

CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ ET RAISONNEMENT PAR CAS À LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

Vincent RÉVEILLÈRE

Aix Marseille Univ, Laboratoire de théorie du droit, Aix-en-Provence, France

Abstract: *This paper deals with case-based reasoning and proportionality analysis in the CJEU case-law. The case, constructed by the Court, functions as a framework in which proportionality analysis takes place. The justification of national measures restricting free movement is a subversive process for national governments: it implies an entirely different way of speaking and thinking. This becomes clear when one considers the role of the case in the reasoning of the Court. The objectives of national measures must be reconstructed within a specific intellectual framework and in the context of a specific case. In this process of conceptual translation, accommodating the diversity of cases in the application of a rule is often a proportionality requirement. Nevertheless, and quite paradoxically, it could also make the proportionality of a rule more difficult to establish.*

L'Avocat général Jacobs observait déjà en 1994 que « rares sont les domaines, si tant est qu'il y en ait, dans lesquels [le principe de proportionnalité] ne trouve pas à s'appliquer »¹. Si le principe trouve à s'appliquer dans différentes sphères du droit de l'Union européenne, nous nous limiterons à le considérer dans le contexte des libertés de circulation, domaine dans lequel Antonio Marzal Yetano a montré que, derrière une apparence banale, il avait entraîné de profonds bouleversements². Le contrôle joue alors au niveau de ce que les juristes du droit de l'Union nomment la justification : lorsqu'une mesure est discriminatoire ou qu'elle constitue une restriction à la libre circulation, elle est contraire au droit de l'Union, à moins d'être justifiée. Bien que des incertitudes demeurent, et qu'il existe des spécificités pour chaque liberté, il est possible de dire que la justification des mesures restreignant la libre circulation repose sur un cadre conceptuel en grande partie commun dans lequel le contrôle de proportionnalité joue un rôle central. En effet, la Cour exige classiquement que les mesures invoquées par les États pour faire échec à la libre circulation « s'appliquent de manière non discriminatoire », « qu'elles soient propres

¹ Conclusions de l'AG Jacobs du 6 avril 1995 sur CJCE, 19 mars 1996, *Commission des Communautés européennes / République hellénique*, C-120/94, ECLI:ECLI:EU:C:1995:109, para. 6.

² A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité: essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Clermont-Ferrand, Institut universitaire Varenne, coll. « Collection des thèses », 2013.

à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre »³.

Si le terme de proportionnalité est largement répandu et se retrouve dans de nombreux discours juridiques, il peut revêtir des significations très différentes. Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour est d'ailleurs loin d'être uniforme, même si l'on se limite au domaine des libertés de circulation. Au sens large, il est possible d'inclure dans le contrôle de proportionnalité les différentes étapes du modèle alexyen : l'évaluation du caractère légitime de l'objectif poursuivi, le caractère approprié et nécessaire des mesures adoptées pour l'atteindre et, ce qui est parfois présenté comme la proportionnalité *stricto sensu*, une mise en balance des différents intérêts en présence⁴. La jurisprudence de la Cour est toutefois loin de correspondre à ce modèle : les différentes étapes du contrôle se confondent parfois dans la justification et la mise en balance des intérêts n'intervient que de façon véritablement exceptionnelle. Il est toutefois possible de dire que, le plus souvent, la Cour distingue la détermination d'un objectif légitime du caractère approprié et nécessaire de celui-ci. En outre, on considère généralement que, si une grande liberté est laissée aux États membres au moment de l'évaluation du but légitime – « l'intérêt public le plus singulier, local ou ésotérique est susceptible d'être pertinent »⁵ –, celle-ci est contrebalancée par un contrôle plus strict du caractère approprié et nécessaire des mesures contestées.

Il sera défendu dans cette contribution que ce contrôle, tel qu'il est pratiqué par la Cour, présente un caractère profondément subversif. En effet, il entraîne les autorités nationales à se justifier dans un langage portant une conception du droit et des normes entrant en conflit avec leur propre culture juridique. Cela se perçoit notamment à la place donnée au cas dans le raisonnement mené par le juge européen : en quoi le contrôle de proportionnalité du juge européen se fait-il dans le cadre du cas ? Pourquoi est-ce profondément subversif au regard des cultures juridiques nationales ?

Avant d'aborder ces questions, il est nécessaire de mentionner deux singularités importantes pour penser le contrôle de proportionnalité et le raisonnement par cas à la Cour de Justice de l'Union européenne. Tout d'abord, en matière de libertés de circulation, la Cour de Justice se prononce essentiellement dans le cadre du renvoi préjudiciel prévu par l'article 267 TFUE et, plus spécifiquement, lors de questions portant sur l'interprétation des traités ou des textes adoptés par

³ CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, EU:C:1995:411, para. 37.

⁴ Pour une expression classique de ce contrôle, V. R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, traduit par Julian Rivers, Oxford, OUP, 2010.

⁵ « *The most singular, local, or esoteric public interest concerns that might possibly be relevant* ». N. N. SHUIBHNE et M. MACI, « Proving public interest: the growing impact of evidence in free movement case law », *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, n° 4, p. 971.

le législateur de l'Union européenne. La controverse qui a lieu devant le juge peut être conçue comme cherchant à déterminer quel doit être l'usage correct du langage ; ce type de débat a pu être présenté comme un débat « méta-pragmatique⁶ » ou comme une « négociation métalinguistique⁷ ». Dans des termes différents, ceux de Robert Brandom, la controverse peut être lue comme portant sur les normes implicites gouvernant l'usage du langage⁸. On perçoit déjà que l'affaire en cause au principal n'est présente que de façon indirecte : le juge de l'Union ne la tranche pas, il est simplement censé donner la signification de la norme européenne. Cela ne signifie toutefois pas que le cas soit absent ; il faudra distinguer le cas, construit à l'occasion de la controverse se déroulant devant la Cour, de la situation de fait et de droit donnant naissance au litige devant le juge *a quo*.

Ensuite, le contrôle de proportionnalité mis en œuvre par le juge européen pose le problème de la répartition des pouvoirs, non seulement entre le juge et le législateur, enjeu classique du contrôle de proportionnalité, mais aussi entre l'Union européenne et les États membres. Au-delà de la question de la répartition des pouvoirs, il faut y voir une question de traduction entre le langage du droit de l'Union et les différents langages juridiques nationaux : le contrôle de proportionnalité se fait dans une certaine langue, dans le cadre d'une certaine compréhension du droit et des normes⁹. Il est usuel de souligner que des raisons qui peuvent être invoquées au niveau national sont exclues au niveau de l'Union, l'exemple-type étant la protection du marché national. Toutefois, la différence entre la justification dans le cadre national et la justification dans le cadre du droit de l'Union va beaucoup plus loin. Comme nous le montrerons avec le rôle du cas dans le raisonnement, l'exigence même de justification et le langage dans lequel elle doit se faire heurtent profondément certaines traditions nationales et sont susceptibles de remettre en cause la façon dont les normes nationales sont conçues. C'est en ce sens que nous verrons que la justification est profondément subversive.

⁶ L. BOLTANSKI, « L'être sans le corps de l'institution », P. NAPOLI (dir.), *Aux origines des cultures juridiques européennes : Yan Thomas entre droit et sciences sociales*, Rome, École française de Rome, coll. « Collection de l'École française de Rome », n° 480, 2013, p. 162.

⁷ D. PLUNKETT et T. SUNDELL, « Dworkin's interpretativism and the pragmatics of legal disputes », *Legal Theory*, 2013, vol. 19, n° 03, p. 242.

⁸ Pour une introduction à la philosophie de Robert Brandom, V. R. B. BRANDOM, *L'articulation des raisons : introduction à l'inférentialisme*, traduit par Claudine Tiercelin et Jean-Pierre Cometti, Paris, les éditions du Cerf, 2009. Pour son utilisation dans le contexte de la détermination des concepts juridiques, V. V. RÉVEILLÈRE, *Le juge et le travail des concepts juridiques : le cas de la citoyenneté de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne - LGDJ, 2018.

⁹ Pour un travail soulignant la dimension locale de la proportionnalité, à rebours du « constitutionnalisme global », V. A. MARKETOU, *Local meanings of proportionality : judicial review in France, England and Greece*, Thèse, Institut Universitaire Européen, 2018.

Le cas joue un rôle majeur dans le contrôle de proportionnalité mis en œuvre par la Cour de Justice de l'Union européenne en lui servant de cadre (I). Se justifier, dans le langage du droit de l'Union, conduit les gouvernements nationaux à devoir reconstruire les règles nationales à l'occasion du cas, ce qui peut heurter leurs cultures juridiques nationales (II). Enfin, il peut découler du contrôle de proportionnalité l'exigence pour la règle de prendre en compte la diversité des cas. La façon dont cette exigence est traitée par le juge européen est significative du rôle subversif que peut jouer le contrôle de proportionnalité (III).

I. Le cas comme cadre du contrôle de proportionnalité

Le cas est une construction (A) dont le rôle est fondamental dans l'analyse de proportionnalité menée par la Cour de Justice de l'Union européenne : il sert, de manière générale, de cadre à l'argumentation (B) et, de façon plus exceptionnelle, de lieu de la mise en balance des éléments de fait et de droit en présence (C).

A. La construction du cas

Le cas ne doit pas être confondu avec la situation de fait et de droit donnant naissance à un litige qui, portée devant le juge national, peut donner lieu à la question préjudicielle en interprétation sur laquelle se prononce le juge de l'Union. Il est plus limité, seuls certains éléments sont conservés et le cas est problématisé par une question, mais il est aussi plus général, les éléments de fait et de droit ne sont pas considérés en eux-mêmes mais en raison de leur intérêt pour préciser la signification de la règle, ils sont en ce sens typifiés. Dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation, plusieurs acteurs interviennent dans la construction du cas. Tout d'abord, le juge national doit renvoyer au juge européen une question préjudicielle. Un tel renvoi, explique la Cour dans ses recommandations à l'attention des juridictions nationales,

« peut notamment s'avérer particulièrement utile lorsqu'est soulevée, devant la juridiction nationale, une question d'interprétation nouvelle présentant un intérêt général pour l'application uniforme du droit de l'Union ou lorsque la jurisprudence existante ne paraît pas fournir l'éclairage nécessaire dans un cadre juridique ou factuel inédit »¹⁰.

¹⁰ Recommandations de la CJUE à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles, *JOUE* C 439/01 du 25 novembre 2016, para. 5.

La nouveauté de la question ou le caractère inédit du cadre juridique ou factuel procèdent d'une évaluation. Ce type d'appréciations est déjà présent dans la façon même dont les « affaires » sont présentées à la Cour de Justice de l'Union européenne. En effet, pour ce qui concerne le cadre factuel, seuls certains éléments du contexte sont portés à la connaissance des autorités nationales, puis, le cas échéant, de la Cour. Le choix de ce qui est présenté ou non procède d'une évaluation, le plus souvent implicite, de ce qui est pertinent et de ce qui ne l'est pas. Pour ce qui est du renvoi préjudiciel, la Cour recommande une « rédaction simple, claire et précise, sans élément superflu » et souligne que, d'expérience, « une dizaine de pages suffisent souvent pour exposer, de manière adéquate, le cadre juridique et factuel ». L'exposé ne doit contenir que les « faits pertinents » et, éventuellement, « la jurisprudence nationale pertinente »¹¹. Toutefois, la demande de décision préjudicielle n'épuise pas nécessairement les faits qui sont portés à la connaissance de la Cour, celle-ci peut demander à en connaître d'autres et les parties au principal peuvent en communiquer de nouveaux. De même, la Cour ne se limite pas nécessairement à la question soumise mais peut, selon la formule consacrée, fournir « tous les éléments d'interprétation du droit de l'Union qui peuvent être utiles au jugement de l'affaire dont elle est saisie, que [la juridiction de renvoi] y ait fait référence ou non dans l'énoncé de sa question »¹².

Des travaux ont mis en évidence la différence entre le contexte historique et social d'une affaire et ce que l'on en retrouve dans la justification de la Cour. Dimitry Kochenov et Justin Lindeboom l'ont par exemple fait pour la célèbre affaire *Zhu et Chen*¹³, dans laquelle la Cour décide que le droit de l'Union impose qu'un titre de séjour soit reconnu à la mère d'un jeune enfant, citoyen irlandais résidant légalement au Royaume-Uni, mais n'ayant jamais exercé sa liberté de circuler¹⁴. Si les deux auteurs soulignent à loisir l'apparence physique de la requérante, on imagine aisément que ce n'est pas un élément qui peut être invoqué dans le débat sur la possibilité qu'elle obtienne un droit de séjour en tant que mère d'une citoyenne de l'Union. Cela n'exclut bien sûr pas que cette apparence puisse jouer dans le succès de sa prétention comme, pour prendre l'exemple caricatural usuel, le petit déjeuner du juge. Cela permet toutefois de souligner que la part du « contexte » donnée à voir au juge, puis au lecteur des arrêts de la Cour, celle qui, typifiée, constitue le cas, n'est qu'une sélection parmi un ensemble infini de faits qui pourraient être mentionnés. Comme le dit Paul Veyne pour le récit historique, « toute description implique le choix,

¹¹ *Ibid.*, para. 14 et 15.

¹² V., par ex., CJUE, 14 novembre 2017, C-165/16, *Lounes*, ECLI:EU:C:2017:862.

¹³ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, C200/02, EU:C:2004:639.

¹⁴ D. KOCHENOV et J. LINDEBOOM, « Breaking Chinese Law – Making European One: The Story of Chen, Or: Two Winners, Two Losers, Two Truths », F. NICOLA et B. DAVIES (dir.), *EU law stories contextual and critical histories of European jurisprudence*, CUP, 2017, p. 201-223.

inconscient le plus souvent, des traits qui seront décrétés pertinents »¹⁵. Pour Dimitry Kochenov et Justin Lindeboom, comme pour la Cour, les faits retenus sont ceux qui sont « dignes d'intérêt ». Or, pour déterminer ce qui peut être tenu pour tel, « tout dépend de l'intrigue »¹⁶.

L'intrigue de l'article de Dimitry Kochenov et Justin Lindeboom n'est pas celle de la Cour. Ceux-ci cherchent précisément à montrer ce qui n'est pas apparent dans le discours juridique, à contraster l'histoire qui se trouve « derrière » l'affaire de l'histoire donnée à voir par l'arrêt. De même, ce qui est discuté devant la Cour est une sélection. Celle-ci répond toutefois à un registre différent. La sélection de ce qui peut compter pour la Cour dépend des formes d'argumentation admises et de la connaissance de ce qui peut être tenu pour pertinent au sein de la pratique du droit de l'Union¹⁷. Elle peut impliquer un certain travail de recherche (que cela soit pour chercher des données ou des matériaux juridiques pouvant être invoqués) et un travail de réflexion (le contexte sélectionné peut dépendre de la stratégie adoptée). L'argumentation et la construction du contexte sont situées dans une pratique. En ce sens, s'il est possible de souscrire à l'affirmation centrale des approches du « droit en contexte », selon laquelle le droit est construit par le contexte, il ne faut pas oublier que l'inverse est tout aussi important ; le contexte, au sens du contexte pertinent dans le cadre d'une pratique juridique, celui qui va constituer le cas, est construit au sein d'une certaine culture juridique.

Il faut aussi souligner l'importance de la détermination du type de question en cause dans la sélection des éléments qui vont constituer le cas. Si la Cour peut être orientée par la question du juge au principal, la catégorisation opérée par les services administratifs ou bien les argumentations qui lui sont présentées, il lui reviendra *in fine* de décider de la perspective à adopter sur les éléments de fait et de droit qui lui sont soumis. L'arrêt *Martínez Sala* a été présenté comme un exemple illustrant l'importance de la construction de la question dans le raisonnement du juge. En effet, catégorisée initialement comme un cas relatif à des questions de sécurité sociale, ce n'est qu'ensuite que l'affaire est construite comme un cas portant sur le statut de citoyen, revêtant de ce fait une importance insoupçonnée lors de la saisine¹⁸. La décision de la Cour ne clôt toutefois pas nécessairement

¹⁵ P. VEYNE, *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1996, p. 66.

¹⁶ *Ibid.*, p. 52.

¹⁷ Tout ce qui est mentionné n'est pas nécessairement susceptible d'être pertinent par rapport à une question. Ainsi, dans l'exemple que nous avons pris, le prénom et la date d'anniversaire, qui ne sont à l'évidence pas pertinents pour décider si un citoyen peut se prévaloir de ses droits, figurent dans les arrêts parce qu'ils permettent l'identification de la personne et l'exposé chronologique des faits.

¹⁸ V. J. BENGOTXEA, N. MACCORMICK et L. MORAL SORIANO, « Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice », G. DE BÚRCA et J. H. H. WEILER (dir.), *The European Court of Justice*, Oxford, OUP, coll. « Collected Courses of the Academy of European Law », 2001, p. 52.

le débat, différentes perspectives peuvent être adoptées sur le cas construit par le juge – par exemple, une affaire décidée comme un cas relevant des libertés de circulation peut, par la suite, être reconceptualisée comme un cas relevant de la protection du statut du citoyen ou des droits fondamentaux¹⁹.

B. Le cas comme cadre du procès fait à la règle

Dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, ce qui est crucial est le cas au sens de la situation telle qu'elle est construite pour poser la question d'interprétation du droit de l'Union. Dans cette perspective, la matérialité de la situation se trouvant derrière le cas importe peu, ou, plus exactement, elle n'importe que si elle est utilisée afin de définir ou de redéfinir le cas. Ainsi, que l'on s'aperçoive *a posteriori* que Martínez Sala n'était pas de nationalité espagnole et donc pas citoyenne de l'Union européenne ne changerait pas l'interprétation du droit de l'Union donnée par la Cour. Si l'on peut considérer que le cas est construit au cours de l'affaire, celui-ci va en retour servir de cadre à l'argumentation qui se déploie à l'occasion du contrôle de proportionnalité mis en œuvre par la Cour. En ce sens, le cas limite les arguments qui peuvent être acceptés. Le juge devant statuer sur l'interprétation du droit de l'Union, la controverse porte sur la proportionnalité de mesures *telles* que celles qui ont été prises par l'État dans une situation *telle* que celle qui est en cause au principal. On perçoit ici bien que, comme dans un cas d'école, le cas, typifié, ne s'oppose pas à la généralisation.

Il faut d'ailleurs souligner que les autres États et la Commission sont admis à intervenir. Ainsi, peuvent-ils proposer, dans le cadre posé par le cas, des arguments susceptibles de justifier une réglementation du même type que celle en cause au principal. Par exemple, dans une affaire relative à la réglementation du nom de famille, le Danemark avance des justifications permettant d'établir qu'une règle du type de celle qui est prévue par le code civil belge est justifiée avec, peut-on imaginer, pour objectif implicite de défendre sa réglementation nationale sur la question²⁰. Cette pratique est commune et montre bien que, au-delà de l'intérêt que présente la réponse de la Cour pour la solution de l'affaire

¹⁹ Cette contestation de la catégorisation du cas peut être le fait de différents acteurs mais aussi de la Cour elle-même. Par exemple, la justification de la Cour dans l'affaire *Zhu et Chen* en fait un cas relevant, au sens large, de la libre circulation – le lien de rattachement avec le droit de l'Union se trouve dans la résidence par un citoyen dans un autre État membre. Par la suite, le Président même de la Cour revient sur cette justification pour dire qu'il s'agissait en réalité d'un cas relevant de la privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits que le citoyen tient de son statut. V. K. LENAERTS, « The Court's Outer and Inner Selves: Exploring the External and Internal Legitimacy of the European Court of Justice », M. ADAMS, H. DE WAELE, J. MEEUSEN et G. STRAETMANS (dir.), *Judging Europe's judges: the legitimacy of the case law of the European Court of Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 51.

²⁰ V. CJCE, 2 octobre 2003, *García Avello*, C 148/02, EU:C:2003:539, para. 43.

au principal, se joue la détermination des obligations qui s'imposent aux États membres en vertu du droit européen. Si elle peut paraître étonnante en un sens – les autorités d'un État viennent justifier des mesures d'un autre État ou, plus exactement, des mesures telles que celles qui ont été prises dans un autre État –, elle montre bien la généralité du cas.

Le rôle joué par le cas pour limiter les arguments qui peuvent être invoqués devant le juge peut varier. Ici comme ailleurs, la pratique du contrôle de proportionnalité fluctue, et cela même lorsque l'on s'en tient au domaine de la libre circulation. Toutefois, il faut noter que, de manière générale, la Cour est assez réticente à accepter des arguments qui viendraient justifier la règle mais qui ne se rattacheraient pas au cas. Pour prendre un exemple, dans une affaire concernant les noms de famille, l'Allemagne invoque différents arguments pour justifier son refus de reconnaître le nom d'un de ses ressortissants tel qu'il a été reconnu dans un autre État membre. Lors de la première étape du contrôle de proportionnalité, c'est-à-dire au moment du contrôle de la légitimité des buts poursuivis, elle avance notamment que cela permet de garantir l'unicité du nom de famille entre les frère et sœur. La Cour rejette l'argument pour la simple raison qu'« il suffit de constater qu'un tel problème ne se pose pas dans l'affaire au principal²¹ ». Cette affirmation est loin d'être anodine ; elle traduit l'opposition entre la justification de la règle de façon générale par le gouvernement allemand et l'accent mis sur la justification concrète de la règle par la Cour.

C. *Le cas comme lieu de la mise en balance*

Le cas joue un rôle encore plus important lorsque la Cour procède, ou commande au juge national de procéder, à la mise en balance des intérêts en présence. Cette dernière étape de contrôle de proportionnalité au sens alexyien, parfois nommée proportionnalité *stricto sensu*, apparaît peu dans le discours de la Cour. Un des champs dans lesquels elle est intervenue est celui de la justification des réglementations relatives aux noms de famille entravant la libre circulation des citoyens. Dans les premiers arrêts portant sur la question – *Garcia Avello* et *Grunkin et Paul* – la Cour avait évalué la proportionnalité des mesures en cause de façon indépendante pour chacun des objectifs avancés par les États membres²². C'est dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* que la Cour mentionne de façon significative la mise en balance dans ce domaine²³, en décidant que la loi d'abolition de la no-

²¹ CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06, EU:C:2008:559, para. 33.

²² V. CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 41 et CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, *op. cit.*, para. 31. Soulignant ce point pour le premier arrêt, V. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.* n° 260.

²³ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, EU:C:2010:806. Avant cet arrêt, elle n'avait été utilisée qu'une seule fois dans le contexte de la libre circulation du citoyen, dans l'af-

blesse peut être « prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec le droit de libre circulation des personnes reconnu par le droit de l'Union »²⁴. Si, dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein*, la Cour ne développe pas plus que cela les différents intérêts en cause, elle procède de façon différente dans les arrêts *Vardyn et Wardyn* et *Bogendorff von Wolffersdorff*²⁵.

Dans l'arrêt *Vardyn et Wardyn*, la Cour dit que le juge a quo doit déterminer si les mesures nationales respectent

« un juste équilibre entre les intérêts en présence, à savoir, d'une part, le droit des requérants au principal au respect de leur vie privée et familiale ainsi que, d'autre part, la protection légitime par l'État membre concerné de sa langue officielle nationale et de ses traditions »²⁶.

Dans l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, la Cour va encore plus loin. Dans cette affaire, le requérant au principal, M. Bogendorff von Wolffersdorff, contestait le refus des autorités allemandes de modifier ses prénoms et noms de famille dans son acte de naissance. Il aurait souhaité que soient ajouté à ceux-ci des mots correspondant à des titres nobiliaires faisant partie d'un nom qu'il avait acquis au Royaume-Uni (Peter Mark Emanuel Graf von Wolffersdorff Freiherr von Bogendorff). La Cour estime que ce refus constitue une restriction à sa liberté de circulation et doit donc évaluer la proportionnalité des justifications proposées par l'Allemagne. Quatre types de motifs sont invoqués : les principes de fixité et de continuité du nom ; la limitation de la longueur des noms ; le caractère délibéré du changement de nom ; et l'interdiction des titres nobiliaires.

Au lieu d'évaluer ces objectifs l'un après l'autre, comme elle l'avait fait dans ses arrêts antérieurs, la Cour va estimer que les objectifs légitimes doivent être pris en compte dans une opération générale de « mise en balance de divers éléments de droit et de fait »²⁷. Elle indique de façon circonstanciée les « éléments » qui doivent être pris en compte par le juge de renvoi lors de « la mise en balance » du droit de libre circulation des citoyens et des intérêts légitimes poursuivis par la réglementation allemande :

« Ainsi, d'une part, doit être pris en considération le fait que le requérant au principal a exercé ce droit et possède la double nationalité allemande

faire *Tsakouradis*, pour imposer une « mise en balance » dans le cadre d'une mesure d'éloignement. CJUE, 23 novembre 2010, *Tsakouradis*, C 145/09, EU:C:2010:708, para. 50.

²⁴ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*, para. 83. Il faut remarquer que c'est la Commission qui recourait à l'expression de « mise en balance » dans l'affaire V. para. 80.

²⁵ CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, C-391/09, EU:C:2011:291 et CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14, EU:C:2016:401.

²⁶ CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, *op. cit.*, para. 91.

²⁷ CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*, para. 78.

et britannique, que les éléments du nom acquis au Royaume-Uni portant, selon les autorités allemandes, atteinte à l'ordre public ne constituent formellement des titres de noblesse ni en Allemagne ni au Royaume-Uni, et que la juridiction allemande qui a enjoint aux autorités compétentes de procéder à la transcription du nom de la fille du requérant au principal qui est composé d'éléments nobiliaires, tel qu'il avait été enregistré par les autorités britanniques, n'a pas considéré que cette transcription était contraire à l'ordre public.

D'autre part, il importe également de prendre en compte le fait que le changement de nom considéré repose sur un choix de pure convenance personnelle du requérant au principal, que la divergence de noms qui en résulte n'est imputable ni aux circonstances de la naissance de celui-ci, ni à une adoption, ni à l'acquisition de la nationalité britannique, et que le nom choisi au Royaume-Uni comporte des éléments qui, sans constituer formellement des titres de noblesse en Allemagne ou au Royaume-Uni, confèrent l'apparence d'une origine nobiliaire »²⁸.

On perçoit ici que le cas ne se limite pas à déterminer les arguments qui sont recevables ou non devant le juge. Il joue un rôle encore plus fondamental : la mise en balance n'a lieu qu'en prenant en compte l'ensemble des circonstances de fait et de droit présentes dans le cas.

Le juge ne statue pas sur la proportionnalité d'une règle de façon abstraite ; le cas est le lieu de la mise en balance entre les intérêts étatiques et individuels permettant de déterminer si les mesures nationales sont proportionnées ou non. Si la solution procède d'une mise en balance incluant différents éléments dans un contexte spécifique, il est difficile de déduire de la conformité d'une règle comme l'interdiction des titres nobiliaires au droit de l'Union dans un cas qu'elle le soit dans un autre. Par exemple, on pourrait imaginer que la règle interdisant les titres nobiliaires soit disproportionnée dans le cas de M. Bogendorff von Wolfersdorff, mais qu'elle ne le soit pas pour une autre personne, dans une situation en tous points comparables, mais n'ayant pas une fille dont une juridiction nationale aurait enjoint les autorités nationales à reconnaître le nom de famille, pour reprendre un des éléments mentionnés par la Cour. On perçoit déjà ici le caractère subversif que présente la justification qu'implique le contrôle de proportionnalité menée par la Cour.

²⁸ *Ibid.*, para. 81 et 82.

II. Le caractère subversif de la justification dans le cas

Le contrôle de proportionnalité devant le juge européen peut être conçu comme une entreprise de justification, qui prend place dans le cas et dans le langage du droit de l'Union. Il présente un caractère profondément subversif en ce qu'il conduit les autorités nationales à se justifier dans un langage qui porte une conception du droit et des normes qui peut entrer en conflit avec leur propre culture juridique (A). Dans le processus de justification se déroulant devant la Cour de Justice de l'Union européenne, les normes ne sont plus considérées dans les formes du droit national mais sont prises en compte par rapport aux objectifs qu'elles poursuivent (B), les autorités nationales se trouvent alors devoir construire, ou reconstruire, la finalité de la règle contestée à l'occasion du cas (C).

A. L'opération de traduction : parler la langue du cas

Le travail de Luc Boltanski et de Laurent Thévenot sur la justification, développé dans un cadre beaucoup plus large, est utile pour saisir l'importance de ce qui est en jeu dans le contrôle de proportionnalité devant le juge européen²⁹. Comme le dit Laurent Thévenot, « face à une critique qui est une dévaluation » (par exemple, l'appréciation que les mesures nationales sont *prima facie* contraires au droit de l'Union parce que constitutives d'une entrave ou discriminatoires), « la justification participe d'une mise en valeur et ne se limite pas à une explication causale »³⁰. Elle ne se résume pas à l'« accomplissement d'obligations spécifiques » ou « à l'application de règles formelles rapportées à un principe d'ordre supérieur »³¹. « [L]es personnes engagées dans des justifications s'expliquent sur leurs évaluations, et les arguments rattachés à la situation sont soumis à une exigence de généralisation »³². Cette exigence de généralisation est toutefois limitée. La justification s'inscrit dans un « ordre de justification », historiquement et culturellement situé³³.

Dans le cadre du contrôle de proportionnalité tel qu'il est pratiqué par la Cour de Justice de l'Union européenne, les raisons nationales, voire l'absence de raison quand les normes tirent leur autorité de leur seule place dans la hiérarchie des normes ou de leur *pedigree*, doivent être mises en forme pour être recevables devant le juge de l'Union. Le parti pris dans cette contribution, qui est aussi

²⁹ V. L. BOLTANSKI et L. THÉVENOT, *De la justification : les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.

³⁰ L. THÉVENOT, « Justification et compromis », M. Canto-Sperber (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, PUF, 1996, p. 789-794.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ Les « ordres » de justification peuvent être regroupés en grands modèles de justifications – qui correspondent aux différentes cités distinguées par les auteurs, auxquelles correspondent une matrice commune, un « ordre de grandeur ». V. L. BOLTANSKI et L. THÉVENOT, *De la justification*, *op. cit.*

celui de Luc Boltanski et Laurent Thévenot, est de ne pas considérer que cette reformulation peut se résumer à un simple habillage sans influence. Au contraire, imposer une façon de parler contient une certaine façon de penser et d'agir. L'opération de justification a été présentée par Laurent Thévenot, dans le langage de l'entreprise, comme impliquant des « investissements de forme »³⁴. Elle peut aussi être conçue comme un type de travail intellectuel parmi d'autres, celui qui consiste à construire ou reconstruire la justification des normes nationales dans le langage du droit de l'Union.

Si ce processus permet de passer d'un ordre de justification à l'autre, il se fait dans la langue du cas, c'est-à-dire la langue du droit de l'Union. En ce sens, l'épreuve de justification implique une opération de traduction, des cadres conceptuels nationaux vers le cadre conceptuel du droit de l'Union. L'établissement du caractère proportionné de la règle dans le cas impose de parler, mais aussi de penser et d'agir, d'une façon spécifique, propre au droit de l'Union. Les normes nationales ne sont plus des règles tenant leur force de leur place dans la hiérarchie des normes ou de leur *pedigree*, mais des mesures qui doivent être justifiées dans le cadre du cas, au regard des objectifs qu'elles permettent d'atteindre et des moyens qu'elles mettent en œuvre pour ce faire. On perçoit bien ici qu'il ne s'agit pas simplement de dire ce qu'implique le contrôle de proportionnalité de manière générale, mais ce qu'il implique, tel qu'il est pratiqué dans le contexte du droit de l'Union³⁵.

B. La mise à nu : les raisons des règles

Il est possible de prendre à nouveau l'exemple des règles relatives aux noms de famille. La Belgique présente la fixité du nom comme « un principe fondateur de l'ordre social dont il est toujours un élément essentiel ». Le principe a été posé par un décret datant de la Révolution française ; il se trouve par la suite dans le Code civil³⁶. En Autriche et en Allemagne, l'interdiction complète ou partielle des titres de noblesse relève d'une norme de valeur constitutionnelle³⁷. Les juges belges, autrichiens ou allemands appliquent ces règles essentiellement parce qu'elles se trouvent dans le code civil ou dans la Constitution. Certes, ce

³⁴ L. THÉVENOT, « Les investissements de forme », L. THÉVENOT (dir.), *Conventions économiques*, Paris, PUF, 1986, p. 21-71.

³⁵ Soulignant la dynamique du principe de proportionnalité dans le contexte des libertés de circulations, V. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.* Mettant l'accent sur les différentes conceptions de ce principe selon les cultures juridiques et les époques, V. A. MARKETOU, *Local meanings of proportionality*, *op. cit.*

³⁶ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 40. Pour la source du principe, V. A. G. JACOBS, ccl sur CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 68.

³⁷ V., respectivement, CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.* et CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*

faisant, ils s'appuient sur un système de justifications plus vaste : une certaine conception de la séparation des pouvoirs, l'idée que la loi est l'expression de la volonté générale ou la perception de la Constitution comme un compromis fondateur de l'ordre social. Toutefois, le juge n'a pas, en principe, besoin d'aller au-delà de la valeur normative de la règle.

La situation devant la Cour de Justice de l'Union européenne est radicalement différente. On le perçoit par exemple bien dans l'affaire *Garcia Avello*, qui concerne la Belgique, lorsque la Cour débute son contrôle de proportionnalité ainsi : « [s]'agissant, d'une part, du principe de la fixité du nom de famille *en tant qu'instrument* destiné à prévenir les risques de confusion sur l'identité ou la filiation des personnes, il convient de relever que, [...] »³⁸. Le mouvement fondamental, avant même de dire si l'objectif est légitime ou si les mesures sont proportionnées à celui-ci, est que la norme nationale est considérée comme un « instrument » permettant d'arriver à certaines fins – prévenir les risques de confusion sur l'identité ou la filiation des personnes –, alors que les autorités belges se prévalaient d'un principe fondateur de l'ordre social, remontant à un décret de la Révolution française. C'est à cette aune que son caractère approprié et nécessaire seront évalués, peu importe ici son origine illustre ou sa place dans la hiérarchie des normes.

Le principe de fixité du nom, l'interdiction du port de titres de noblesse ou le principe du rattachement exclusif de la détermination du nom patronymique à la nationalité ne sont plus considérés en tant que tels, mais en tant qu'instruments nécessaires à la protection de certains objectifs, comme l'établissement de l'identité d'une personne, le respect de l'égalité formelle ou le respect de l'ordre public. Ceci peut être vu comme une sorte de mise à nu – ce qui compte, derrière la norme, ce sont les raisons qui la justifient. Il faut noter que ces justifications proposées par les autorités nationales devant la Cour de Justice de l'Union européenne procèdent déjà d'une certaine rupture par rapport à la façon dont la norme est appliquée au niveau national, où les raisons de la norme n'ont pas à être rappelées, le juge appliquant le principe parce que son rôle est d'appliquer la constitution ou la loi.

C. La mise en forme : la (re)construction de la règle dans le cas

Si la justification emporte une mise à nu, au sens où les normes sont considérées au-delà de la forme qu'elles revêtent en droit national, elles sont, dans le même temps, traduites dans les formes du droit de l'Union. La justification implique une sorte de reconstruction des mesures contestées, qui doivent être justifiées au moment du procès et dans le cadre intellectuel du droit de l'Union. Une fois les objectifs acceptés, le contrôle de proportionnalité, tel qu'il est mis en œuvre par la Cour de Justice de l'Union européenne, est porteur d'une exigence de

³⁸ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 42, nous soulignons.

rationalisation du processus décisionnel. L'exigence de cohérence, qui se retrouve de façon explicite ou implicite dans de nombreux arrêts de la Cour en est une manifestation significative³⁹. Tout d'abord, il faut préciser qu'elle est invoquée tant à l'encontre de la justification proposée par le gouvernement – le discours proposé à la Cour doit être cohérent – que des mesures défendues – la forme qu'elles prennent, et particulièrement leur étendue et les exceptions prévues, doivent être cohérentes avec la fin poursuivie. En tout état de cause, en raison de la mise à nu des normes nationales, la distinction entre les deux discours tend à s'effacer : il doit être rendu compte du caractère approprié et nécessaire des mesures à la date de l'affaire contestée. En ce sens, le contrôle est objectif, il ne s'agit pas de contrôler les motivations du décideur public au moment de la décision (pour, le cas échéant, en corriger les errements les plus sérieux comme, par exemple, dans la conception classique de l'erreur manifeste d'appréciation ou du détournement de pouvoir en droit administratif français).

Le représentant de l'État doit produire des raisons justifiant la règle, *hic et nunc*, à l'occasion du cas et dans le cadre intellectuel du contrôle de proportionnalité tel qu'il est pratiqué par la Cour. Dans ce cadre, les règles sont conçues comme des instruments permettant d'atteindre certains objectifs, dans les exemples précités, éviter les confusions d'identité ou bien assurer l'égalité des citoyens. En outre, il faut montrer que ces mesures sont appropriées et nécessaires pour atteindre cet objectif, voire même, ainsi que nous l'avons vu, procéder à une mise en balance des intérêts et valeurs en présence dans le cas. L'interdiction des titres de noblesse décidée par la Constitution de Weimar doit être justifiée par le gouvernement comme appropriée et nécessaire pour garantir le respect, en 2016, du principe d'égalité ou, du moins, d'une certaine conception de l'égalité, dans un cas tel que celui de M. Bogendorff von Wolfersdorff. Elle ne peut plus être conçue comme un principe de valeur constitutionnelle ou comme le fruit d'un compromis historique qu'il faudrait respecter en tant que tels.

Le contrôle de proportionnalité tel qu'il est pratiqué par le juge européen pourrait apparaître comme traduisant une conception instrumentale du droit. Autrement dit, le droit serait un moyen d'atteindre des fins définies par ailleurs. Pourtant, comme l'a montré Annelise Riles dans un tout autre contexte, cette conclusion serait prématurée⁴⁰. Les affaires discutées montrent au contraire que les fins mentionnées ne sont pas définies en dehors des mesures présentées comme des moyens permettant de les atteindre, et qu'elles ne sont pas non plus

³⁹ De manière générale, sur cette question, V. G. MATHISEN, « Consistency and coherence as conditions for justification of member state measures restricting free movement », *Common Market Law Review*, 2010, vol. 47, p. 1021.

⁴⁰ Nous nous inspirons ici d'un raisonnement développé à propos du conflit sur la loi applicable lorsque les réglementations de différents États sont en cause aux États-Unis. A. RILES, « New Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the Technicalities », *Buffalo Law Review*, 2005, vol. 53, p. 1020.

définies en dehors du droit. Il ne s'agit pas d'affirmer qu'il n'y avait aucun motif à l'adoption des normes mises en cause. Simplement, les fins sociales que celles-ci sont censées permettre d'atteindre dans la justification produite devant la Cour – par exemple, la fixité du nom ou l'égalité – sont définies ou du moins redéfinies dans le cadre de l'analyse de proportionnalité qui a lieu devant la Cour. Cette redéfinition n'est donc pas extérieure au droit de l'Union : elle a lieu à la fois dans le cadre d'un certain langage et dans le cadre d'un certain cas. C'est en ce sens que ces fins, qui peuvent au premier abord être vues comme extérieures au droit de l'Union, sont en réalité construites en son sein, dans le cadre particulier du cas : « le savoir juridique définit son propre environnement du point de vue interne, même lorsqu'il est présenté comme “fonctionnel” à d'autres intérêts »⁴¹.

III. La diversité des cas et le contrôle de proportionnalité

Le rôle du cas, comme cadre du processus argumentatif, ainsi que le caractère subversif qu'entraîne la justification de la règle dans le cas se perçoivent bien dans une configuration particulière : celle où le contrôle de proportionnalité se déroulant devant la Cour de Justice de l'Union européenne rend nécessaire la prise en compte de la diversité des cas par l'autorité qui prend la décision contestée (A). La Cour va parfois jusqu'à déduire de l'iniquité de la décision prise dans un cas la disproportion de la règle en vertu de laquelle elle a été prise (B). Toutefois, la reconnaissance d'exceptions à la règle, que l'on pourrait lire comme traduisant l'exigence de prendre en compte la diversité des cas, peut paradoxalement, dans la logique rationalisatrice du contrôle de proportionnalité, faciliter l'établissement de la disproportion de la règle (C).

A. L'exigence de prendre en compte la diversité des cas

Le contrôle de proportionnalité impose parfois l'examen individuel de la situation du requérant au principal. La mise en balance que la Cour commande au juge national de procéder dans l'arrêt *Bogendorff von Wolfersdorff* en est un bon exemple. Il serait difficilement imaginable que celle-ci puisse avoir lieu sans que la règle ne prévoie un examen concret de la situation en cause. Il en va de même, dans cette affaire, de l'exigence de dépasser le simple caractère volontaire ou non du changement de nom pour considérer les raisons amenant un individu à désirer changer de nom, raisons qui peuvent relever de la protection de sa vie privée et dont le contrôle semble impliquer un examen de la situation individuelle du

⁴¹ « *Legal knowledge defines its own outside from the point of view of the inside even as it is presented as a “function” of other interests.* » *Ibid.*

requérant au principal⁴². Un domaine dans lequel on retrouve de façon importante la nécessité d'un examen individuel de la situation du requérant au principal, ou du moins, la prise en compte de la diversité des cas par la règle, est celui de l'accès aux prestations sociales. En effet, la Cour estime classiquement que les États peuvent limiter l'accès à certaines prestations sociales aux citoyens qui présentent un lien d'intégration suffisant avec sa société. Toutefois, le recours à des critères trop généraux est condamné à l'occasion du contrôle de proportionnalité, comme inapproprié ou comme allant au-delà de ce qui est nécessaire.

Ainsi, dans l'arrêt *D'Hoop*, il était demandé à la Cour si la Belgique pouvait refuser à l'une de ses ressortissantes, étudiante à la recherche d'un emploi, l'octroi d'une allocation destinée aux jeunes chômeurs à la recherche d'un premier emploi, au seul motif qu'elle a terminé ses études secondaires dans un autre État membre⁴³. La Cour énonce que les allocations sociales en cause ayant pour « objectif de faciliter, pour les jeunes, le passage de l'enseignement au marché du travail », il est légitime d'exiger « un lien réel entre le demandeur desdites allocations et le marché géographique du travail concerné ». Elle décide toutefois aussi que la condition prévue par le législateur va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif parce qu'« une condition unique relative au lieu d'obtention du diplôme de fin d'études secondaires présente un caractère trop général et exclusif » en

« privilégi[ant] indûment un élément qui n'est pas nécessairement représentatif du degré réel et effectif de rattachement entre le demandeur des allocations d'attente et le marché géographique du travail, à l'exclusion de tout autre élément représentatif »⁴⁴.

C'est dans l'arrêt *Bidar* que la Cour met clairement en place la structure de raisonnement faisant du critère de l'intégration une limite à la justification avancée par l'État et dont la Cour contrôle le caractère proportionné⁴⁵. En effet, la Cour autorise, dans le cas du risque d'une charge déraisonnable, l'État à limiter l'octroi des aides aux seuls citoyens qui démontrent « un certain degré d'intégration dans la société de cet État »⁴⁶. L'exigence d'« un certain degré d'intégration » vient jouer le rôle de « contre-limite »⁴⁷ à un objectif économique de limitation des aides sociales destinées aux étudiants. De manière générale, l'établissement

⁴² V. CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff*, *op. cit.* para. 52s.

⁴³ CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, C 224/98, EU:C:2002:432.

⁴⁴ CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 38 et 39.

⁴⁵ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, C 209/03, EU:C:2005:169.

⁴⁶ *Ibid.*, para. 57.

⁴⁷ L. AZOULAI, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », G. COHEN-JONATHAN, V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL (dir.), *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 18.

de ce lien implique la prise en compte de la diversité des cas par les règles nationales. Si la jurisprudence de la Cour a pu varier d'une affaire à l'autre, elle a dans un premier temps limité la possibilité de ressortir à un raisonnement catégoriel, ou du moins exigé que les critères choisis devaient pouvoir rendre compte de la diversité des cas. Une série d'arrêts, un peu particuliers parce que le critère de l'intégration social joue entre le citoyen et la société de son propre État de nationalité, permet de bien souligner l'importance que revêt la prise en compte de la situation individuelle des requérants au principal.

Ainsi, dans l'affaire *Prinz et Seeberger*⁴⁸, la Cour donne des indications générales pour déterminer si une méthode visant à établir un seuil d'intégration est proportionnée à l'objectif poursuivi. Elle était interrogée à propos d'une condition de résidence ininterrompue de trois ans pour pouvoir bénéficier, pendant plus d'une année, d'une aide à la formation poursuivie dans un autre État membre. Le gouvernement allemand avance que « l'exigence d'un seuil minimum d'intégration préserverait ainsi le système national d'aide à la formation pour des études à l'étranger en protégeant l'État prestataire contre une charge économique déraisonnable »⁴⁹. La Cour accepte la légitimité de l'objectif poursuivi mais reprend sa jurisprudence antérieure pour dire que

« la preuve exigée par un État membre pour faire valoir l'existence d'un lien réel d'intégration ne doit pas avoir un caractère trop exclusif, en privilégiant indûment un élément qui n'est pas nécessairement représentatif du degré réel et effectif de rattachement entre le demandeur et cet État membre, à l'exclusion de tout autre élément représentatif »⁵⁰.

Elle estime ensuite que, si la condition de résidence permet d'établir l'intégration, le recours à ce seul critère risque d'exclure du bénéfice de l'aide des étudiants qui

« possèdent néanmoins des liens qui les rattachent suffisamment à la société allemande. Tel peut être le cas lorsque l'étudiant a la nationalité de l'État membre en cause et a été scolarisé dans celui-ci pendant une période significative, ou en raison d'autres facteurs, tels que, notamment, sa famille, son emploi, ses capacités linguistiques ou l'existence d'autres liens sociaux ou économiques »⁵¹.

⁴⁸ CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz et Seeberger*, C-523/11 et C-585/11, EU:C:2013:524.

⁴⁹ *Ibid.*, para. 34.

⁵⁰ *Ibid.*, para. 37.

⁵¹ *Ibid.*, para. 38.

Dans le dispositif, la Cour invite le juge national à se substituer au législateur pour évaluer, au regard de la situation du requérant, si celui-ci présente un lien d'attachement suffisant :

« [i] appartient à la juridiction nationale de procéder aux vérifications nécessaires aux fins d'apprécier si les intéressés justifient de liens suffisants de rattachement avec la société allemande de nature à démontrer leur intégration dans cette dernière »⁵².

La Cour ne dit donc pas simplement que le droit de l'Union s'oppose aux mesures nationales ; elle met en place, au moins de façon temporaire, un mode d'établissement du lien d'intégration résolument casuistique. Celui-ci implique d'apprécier au cas par cas l'intégration du citoyen par le juge national, ce qui conduit à un examen très poussé. La force du critère d'intégration, lorsqu'il prend la forme d'un examen concret des liens établis par la personne, se perçoit, en négatif, lorsque lui est substituée une logique catégorielle, comme c'est le cas dans la directive 2004/38⁵³.

B. De l'iniquité dans le cas à la disproportion de la règle

La prise en compte de la diversité des cas dans le processus décisionnel des autorités nationales est donc parfois imposée à peine de disproportion. La considération des cas individuels, essentiellement ceux des requérants au principal, peut aussi jouer un rôle déterminant pour établir la disproportion de la règle. Dans différents arrêts, la Cour a décidé que le mécanisme mis en place par l'État membre pour évaluer le degré d'intégration des citoyens dans sa société ne respectait pas le principe de proportionnalité. C'est le fonctionnement de la règle dans le cas du requérant au principal qui conduit à établir que le critère utilisé ne permet pas de prouver le lien d'intégration d'une façon appropriée. En effet, la Cour semble tout d'abord estimer, indépendamment des critères étatiques, que le requérant au principal est intégré dans la société de son État de nationalité. Elle

⁵² *Ibid.*, para. 39.

⁵³ Si la Cour ne l'a pas acceptée immédiatement, maintenant le jeu du critère d'intégration, sa reprise dans une lecture très restrictive pour les droits du citoyen dans les arrêts *Dano*, *Alimanovic* et *Commission / Royaume-Uni* a fait grand bruit. La logique catégorielle présente dans la directive, reposant sur la distinction de catégories de citoyens au regard de l'accès aux droits sociaux, s'oppose à la conception casuistique du critère de l'intégration sociale dans la jurisprudence antérieure de la Cour. Au discours d'équité et de prise en compte de la situation individuelle des citoyens est substitué celui du respect du pouvoir du législateur et de la sécurité juridique offerte par l'approche catégorielle. V. nt. CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, C-333/13, EU:C:2014:2358, CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, C-67/14 avant C-64/14, EU:C:2015:597 et *Commission / Royaume-Uni*, C-308/14, EU:C:2016:436.

en déduit ensuite que, si le dispositif réglementaire ne l'a pas reconnu comme tel, c'est donc qu'il n'est pas approprié pour atteindre le but poursuivi, c'est-à-dire évaluer l'intégration du citoyen.

La casuistique est puissante parce qu'elle permet de dire que des dispositions générales doivent être vues comme contraires au droit de l'Union en raison de leur défaillance dans un cas. L'équité ne vient donc pas simplement autoriser une exception à la règle injuste, ainsi qu'elle est parfois conçue ; elle conduit à la faire tomber comme disproportionnée. Dans l'arrêt *Tas-Hagen et Tas*, la Cour, reprenant les conclusions de l'Avocate générale, estime que

« un critère exigeant une condition de résidence ne peut pas être réputé constituer un signe suffisamment indicatif du rattachement des demandeurs à l'État membre qui octroie la prestation, lorsqu'il est susceptible, *comme c'est le cas du critère en cause dans l'affaire au principal*, de conduire à des résultats divergents pour des personnes établies à l'étranger et dont le niveau d'intégration dans la société de l'État membre qui octroie la prestation considérée est en tous points comparable »⁵⁴.

La puissance du cas pour faire tomber la règle est encore plus flagrante lorsque des possibilités de faire exception sont prévues dans la réglementation nationale et que la Cour n'en conclut pas moins que le droit de l'Union s'oppose à une règle telle que la règle au principal. Dans l'arrêt *Martens*, la Cour soutient par exemple très clairement que la possibilité de faire exception à l'exigence de la condition exigée par l'État membre ne permet pas de prendre en compte les liens du citoyen avec la société de l'État « *dans les circonstances de l'affaire en cause au principal* » et « ne saurait, *dès lors*, permettre d'atteindre l'objectif d'intégration qui constitue, selon le gouvernement néerlandais, l'objectif de la réglementation en cause au principal »⁵⁵. Le fonctionnement de la règle dans le cas démontre son caractère disproportionné. Un autre raisonnement aurait pourtant été possible. Il aurait été loisible à la Cour de dire que le droit de l'Union ne s'oppose pas à la règle, mais à l'absence de reconnaissance d'une exception dans des cas tels que ceux des requérants au principal.

Le rôle du cas se perçoit aussi lorsque, contrairement à l'affirmation selon laquelle le cas est le cadre du procès fait à la règle, des cas d'école sont convoqués par différents participants à la controverse dans leur argumentation. Si ceux-ci ne sont pas repris par la Cour, ils témoignent de l'importance d'un raisonnement casuistique, utilisé pour faire tomber la règle comme inappropriée au but poursuivi.

⁵⁴ CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, C-192/05, EU:C:2006:676, para. 38.

⁵⁵ CJUE, 26 février 2015, *Martens*, C-359/13, EU:C:2015:118, para. 43, nous soulignons.

Ainsi, à l'occasion des affaires *Prinz* et *Seeberger*, la Commission oppose le cas de deux ressortissants allemands :

« le premier, qui a vécu 17 ans en dehors de l'Allemagne, regagne l'Allemagne trois ans avant de commencer ses études à l'étranger ; le second, qui a vécu 17 ans en Allemagne, quitte l'Allemagne trois ans avant le début de ses études ailleurs en l'Union européenne. Au titre de la règle des trois ans, le premier peut obtenir un financement, tandis que le second ne le peut pas. Or, qui est plus intégré dans la société allemande ? »⁵⁶

Par la comparaison de ces cas imaginaires, il est sous-entendu que l'application de la règle conduit à un résultat injuste – dont l'évidence semble dispenser de démonstration⁵⁷.

C. La rationalisation du traitement de la diversité des cas

Ainsi, la prise en compte de la diversité des cas peut parfois être conçue comme une exigence découlant du contrôle de proportionnalité, et l'incapacité d'une règle à la prendre en compte peut conduire à sa disproportion. On pourrait en déduire que reconnaître des exceptions dans la règle pour prendre en compte la diversité des cas devrait la rendre plus résistante au contrôle de proportionnalité mené par le juge européen. Pourtant, cela peut parfois faciliter l'établissement du caractère disproportionné de la règle, ce qui est très révélateur des traits spécifiques du contrôle de proportionnalité mené par la Cour. Celui-ci, comme cela a été soutenu précédemment, est une opération de justification imposant de penser le droit d'une façon singulière, qui peut se distinguer de la façon dont il est conçu dans les différentes traditions juridiques nationales. En outre, il s'agit d'un contrôle exercé par un juge supranational sur des mesures nationales qui peuvent poursuivre des objectifs spécifiques – c'est-à-dire des objectifs qui ne sont pas forcément poursuivis au niveau de l'Union européenne ou par les autres États membres.

Cette possibilité pour les États de définir des objectifs spécifiques pose la question singulière de la preuve que ceux-ci sont bien des objectifs véritablement poursuivis au niveau national. Or, apporter la preuve qu'une norme ou qu'une valeur est particulièrement importante dans un ordre juridique n'est pas

⁵⁶ AG SHARPSTON, ccl sur CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz et Seeberger*, *op. cit.*, para 94.

⁵⁷ De même, l'Avocate générale oppose le cas d'un étudiant allemand souhaitant étudier en France, alors qu'il a vécu et travaillé en Allemagne, mais qu'il n'y a pas résidé pendant trois ans de façon continue avant d'entreprendre ses études, à celui d'un étudiant bulgare, ayant seulement résidé trois ans en Allemagne, avant de retourner faire ses études dans son pays d'origine. Le but de la comparaison est cette fois de dire que la nationalité est un critère qu'il est légitime de prendre en compte. *Ibidem.*, para. 96s.

chose facile, et ce, d'autant plus que leur place dans la hiérarchie des normes n'est, comme nous l'avons vu, pas décisive dans le cadre du droit de l'Union européenne. Une des façons d'établir l'importance d'un objectif se trouve dans la radicalité des mesures prises pour l'atteindre. Dans ce sens, le caractère absolu d'une règle, par exemple l'interdiction de tout titre de noblesse en Autriche, peut être le signe de l'importance de l'objectif pour celui qui l'édicte. Au contraire, la reconnaissance d'exceptions, comme dans la norme constitutionnelle allemande, traduirait que l'objectif poursuivi n'est pas si important. Si la Cour ne l'a pas exprimé aussi clairement, c'est une lecture possible de la différence entre l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, concernant la législation autrichienne, et l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, concernant la législation allemande⁵⁸.

C'est ce qu'expriment d'ailleurs les conclusions de l'Avocat général Wathelet sur *Bogendorff von Wolffersdorff*. Celui-ci refuse que l'ordre public puisse être menacé parce que l'interdiction n'est pas absolue, alors que la Constitution de Weimar prévoyait la possibilité que des titres nobiliaires puissent survivre en tant que noms de famille⁵⁹.

« Soit les titres nobiliaires sont comme tels contraires à l'ordre public et leur portée est interdite, comme en Autriche, et ce pour tous les Allemands, soit ils ne le sont pas et peuvent être utilisés par tous les Allemands en tant que noms de famille en les mettant après le prénom, au lieu de les mettre avant comme c'était le cas jusqu'en 1918. »⁶⁰

L'argument est significatif parce qu'il va très loin dans la mise à nu de la norme nationale et dans l'imposition d'une logique emprunte de l'idée de rationalisation du processus de décision; l'Avocat général fait totalement abstraction des compromis historiques qui ont pu présider à l'adoption d'une telle norme dans la Constitution de Weimar ou de sa valeur normative dans l'ordre juridique allemand.

De manière plus générale, au-delà de la preuve de l'importance de l'objectif poursuivi, lorsque des exceptions sont prévues par le législateur national, l'argument de la rationalité dans la prise de décision reprend ses droits et conduit à la comparaison des exceptions déjà prévues à celles qui pourraient l'être. Une des critiques les plus célèbres de ce mode de raisonnement a été portée par Lord Hoffmann, à l'occasion de la controverse sur l'ouverture des magasins le dimanche. Celui-ci oppose la logique de reconstruction rationnelle de l'objectif de la loi au respect de la volonté du législateur. Observant qu'il n'y avait pas d'accord unanime sur l'objectif de l'interdiction d'ouverture des magasins le

⁵⁸ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.* et CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*

⁵⁹ AG WATHELET, ccl. sur CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*, para. 103.

⁶⁰ *Ibid.*, para. 104.

dimanche, il considère qu'elle répond à la volonté de « maintenir un dimanche anglais traditionnel ». Bien sûr, relève-t-il, « il y a quelque chose d'illogique » dans les exceptions limitant la portée de l'interdiction, mais il revient au Parlement de décider que des mesures étaient nécessaires pour atteindre l'objectif et que d'autres ne le sont pas, quand bien même elles auraient un effet moins important sur le commerce intracommunautaire. Il souligne d'ailleurs que « les compromis défiant la logique peuvent être vus comme une “particularité socioculturelle” britannique, pour adopter le langage de la Cour de Justice »⁶¹.

Dans le contexte national, reconnaître des exceptions peut en effet être vu comme l'expression d'un compromis politique: le constituant allemand de Weimar autorise certaines personnes à conserver leur nom de famille; le législateur britannique accepte certaines exceptions à l'interdiction d'ouverture le dimanche. Dans la logique rationalisatrice du contrôle de proportionnalité, la question se pose très différemment. Si des exceptions sont reconnues dans certains cas, il faut justifier que d'autres exceptions ne le soient pas dans d'autres cas. Dans le contexte du contrôle de proportionnalité européen, des justifications telles qu'« il s'agit de la volonté du législateur » ou bien « il s'agit d'un compromis historique » ne sont en principe pas recevables. Il faut montrer qu'il est proportionné de ne pas reconnaître une nouvelle exception dans le cas où intervient le contrôle, et notamment, que cela est cohérent alors que d'autres exceptions ont déjà été reconnues. Dans ce contexte, prévoir une exception revient parfois à mettre le doigt dans un engrenage dangereux. De façon paradoxale, la prise en compte des cas individuels pour faire exception à la règle dans certains cas conduit à ce qu'il soit plus difficile d'établir son caractère proportionné: tout d'abord parce que l'on peut remettre en cause l'importance de l'objectif poursuivi, ensuite parce qu'il faudra prouver la rationalité des exceptions reconnues.

CONCLUSION

Le développement jurisprudentiel de nouvelles possibilités pour les États membres de justifier des atteintes aux libertés de circulation, au-delà des dérogations prévues par le traité, est souvent présenté comme une contrepartie à l'extension des libertés de circulation. Catherine Barnard explique que, dans « le monde donnant-donnant de la jurisprudence *Cassis de Dijon* », les possibilités de

⁶¹ « Of course there are illogicalities in Schedule 5 and opinions may differ about whether it draws the line in the right place. On the other hand, illogical compromise tends to be a British “socio-cultural characteristic,” to adopt the language of the European Court of Justice. [...] In my judgment Parliament was entitled to decide that the present restrictions were necessary to attain the objects of the Act and that different restrictions would be inadequate, even though they might have less effect on Community trade. » *Stoke-on-Trent & Norwich* [1991] Ch. 48 (HC), p. 72.

justification peuvent être vues « comme l'enrobage sucré pour les États membres de la pilule amère que peut parfois être l'intégration de marché⁶² ». Elles permettent, comme le disent Damian Chalmers *et alii*, de « mettre en balance » les libertés de circulation avec des « biens publics⁶³ ». Cela explique le rôle central que la proportionnalité est amenée à jouer en la matière. Si les justifications ont été conçues comme un moyen de préserver l'autonomie réglementaire des États membres, il est également assez largement admis qu'elles ne « sont pas toujours ce dont elles ont l'air »⁶⁴. Les auteurs soulignant que les justifications ne sont qu'une faible garantie pour les États membres retiennent en général essentiellement les cas dans lesquels ceux-ci échouent à présenter une justification acceptée par la Cour. Toutefois, le pouvoir subversif du contrôle de proportionnalité va bien au-delà.

Que les justifications proposées par les États soient *in fine* acceptées ou non, ceux-ci doivent se justifier dans un langage spécifique, qui contient une façon de penser le droit pouvant heurter leur culture juridique nationale. On le perçoit bien si l'on considère le rôle que joue le cas dans le raisonnement du juge de l'Union européenne. Il sert de cadre à la controverse sur la proportionnalité de la règle, voire de lieu de la mise en balance des intérêts en présence. Les finalités des mesures nationales doivent parfois être reconstruites en son sein et l'iniquité du traitement d'un cas peut faire tomber la règle comme disproportionnée, malgré sa finalité légitime. Cette importance du cas soulève bien d'autres questions qui n'ont pas été traitées dans cette contribution. Si la proportion ou la disproportion des mesures en cause n'est évaluée que dans le cas, il faut notamment repenser la question de l'autorité de la décision du juge. Plus généralement, au-delà du contrôle de proportionnalité, il faut s'interroger sur la façon dont l'abstraction peut se construire de façon casuistique, par la combinaison par la Cour de formules générales et abstraites, plus ou moins indexées à des cas⁶⁵.

⁶² C. BARNARD, « Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is State Interest Really Protected? », C. BARNARD et O. ODUDU (dir.), *The outer limits of European law*, Hart Publishing, 2009, p. 273. Dans le même sens, V. M. FALLON, « 1992-2012: Etat des lieux et enjeux du droit du marché intérieur », V. MICHEL (dir.), *1992-2012: 20 ans de marché intérieur. Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Collection Droit de l'Union européenne. Colloques », n° 28, 2014, p. 32.

⁶³ D. CHALMERS, G. DAVIES et G. MONTI, *European Union law: text and materials*, 3^e éd., New York, CUP, 2014, p. 528-532.

⁶⁴ C. BARNARD, « Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is State Interest Really Protected? », *op. cit.*, p. 273.

⁶⁵ Sur cette question, V. V. RÉVEILLÈRE, *Le juge et le travail des concepts juridiques: le cas de la citoyenneté de l'Union européenne*, *op. cit.*, partie 2, chapitre 2, section 2, « La construction casuistique de l'abstraction », p. 270s.

