :

-La norme communautaire doit viser l'attribution de droit au profit des particuliers.

-Le contenu de ces droits doit pouvoir être identifié sur la base de la norme communautaire.

-Il doit exister un lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'état et le dommage subi par le particulier.

Cette décision « **Francovich** » a ouvert tout un jugement à l'occasion duquel la Cour de justice a précisé que **cet arrêt est valable quelque soit l'organe de l'état qui est à l'origine de l'action ou de l'omission du manquement et en particulier y compris quand il s'agit d'une action du législateur national.**

Pour la Cour, il y a des conditions pour que l'état ne soit pas remis en cause trop facilement. Quand les états membres disposent d'une certaine marge d'appréciation, **il faut que la violation communautaire soit suffisamment caractérisée,** que l'état où l'institution concernée soit à l'origine **d'une méconnaissance manifeste et grave** des limites qui s'imposent au pouvoir d'appréciation des juges de l'état.

Une autre décision importante rendue en 2003 qui est ***l'arrêt Köbler*** (C224/01).
Cette décision est intéressante car elle porte sur une question de libre circulation des personnes.
Le problème posé dans cet arrêt est de savoir si la responsabilité de l'état peut être engagée en raison d'une décision de justice qui violerait le droit communautaire.
La Cour confirme sa jurisprudence. C'est une nouvelle étape car la réponse de la responsabilité de l'état du fait du juge se heurte à quelques difficultés.
La situation de l'espèce concerne un professeur d'université autrichien qui demande une prime qui lui est refusé en raison d'ancienneté de quinze ans.
Dans cette ancienneté on ne tient pas compte des enseignements faits à l'étranger.
Köbler conteste la décision et saisit la Cour suprême administrative Autrichienne qui décide de poser une question préjudicielle à la Cour de justice.
Entre temps la Cour de justice rend une décision sur la prime et va demander au juge Autrichien si la Cour souhaite maintenir la question préjudicielle. A ce moment là, la décision de la Cour consiste à retirer la question préjudicielle car elle se considère assez informée par rapport à la réponse. Sauf qu'au lieu de trancher dans le même sens que la Cour de justice allemande, elle va considérer que la prime autrichienne n'est pas de la même nature que la prime allemande et qu'on ne peut en tirer les mêmes conclusions. *On peut maintenir ce système de la prime de l'état parce qu'à la différence de la prime Allemande, il s'agit d'une récompense pour loyauté du professeur envers son employeur et ce n'est pas une prime d'ancienneté mais de loyauté.*
➔Par conséquent, il lui parait que le refus de l'octroyer est tout à fait contraire au droit communautaire. Le professeur décide de continuer le combat : il saisit une juridiction civile autrichienne et mène une action en responsabilité de l'état pour violation du droit communautaire.

Devant cette juridiction civile, est ce qu'il y a violation du droit communautaire par l'état Autrichien du fait de la décision de la Cour administrative? C'est ce qui est demandé devant la juridiction civile. Cette juridiction civile de première instance pose une question préjudicielle et la Cour répond **« il y a une responsabilité de l'état pour violation du droit communautaire par une Cour qui statue en dernier ressort et ce alors même que la décision de la Cour a force de choses jugées** » et donc, il y a une difficulté liée à la sécurité juridique qui est censée assurer la décision du dernier juge qui peut être saisi.

Pour la Cour de justice, la question est vue différemment : il faut permettre l'action en responsabilité car il n'y a plus de recours en droit interne.
La Cour va introduire des conditions pour que joue la responsabilité de l'état, elle insiste une nouvelle fois sur le fait que la violation du droit communautaire doit être suffisamment sérieuse et elle ajoute qu'il faut tenir compte de la particularité de la situation quand la violation est le fait du juge : il faut avoir une attitude particulièrement tolérante à l'égard de la violation du droit communautaire. **La Cour exige une violation manifeste du droit communautaire.**

Il n'y a pas de violation suffisamment caractérisée, la Cour estime qu'il y a une incertitude sur le fond du droit, que la Cour a pu faire une mauvaise interprétation du droit communautaire. Elle décide donc qu'il n'y a pas de responsabilité de l'état.
C'est une solution intéressante car la Cour diverge par rapport à l'opinion de l'avocat général qui considère que la Cour Autrichienne aurait dû poser la question préjudicielle et que le critère de la responsabilité aurait dû être *la violation inexcusable*. Or là, la violation est inexcusable : il n'y a pas d'excuses au retrait de la question préjudicielle.

Pourquoi la Cour a cette attitude de retrait ?

On peut imaginer plusieurs raisons :

- La cour ne veut pas provoquer des réactions de rejet trop violentes des états puisqu'il y a déjà eu beaucoup d'oppositions manifestées par les états. C'est une attitude qui vise à éviter d'enclencher un processus violent entre les états membres.

- Cela peut être aussi lue comme une méthode qui permet de faire avancer le droit communautaire en élargissant la responsabilité de l'état mais en même temps, en ne mettant pas en œuvre immédiatement le cas dans cette solution de sorte à avertir les états avant que les décisions de sanction ne soient effectivement prises.

Dans cette affaire, la Cour de justice tranche la question de responsabilité. Elle dit que la responsabilité de l'état Autrichien n'est pas engagée. Elle va plus loin, elle explique que dans cette affaire elle a tous les éléments pour établir si les conditions nécessaires pour engager la responsabilité de l'état sont réunies. Mais, en général, il revient aux états membres, aux juges nationaux, de mettre en œuvre les critères qui permettent d'engager les responsabilités des états.

Cette décision Kobler a été confirmée dans une décision rendue en 2006, le 13 juin. C'est l'arrêt ***« Fraggetti del mediterraneo ».***

2- L'action en manquement (proprement communautaire) contre l'état qui viole ses obligations.

Cette action (qui se fait devant le juge communautaire) est inscrite dans le traité CE aux articles 226 et suivants, qui prévoient que **l'action en manquement peut être mise en œuvre soit par la Commission européenne soit par les états membres. Mais c'est souvent la commission européenne qui l'a met en œuvre.**

Que se passe t-il ?

Cette Procédure consiste en premier temps à analyser le droit d'un état et elle estime s'il y a violation du droit communautaire. La commission doit rédiger un avis motivé sur la violation et dans le même temps, elle doit mettre l'état concerné en mesure de présenter ces observations.
Elle examine la situation, motive les raisons pour lesquelles il y a violation et demande à l'état d'expliquer pourquoi il se trouve dans cet état de violation.
La commission peut saisir la cour de justice si l'état ne modifie pas son droit. La Commission entame sa démarche à l'égard des états membres par une procédure de **discussion informelle** au cours de laquelle les états tentent d'expliquer leurs droits et les solutions retenues.

Si jamais la Cour reconnaît qu'il y a un manquement, l'état est tenu de transformer son droit, d'exécuter l'arrêt de la cour.

Quels en sont les moyens ?

On introduit des sanctions pécuniaires lorsque les états n'appliquent pas les décisions qui les ont sanctionnés.
Il y a une forme d'effet indirect.
Les décisions qui portent sur le manquement se présentent comme les décisions en responsabilité.
On retrouve les mêmes solutions : tout organe de l'état est concerné par une violation du droit communautaire et en particulier les juridictions.

Dans une décision de 2003***, Commission contre Italie*** (129/OO)
Il s'agit d'une disposition du droit interne qui dans son interprétation par les juges internes italiens, et en particulier par la Cour suprême de cassation, est contraire à l'interdiction des taxes qui entravent la libre circulation des marchandises. C'est l'interprétation par la Cour qui entraine une violation du droit communautaire. Pour cette raison, on peut avoir une action en manquement et une condamnation de l'Italie.

Peut-il y avoir une action en manquement dans le cas où une Cour suprême ne pose pas de question préjudicielle ?

Section 4 : Particularités de la juridiction propre à l'Union et à sa jurisprudence.

Sur les juridictions communautaires, on peut inclure également les juges internes qui sont des juges communautaires. La juridiction créée dans un premier temps est la cour de justice mentionnée à l'article 220 du traité CE qui était la seule institution propre à la Communauté.
Il y en a eu d'autres qui se sont ajoutées comme le tribunal de grande instance de la communauté (1989), ou encore le tribunal de la fonction publique européenne en 2004 : c'est la première des chambres juridictionnelles créée par le traité de Nice.

Le tribunal de première instance ne traite pas de question préjudicielle.
L'action en manquement est portée devant la cour de justice. La juridiction proprement communautaire s'est étoffée.
On a une sorte de hiérarchie qui est dominée par la cour de justice.
Ce qui est intéressant c'est que c'est une cour suprême qui a des pouvoirs importants, des fonctions qui sont nombreuses, mais qui a cette limite :
-Elle n'a pas beaucoup de force et ne dispose pas de moyens pour assurer l'exécution.
L'exécution des décisions dépend des états membres. La cour est très dépendante de la volonté des états membres.
Autre faiblesse de la Cour de justice :
-**Elle n'est pas une juridiction hiérarchiquement supérieure aux juridictions internes**. Elle est dans un rapport de répartition des compétences, coopération.

02.11.09

La cour doit assurer le respect du droit communautaire. La Cour utilise l'article 220 pour développer sa jurisprudence.

La tension que l'on peut observer vient du fait que la Cour est une juridiction d'attribution qui n'a pas une compétence générale, sa compétence est limitée. Elle se délimite par la compétence de l'Union elle-même.
C'est une Cour spécialisée car à l'intérieur il y a des domaines très variés. Elle connaît des règles très différentes, elle peut interpréter des règles de nature constitutionnelle, le droit international (Ex : Traité association avec la Turquie de 1963).
C'est aussi une Cour administrative lorsqu'elle applique le droit communautaire des marchés publics, elle traite du droit commercial, droit social, du droit des contrats, droit civil.
On en conclu qu'elle n'est pas forcément spécialisée.
Cependant, elle ne traite pas comme le ferait un juge interne qui pourrait lui être spécialisé (par exemple pour le droit fiscal).
Pour ce qui est des procédures, la Cour traite des litiges qui opposent les états, la Commission et les états membres, des procédures très diverses.
Elle a des facettes très variées ➔ il est donc difficile de bien la saisir.

La Cour de justice est dite régulatrice, elle est chargée de forger l'interprétation uniforme du droit communautaire qui doit s'imposer, c'est sa mission principale, garantir une uniformité dans le droit de l'union.
Elle doit avoir le dernier mot et du fait de ce travail d'interprétation et d'uniformité, on doit espérer qu'il y ait une certaine cohérence du droit de l'Union.

§2) Le jugement de la Cour de justice.

1-Les formes du jugement.

La forme varie en fonction des jugements. Historiquement on voit des changements. Les décisions d'aujourd'hui n'ont pas le même aspect qu'auparavant, elles sont plus longues, plus bavardes avec le temps, surement sous l'influence de certains systèmes juridiques.
On observe que ces jugements communautaires suivent un modèle. **Lorsqu'il s'agit des décisions contentieuses ou des arrêts préjudiciels, on trouve 4 parties dans les arrêts.**

-La première partie procède au rappel des faits de la procédure. (S'il s'agit d'une question préjudicielle, on a la liste des questions préjudicielles posées. Quelles questions se posent un état membre ?)
Ex : « **Arrêt Ruferte** » : On voit que le juge allemand pose une question qui défend le droit communautaire. Le juge allemand dans sa question montre de quel coté, il aimerait que la Cour de justice tranche.

-**La deuxième partie concerne les termes du débat, les éléments du droit, du contexte juridique qui sont pertinents pour l'affaire**, droit de l'union ou droit national et international, l'énoncé des différents moyens, les observations présentées au cours de la procédure.

-La **troisième partie concerne les motifs de la décision**, sur quel fondement se penche la Cour. On a le raisonnement de la Cour qui l'amène à conclure dans un sens ou un autre. Parfois c'est un peu bref.

-En dernier lieu, **on a le dispositif.**

Les décisions sont longues pour les français si on les compare aux arrêts de la Cour de Cassation, ou à celles du conseil d'état. C'est l'inverse pour les juristes du Common Law.

Ce que l'on peut utiliser, ce sont les conclusions des avocats généraux. C'est un ensemble d'arguments qui peuvent faciliter la compréhension des arrêts.
On ne trouve pas d'opinion dissidente ou concordante. On ne trouve que la décision collégiale. On n'identifie pas le juge qui écrit.

C'est très différent à la Cour européenne des Droits de l'homme où il y a beaucoup d'opinions dissidentes ou concordantes.

2-Les méthodes.

C'est une question difficile. Beaucoup de juristes écrivent sur les méthodes, notamment en Allemagne.
Question : Y a-t-il une méthode qui permet de voir comment se développe le droit de l'Union ?

On peut estimer qu'il y a une particularité dans la méthode de la Cour de justice car les organes de l'Union ont des objectifs différents, et fonctionnent différemment des méthodes des états membres.
La Cour de justice a donc une méthode qui diffère de celle des juridictions internes.

Il y a des aspects intéressants concernant les méthodes d'interprétation.

a) Les méthodes d'interprétation propres.

La Cour de justice utilise toutes les méthodes disponibles. Toute la palette est utilisée. On trouve **des méthodes littérales** de certaines dispositions, elle peut se **référer à l'intention des parties.**
Certaines méthodes sont plus utilisées que d'autres.

-La théorie de l'effet utile : C'est une méthode selon laquelle le juge essaie de faire produire aux actes un effet minimum. L'idée c'est que pour le juge, l'acte traduit la volonté de son auteur, donc il faut faire produire un effet, il faut qu'elle ait un effet utile.
C'est une méthode très utilisée car elle fait porter des effets à des normes qui d'apparence n'ont pas forcément d'importance. C'est une méthode connue depuis longtemps.
La Cour en a fait une véritable doctrine. Elle a permis à la construction Communautaire de faire un grand pas. **Ex : Arrêt Simmenthal.**

-**La méthode d'interprétation téléologique.** On interprète au regard des objectifs suivis, du Traité. Les objectifs peuvent être différenciés, mais il faut aller loin dans l'interprétation car ce que l'on vise c'est un marché intérieur qui soit comme un marché national.

-L'interprétation systématique. Cela consiste à interpréter le droit dans le système tout entier. Le droit est un tout autonome et cohérent, c'est un système juridique et on doit interpréter chacune des dispositions au regard de l'ensemble.

Ce qui est important, c'est l'utilisation par **la Cour de justice de la méthode comparative.**
L'utilisation du droit comparé est très importante dans les décisions de la Cour.
La Cour s'inspire de principes généraux, aux traditions constitutionnelles communes des états et cela débouche sur une comparaison.
Lorsqu'il s'agit d'interpréter des dispositions de directives, on va comparer leurs interprétations différentes dans chaque état membre.
La Cour de justice n'explique pas sa méthode. Parfois elle sélectionne sa technique, ce peut paraître arbitraire.
Ce n'est pas toujours perçu par les juristes car le droit de l'Union est crée en haut puis va s'imposer dans les états.
La Cour forge une règle proprement communautaire, mais souvent la Cour va construire la règle à partir de la comparaison de droit des états.
C'est important car on comprend comment se construit un droit au niveau supranational mais qui n'est pas forcément déconnecté.
Parfois c'est le droit national qui est pris en compte. C'est une démarche d'analyse du droit à plusieurs niveaux.

Partie 1ère : LA LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES

Si on regarde la Traité CE on voit que la libre circulation est importante dans l'Union. L'article 3 du Traité CE, on a en premier lieu, l'interdiction des droits de douane.
Dans les parties sur les politiques communautaires on a bien présent la libre circulation des marchandises. La Cour de justice dit que la situation de la libre circulation des marchandises montre à quel point cette liberté est importante.
Au moment ou le Traité a été rédigé, on pouvait dire qu'il y a eu une évolution. Il y a des libertés qui ont pris plus de place.
Dans le Traité instituant la Constitution pour l'Europe, on voit que certaines libertés passent avant comme la libre circulation des personnes.
Dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, on trouve les marchandises dans les politiques économiques de l'union, elles n'ont pas perdu leur place, on a laissé inchangé les positions.
Le droit communautaire s'est construit d'abord en mettant l'accent sur les marchandises.
On ajoute qu'il faut supprimer les droits de douane et toutes les restrictions quantitatives, des faits équivalents.
On ne sait pas très bien comment il faut interpréter la libre circulation des marchandises.
La suppression des restrictions quantitatives sont les quotas d'importation et d'exportation.
Au-delà, ce qu'implique la libre circulation des marchandises reste assez vague.

CHAPITRE Liminaire : Les marchandises bénéficiant de la libre circulation.

§1) La notion de marchandise

On ne trouve rien dans le Traité CE, il n'y a pas une définition qui soit précisée. La Cour de justice considère **qu'il faut qualifier de marchandises tous les biens appréciables en argent et susceptibles de former l'objet d'une transaction commerciale. « Arrêt Commission contre Italie de 1968 » Affaire 7/68.**
La Cour s'appuie sur l'article 28 du Traité.
On veut supprimer toutes les restrictions introduites par les états.
Dans l'affaire de 1968, le gouvernement italien soutenait que les règles du Traité ne devait s'appliquer qu'à des biens de consommation ou d'usage courant et non pas aux œuvres d'arts ou autres bien qui ne procèdent pas d'une construction mercantile.
La Cour a elle, une approche mercantiliste qui vise à élargir au maximum le domaine du marché intérieur.
Ce qui pouvait faire douter, c'est que le Traité lui-même dans son article 30 précise qu'on peut limiter la libre circulation des marchandises concernant les trésors nationaux qui ont une valeur historique, artistique ou archéologique.

Il y a tout de même des exceptions. **Il y a les trésors nationaux, les produits ayant des fins militaires (Art. 296 du Traité).**

L'article 296.2 précise que concernant les armes et munitions elles doivent être essentielles à la défense d'un état, et il faut qu'elles figurent sur une liste de la Commission.
Pour que les biens puissent librement circuler, il faut qu'ils soient licitement vendus dans les états membres. Ex : les stupéfiants.
Il y a toujours une possibilité pour les états de dire que telle marchandise pose un problème d'ordre public et doivent donc être refusées.
Ex : Le problème des déchets.
Question : Les déchets sont-ils des marchandises ?
La Cour de Justice dit que les déchets doivent être considérés comme des produits et la circulation ne doit donc pas être en principe interdite.
Arrêt **« Commission contre Belgique »** de 1992 C2/90

Ex : Les organes du corps humain.
Ex : Celui des OGM : Arrêt du 16/07/09 **« commission contre Pologne »** C 165/08. Pour les OGM il y a une directive communautaire adoptée en 2001 qui permet sous condition à des OGM de circuler à l'intérieur de la Communauté. La libre circulation d'OGM n'allait pas de soit. En dépit de cette directive, la Pologne refuse l'entrée d'OGM sur son territoire avec une loi de 2003 qui indique que les semences OGM ne peuvent pas être admises en Pologne.
Dans l'affaire, la Pologne explique que sa réglementation de 2003 doit être maintenue car elle est justifiée par des motifs éthiques et religieux.
Ces arguments vont être écartés par la Cour de justice.

03.11.09

Sur les distinctions entre marchandises et moyen de paiement, la question s'est posé sur les pièces de monnaie. Distinction entre les pièces de monnaie pour moyen de paiement, à ce moment là elle relève de la libre circulation des capitaux, alors que les autres relèvent des marchandises. « Arrêt de 68 »

Distinction entre marchandise et services.
On se demande si l'exportation de cassettes vidéo relève de libre circulation de service ou libre circulation de marchandise. « arrêt de 74 SACCHI »
Lorsqu'il s'agit d'émission d'un message télévisé, cela relève de la libre prestation de service mais tout ce qui concerne le matériel, les supports de son ou de films et les autres produits utilisés pour la diffusion de message, tous ces supports relèvent de la libre circulation de marchandise.
C'est une question revenue devant la Cour en 85 dans **un arrêt « Cinétèque ».** La fabrication de cassette vidéo qui conduit à la production d'un bien matériel, relève de la libre circulation des marchandises.
Lorsqu'on a une production matérielle, la circulation de cet objet relève de la libre circulation de marchandise.
La Cour s'appuie sur le fait que les produits sont référencés.

Les marchandises sont-elles toutes des biens matériels ?
Ex : l'électricité ?
Ce n'est pas évident d'après la jurisprudence.

Ex : cas qui concernait les autorisations de pêcher ? La réponse n'est pas claire, la Cour indique que la marchandise c'est d'abord un produit.
C'est le signe qu'il y a un enjeu selon que l'on se trouve dans le cadre de la libre prestation de service ou libre circulation de marchandise.
Cette difficulté de la frontière demeure un problème.
Parfois on a à la fois une prestation de service et libre circulation : La loterie.
De qu'elle liberté relève des formulaires qui visent à permettre la participation à une loterie ?
La Cour dit que lorsque l'objet matériel qui circule est destiné à permettre une autre activité, dans ce cas on n'applique pas le régime de la libre circulation des marchandises.
« Arrêt de 94 Schindler »
Affaire C 275/92.

§2) La question de l'origine et le tarif douanier commun.

On trouve dans l'article 23§2 qui indique que les marchandises bénéficiant de la liberté de circulation sont celles d'un état membre, celles provenant d'un état tiers et qui se trouve en libre pratique dans les états membres.
Il faut pouvoir déterminer quel est le territoire concerné. Quel est le territoire des états membres. Il faut déterminer l'origine.
Une marchandise originaire d'un état membre :
Il y a un texte qui délimite le territoire douanier. Les marchandises doivent être en provenance de ce territoire. Il faut regarder dans le code des douanes communautaire de 1992.
On trouve dans ce code la définition du territoire douanier.
Ex : les départements d'outre mers n'en font pas parties.
En revanche le territoire de Monaco relève de ce territoire.

Comment peut-on déterminer le lieu ou une marchandise est produite ?
Si on a à faire à un produit agricole cela est facile mais pour ce qui est industriel.

Article 24 du code des douanes communautaire.
« Lorsque la fabrication d'un bien se fait dans plusieurs Pays, la marchandise est réputée originaire du pays dans lequel elle a subit sa transformation, économiquement justifiée, réalisée par une entreprise équipée à cet effet, et qui représente un stade de fabrication importante. »

On trouve un certain nombre de cas dans lesquels cette question de l'origine se pose.
Elle répond en utilisant l'article 24 et en soulignant que lorsqu'il y a des opérations très simples et qui ont une faible augmentation de la valeur du produit cela ne suffit pas pour rendre originaire le produit de l'état concerné.

-En libre pratique :
Cela veut dire selon l'article 24 du Traité que les produits en question viennent d'un état tiers et ont été soumis aux formalités d'importation et aux droits de douanes ou aux taxes applicables au passage de la frontière externe.

Solution importante car elle est plutôt libérale, favorable à la libre liberté de circulation, elle s'est imposée car la communauté est soumise à des règles du commerce international.
Au départ c'était les règles du GATES puis de l'OMC selon lesquelles l'établissement d'union douanière ou zone de libre échange doit avoir pour objet de faciliter le commerce entre les états constitutifs et non pas d'opposer des obstacles aux commerces d'autres parties contractantes.

On trouve exprimé cela à l'article 131 du traité CE.
Les états membres entendent contribuer au développement du commerce mondial à la suppression des barrières douanières.
En assimilant les marchandises, on facilite la circulation de ces marchandises communautaires.
Si on n'assimile pas les marchandises qui ont franchies la frontière externe, il faut à chaque passage d'une frontière contrôler l'origine des produits.
Système par lequel on entretient la libre circulation des marchandises.
Pour les personnes, c'est différent, on reste avec des diversités à la frontière externe et du coup on admet moins facilement la circulation d'un état à l'autre.

Le principe de libre circulation de tous les produits des états membres et autre, supposé qu'il existe une politique commune externe.

CHAPITRE 1 : Les entraves aux échanges.

Section 1 : Droits de douane et taxes d'effet équivalent.

On trouve mentionné à l'article 23 du Traité et aux articles suivants, et la Cour de justice a considéré dans une décision de 78, que la suppression de ces tarifs était un principe fondamental.
Il était prévu un démembrement de ces droits de douane, sur une période de 12 ans, entre 58 et 70.
Ce qui s'est produit, c'est que pour une fois, la réalisation qui était espérée s'est faite plus rapidement que prévu.
En 68 le désarmement douanier était totalement effectué.
Ce qui a été plus difficile c'est la suppression des taxes d'effet équivalent. La notion même de taxe d'effet équivalent n'est pas claire.
La Cour s'est prononcée dès 62 dans des affaires dites du « pain d'épice ». En interdisant les taxes d'effet d'équivalent, on prohibe les mesures qui prennent la forme douanière classique mais encore toutes les autres mesures qui sont présentées sous d'autres appellations qui sont introduites par le biais d'autres précédés mais qui aboutissent au même résultat discriminatoire ou protecteur des droits de douane.
Elle précisait que cette notion de taxe englobe toutes les taxes qui frappent les produits importés en influant sur leur prix de manière analogue à un droit de douane.

Cette question donne lieu à de nombreux contentieux.
La Cour a précisé en 1969 dans deux décisions, une définition plus complète que celle de 62 :

Une taxe d'effet équivalent est une charge pécuniaire unilatéralement imposée quelque soit son appellation et sa technique et qui frappe les marchandises en raison du fait qu'elle franchisse la frontière.

➔La forme que peut prendre la taxe n'a pas d'importance. La nature de l'acte est indifférente. On a par exemple en 95 une affaire dans laquelle des frais de fonctionnement des services douaniers sont imposés à un opérateur économique et l'acte qui impose cette taxe relève d'une disposition privée.
La définition de 69 permet d'inclure toutes sortes d'actes. **« Affaire Garonor de 95 ».**

Dans cette affaire on retrouve l'effet horizontal indirect car la taxe d'effet équivalent découle d'un manquement de l'état.

Ce qui compte c'est le fait que le critère d'application de la taxe soit le franchissement d'une frontière.

A ce sujet on se demande s'agissant de la situation de certains membres qui ont maintenu certaine taxe spécifique à certain territoire. (Ex : Situation dans les DOM TOM).
La taxe d'octroi de mer.
Cette taxe s'applique à tous les produits. Est-ce une taxe d'effet équivalent ?
La Cour de justice répond dans une série d'arrêt de 92, puis ensuite en 94. Elle a souligné un point important : **L'octroi de mer portait atteinte à l'unicité du territoire douanier communautaire.**
La décision est aussi fondée sur l'idée que l'interdiction des droits de douane vise à assurer la libre circulation des marchandises à l'intérieur de l'Union et non seulement la libre circulation entre états membres.

La même solution est reprise en 1995 dans des affaires qui concernent la Grèce.

La question de la finalité de la taxe :
Pour ce qui concerne les taxes d'effet équivalent, la Cour de justice se moque de la finalité poursuivit par la Taxe.
La Cour l'a retenue en 1968. Quand on parle des entraves non tarifaires, on voit qu'il y a une possibilité de justification.
S'agissant des entraves il y a la place pour justification d'entrave qui a des motifs légitimes, mais cela ne marche pas pour les taxes d'effet équivalent.

Autre point sur la question du montant de la taxe.
Question : Si une taxe est extrêmement faible ?
En 1973, la Cour précise qu'il ne faut pas s'arrêter sur la valeur de la taxe, il n'y a pas de critère de valeur.

Il existe un cas dans lequel on peut imaginer échapper à la qualification de taxe équivalente. C'est le cas dans lequel la taxe frappe à la fois les produits nationaux et les produits importés et exportés.
Elle peut être jugée acceptable si elle frappe systématiquement et selon les mêmes critères les produits nationaux et les produits importés et exportés.

Elle peut être admise si elle relève d'un système général de redevance ou d'imposition intérieur.
Dans ce cas, il s'avère que la taxe en question relève du système fiscal au sens où elle s'impose à tous les produits et pas spécifiquement au cas d'une politique de douane.
Dans ce cas là, elle relève de la fiscalité nationale et elle est acceptable sauf si elle est discriminatoire.

Que se passe t-il si un état perçoit une taxe auprès d'un importateur ou exportateur ?
Que peut faire la personne lésée ?

Il s'agit de l'action en répétition de l'indu, l'action en responsabilité de l'état.
Ici les états sont tenus de connaître une action en répétition de l'indu. (Autonomie procédurale).
Le droit communautaire va plus loin sur une question qui s'est posée dans le cadre de procédure devant des juridictions nationales.
Les états imposaient parfois que la personne lésée fasse la preuve qu'elle n'est pas répercutée le montant de la taxe sur ses clients.
La Cour de justice procède à un contrôle de l'autonomie procédurale aux fins de l'effectivité du droit communautaire, elle indique que les états ne peuvent pas exiger cette preuve et que s'ils souhaitent limiter le remboursement, il leur revient de faire cette preuve.
C'est une illustration d'assurer l'effectivité, et de la difficulté de faire la frontière.

09.11.09

Section 2 : charges fiscales discriminatoires ou protectionnistes.

Il est question des impositions de l'article 90 du Traité. Il relève d'un autre paragraphe, chapitre, qu'on rattache à la libre circulation des marchandises.
Art 90 : aucun état membres ne frappe directement ou indirectement un autre état membre….

« Article 90

Aucun État membre ne frappe directement ou indirectement les produits des autres États membres d'impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent directement ou indirectement les produits nationaux similaires.

En outre, aucun État membre ne frappe les produits des autres États membres d'impositions intérieures de nature à protéger indirectement d'autres productions. »

On ne peut pas frapper les marchandises d'un autre état d'une taxe supérieur à celle qui frappe les marchandises nationales.
Cet article 90 complète les dispositions relatives aux taxes équivalentes.
Les marchandises importées doivent être à l'abri des taxes qui les frappent directement, et celle qui les taxe plus lourdement que celle des produits nationaux.
C'est une matière dans laquelle on progresse très lentement.
Ici Il y a une disposition qui porte sur la politique fiscal des états. On exige juste que les politiques ne soient pas discriminatoires à l'encontre des marchandises importées.

Remarque : On peut imaginer une réglementation fiscale qui désavantage les marchandises nationale.

On a souvent dit que la Cour de justice a exploité de façon très extensive l'article 90. Elle a opérée un contrôle étroit des mesures nationales qui paraissent suspectes, qui défavorise les produits importés.
Elle s'est appuyée sur le deuxième paragraphe de l'article.
« En outre aucun état membre ne frappe les produits des autres états, d'imposition intérieure de nature à protéger indirectement d'autre production. »
La Cour a eu une interprétation large de l'identification des produits nationaux similaires aux produits importés.
Il faut comparer des produits similaires. La difficulté est de comparer, quels sont les produits similaires ?
Ex : Le raisin ? Il y a beaucoup de sorte de raison.
Il réside une difficulté d'interprétation.
La Cour a joué sur cet aspect en s'appuyant sur l'article 90. **Il faut comparer tous les produits en concurrence pour déterminer si le niveau de taxation a un niveau égal.**
Il faut regarder si les produits répondent à des besoins identiques.

Lorsque la Cour s'appuie sur le paragraphe 2, **il faut établir que le différentiel de traitement fiscal a un effet protecteur des produits nationaux.**
On trouve ce raisonnement dans un arrêt **« commission contre suède du 8 avril 2008 »** sur une affaire concernant les droits d'assise sur le vin et sur la bière. Ces droits sont moins élevés sur la bière.
Question : Le vin et la bière sont-ils en concurrence ?
Pour que la différence de taux soit contraire à l'article 90 paragraphe 2, ***il faut que la différence porte sur le comportement des consommateurs.***
La Cour conclu que la différence n'a pas pour effet de favoriser la bière Suédoise, donc il n'y a pas de violation de l'article 90, paragraphe 2. C167105.
La Cour ne se limite pas à l'examen du taux, elle va considérer le mode de calcul de la taxe, les modalités d'application de la taxe.
Cette disposition du Traité a été considérée comme un moyen de s'attaquer aux systèmes fiscaux nationaux, afin de favoriser la libre circulation des marchandises.
Dans certains cas on observe que l'article 90 trouve ses limites, lorsque certain produit importés sont lourdement taxés alors qu'il n'y a pas de production nationale.

- ⇨ Au Danemark, les voitures sont très lourdement taxées.

On a essayé de contester cette taxation sur le fondement de l'article 90, mais comme il n'y a pas de produit national similaire, on ne peut pas appliquer l'article 90 du Traité.
Arrêt **« Commission contre Danemark de 1990 »** affaire C-47188
Et affaire C-383/01 de 2003.

Dans un cas comme ca on ne remet pas en cause les taxations des importations. L'idée a été d'utiliser l'interdiction des restrictions quantitatives (article 28 du Traité). La Cour a suggéré qu'il fallait utiliser l'article 28.
Lorsque cet argument a été fait, dans l'affaire de 2003, la Cour n'a pas considéré qu'il y ait violation de l'article 28. ***La Cour a exigé pour qu'une entrave soit reconnue que la libre circulation des marchandises soit compromise.*** La Cour s'en tient à l'argument du Danemark

selon lequel le nombre de véhicule au Danemark par habitant est le même que dans les autres pays.

Il y a souvent dans la jurisprudence de la Cour une question qui se pose, qui est la distinction entre la taxe d'effet d'équivalent et les mesures fiscales discriminatoires.
La Cour de justice a très fermement soutenu qu'il ne pouvait pas y avoir cumul de qualification.
Une charge pécuniaire ne peut être que l'un ou l'autre, soit taxe d'effet d'équivalent ou soit une mesure fiscale.
Une taxe d'effet équivalent est une taxe qui frappe exclusivement les produits importés, tandis qu'une mesure fiscale discriminatoire touchent les produits nationaux et ceux importés.

Des taxes qui portent sur les produits qui frappent uniquement les produits importés ne sont pas nécessairement des taxes d'effet équivalent lorsqu'il n'existe pas de production nationale identique ou similaire et la taxe appartient à un système général intérieur, lequel système s'applique aux deux produits importés ou nationaux.

Certaines taxes qui portent de la même manière sur les deux produits, vont être utilisés au profit des productions nationales.
Si la taxe compense une partie de la charge fiscale, alors il s'agit d'une taxe qui relève de l'article 90 car c'est une partie seulement de la taxe qui est concernée.
Si c'est une compensation totale, alors on est dans le champ de l'article 23.

L'aide fourni par l'état peut compenser partiellement ou totalement. Si c'est partiellement les produits nationaux sont partiellement moins imposés.
Arrêt « Capolongo du 1973 77/72. »
Arrêt du « 8.06.2006 C 517/04. »

Si on constate qu'une taxe frappe plus lourdement une marchandise importée, il faut rembourser soit la totalité, soit une partie.

Section 3 : Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent (MERQ).

Terminologie utilisée par l'article 28 dans le Traité CE.

« Article 28

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

Ce qui est plus compliqué, c'est la notion de Mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives.
Question : En dehors des quotas, n'y a-t-il pas des mesures adoptées par les états qui sont des freins à l'entrée de marchandises provenant d'autre état membre ?
Ex : des normes sanitaires, normes santé et sécurité, aides d'états, normes des marchés publics.

Question : Toutes ces mesures peuvent-elles entrées dans le domaine des MERQ ?

Si on regarde l'article 28, les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent sont interdites entre les états membres.
L'article 29 : Les Restrictions quantitatives à l'exportation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent sont interdites entre les états membres.

Quelles mesures sont concernées ?

Ce qui s'est passée dans la jurisprudence, la Commission européenne sur le fondement de l'article 28 et 29, a pris une directive dans laquelle elle incitait la Cour de justice a interprétée de façon créative les dispositions imprécises des articles 28 et 29.

A) Les grandes décisions concernant les mesures d'effet équivalent.

-**Arrêt Dassonville de 1974** 8174.
La Cour exprime une conception des mesures d'effet équivalent. ***Ces mesures correspondent à toutes règlementations commerciales susceptibles d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire.***
Conception qui s'éloigne de l'approche plus stricte que l'on trouve dans le rapport SPAAK.
Dans ce rapport, les articles 28 et 29 avaient pour objectif d'éviter le protectionnisme, il s'agissait d'éliminer par cette disposition, les mesures qui avaient un effet et un objet protectionniste.
Avec cet arrêt on a le sentiment que c'est au-delà de ca que la Cour veut aller.
Elle veut remettre en cause des dispositions qui ont un effet direct ou indirect, actuel ou potentiel.
La Cour considère l'article 28 comme une disposition générale. Toutes les mesures qui ne sont pas spécifiquement visées par une autre disposition spécifique.

La première catégorie de mesure susceptible d'être contestée, **ce sont les mesures discriminatoires, celles qui distinguent les produits importés ou nationaux, lorsqu'il y a une grande différence au détriment des produits importés, et dans ce cas, la mesure est contraire à l'article 28.**
Ex : Une compagne de promotion des produits nationaux.
Elle est contraire à l'article 28, on peut la qualifier de mesure d'effet équivalent.
Lorsqu'on parle des produits régionaux, ce n'est pas forcément des produits nationaux etc.

Il peut y avoir un ensemble de mesures discriminatoires.

Ce qui est compliqué, ce sont les mesures qui ne sont pas discriminatoires visiblement.
Cela a donné lieu à une autre décision, l'arrêt **« cassis de Dijon » en 1979.**
Elle concerne une situation dans laquelle, une réglementation nationale impose une norme aux produits nationaux, et aux produits importés. Cette norme s'applique au cassis de Dijon.
Il s'agit d'une règle, d'une norme Allemande qui impose pour les liqueurs de fruits un certain taux d'alcool.
Il faut que le produit contienne au moins 25% d'alcool.

Le Cassis de Dijon ne comporte pas 25% d'alcool. Pour cette raison, il ne peut pas être commercialisé comme liqueur de fruit en Allemagne.
L'importateur du cassis de Dijon en Allemagne agit.
Cette norme s'applique t'elle à toutes les liqueurs ?
La Cour précise qu'il s'agit d'une mesure d'effet équivalent. Le gouvernement Allemand invoque le fait qu'il s'agit d'une question de santé publique, car :
-Le fait d'exiger un degré élevé a le but de limiter la consommation d'alcool.
-Cette réglementation concerne une entrave technique et non commercial et on ne peut remédier à de telles entraves que par le biais de l'harmonisation.
-Cette réglementation allemande s'applique aux produits nationaux et importées, elle ne contient aucune discrimination et est donc non contraire à l'article 28.

La Cour de justice dit qu'en l'absence de règle commune, les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant de disparités des législations nationales concernant la commercialisation des produits doivent être acceptés, ce n'est que dans la mesure ou ces prescriptions peuvent être reconnues comme nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant notamment à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de l'efficacité publique, a la loyauté des transactions commerciales et à la protection des consommateurs.
Affaire 120/78.

10.11.09

L'arrêt Cassis de Dijon provoque de très vives critiques.
Pour la CJCE il faut éliminer les règlementations qui ont des effets restrictifs sur la libre circulation et en particulier les barrières techniques qui sont attachées à la spécificité des règles nationales. Ce sont ces règles techniques qui sont directement mises en cause dans l'arrêt cassis de Dijon.

Art 3 de la directive 70-50 : Peut constituer des obstacles à la libre circulation « les mesures régissant la commercialisation des produits et portant notamment sur la forme, la dimension, le poids, la composition, la présentation, l'identification ou encore le conditionnement applicable indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés dont les effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce. »

Cette directive n'était pas loin de l'énoncé de l'arrêt Cassis de Dijon ➔ Il s'agit d'éliminer les barrières techniques à la libre circulation des marchandises.
De plus, la CJCE essaie de traiter les diversités des législations applicables aux produits. Chaque Etat continue d'avoir des règles spécifiques et cette diversité a pour conséquence une double charge pour les produits circulant dans la communauté. Ils vont d'abord être soumis à une réglementation nationale puis quand ils vont être importés dans un autres pays, une autre réglementation leur sera imposée.
La cour veut traiter ce problème dans l'arrêt Cassis de Dijon. Il y a ce souci de traiter la question de la diversité. Elle fait cela dans l'arrêt en exigeant que les marchandises qui sont

« ***légalement produites et commercialisées dans un Etat membre, puisse l'être dans un autre Etat.*** »
C'est **le principe de la reconnaissance mutuelle** !
C'est l'obligation de reconnaitre en principe l'équivalence de la réglementation en vigueur dans un autre Etat. En l'occurrence, il s'agit ici des normes techniques applicables au produit (degré d'alcool dans la boisson).

A partir de cet arrêt, le principe de reconnaissance se met en place avec une portée de plus en plus grande pour le développement du droit de l'Union.

Il ya **des limites à la reconnaissance mutuelle** qui sont reconnues par l'arrêt. Elle peut être limitée quand les Etats peuvent se prévaloir **d'exigences impérieuses** tenant à **l'intérêt général** des Etats.

Mais cette limite n'a pas empêché qu**'il y ait un contentieux très important qui se développe dans les Etats membres sur le fondement des articles 28 et 29** parce que les opérateurs économiques comprennent qu'ils peuvent tirer parti efficacement de l'invocation de l'article 28 devant les juridictions nationales (effet direct) pour contester des réglementations qui les gênent dans leur développement économique.

Ce fort contentieux est le **signe que les acteurs économiques étaient des bénéficiaires de la construction communautaire et que l'effet direct existait et c'est un moyen de renforcer l'intégration européenne**.

Une des autres raisons qui explique le contentieux est le fait que les résultats que l'on peut espérer sur le contentieux cassis de Dijon est incertain. L'arrêt Cassis de Dijon crée un cadre juridique incertain. Le contentieux est nourri par le caractère largement imprévisible des solutions fondées sur les contestations de l'article 28.
Pourquoi les arrêts Dassonville et Cassis de Dijon ont créés ce contexte.

I. Les modes de raisonnements.

Il y a 3 modes de raisonnement. 3 manières de raisonner pour la CJCE dans les affaires concernant les entraves non tarifaires aux échanges sur le fondement de l'article 28.

- A partir de l'arrêt Dassonville, la CJCE a englobé parmi les mesures nationales tombant sous le coup de l'article 28 **« toutes les dispositions qui rendent plus difficiles ou plus onéreuses l'introduction ou la commercialisation de produits importés sont considérés comme susceptibles de tomber sous le coup de l'article 28. » Arrêt 1982 RAU (261-81).**
  Cette solution se base sur l'arrêt Dassonville. Dans cet arrêt il est dit que l'effet restrictif peut être actuel ou potentiel., un effet restrictif seulement potentiel est susceptible de faire tomber une mesure sous le coup de l'article 28. **Il y a une facilité de prouver devant les juges que la mesure est restrictive** car il suffit de montrer que la mesure est simplement potentiellement restrictive et non actuelle.
  Et même si les faits sont négligeables (arrêt Yves Rocher 1993). Un effet négligeable sur les importations suffit pour que la mesure tombe sous le coup de l'article 28.

Il y a une conception très large des mesures restrictives retenues par la Cour.
Cela se fait surtout dans le domaine concernant les caractéristiques des produits (composition, emballage, etc…).

Ce courant de la jurisprudence est source d'incertitude car ce n'est pas parce qu'une mesure tombe sous le coup de l'article 28 qu'elle est nécessairement condamnée parce que **la CJCE a laissé ouvert une possibilité de justifier des entraves aux échanges**. Cette justification va être rendue possible **si les Etats prouvent que les mesures sont légitimes et proportionnées à leur but.**
Ex : Des règlementations qui concernent l'interdiction du démarchage à domicile, publicité des produits, horaires d'ouverture des magasins…
Dans un certains nombre de cas, les Etats vont pouvoir maintenir les mesures en causes.

- Dans cette première tendance, il y a en parallèle un **deuxième mode de raisonnement** installé par la CJCE qui consiste à dire que **certaines mesures ne peuvent pas être considérées comme entrant dans le champ de l'art 28 car elles n'ont pas de liens suffisant avec les échanges**.

La Cour adopte cette solution à partir des années 80' (**arrêt Blesgen 1982).** La règle contestée ici sur le terrain de l'article 28 est une règle qui interdit la consommation et la vente d'alcool dans les lieux publics. La CJCE va dire que cette interdiction n'a pas de liens suffisant avec les échanges et du coup, elle ne tombe pas sous le coup de l'article 28.
Aujourd'hui, la cour considère que **les effets restrictifs de la mesure sont trop indirects et aléatoires** pour considérer qu'elle rentre dans le champ de l'article 28 (**Arrêt 1990 Krantz).**

- Le troisième mode de raisonnement est apparu au début des années 90'. **Arrêt de 1993 Keck et Mithouard** qui vise à clarifier la jurisprudence. Cette décision survient pour réagir aux critiques portant sur l'existence d'une conception très large de la notion de mesure d'effet équivalent.
  Cette décision se présente comme un revirement par rapport à l'arrêt Cassis de Dijon.

Dans cet arrêt, **la cour va s'efforcer de préciser la sphère des mesures contraires à l'article 28 et elle veut aussi restreindre le champ d'application de l'article 28**.
Elle va décider que certaines mesures, qui établissent **des modalités de vente** sont désormais **exclus du champ d'application de l'article 28** mais elles ne le sont que « **lorsqu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés qui exercent leur activité sur le territoire national et lorsqu'elles affectent de la même manière en droit et en fait la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance des autres Etats membres**. »
Cette solution se justifie selon la cour car ces mesures n'empêchent pas l'accès au marché de ces produits.
C'est un revirement de jurisprudence !

Cette solution n'est pas efficace dans son but de clarification.
Dans l'arrêt Keck et Mithouard, il était question de revente à perte. Une réglementation française interdit la revente à perte. Pour la CJCE l'interdiction de la revente à perte est une

modalité de vente et donc on laisse faire les français et on ne remet pas en cause cette solution.

On ne sait pas très bien ce qu'il faut entendre par **« modalité de vente** ».
En décembre 1993 après l'arrêt Keck et Mithuard, une autre décision est rendue et l'avocat général s'efforce de répondre à cette notion. Arrêt Hûnermund dec 1993 : L'avocat général essaie de cerner la notion de modalité de vente :
« Les modalités de vente répondent aux questions suivantes : Qui peut vendre les produits, comment, ou et quand ? ».

Ex : Pain surgelé. Il y a une réglementation où est exigée un certain conditionnement et un certain étiquetage du pain pour protéger le consommateur. **La Cour dit qu'il s'agit d'une modalité de vente parce qu'il n'y a pas d'obligations de modifier le produit. Affaire Morellato 2003.**

Ex : Vente de pain précuit surgelé en Grèce, Cette commercialisation est interdite en Grèce car pour commercialiser du pain en Grèce, il faut une autorisation d'exploiter une boulangerie. **La cour considère que cette interdiction grecque concerne les caractéristiques des produits et non pas les modalités de vente**. (Affaire Commission contre Grèce 2006).

16.11.09

La Cour donne un cadre formel par lequel elle veut supprimer le contentieux.
Cependant la notion de modalité de vente est difficile à cerner.

La deuxième difficulté tient à la formule utilisée par la Cour de justice : « Les mesures qui établissent des modalités de vente sont exclus de l'article 28 mais à condition… »
Cela signifie qu'il faut mesurer les faits discriminatoires ou pas des mesures qui concernent les modalités de vente. Elles tombent sous le coup de l'article 28 si elles ont un effet discriminatoire.
C'est un aspect qui alimente un contentieux nouveau car il y a une grande difficulté à déterminer si une mesure affecte les produits nationaux ou produits importés.
Il faut faire une analyse du marché.
Ex : interdiction en Italie des ouvertures des magasins le dimanche.
L'Italie interdit l'ouverture des magasins le dimanche. Un distributeur, un gérant de supermarché dit qu'elle est contraire à l'article 28.
En effet aucun produit importé ne peut être vendu, donc il y a une restriction à la libre circulation des marchandises.
Si l'arrêt n'avait pas été adopté, la Cour aurait raisonné selon les premiers raisonnements.
S'agit-il des mesures d'effet équivalent. Il faut un effet restrictif qui peut être seulement minimal.
On se trouve dans une situation dans laquelle on peut dire qu'il s'agit de modalité de vente.
La Cour dit que la détermination des périodes de magasins est une modalité de vente. Elle ne tombe pas sous le coup de l'article 28. C'est une question préjudicielle, il y a une incidence différente sur ces fermetures, car d'après le juge italien, si les magasins sont

fermés le dimanche, les consommateurs ont tendance à s'approvisionner dans des petits commerces.
Or dans ces grands supermarchés on vend plus de produits importés.
L'interdiction d'ouvrir le dimanche provoque une répartition des achats qui favorise les produits nationaux.
Dans cette décision on voit la difficulté de la formule utilisée dans l'arrêt Keck et Mithuard. Il faut mobiliser des données selon lesquelles les ventes se répartissent. Ce sont des analyses du marché.

Ex : L'affaire **« Simerano casa uno »** de 1996 C418-96.
La Cour de justice peut dire qu'il y a un effet différent, et elle peut renvoyer la question devant un juge national sur l'effet discriminatoire ➔ Réglementation suédoise qui interdit la publicité destiné aux enfants de – de 12 ans.
La Cour fait une analyse en disant qu'effectivement une interdiction totale de publicité veut dire une interdiction de promotion des produits, et cela peut avoir un impact différent sur les produits nouveaux.
Il se peut que s'agissant des produits nationaux, la publicité soit le seul moyen efficace donc, les consommateurs vont consommés les produits qu'ils connaissent.
La Cour ne nie pas qu'il puisse y avoir une influence plus importante sur les produits connus des consommateurs.
Mais la Cour ne se prononce pas sur un effet discriminatoire, sur un effet différent. Elle décide que cette appréciation devra être faite par le juge national. **« arrêt de agostini de 1997** ». 34 35 36 / 95.
Il y a aussi beaucoup d'incertitude sur l'impact.

Lorsqu'on regarde le contentieux portant sur l'effet différent, on observe que pour considérer que la mesure tombe sous l'article 28, la Cour recherche un effet protectionniste assez évident.
Dans une décision rendu en 94, il était question d'interdiction de la publicité pour des médicaments qui ne sont pas intégrer sur le territoire d'un état mais qui peuvent être importés légalement.
L'état en cause interdit la publicité pour ces médicaments.
La Cour n'a pas de difficulté pour conclure qu'il va y avoir un impact différent sur les médicaments provenant d'autre état membres, et donc il y a bien une restriction contraire à l'article 28. La mesure entre dans le champ d'application de l'article 28. Alors que s'il n'y avait pas d'impact différent cela ne rentrerait pas dans le champ de l'application.
Arrêt « Eurim Pharm » de 94.

Ex : Question posée par rapport aux ventes ambulantes Autrichiennes de produits alimentaires.
Cette réglementation imposait qu'il fallait avoir un établissement stable à proximité et elle conditionnait cela à l'exercice d'une activité commerciale. Il fallait une certaine proximité.
Cette modalité de vente affecte de la même manière les produits nationaux et ceux importés. *La Cour conclut qu'il y a un impact différent, alors même que la réglementation ne différencie pas les différents opérateurs*.
Cela ne parait pas évident. On ne voit pas des éléments qui soient très probant. La Cour se passe d'analyse économique, la décision semble un peu vague, elle n'est pas très fondée.

La Cour prend une décision alors qu'elle n'a pas tous les éléments.
Cette décision **c'est une affaire rendue en 2000 C 254/98 Heimdienst.**

On trouve trois approches qui laissent des incertitudes sur les solutions des litiges.
La première voix d'analyse qui concerne les caractéristiques des litiges.

On s'interroge une fois qu'on considère qu'une mesure rentre dans le champ de l'article 28 si on peut maintenir cette mesure si c'est une mesure d'effet équivalent.

Chapitre 2 : La justification des entraves à la libre circulation des marchandises.

La justification n'est possible que si on tombe sous le coup des articles 28 et 29.

Dans ce chapitre il est question des entraves non tarifaires.
Ce qui est important c'est de prendre conscience que les pratiques qui sont susceptibles de restreindre la libre circulation des marchandises, ne sont pas toujours condamnées. Le droit de l'union admet que soit maintenues des règles qui poursuivent un but légitime de nature à primer sur la libre circulation des marchandises.
Il existe en droit de l'union, une tolérance pour une forme d'intérêt général, qui n'est pas le marché. On admet que le marché reste limité car il y a d'autres objectifs plus importants.
Dans les deux cas, il y a une condition :
Il faut un test de proportionnalité.

Section 1 : Les exceptions fondées sur l'article 30 du Traité.

L'article 30 prévoit des exceptions à la libre circulation des marchandises.
Le texte précise : « Article 30
Les dispositions des articles 28 et 29 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres»

Le premier aspect de cette rigueur c'est que la Cour n'a jamais considéré que l'article 30 ait une réserve de souveraineté.
Pour la Cour **les états disposent d'une certaine liberté pour apprécier les dispositions de l'article 30, mais ce n'est pas une liberté totale,** pour éviter une atteinte excessive aux principes qui régissent le marché unique.
La Cour se réserve le droit d'apprécier la comptabilité avec le traité du recours par les états de l'article 30.
Elle fixe les critères d'interprétation de l'article 30.

Cette attitude de la Cour s'est trouvée justifiée par le fait que l'article 30 comporte une seconde phrase dans laquelle on exige que ***les mesures qui restreignent la libre circulation et qui serait justifiée par une des raisons ne doivent pas constituer un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entres les états membres.***

La Cour se trouve autorisée à contrôler qu'il n'y a pas un usage abusif. Elle a le pouvoir d'éviter que l'invocation des justifications soit faite pour protéger l'abus national.
Elle a appliquée cette deuxième phrase en soulignant que les motifs ne devaient pas être détournés de leur fin.
Ex : Importation de produits pornographiques au RU au motif qu'il y avait des raisons d'ordre public.
La Cour met en œuvre ces contrôles, d'un usage non abusif de l'article 30.
Arrêt de 1979 34/79 Henn & Darby.
Arrêt sur les volailles : Affaire dans laquelle le RU interdit peut avant noël l'importation de dinde étrangère sur son territoire au motif qu'il y aurait un risque sanitaire.
La Cour de justice constate que *certains faits montrent qu'en réalité l'objectif des mesures sanitaires était de bloquer les importations en provenance d'autres états membres*.
La Cour apprend que le gouvernement a été soumis à des pressions de la part des éleveurs de volailles.
La Cour de justice considère qu'il y a eut une utilisation abusive de l'article 30, elle ne pouvait pas être justifiée.
La Cour admet des restrictions fondées sur des motifs non économiques.
Les restrictions qui sont autorisées ne peuvent viser que des hypothèses non économiques, c'est-à-dire des hypothèses non susceptible de porter atteinte au principe des articles 28 et 29.
L'idée c'est que les états membres ne peuvent pas se soustraire aux exigences de libre circulation, au motif qu'ils ont des difficultés économiques.
Des difficultés économiques ne peuvent jamais justifier cela.

S'il y a des entraves à la libre circulation qui peuvent être acceptés au nom de l'article 30, ce sont des exceptions qui pallient la disparité des législations nationales.
Au fur à mesure que l'harmonisation va se faire, ces exceptions ne pourront plus être invoquées.
Chaque fois qu'une harmonisation intervient on ne peut plus justifier.
Il faut qu'il existe une directive d'harmonisation particulière qui permet d'atteindre les objectifs de l'article 30.
On peut admettre s'agissant des contrôles sanitaires, que l'on peut invoquer l'article 30 pour limiter la circulation de marchandise car il n'y a pas d'harmonisation.
Si la Communauté européenne prend des mesures européennes, il n'y a plus de possibilité d'invoquer la santé publique pour imposer des procédures particulières de mise sur le marché sur le territoire.
Le problème est de savoir si l'harmonisation permet de remplir les objectifs poursuivis par l'état et au nom desquels il invoque l'article 30.

Dans le cadre de cette interprétation stricte de l'article 30, il y a cette solution selon laquelle la liste des exceptions énumérées par l'article 30 est une liste limitative.
C'est une jurisprudence constante sur laquelle la Cour s'est arrêté en 1968 et sur laquelle elle n'est pas revenue depuis, c'est-à-dire qu'**on ne peut pas invoquer d'autres raisons que celles qui sont invoquées, mentionnées par l'article 30 pour faire exception aux articles 28 et 29.**

-Les raisons tirées de la moralité publique, de l'ordre public et sécurité publique.

On doit permettre des exceptions car ce sont des intérêts essentiels des états, y compris contre le marché. Le marché ne justifie pas tout.
S'agissant d'ordre public et sécurité publiques, il y a des développements. En marchandise c'est moins net, la sécurité publique sur les questions d'approvisionnement en matière de produits pétroliers.

Pour la moralité publique, on revient aux affaires britanniques Henn et Darby.
Elle peut être reconnue avec l'article 30.
La Cour aborde la question de la moralité publique en indiquant qu'il faut trouver un compromis.
Les états membres sont libres de déterminer les exigences de la moralité publique. Ils peuvent le faire selon leur propre valeur, et dans la forme qu'ils ont choisis.
La Cour reconnaît une autonomie des états membres. Elle n'impose pas du tout un alignement des états membres, elles n'obligent pas les états à rabaisser au nom du bon fonctionnement du marché.
Chacun reste libre de ces conceptions.
Mais l'autonomie doit être conciliée.
Ex : Il s'agit d'importation de poupée gonflable au RU.
L'interdiction parait en contradiction avec le fait que les poupées gonflables sont commercialisées au RU.
La Cour considère qu'*il ne pouvait pas y avoir contradiction entre politique d'importation et politique en vigueur pour les produits nationaux.*
Il est donc impossible d'accepter l'argument.
Il y a une exigence de cohérence dans l'attitude du gouvernement.
Arrêt Conegate de 1986. 121/85.

17.11.09

La référence à la moralité publique n'a pas cessé de revenir, d'être discutée.
On peut citer les produits du corps humain etc.

Ex : La libre circulation de cassette vidéogramme. **Arrêt de 2008.**
Il est question de l'entrée en Allemagne de cassette et dvd et ce pays a une réglementation qui conditionne la distribution de ces produits à l'obtention d'une autorisation concernant un contrôle pour savoir à quel type de public concerne la vidéo.
L'Allemagne justifie en indiquant qu'il s'agit d'une manière de protéger la moralité publique, la protection des mineurs fait parti de la moralité publique.
La Cour suit sur ce terrain et admet qu'effectivement la protection des mineurs relève de la moralité publique.
La Cour reprend une analyse qu'elle faisait sur la moralité publique.
Les états sont libres de fixer le niveau de protection. Il relève de choix nationaux et chaque état est libre d'avoir un niveau de protection élevé.
Arrêt **Dynamic mediem de février 2008. C 244/06.**

Il y a d'autres exceptions.
Cela concerne la propriété industrielle et commerciale. La Cour de justice soutient que **les exceptions à la libre circulation ne peuvent pas être fondées sur des motifs économiques.**

Mais quand on considère qu'il y a une exception du point de vue de la propriété industrielle et commerciale, il y a certaines tensions.
Ici le droit de l'Union a la volonté d'assurer que les inventeurs ou les auteurs seront protégés et stimulés dans leur création par l'assurance d'en tirer un certain profit.
C'est la même chose pour les marques, ou c'est ce qui garanti une certaine qualité du produit.
Ces systèmes de protection sont construits à l'échelle nationale dans un premier temps. Il valle à l'intérieur des frontières d'un état et autorise à interdire l'importation de produit qui sont sous marque.
➔ Cela porterait atteinte aux produits protégés.

La solution serait de produire une protection à l'échelle de l'Union. Tant que ce n'est pas fait, il y a un cloisonnement.
Il y a une remise en cause de la protection, qui existe mais qui est limité au domaine national.
Cette protection se construit comme un monopole d'exploitation sur un territoire donné, le territoire de protection, les territoires nationaux.

Cette exception a été élargie progressivement par la Cour de justice lorsque l'on regarde les termes du traité CE **c'est la propriété industrielle et commerciale qui sont protégées.**
Quand on considère la jurisprudence, **c'est toute la propriété intellectuelle qui est protégée**.
-Les dessins,
-Marques et brevet,
-La propriété littéraire et artistique en se fondant sur l'article 30,
-Les droits d'obtention végétale (protège la découverte de nouvelles variétés) arrêt de 82.
-Les dénominations particulières, les dénominations d'origine.
Tout cela entre dans le champ d'application de l'article 30.

La Cour a été très rigoureuse sur certains aspects de l'utilisation de cette exception. **Elle a précisé que les dérogations à la libre circulation des marchandises ne peuvent pas être admises si elles ne sont pas justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de la propriété industrielle et commerciale** (arrêt de 78 repris ensuite).
La Cour essaie de délimiter dans les droits de la propriété industrielle et commerciale ce qui peut justifier une exception en fonction de l'objet spécifique.

Ex : l'objet spécifique du brevet ? *C'est d'assurer à son titulaire le droit exclusif d'utiliser une invention en vue de la fabrication et de la première mise en circulation du produit industrielle.* ***Arrêt de 94. Centrafarm***

S'il y a des droits plus étendus que cela, ils n'autorisent pas des exceptions.
Si le droit national protège cela, il peut être maintenu y compris s'il y a une entrave à la libre circulation, mais s'il y a des droits plus étendu, ils ne pourront pas faire obstacle à la libre circulation.

C'est la même chose pour la marque. La Cour précise qu'**il faut protéger la fonction de la marque. C'est de permettre à une entreprise de s'attacher une clientèle par la qualité de ses produits ou de ses services**.
Pour qu'une entreprise par la marque qu'elle utilise puisse s'attacher une clientèle, il faut que la marque garantisse que tous les produits qui en sont revêtus, fabriqués sous le contrôle d'une entreprise à qui ont peut attribuer la responsabilité de la qualité de ses produits.

Selon cette conception il faut permettre au le titulaire de la marque d'être protégé des risques de confusion qui permettent à des tiers de profiter de la réputation de certains produits.

La Cour de justice autorise une entreprise à s'opposer à la commercialisation de produit dans l'état dans lequel sa marque est protégée lorsque ces produits sont des produits similaires fabriqués et commercialisés dans un autre état sous une marque qui peut être la même susceptible de prêter à confusion.

Des solutions dans lesquelles on voit que la Cour admet des restrictions à la libre circulation de marchandise pour garantir des protections industrielles et commerciales mais elle encadre ces restrictions.

Il y a quand même un souci de limiter l'usage de la propriété industrielle et commerciale. Pour cela la Cour prévoit la règle de **l'épuisement des droits.**
Elle signifie que le monopole reconnue par la loi au titulaire d'un droit s'épuise **au premier acte de commercialisation du produit** que ce soit par le titulaire du droit ou par un tiers autorisé à cette commercialisation. Cette règle limite le domaine de l'exception, il limite le jeu du monopole au premier acte de commercialisation du produit.
Une fois le produit commercialisé, le titulaire du droit ne peut plus s'opposer à ce qu'un autre produit circule librement, soit commercialisé librement, ou importé librement.
Il faut éviter de mettre en place un cloisonnement des marchés nationaux.

Il y a parfois des intérêts que la Cour doit considérer. Si on prend le droit de marque, on peut admettre que le titulaire du droit de marque s'oppose à une commercialisation ultérieure lorsqu'il existe un **motif légitime.**
Cela arrive lorsqu'il y a eu des reconditionnements des produits et ou la situation justifie un certain contrôle du titulaire de la marque sur les commercialisations ultérieures.

L'articulation des articles 28 et 30 n'est pas aussi simple. La formulation lapidaire des exceptions recouvrent des situations complexes. C'est le cas pour la propriété industrielle et commerciale. Il est difficile de trouver les bons ajustements.

L'idéal serait une harmonisation. Cela a été fait pour la marque. Il y a maintenant une marque communautaire depuis 94. On a plus le problème du cloisonnement.

Section 2 : L'invocation de l'intérêt général en dehors de l'article 30.

L'intérêt général forme l'une des justifications possibles. Il utilise le maintient à la libre circulation des marchandises.
Cela provient de **l'arrêt Cassis de Dijon de 1979.**
On trouve l'idée que les obstacles à la libre circulation intracommunautaire qui résultent de disparités entre législations nationales **peuvent être acceptés s'ils sont nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives d'intérêt général.**
La Cour peut admettre des obstacles si ces obstacles visent à satisfaire à des exigences impératives.

A) Définition de l'exigence impérative.

Il n'y a pas de définition, ni dans le Traité ni dans la jurisprudence. **La Cour dit simplement que des mesures nationales ne sont pas des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives si leur effet restrictif ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour atteindre certains objectifs légitimes.**
La Cour en cite un certains nombres, *efficacité des contrôles fiscaux, protection de la santé publique, la protection des consommateurs, la loyauté des transactions commerciales*.

La Cour ne dit rien de plus, elle ouvre une voix à des possibles justifications de mesure ayant un effet restrictif à la libre circulation. Elle ouvre cette voix de façon large.
Tous les motifs tirés de l'intérêt national peuvent être invoqués à l'exception des motifs qui sont de nature économique.

En dehors de cette restriction, il n'y a pas de limite aux possibilités d'invoquer l'intérêt général pour la libre circulation.
La mesure en cause doit viser à protéger l'intérêt général. La Cour ne cherche pas à définir pour l'Union ce qu'il faut entendre par l'intérêt général.
On a seulement la liste tirée de l'arrêt Cassis de Dijon.

On peut trouver aussi la protection de la santé.
C'est une justification possible admise par la Cour de façon générale.
On n'avait pas besoin de cette référence où l'article 30 fait figurer la protection de la santé des personnes et des animaux.
Dans la jurisprudence qui a suivit l'arrêt Cassis de Dijon, beaucoup de motif ont été invoqué par les états et ont été admis par la Cour.
Ex : La protection de l'environnement. C'est devenu un intérêt communautaire, pour l'Union.
On a la protection de valeur culturelle qui peut justifier des restrictions à la libre circulation.
On restreint la possibilité de diffuser des films en vidéos pendant un certain temps après la sortie en salle de film. C'est une politique culturelle.

Remarque : La liste des justifications possibles, on ne la connaît pas, elle s'enrichit au fur et à mesure des arrêts.

Il est assez rare que la Cour juge qu'il n'y a pas d'intérêt général en cause.

B) Conditions pour que les états puissent invoquer ces justifications.

*La condition du caractère indistinctement applicable des mesures contestées.
Cela signifie que pour qu'une justification fondée sur des exigences impératives d'intérêt général soit possible, **il faut que la mesure en cause s'applique indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés.**
C'est parce qu'au fond, on ne peut admettre qu'un état prend une mesure dans l'intérêt général si cette mesure s'applique selon l'origine des produits.
S'il y a un intérêt général en cause, il doit s'appliquer à tous les produits.
Pour avoir toutes cette surface très large des justifications, il faut que la mesure s'applique à tous les produits.
Dans la jurisprudence, si une mesure distingue en fonction des produits, elle ne peut pas trouver sa justification ailleurs que dans l'article 30.
Arrêt commission contre Irlande de 1981 113/80.

Ce qui fait difficulté ici, c'est qu'on ne sait pas ce que veut dire indistinctement applicable de la mesure.
Est-ce qu'une mesure est indistinctement applicable dès lors qu'il y a un traitement spécifique en fonction des produits nationaux et importés.

La Cour retient une mesure indistinctement applicable lorsqu'elle s'applique différemment en fonction des produits.

On considère que la Cour en 1999 procède à une extension des exceptions de l'article 30. Il y a eu un élargissement des raisons. Selon la Cour de justice elle-même la liste reste limitative. C'est une position que la Cour a adopté.
La première voix de conciliation ne fonctionne pas très bien.
Ceci dit, on est dans des situations très proches. **Certains obstacles peuvent être admis au nom d'objectifs d'intérêt général qui priment sur le marché intérieur.**

L'idée consiste à dire que le recours à des exigences impératives intervient avant les mesures d'effet équivalent.

Ex : arrêt des chewing-gums non emballé. Une réglementation autrichienne interdit la commercialisation non emballé.
Est-ce compatible avec l'article 28 ?
Elle va dans un premier temps faire référence à **l'arrêt « Dassonville »**

23.11.09

Seules les justifications fondées sur le Traité et l'article 30 permettent de maintenir les mesures discriminatoires.
Il y a une difficulté de justifier car l'article 30 énumère une liste limitative.
Avec l'arrêt des chewing-gums qui d'un point de vue pratique est satisfaisant.
Cet arrêt pose un problème au gouvernement autrichien.
« Schwarz » du 24 novembre 2005. C 366/04.
Dans un premier temps la Cour fait référence à l'arrêt « Dassonville », la commercialisation des produits est rendues plus onéreuse par le gouvernement autrichien, car il faut les emballer. ***La règlementation rend plus onéreuse la commercialisation.***

Elle conclu d'après Dassonville *qu'il s'agit d'une mesure équivalent au sens de l'article 28*.
La Cour dit qu'une règlementation qui entrave la libre circulation des marchandises n'est pas nécessairement contraire au droit communautaire ***si elle peut être justifiée par une des raisons d'intérêt général énumérées à l'article 30 ou par l'une des exigences impératives consacrée par la jurisprudence de la Cour*** dans le cas ou la réglementation est indistinctement applicable (référence à cassis de Dijon).
Le gouvernement autrichien invoque la santé publique. Cet argument est suffisant pour la Cour.
Ensuite elle parle du contrôle de proportionnalité.

Ex : Arrêt concernant un filtre coloré imposé sur les voitures. Ils sont interdits au Portugal. C'est contraire, cela gène les contrôles de police, les contrôles qui visent à arrêter des trafiquants, et à voir que les ceintures de sécurité sont biens attachés.
La Cour dit que selon une jurisprudence constante, ***que ne peut être justifiée que par une des raisons d'intérêt général énuméré par l'article 30 ou par une Jurisprudence de la Cour (cassis de Dijon).***
L'arrêt Portugais du 10 avril 2008 (commission contre Portugal) C-265/06.

-Il reste le test de proportionnalité.

Section 3 : Le contrôle de proportionnalité.

A) La notion de proportionnalité

Lorsqu'il est acquis qu'une mesure tombant sous le coup de l'article 28 peut être justifiée, elle pourra être maintenue que si elle est proportionnée à l'objectif poursuivit.
Un état ne peut pas imposer ses règles nationales, mêmes lorsqu'elles sont justifiées par l'intérêt général, si ces règles ne sont pas strictement nécessaires pour remplir leurs objectifs.
Cela se traduit par l'idée que s'il existe plusieurs mesures**, l'état doit choisir celle qui apporte le moins d'obstacle à la liberté.**
Il y a un **test de sélection**, qui est fait par l'état de la mesure qui rempli un intérêt général, on contrôle s'il a bien choisi, tout en limitant le moins possible la libre circulation. C'est un principe qui vise à trouver une conciliation, qui vise à concilier, la libre circulation d'un coté et certains actes pris à des fins d'intérêt général qui sont contraires à ces libres circulations.
Il faut articuler cela pour trouver des équilibres.
On va sélectionner la mesure qui restreint la libre circulation, mais le moins possible.
Ce contrôle là que les juges nationaux sont censés effectuer et que la Cour de justice met en œuvre.
-La cour de justice vérifie que la mesure est appropriée. La mesure doit être apte à remplir ce but.
Le deuxième aspect du test c'est le cœur, **c'est le test de nécessité**. C'est la nécessité de la mesure, on parle parfois de test de l'entrave minimale et un auteur Belge, Marc Fallon parle de test d'interchangeabilité, test de substituabilité. **La mesure ne peut pas être remplacée par une mesure alternative qui remplirait le même objectif, mais qui serait moins restrictive.**
On le voit très bien dans la jurisprudence de la Cour.

La Cour conclu que la mesure n'est pas proportionnée. Ce n'est pas nécessaire, on pourrait faire autrement.

Ex : on le voit dans le domaine des consommateurs, lorsque les états invoquent la protection des consommateurs. Il y a beaucoup de sanction de la Cour sur le terrain de la proportionnalité.
Il y a d'autre possibilité.

-La troisième dimension du test de proportionnalité, **c'est le test de balance des intérêts** ou proportionnalité stricto cencu.
Le juge doit vérifier que la mesure justifie un juste équilibre entres les intérêts. **On regarde les intérêts de même poids et on vérifie qu'il y a bien un équilibre qui est trouvé.**
Cela se voit bien lorsque la restriction aux droits fondamentaux est justifiée au nom des droits fondamentaux dans l'état concerné.
La Cour va vérifier qu'il y a bien un équilibre acceptable entre la liberté de circulation et le droit fondamental.

B) Le mode de contrôle.

Ce contrôle par la Cour de justice est un contrôle un peu déroutant, difficile à saisir. Il y a plusieurs manières de procéder au contrôle de proportionnalité. La première façon d'opérer consiste un faire un test de proportionnalité et à mener un contrôle approfondi dans lequel la Cour tranche elle-même la question de la proportionnalité.
Il y a des tas d'exemples.
Ex : Schwarz. La Cour conclut que la mesure est proportionnée.
Ex : affaire concernant l'interdiction de démarchage pour du matériel pédagogique, qui est une réglementation française, qui interdisait de faire du porte à porte.
La Cour regarde s'il est vraiment nécessaire d'interdire ce démarchage pour assurer les protections des consommateurs.

Elle fait une analyse approfondie.
En principe il y a une alternative qui est la possibilité de résilier les contrats. Il suffit de prévoir une faculté de résiliation. On peut penser que la proportionnalité n'est pas respectée.
Elle souligne qu'il y a un risque d'achat irréfléchi, car le consommateur se sent faible, il est en retard socialement, et cela le rend vulnérable face au vendeur.
La difficulté ce n'est pas seulement la perte financière, mais c'est aussi que la formation suivie pourrait être entravée.
Le gouvernement français a pu juger opportun d'interdire le marchandage à domicile. Arrêt **Buet de 1989.**
Aujourd'hui cela aurait changé avec l'arrêt **Keck et Mithouard**, car il s'agit d'une modalité de vente.

*La deuxième modalité, **c'est un contrôle dans lequel la Cour ne va pas jusqu'à trancher la proportionnalité.** Il va indiquer aux juridictions nationales quels éléments, elles doivent prendre en compte pour respecter le principe de proportionnalité.

Dans ces hypothèses de contrôle préjudiciel, la cour ne tranche pas la question de proportionnalité car elle développe des éléments.

Ex : Les restrictions introduites par les états d'aditif dans les aliments.
Dans certaine affaire, la Cour dit qu'il faut trancher la question de proportionnalité en se reportant aux habitudes alimentaires dans l'état d'importation. Cela varie d'un état à l'autre.

Arrêt sandoz de 1983 C 174/82.
Ex : arrêt Familia prez, l'affaire concerne l'interdiction d'insérer dans les magasines des encadrés permettant de participer à des jeux pour gagner des lots.
Dans un certain état, c'est interdit.
La raison pour laquelle c'est interdit c'est que cette mesure est nécessaire dans l'état considéré pour maintenir le pluralisme de la presse. S'il y a une concurrence, les consommateurs vont délaisser la presse.
La raison pour laquelle ces types de publication sont interdits c'est qu'il y a un risque de concurrence trop forte avec la presse traditionnelle.
C'est de l'ordre des droits fondamentaux.

Dans cette affaire, **la Cour va donner des lignes directrices**, elle va demander comment faire. C'est assez précis. Il faut que le juge national procède à un examen de la presse, il faut délimiter le marché en cause, qu'il prenne en compte les parts de marché de chaque éditeur et leur évolution, il faut mesurer le degré de substitution aux yeux du consommateur du produit concerné aux journaux qui n'offrent pas la même possibilité de gagner un prix.

*La troisième hypothèse **c'est le cas ou la cour ne tranche pas et renvoie au juge national de trancher la question de la proportionnalité.**
Quand la Cour de justice procède de cette manière on est mécontent, car au fond c'est une manière de faire qui abandonne au juge national la solution➔ Il aura une grande liberté.

La Cour de justice n'est pas toujours bien placée pour contrôler la proportionnalité.
Elle manque parfois d'éléments pour trancher.

La Cour de justice est un acteur supra national et veut ménager les états. En abandonnant, elle se met en retrait, elle tolère toute la place du juge national pour prendre des décisions.
Du coup, c'est une manière posée et retenue d'organiser les rapports entre le droit interne et le droit de l'union. C'est un aspect difficile et intéressant.

C) Le lien entre proportionnalité et reconnaissance mutuelle.

Le contrôle de proportionnalité implique qu'on ne peut pas imposer le respect de règle si l'objectif est déjà rempli ou peut être rempli d'une autre manière qui restreigne la liberté de circulation.
Cette situation se présente lorsque les objectifs sont déjà remplis par la législation de l'état d'origine des marchandises.
Si le même intérêt général est déjà protégé, il n'y a plus besoin d'appliquer les règles de l'importation.
C'est une prise en compte du parallélisme des règles.

Il utilise cette formule, il y a des règles qui sont parallèles, elles remplissent les mêmes fonctions.
On trouve cela exprimé dans la jurisprudence de la Cour.
Ex : Il est prévu qu'un état puisse imposer des mesures de contrôle des produits pharmaceutiques qui sont des restrictions d'importation pour protéger la santé publique.
Cela contribue à la santé publique.
Il n'est pas possible d'exiger des essais en laboratoire si ces mêmes essais ont déjà été effectués dans un autre état membre et si l'état d'importation peut disposer de résultat. On ne peut pas imposer de refaire des contrôles.
Arrêt **« biologische producten » de 1981. C 272/80**.
Il existe une règlementation similaire dans l'état d'origine des marchandises.

Ex : Commission contre Pologne sur les contrôles techniques des véhicules automobiles. Arrêt de 1970.
➔ Il faut éviter de dupliquer des obligations similaires car cela constitue une charge sur les bénéficiaires de la libre circulation. **La Cour de justice veut éviter que l'on cumule l'application de ces législations, car cela constitue une restriction à la libre circulation**.
Le fondement selon la Cour **c'est la confiance mutuelle**. La prise en considération par l'état importateur des règles existantes dans un état et l'obligation qui lui est faite de reconnaître l'équivalence, cela constitue une expression d'un principe plus général de confiance plus mutuelle des états membres. **Arrêt de 1989 « Wurnser** ».

24.11.09

Difficulté au niveau de l'équivalence fonctionnelle :
Il y a eu des affaires ou on était en présence de règles nationales qui poursuivaient les mêmes objectifs mais qui le faisaient de manière différente.

Ex : Les fraudes relatives aux métaux précieux. Pour lutter on a différentes techniques en fonction des états. En France on a le poinçonnage des métaux pour prouver la qualité.
Il y a d'autre état pour lutter contre la fraude, cela se fait par une responsabilité du fabriquant qui est soumis à des règles.
Peut-on exiger à poinçonner les métaux ?
La Cour dit qu'il n'est pas obligatoire de considérer comme équivalent les deux modes de contrôle même s'ils remplissent le même objectif. On a des modalités différentes de protection, que l'on ne peut pas concilier.
Il y a bien une équivalence fonctionnelle.
Arrêt Houtwipper de 1994.

Ex : L'autre exemple ce sont les machines à travailler le bois.
Problème entre France et Allemagne pour l'importation d'une machine allemande. En France il y a une certaine sécurité à respecter sur la machine.
En Allemagne on privilégie la formation des utilisateurs.
Les machines peuvent-elles être importées en France ?
La Cour précise qu'au fond *on n'a pas besoin de tenir compte des modalités, mais si ces modalités sont différentes, inconciliables, on ne peut pas les articuler de manière satisfaisante, dans ce cas la on peut admettre le cumul des règlementations.*

Arrêt Commission contre France de 1986 C 188/184.

Section 4 : spécificité de l'argument des droits fondamentaux.

Question : Comment la protection des droits fondamentaux prend sa place dans la justification des entraves à la libre circulation des marchandises ?

Le premier aspect c'est une approche de la Cour de justice lorsqu'un état invoque une justification pour limiter la libre circulation, la Cour va contrôler que la justification est conforme aux droits fondamentaux dont elle assure le respect.
L'affaire concerne la libre prestation de service mais vaut de façon générale.
Arrêt de 1991 ERT C 260/189.
➔La Grèce institue un monopôle pour la télévision et elle cherche à justifier ce monopôle au nom de la santé publique, protection publique, ordre public.
Dans ce contexte on dit que lorsqu'un état invoque des arguments pour justifier des restrictions à la libre circulation, cette justification doit être interpréter à la lumière des principes généraux du droit et notamment des droits fondamentaux.
Pour bénéficier des exceptions prévues par le traité ou la jurisprudence, **il faut que l'argument invoqué par l'état ne soit pas une source de restriction aux droits fondamentaux. Ici c'est la liberté d'expression qui est en cause.**

Le deuxième aspect, c'est la question de savoir si l'argument tiré de la protection des droits fondamentaux appartient à une catégorie particulière de justification quand ce sont les droits fondamentaux qui sont invoqués pour restreindre la liberté de circulation.

Pour répondre à cette question, le premier élément c'est que la protection des droits fondamentaux est toujours un argument jugé légitime pour restreindre la liberté de circulation des marchandises.
On observe dans la jurisprudence qu'on a un passage qui se fait. Ces droits fondamentaux relèvent aussi de l'intérêt de l'union. Si elle admet une restriction à la libre circulation, c'est aussi parce que ces droits sont protégés dans l'union européenne.

On le voit en matière de droits fondamentaux et aussi en matière de protection de l'environnement. **Arrêt commission contre Autriche de 2005. C 320/03.**
La Cour insiste sur le fait que la protection de l'environnement est un objectif principal c'est toujours un objectif légitime pour restreindre la libre circulation des marchandises.
Les droits fondamentaux et les droits de l'environnement ont la particularité de refléter des intérêts de l'union et pas seulement des états.
Pour autant, cet argument a-t-il une force particulière ?
On voudrait répondre oui… et que cela se traduit par une certaine approche, conception du contrôle de proportionnalité, **il se ferait de manière différente lorsque des droits fondamentaux sont invoqués pour restreindre la liberté de circulation**.
Le contrôle ne devrait pas être trop rigoureux, il faut laisser une marche de manœuvre importante aux états dans ce domaine, et parce qu'on ne devrait pas raisonner de la même manière que dans les autres cas.
On a des intérêts de même hauteur.
Cette approche la, on l'a trouve dans un arrêt rendu en 2003 C 112/00 Schmidberger.

Il est question de libre circulation de marchandise. Il y a une manifestation sur les autoroutes autrichiennes qui bloque la circulation. La circulation est entravée.
On se demande s'il y a une violation de l'article 28 du Traité.
Le gouvernement autrichien avance l'importance de la liberté d'expression.
L'Autriche estime que l'article 28 n'est pas violé, il y a une justification suffisante.
La Cour souligne que *dans la mesure où la communauté et ses états membres sont tenus de respecter les droits fondamentaux, la protection de ces droits est un intérêt légitime qui justifie en principe une restriction aux libertés de circulation* et notamment la libre circulation des marchandises.
Elle précise encore qu'il faut vérifier si on a réalisé un équilibre, s'il a été trouvé entre ces intérêts conflictuels.
La Cour souligne que *les autorités nationales pour déterminer cet équilibre, dispose d'une très grande marge d'appréciation.*
Dans les autres affaires, la Cour va s'immiscer dans les choix que les états font. Ici la Cour se met en retrait.
Dans le test de proportionnalité, on voit apparaître cet aspect nettement.

Le troisième point : Dans les décisions de la Cour, à l'exception de **l'arrêt « schmidberger »,** le raisonnement de la Cour reste un raisonnement qui part de la liberté de circulation (liberté fondamentale toujours légitime).
En revanche les droits fondamentaux, ce sont des restrictions à cette liberté fondamentale, et donc **les mesures prisent pour leur respect doivent justifier cette restriction.**
Ils sont pris comme devant être protéger si on a bien pris les mesures nécessaires pour les protéger.
Il y a dans l'approche que fait la Cour toute une tradition, dans laquelle on justifie l'atteinte à la liberté de circulation et dans laquelle la question est posée de savoir s'il est bien nécessaire de mettre en place de telles modalités de garantie des droits fondamentaux.
Il faut prouver à la Cour, au juge, qu'il fallait agir de la sorte.
A l'exception de cet arrêt on ne trouve pas dans la jurisprudence, cet aspect, **on a l'impression qu'une hiérarchie existe et que les droits fondamentaux sont moins bien traités que la libre circulation des marchandises.**

Dans «schmidberger », (point 77) la Cour exprime les choses comme une Cour constitutionnelle, cette affaire soulève la question de la conciliation, de la protection des droits fondamentaux et des libertés fondamentales inscrites dans le Traité.
Il s'agit de la liberté d'expression, et de la liberté de circulation de marchandise.

Ensuite on a une série de cas. Dans l'affaire « OMEGA » cela concerne les lasers. « jeux à tuer »
Ces « laser-dromes » sont interdits en Allemagne, au nom de la dignité humaine. C'est une valeur hautement protégée par l'Allemagne.
La Cour insiste sur le point que la restriction que cette interdiction importe doit être justifié au regard de l'objectif de protection de la dignité et il faut montrer que la mesure est nécessaire pour remplir cet objectif.

Dans l'arrêt Laval et Viking en décembre 2007, il était question de la protection du droit de grève, qui faisait restriction à des libertés de circulation, la Cour n'a pas montrer qu'elle faisait de ces droits une importance primordiale.
Cela n'empêche pas que les discussions sont très nourrie, il y a une critique très forte, ce sont des questions que la Cour va devoir revoir, rediscuter.

CHAPITRE 3 : LIBRE CIRUCLATION DES MARCHANDISES ET HARMONISATION DES DROITS NATIONAUX.

Harmonisation des droits nationaux : Ici il est question de rapprochement des législations.
Question : On se demande quand le rapprochement devient une harmonisation ?
Il y a un rapport étroit avec la libre circulation car le rapprochement des législations est pour une bonne partie à faciliter cette libre circulation. Si on a des normes proches, cela permet aux produits fabriqués dans un état de circuler librement dans un autre état.
Rapprochement ne veut pas dire forcément uniformisation mais les choses ne sont pas totalement disjointes.
On distingue deux sortes d'harmonisation, minimale et totale.

***L'harmonisation totale** n'autorise aucune variation d'un état à l'autre. On devrait parler d'uniformisation car il n'y a pas de variation possible entre les états.
Ex : sur la directive de 89, il est obligatoire de faire figurer le taux de nicotine.

*Il y a une autre version, qui est **l'harmonisation minimale**. On fixe une règle commune mais en laissant une marge de manœuvre aux états dans sa mise en œuvre, qui permet d'adopter des règles plus strictes.
Ex : pour le tabac, il faut faire mention sur le paquet que le tabac représente un danger sur la santé. Cela doit couvrir au moins 4% du paquet.

Dans les deux cas, l'objectif est de faciliter la libre circulation.

Cependant l'harmonisation minimale laisse des possibilités aux états, alors que l'harmonisation totale ne laisse aucune possibilité.
On ne sait donc pas toujours quel est l'objectif suivit.

Section 1 : Le domaine de l'harmonisation.

Question : l'Union européenne peut-elle harmoniser ? En a t'elle la compétente ?

La base juridique de l'harmonisation : C'est l'article 94 du Traité qui permet à l'Union d'adopter des textes pour le rapprochement des dispositions règlementaires, administratives des états membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun.
Cet article n'est pas facile d'utilisation car il requiert de l'unanimité.

L'article 95 du Traité est plus efficace (majorité). Il fait cependant l'objet de quelques restrictions, en particulier, on ne peut pas adopter de texte sur des questions fiscales, ou sur la libre circulation des personnes.
Il est plus étroit car il permet aux états de faire valoir certaines exceptions à la libre circulation même quand l'harmonisation a eu lieu.
Un état peut continuer à demander une exception, maintenir des dispositions nationales.

Sur le domaine à proprement parler : **Le domaine principal c'est le domaine des normes techniques, qui concerne les produits. On a besoin d'un rapprochement**.
A chaque fois qu'on veut harmoniser ces normes on pourra se fonder sur les articles 94 et 95. Il n'y a pas de problème de compétence.

Cependant il y a des problèmes au niveau de la politique et de la culture.
Chaque pays a une certaine conception des normes qui s'appliquent. Il y a une façon de concevoir ce qui est bien ou bon. Cela fait parti de la culture locale.
Ex : directive sur le chocolat. Elle illustre qu'on est confrontée à une harmonisation sur la définition de chocolat.
Qu'elle est le pourcentage de graisse peut-on introduire dans du chocolat ?
La directive est adoptée en 2000 mais beaucoup sont insatisfait. Le chocolat peut contenir désormais des graisses autres que du cacao.

Un autre problème c'est celui de la méthode pour indemniser ?
Dans un premier temps, les institutions européennes ont voulu substituer une norme communautaire précise aux normes déjà en vigueur.
Ex : tabac, alimentation.
C'est une approche qui est longue, difficile car il faut fixer ensemble, avec tous les états membres, des spécifications techniques, auxquels chacun va devoir se conformer, et pour arriver à cette conciliation, position des uns et des autres. Ce qui a produit cette observation, du fait de cette méthode, il y a avait des domaines entiers dépourvus d'harmonisation. On n'avait pas beaucoup progressé.
Du coup on observait aussi que les règles adoptées étaient parfois périmées très vite après leur adoption ou bien elle figeait l'innovation.

Cela abouti à une méthode différente dans les années 80, le conseil adopte une résolution en 1985 qui porte sur cette nouvelle approche.
Elle est nouvelle car pour faciliter l'adoption d'harmonisation, les institutions vont se consacrer aux exigences essentielles auxquelles les produits mis sur le marché doivent correspondent.
Elles sont fixées par des organes de normalisation, et renvoyé à des organes de normalisation communautaire.
Des lors que les produits seront conformes aux normes, ils seront considérés comme conforme aux normes essentielles.
C'est **la technique du renvoi aux normes techniques.**
On a le CEN (comité européen de normalisation)
Le CENAC
Ex : directive sur la sécurité des jouets en 1989. Remodelé en 2009.

30.11.09

Compte tenu de la situation où l'harmonisation se fait très progressivement, il peut y avoir des espaces non harmonisés.
Pour éviter ces obstacles à la libre circulation des marchandises, la commission a décidé qu'il faudrait prendre des mesures pour que les états s'informent de l'adoption de réglementation technique nationale d'où **une directive en 1983 83-189**. Elle impose aux états de notifier tout nouveau projet de réglementation technique à la Commission et de reporter son adoption pendant une certaine période.
Elle a été remplacée par un texte plus récent. Il faut informer des projets.

Le principe c'est que si la Commission est informée, **elle va vérifier que le projet correspond au but de la communauté européenne et elle va s'efforcer de lancer une procédure d'harmonisation.**

En pratique, on se dit qu'il y aura peu d'effet, on ne sait pas qu'elle est la sanction.
La Cour de justice a jugé dans une décision rendue en 1996 que lorsqu'un texte censé faire l'objet d'une notification n'avait pas été notifié, la Cour de justice considère que la réglementation n'est pas applicable, cette réglementation est sans effet juridique et sans effet entre les personnes privées.
Affaire Security international C184/194.

L'affaire est un contentieux opposant deux personnes privées. Le concurrent considère qu'il n'y a pas de respect de la réglementation, les produits sont vendus contrairement à la loi.

Quand on parle de l'harmonisation, on dit que l'harmonisation des produits techniques n'entraine pas des problèmes de compétence.
La question de la compétence revient à la surface lorsqu'on revient à des domaines qui sortent de la technique, qui dépassent les normes techniques. Dans ce cas, il peut y avoir des problèmes de compétence.
Ex : **sponsoring en faveur du tabac**. L'union est-elle apte à agir ? Sur le fondement de la réalisation du marché intérieur.
Des lors qu'on est plus sur les caractéristiques des produits, et qu'on touche les modalités de vente, c'est plus difficile en terme de compétence.

La Cour de justice essaie de mettre de coté, de faire sortir du champ d'application, les modalités de vente.
On sent que se joue une tension en termes de compétence.
Le contrôle de la Cour de justice sur l'utilisation de l'article 95 est un contrôle de la bonne utilisation, un certain encadrement par les institutions communautaires.

Les difficultés sont plus grandes lorsqu'on écarte le domaine de l'harmonisation lorsqu'on veut la justifier par le marché.
On a plusieurs exemples lorsqu'il a été question d'harmoniser le droit des contrats. (Début année 2000, été 2001).
On a eu un livre vert sur le droit des contrats. C'est le début d'une grande période de discussion.

On s'est demandé si on devait avoir un code civil européen.
Le marché intérieur, la libre circulation des marchandises ne pouvaient pas justifier une harmonisation du droit des contrats.

La Commission faisait reposer son argumentation sur le marché intérieur.
Aujourd'hui on voit revenir **une harmonisation sur le droit de la consommation**. La Commission pousse un projet « **d'harmonisation totale** » sur la consommation. Pour le moment on avait le strict minimum.

Dans le Traité CE, tel qu'il a été modifié par le traité d'Amsterdam, **on a prévu une coopération judiciaire en matière civile.**
L'article 65 autorise l'adoption de mesure de coopération en matière civile lorsque ces mesures ont une incidence transfrontière et surtout ces mesures peuvent être adoptées pour le bon fonctionnement du marché intérieur.

S'agissant du domaine de l'harmonisation, on arrive à des questions assez sensibles.

Section 2 : Harmonisation, reconnaissance mutuelle et coordination des droits.

On a évoqué ce point au moment de **l'arrêt cassis de Dijon**.
Cette idée que les états doivent reconnaître l'équivalence des règlementations dans les autres états, et principalement du pays d'origine.
On reconnaît que les règles du pays d'origine sont équivalentes.

➔**La reconnaissance mutuelle**, c'est compliqué.
Dans certains domaines, on ne peut pas avoir une vision générale. Cette idée de reconnaissance mutuelle, (Dans certain cas), **s'est associée avec une harmonisation préalable.**
Il y a d'abord une proximité entre les droits, et on peut donc reconnaître ensuite le droit des autres.
Ex : marché des médicaments.

Cette reconnaissance ne s'impose que parce que le droit a été uniformisé.
C'est parce que ce rapprochement a eu lieu, que les états doivent reconnaître ces droits dans un autre état membre.
Affaire C 452/06.
On explique que *la procédure de reconnaissance mutuelle exige que chaque état s'en remette à l'examen des médicaments*, ➔ c'est parce qu'il y a une harmonisation complète de ces procédures que la reconnaissance mutuelle s'impose.

RQ : C'est un marché où les produits sont très contrôlés.

Cette idée que la reconnaissance mutuelle s'impose, est assez logique, rationnelle, si on a bien des droits qui remplissent les mêmes objectifs.
Ce n'est pas toujours le cas, la reconnaissance mutuelle peut s'imposer alors même qu'il n'y a pas eu d'harmonisation préalable.

On se dit en 1979 qu'il y a beaucoup de normes techniques différentes, mais la Cour de justice estime que *si on attend que l'harmonisation ait lieu dans tous les domaines, cela va prendre un temps infini, et donc au lieu d'attendre l'harmonisation, la Cour va déranger l'ordre normal des évolutions.*
On voit et on sait que la Cour hésite à aller trop loin, elle reste nuancée, car elle admet que **la reconnaissance mutuelle s'arrête aux exigences impératives**. **On ne peut pas toujours imposer la reconnaissance mutuelle, lorsque les règlementations des états sont justifiées par des exigences impératives**, dans ce cas **ils peuvent imposer leurs propres normes.**
On peut avoir une justification avec l'ordre public national.
S'il n'y a pas d'harmonisation, les états vont pouvoir imposer leurs propres règles, il n'y a pas une automaticité de la reconnaissance mutuelle.

La seule façon efficace ca reste l'uniformisation.
La Cour de Justice le dit dès les années 80, elle explique que c'est seulement lorsque l'harmonisation est complète *qu'il devient impossible d'invoquer l'intérêt général pour imposer des mesures qui limitent la libre circulation des marchandises.*

Il faut une harmonisation, et pour le fonctionnement idéal du marché, il faut qu'elle aille très loin car elle est censée être complète.
Les états n'ont plus de légitimité à invoquer.
On n'a pas achevé complètement le marché intérieur.
La Cour de justice précise que même lorsqu'il n'y a pas d'harmonisation, il doit être sous contrôle, chaque fois qu'il invoque l'intérêt général, il doit être obligé au nom du principe de proportionnalité, de considérer que l'intérêt général n'a pas déjà été pris en compte par l'état.

La Cour de Justice va exiger dans le cadre du contrôle de proportionnalité, l'équivalence des normes en vigueur, c'est la théorie du parallélisme fonctionnel.

Ce qui devrait s'imposer systématiquement, c'est l'exigence de regarder comment le droit développé dans un autre état permet d'assurer les objectifs de son propre état.
Cependant ce n'est pas toujours le cas.
Ex : « **Arrêt dynamic mediem**. »

La Cour indique juste que *les états membres peuvent avoir des modalités de protection différente et cela n'a pas d'incidence sur la proportionnalité.*

***Article 29 du Traité.**

C'est l'article qui interdit les mesures restrictives à l'exportation. C'est la parallèle de l'article 28.
Sur la jurisprudence il y a une jurisprudence plus restrictive.
S'agissant de la qualification des mesures d'effet équivalent, en application de l'article 29 la Cour a posé trois conditions, pour qu'une mesure restrictive soit qualifiée de mesure d'effet équivalent.

-La réglementation ait pour objet ou pour effet de restreindre spécifiquement les courants d'exportations.

-Elle doit provoquer une différence de traitement entre le commerce intérieur et le commerce extérieur.

-Il doit en résulter un avantage pour la production nationale au détriment de celle d'un autre état membre.

La Cour estime qu'il n'y a pas de cas très fréquent, car il n'y a pas de vrais problèmes.

Ceci dit il y a des jurisprudences :
Arrêt du 16 décembre 2008 Gysbricht C205/07.
Il s'agit d'une réglementation Belge qui interdit dans les ventes par internet de demander aux consommateurs un paiement anticipé et éventuellement de fournir le numéro de carte de paiement à titre de garantie.

La Cour applique ces trois conditions, elle les mentionne en faisant référence à un arrêt de 79.
Elle indique que cela a pour conséquence de priver ces opérateurs d'un moyen efficace de se prémunir du risque de non paiement. Cette réglementation a généralement des conséquences plus importantes sur les ventes transfrontalières, celles qui se font par internet.
Il est plus difficile de poursuivre dans un autre état membre un consommateur.
Elle juge que bien que la règle s'applique à tous les opérateurs économiques implantés en Belgique, cette réglementation affecte en réalité d'avantage la sortie des produits d'état membre que la commercialisation des produits sur le marché intérieur. *Il y a un effet différent sur les produits sur le marché intérieur et sur le marché extérieur.*

DEUXIEME PARTIE : LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES.

Parallèlement au marché des produits on peut avoir un marché du travail.
Pour les personnes on a du mal à parler de marché.
Il y a toute la question des droits sociaux des personnes, de la sécurité sociale etc.
On touche à des questions qui sont spécifiques.

L'autre dimension, c'est qu'on a des catégories repérées, montantes du droit de l'Union, la question de la citoyenneté, qui est une dimension beaucoup plus politique de l'union européenne, la libre circulation des citoyens.
Ce sont des questions d'intégrations, dans le cadre d'un nouvel espace qui est l'espace de liberté de sécurité et de justice.

Cette question est au cœur du développement de la libre circulation des personnes.

La citoyenneté de l'union et la libre circulation découle du Traité de Maastricht et de la jurisprudence de La Cour de Justice.

Le lien entre libre circulation des personnes et espace, ce sont des développements très récents.
Il y a des couches successives, c'est un empilement de chose, c'est assez complexe.
En même temps, il y a des nouvelles dimensions.
On a un enrichissement de la matière.

CHAPITRE 1 : Une liberté conçue dans le cadre du marché.

Section 1 : Les bénéficiaires de la libre circulation des personnes.

Ce sont ceux qui ont la nationalité d'un état membre, ceux qui exerce une activité économique et ceux qui exerce un déplacement à l'intérieur de l'union européenne.

A) La nationalité.

Pour bénéficier de la libre circulation, **les personnes doivent avoir la nationalité selon le Traité de Rome**. C'est une condition prévue dans les dispositions de la libre prestation de service, et liberté d'établissement.
Pour les travailleurs salariés, on ne fait pas référence au critère de la nationalité, mais en 1968, le règlement adopté indique précisément que **les travailleurs bénéficiant de la libre circulation sont uniquement les ressortissants des états membres**.
La Cour de justice a repris cette solution dans certain arrêt.
Les personnes physiques doivent être les nationaux des états membres.

Ce sont les états eux-mêmes qui décident de l'attribution de leur nationalité, c'est dire que l'union européenne n'a pas remis en cause cette compétence des états membres pour fixer les bénéficiaires de leur nationalité, pour fixer les conditions dans lesquelles les personnes se voient reconnaître la nationalité d'un état.

On comprend que l'union ne s'immisce pas dedans. C'est de la compétence des états.
Le champ d'application de la liberté de circulation dépend de la manière dont les états attribuent la nationalité.

Les états membres peuvent faire changer le nombre des personnes qui bénéficient de la libre circulation. Cela sans contrôle à l'échelle européenne. Il n'y a aucune compétence de l'union européenne, cela laisse à des politiques nationales très différentes de se développer.

01.12.09

La nationalité est un critère de la définition du champ d'application de la libre circulation.
C'est contestable car elle reste sous l'autorité des états.
Il y a une limite mise en place par la Cour de justice, qui ***considère que la compétence des états était quand même limitée aux conditions d'acquisition et de perte de la nationalité***, ce qui veut dire que la législation d'un état membre ne peut pas par exemple restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre état en exigeant une condition supplémentaire pour l'exercice des libertés prévues par le traité.
Décision de 1992 dans une affaire Micheletti. C369/90

Il s'agit d'une personne résidant en Argentine qui a la double nationalité, italienne et argentine, elle souhaite bénéficier de la libre circulation et veut se rendre en Espagne et y exercer une activité économique. Elle invoque sa nationalité italienne pour pouvoir s'installer en Espagne.
L'Espagne précise qu'en cas de double nationalité, doit prévaloir celle qui correspond à la résidence principale.
La conséquence première c'est qu'il y a un effet d'exclusion. Rendre nécessaire, c'est dire que les ressortissants des états tiers sont exclus de la libre circulation.
Le marché intérieur a une conséquence d'intensifier la différence entre les ressortissants des états.
Le droit de l'union rajoute un élément de différenciation.

Si on considère la logique économique, cela parait étrange. Car si on veut créer un marché du travail, il n'y a pas de raison de réserver ce marché aux seuls nationaux des états membres.
Ce n'est pas un critère très rationnel et par conséquent, cela fait obstacle au développement du marché commun du travail.
On peut le comprendre car si on ouvre la libre circulation, **on entre dans une zone touché et par la politique d'immigration et de travail.**

Il y a aussi une logique politique. On confère des droits particuliers à certaine personne car on est en train de construire un cercle de citoyens.
Donner des privilèges et des droits, c'est une manière de faire l'Europe politique.
On crée un cercle de ceux qui sont privilégiés.
Tout ca n'est pas très justifié. Le Traité lui-même incite à élargir le cercle au-delà des nationaux. C'est le cas pour les libertés de prestation de service.
L'article 56 du TFUE (traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne), le conseil peut étendre la libre prestation de service aux ressortissants qui sont établis dans la communauté.

Il a fallu attendre 1999 pour que la commission propose un texte d'extension de la libre circulation. Elle attend plus de 40 ans pour le faire et cela n'a pas abouti.
Il n'y a pas eu de résultat de cette mise en œuvre.
Il y a une directive de 2003 qui concerne les résidant de longues durées. (2003/109).

Il y a déjà certain droit accordés aux ressortissant d'état tiers, il y a quand même une certaine extension qui s'est produite au moins par deux voix.

-**Relation avec un ressortissant communautaire**. (Liens familiaux). Il y a eu des développements récents. La Cour a poussé très loin les droits acquis.
Les ressortissants ne sont pas totalement exclus car ils sont attachés par un droit de famille et vont avoir el droit de circuler.

-**Lorsqu'ils sont rattachés à une entreprise.**
Il s'agit du cas des salariés d'entreprise qui vont effectuer des prestations de services dans d'autres états membres.

On peut avoir des entreprises du bâtiment, qui engagent des ressortissants d'états tiers et qui vont aller faire un chantier dans un état membre.
La question s'est posée de savoir en France, si des travailleurs Belges devaient avoir une autorisation de travail.
La France a verbalisé, *il y a une infraction à la loi Française car il n'y a pas d'autorisation de travail.*
La Cour considère *qu'il y a une entrave à l'exercice de l'activité économique et comme telle elle doit être remise en cause sauf une justification suffisante.*
Affaire van der Elst de 1994.
Peut-on demander un visa ?
Ces questions ont été reprises dans un arrêt de 2006, **Commission contre Autriche, C168/04.**

La Cour juge que des VISA pouvaient être exigés mais que les états ne pouvaient pas appliquer des sanctions en cas d'absence de VISA.

- ⇨ Les états doivent trouver une solution intermédiaire.

Pour les états membres, ce n'est pas anodin qu'on remette en cause leur politique d'immigration. Ce sont des questions sensibles et les états considèrent que le marché intérieur ne doit pas être une cause de turbulence.

-**On a aussi des accords internationaux** qui peuvent être conclus entre la Communauté européenne et des états tiers.
On accorde des droits à certaines personnes par exemple lorsque la Communauté européenne a conclu un accord avec L'AELE (accord européen de libre échange) conclu avec les pays non membre de l'OECE, et les autres états.
Au moment ou L'AELE conclu un accord, l'EEE (accord sur espace européen), ces états se voient étendre la portée de la libre circulation.
Seule la Suisse bénéficie de la libre circulation.
Après 95, l'intérêt de l'EEE diminue.
Dans le cadre européen il y a eu un élargissement de la libre circulation des personnes avec des accords internationaux.

Il y a d'autres accords passés au début des années 90. On a des accords d'association avec les pays d'Europe centrale et orientale.

C'est un mouvement qui a son intérêt, mais on peut aussi souligner que dans les derniers élargissements, *il y a eu des périodes transitoires dans lesquelles les nouveaux états membres n'ont pas immédiatement pu obtenir le bénéfice de la libre circulation, et notamment la libre circulation des travailleurs.*
La période transitoire s'appliquait à tous les états. **Pendant tant d'année, les ressortissants ne pouvaient pas circuler librement.**
En 2004 l'adhésion des nouveaux états, a été assez longue avec la possibilité pour chaque pays membre de se déterminer sur son degré d'ouverture.
On a des pays qui ont ouvert largement leur frontière et puis d'autre qui ont fermé. C'est le cas de la France.

C'est une situation qui continue d'exister. On a des nouveaux citoyens qui sont nombreux, et à peine sont-ils devenus des citoyens, qu'ils n'ont pas la possibilité de travailler.

*Nationalité des personnes morales.

Article 54 du Traité sur le fonctionnement de l'union. La libre circulation concerne les personnes physiques et morales.
Ce n'est pas la nationalité qui est visée directement, mais **les personnes morales doivent être constituées conformément à la législation d'un état** et elles doivent avoir **leur siège statutaire, leur administration centrale à l'intérieur de la Communauté.**
Pour être nationale, elles doivent avoir leur administration centrale dans la Communauté.

Ce rattachement, ce n'est pas le fait d'avoir le siège réel sur le territoire d'un état. Une société peut bénéficier de la libre circulation, si elle a fixé son siège statutaire dans un état, peut importe qu'elle ne développe pas une activité principale sur le terrain de l'état.
C'est la théorie de la constitution.
Les états se sont battus en estimant qu'il y avait un risque qu'on permette des entrées sur le territoire de l'union des sociétés qui n'ont pas d'intérêt.
Dans les programmes généraux, pour supprimer les restrictions à la libre prestation de service en 1961**, il a été prévu que les sociétés qui n'ont pas un siège statutaire dans la communauté ne pourront pas bénéficier des droits attachés aux libertés sauf à ce que leur activité présente un lien effectif et continue avec un état membre.**

B) L'activité économique.

Pour les différentes catégories de personnes à qui la liberté de circulation a été conférée, elles peuvent montrer qu'elles exercent une activité économique.
Le fondement c'est la construction du marché, c'est aussi une manière de se protéger d'une certaine forme de migration, de certains flux de personne.
Certaine personne ne pourrait pas offrir quelque chose en échange de leur installation sur le territoire.
Les états se protègent d'une certaine forme de migration.

1° Les activités couvertes.

Question : Qu'appelle t-on activité économique ?
Le Traité dit que l'activité couverte par la libre circulation, c'est la venue sur le territoire d'état membres des salariés, non salariés et ceux qui viennent effectuer une prestation de service. Ceux la peuvent se déplacer d'un état membre à l'autre pour exercer leur activité.

Si on regarde l'article 54 du Traité, pour la liberté d'établissement, il est indiqué que le terme de société vise les sociétés de droit civil ou commerciale y compris les sociétés coopératives et les autres personnes de droit moral à l'exception de celles qui ne poursuivent pas de but lucratif. **Il faut impérativement un but lucratif**.
Certaines associations ont une activité économique, mais elles ne bénéficieraient pas de but lucratif.

C'est une activité qui se fait dans un certain but.
Il s'agit de permettre la libre circulation.
Pour les travailleurs, qu'il s'agisse des salariés ou non salarié, le critère de l'activité économique, c'est le fait que **la prestation de travail soit rémunérée pour entrer dans le champ d'application de la libre circulation, peu importe le cadre juridique, le domaine, le tout c'est que l'activité soit rémunérée.**
On le voit dans le Traité (article 56 et suivant).

On peut dire au fond que la conception d'activité économique est large car il suffit d'une contrepartie en terme de rémunération de l'activité, mais dans certain domaine, il a des difficultés.
Ex : Celui des activités d'enseignement.
La CJCE opère une distinction entre les cours dispensés dans **des établissements financés par des fonds publics** (université) dans le cadre d'un service national de l'éducation, dans l'intérêt général et puis les autres établissements, ceux financés par **des fonds privés**, par les frais de scolarité payés par les étudiants.

La deuxième catégorie selon la Cour relève des activités de nature économique, parce qu'elles sont rémunérées dans le cadre **de rapport marchand. Arrêt de 1993. Wirth.**

La Cour a soutenu cela dans un **arrêt 263/86 Humbel de 1988**

La difficulté c'est que les étudiants contribuent au financement, donc est-ce qu'on est dans un échange marchand ou pas ?
La Cour précise qu'il faut que l'établissement soit **ESSENTIELLEMENT** financé par des fonds publics etc.

Ex **: Décision du 11 septembre 2007 Schwarz**.

Dans un Land allemand il est prévu que les parents bénéficient de déduction fiscal lorsque ceux ci envoient leur enfant faire leurs études dans des écoles agrées.
Il se trouve qu'en l'espèce les enfants partent faire leurs études dans un établissement en Ecosse.
Les parents demandent une déduction fiscale.
Cela rentre t-il dans l'article 56 du TFUE ?

Dans cet arrêt Schwarz la Cour fait la distinction entre les établissements financés par des fonds privés et les autres.
***Si l'établissement est financé par des fonds privés, cela relève de l'article 56.**
***Si fonds publics, l'activité n'entre pas dans le champ de l'article 56.**

Ex : la question du sport.
Peut-on dire que les athlètes bénéficient de la libre circulation ?
La Cour a fait face à un athlète de haut niveau qui participe à une compétition internationale. Cela relève t-il de la libre circulation des personnes ?
L'activité de l'athlète n'est pas rémunérée par les spectateurs, pas nécessairement.
La CJCE dans une affaire Deliège (judo) de 2000.

La Cour estime *qu'on peut considérer que l'activité est économique car les rapports entre l'athlète et l'organisateur de la compétition sont des rapports économiques, d'échange de prestation dans la mesure où l'organisateur permet à l'athlète d'exercer son activité* et en contre partie, les athlètes permettent à cet organisateur de produire un spectacle qui va financer cette organisation.
Il va trouver des sources de financement.

La Cour trouve le moyen de dire qu'au fond on est dans un échange marchand, et donc ce n'est pas nécessaire que ce soit le bénéficiaire de l'activité qui finance l'activité.