



HAL
open science

L'autonomie de l'individu européen et la question du statut

Loïc Azoulai

► **To cite this version:**

| Loïc Azoulai. L'autonomie de l'individu européen et la question du statut. 2013. hal-03586000

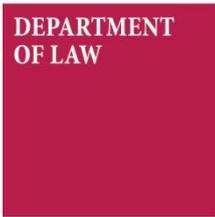
HAL Id: hal-03586000

<https://sciencespo.hal.science/hal-03586000v1>

Preprint submitted on 23 Feb 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



WORKING PAPERS

LAW 2013/14
Department of Law

L'autonomie de l'individu européen et la question du statut

Loïc Azoulay

European University Institute
Department of Law

L'autonomie de l'individu européen et la question du statut

Loïc Azoulay

EUI Working Paper **LAW** 2013/14

This text may be downloaded for personal research purposes only. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copy or electronically, requires the consent of the author(s), editor(s). If cited or quoted, reference should be made to the full name of the author(s), editor(s), the title, the working paper or other series, the year, and the publisher.

ISSN 1725-6739

© Loïc Azoulai, 2013

Printed in Italy
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50014 San Domenico di Fiesole (FI)
Italy
www.eui.eu
cadmus.eui.eu

Author Contact Details

Loïc Azoulai

Professor of European Law
Law Department
Villa Schifanoia, Via Boccaccio 121
I-50133 Florence – Italy
Loic.Azoulai@EUI.eu

Abstract

A powerful narrative exists in European Union Law that argues that the Union and its main legal actor, the European Court of Justice, have placed the individual at the centre of the European project. The creation of the European individual (worker/consumer/producer/employer...) is largely the result of a legal technique which consists in granting individuals with subjective rights opposable to the Member States. EU legislation and jurisprudence are replete with such rights. In the past two decades, the language of market rights has developed in the grammar and semantic of citizenship rights. This paper is an attempt to address some of the shortcomings of this construction by relying on the concept of status. A concept of status has recently emerged in the case law of the European Court of Justice. The paper argues that, beyond its purely rhetorical value, the concept may be constructed in normative terms so as to offer a new conceptualization of individual autonomy at the EU level. A conception that preserves the emancipatory character of EU law but is more sensitive to the protection of affected interests.

Keywords

EU law - subjective rights - individual autonomy - status - European Court of Justice

TABLE OF CONTENTS

La langue du droit de l'Union	1
La souveraineté transnationale du sujet du droit de l'Union.....	3
Le concept de personne et la transformation du cadre de l'autonomie.....	6
L'idée de statut et le souci du concret.....	9
L'émergence d'un « droit transitionnel ».....	11
« Je veux, donc j'ai des droits ».....	14

L'AUTONOMIE DE L'INDIVIDU EUROPEEN ET LA QUESTION DU STATUT¹

Loïc Azoulai

La langue du droit de l'Union

Le droit de l'Union dispose de plusieurs langues pour s'exprimer. Comme tout système de droit moderne, il parle la langue des règles et des principes². De ses racines internationales il a hérité la langue des compétences, qu'il a intégrée en l'adaptant³. Mais l'essentiel de ses prescriptions, l'ensemble de ses raisonnements, il les inscrit dans la langue des droits subjectifs⁴. La force de cette langue est attestée à chaque fois que le législateur ou la Cour de l'Union, souhaitant faire avancer la cause de l'intégration, font appel aux droits individuels, à leur protection et à leur effectivité. Dans le récent arrêt *VALE Epítési*, alors qu'elle était confrontée à un problème difficile de transfert de société entre Etats membres, la Cour a eu l'idée, toute naturelle à ses yeux, de créer un nouveau droit, « le droit d'effectuer une transformation transfrontalière »⁵. A présent, quand le législateur européen craint de ne pouvoir justifier son action sur la seule base des compétences conférées à l'Union, il légitime celle-ci en puisant au registre des droits. Il en résulte une prolifération de la référence aux droits dans le titre des actes législatifs de l'Union. Classés par catégories, ces droits envahissent tous les domaines : « droits des patients » dans la directive sur la prise en charge des soins transfrontaliers, « droits des consommateurs » dans la directive de révision des régimes du droit de la consommation ou « droits des victimes » dans la directive remplaçant la décision-cadre sur le statut des victimes dans le cadre de procédures pénales. Que le concept de droits ne traduise pas toujours la réalité des régimes contenus dans ces textes souligne la force légitimante de cette référence⁶. Mais cela reflète aussi, plus profondément, la conception qu'ont les organes de l'Union du droit qu'ils produisent : un droit qui a vocation à être une source inépuisable de prérogatives et de capacités d'agir pour les particuliers.

Les droits individuels sont les principaux bénéfices produits par l'établissement du marché intérieur et de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Le sujet du droit de l'Union est, pour l'essentiel, celui qui est en mesure de jouir de ces droits. Là se loge ce que l'on peut appeler *son autonomie, sa liberté*. Elle tient à un double pouvoir : le pouvoir de se dégager des formes d'affiliation, de sujétion et d'appartenance liés à la l'Etat, à la nationalité et au territoire, et celui de former d'autres types de liens, équipollents, dans d'autres sociétés européennes ou même au sein de la société d'origine ou de résidence. Nul doute que cette potentialité d'émancipation offerte aux particuliers a eu pendant longtemps des effets de légitimation pour la construction européenne. Cependant, il est clair à présent qu'elle emporte aussi des effets délégitimants : effets de déstabilisation des dispositifs de redistribution sociale des Etats membres, effets de contournement des cadres nationaux de la contrainte collective, effets de déstructuration des constructions juridiques consolidées en droit interne

¹ Forthcoming in C. Kessedjian (dir.), *L'autonomie en droit européen* (Ed. Panthéon-Assas, Paris, 2013).

² Sur la distinction entre règles et principes, voir en général R. Guastini, *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. de l'italien par V. Champeil-Desplats, Dalloz, Paris, 2010, spéc. pp. 48 et ss. Sur la place des principes en droit de l'Union, v. D. Simon, « Les principes en droit communautaire » in S. Caudal (dir.), *Les principes en droit*, Economica, Paris, 2008, p. 287.

³ Cf. notre étude sur « La formule des compétences retenues des Etats membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », in E. Neframi (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 341.

⁴ Cf. G. de Búrca, « The Language of Rights and European Integration », in G. More et J. Shaw (eds.), *New Legal Dynamics of the European Union*, Oxford University Press, 1995.

⁵ CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Epítési*, aff. C-378/10.

⁶ Sur ce déficit de substance, voir, par ex., S. Weatherill, « The Consumer Rights Directive: How and why a quest for “coherence” has (largely) failed », *Common Market Law Review*, 2012, p. 1279.

et fondées sur les valeurs. Nous nous rendons compte que la tendance du droit de l'Union à produire de l'autonomie et de l'autodétermination est aussi facteur d'individualisme et d'indétermination. Nul ne saurait plus nier les effets négatifs d'une théorie du droit de l'Union réduite à la création de droits subjectifs⁷.

Or, le mouvement de développement du droit de l'Union a fait surgir, à côté des droits subjectifs, le concept de statut. Dans l'arrêt *Grzelczyk* rendu en 2001, la Cour de justice a forgé la formule désormais classique d'après laquelle « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres ». Formule qui avait, à l'origine, une portée limitée et plutôt auxiliaire : sa fonction était d'élargir le champ d'application personnel du principe de non-discrimination à raison de la nationalité⁸. Cependant, dans une série d'arrêts débutée en 2010, la Cour a fini par accorder au concept de statut un rôle central⁹. Le statut est placé au cœur de son raisonnement. C'est la chose même qu'il s'agit de protéger, en tant qu'il est la source des droits reconnus aux citoyens de l'Union. Entre-temps, le terme s'est répandu dans le discours sur le droit de l'Union. Le statut est apparu comme un terme fédérateur, à travers lequel peut se lire une partie de l'évolution du droit de l'Union. C'est ainsi que, dans la modeste affaire *Alfa Vita Vassilopoulos* jugée en 2006, l'avocat général Poiares Maduro pouvait écrire : « à présent, les libertés de circulation doivent être comprises comme l'une des composantes du “statut fondamental des ressortissants des Etats membres” ». Elles constituent la dimension transnationale du statut économique et social conférés aux citoyens européens »¹⁰. Le statut fait désormais partie du métalangage des juristes européens.

La question est alors de savoir si l'on peut se servir de ce concept comme point de départ à une reconstruction du droit de l'Union orientée vers une idée d'autonomie plus équilibrée. Peut-il devenir la référence majeure de la nouvelle langue du droit de l'Union ? Il faut d'abord préciser le sens qu'on lui donne. Il est commun, en sciences sociales, d'opposer statut et droits. Le statut est défini comme un lien social hérité et particulier, marquant un attachement à une communauté déterminée. Il prospère dans le droit des sociétés prémodernes. On passe du statut aux droits lorsque le lien se contractualise et s'universalise, libérant l'individu de toute forme d'appartenance communautaire. Or, il ne peut être question de revenir en Europe à l'idée d'un *droit statutaire*. Certes, le droit de l'Union est un droit catégoriel qui inscrit les individus dans une série de régimes particuliers et leur accorde, en fonction de cette inscription, un éventail de droits plus ou moins étendus. Mais, leur assignant des positions juridiques relatives, il ne les enferme pas dans des statuts de dépendance. Au contraire, il cherche à les émanciper. On ne saurait renoncer à ce pouvoir d'émancipation. On ne peut pas non plus se contenter de la définition juridique usuelle qui tend à confondre droits et statut. Dans la langue juridique moderne, le statut est le support et le résumé des droits attachés à l'individu. Pareille réduction est dangereuse dans notre contexte. Défendre l'idée de statut reviendrait alors à confirmer la tendance du droit de l'Union à libéraliser voire à détruire les dispositifs de régulation, le régime des liens collectifs

⁷ Ainsi, notamment, J.H.H. Weiler, « Individuals and Rights – The Sour Grapes? », *European Journal of International Law*, 2010, p. 277; M. Everson, “A Very Cosmopolitan Citizenship: But Who Pays the Price?”, in M. Dougan, N. Nic Shuibhne, E. Spaventa (eds.), *Empowerment and Disempowerment of the European Citizen*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 145.

⁸ Voy. CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, aff. C-413/99; CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02; CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff. C-200/02; CJCE, 7 juillet 2005, *Commission c/ Autriche*, aff. C-147/03.

⁹ La série débute avec CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, aff. C-135/08 ; 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09.

¹⁰ Conclusions sous les affaires jointes C-158/04 et C-159/04, *Alfa Vita Vassilopoulos and Carrefour Marinopoulos* [Rec. 2006], § 40. S. Billarant parle du « statut personnel des sociétés commerciales » à partir de la jurisprudence de la Cour de justice sur la mobilité des sociétés : voir « Une révolution européenne en droit international privé ? Les incidences du droit de l'Union européenne sur le droit international privé à la lumière du statut des personnes », in L. Burgogue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de la Motte, S. Touzé (dir.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, Pedone, Paris, 2012, spéc. p. 342 (avec référence aux travaux de T. Ballarino).

et des valeurs construits en référence à l'Etat démocratique et social européen.¹¹ Ce qu'il faut donc concevoir, c'est un concept de statut, distinct de celui de droits subjectifs, et qui permette de lire les rapports juridiques façonnés par le droit de l'Union d'une manière différente.. Peut-on fonder ces rapports sur une idée d'autonomie qui fasse une part à la reconnaissance des intérêts de ceux qui sont affectés par l'exercice de celle-ci ou qui sont empêchés d'en faire usage ? L'objet de cette contribution est de rechercher, dans les développements du droit de l'Union, des réponses à cette question.

La souveraineté transnationale du sujet du droit de l'Union

Le système des droits subjectifs sur lequel le droit de l'Union s'est édifié promeut une forme d'autonomie particulière. Du concept traditionnel d'autonomie du sujet de droit, le droit de l'Union retient l'idée de conférer aux individus le pouvoir de modifier le cadre de leurs relations juridiques. Cependant, il donne à ce pouvoir une forme et des effets particuliers. Le système des droits créé par le droit de l'Union a deux caractéristiques, d'ailleurs bien connues, qui le distinguent du système classique d'attribution des droits d'inspiration kantienne¹².

D'une part, il s'agit d'un système objectif. Dans la théorie classique, les droits sont de nature intersubjective, ils entrent dans un système de coexistence des libertés individuelles où le rapport essentiel est un rapport horizontal de droits et de devoirs. Le droit protège un intérêt digne d'être considéré comme une raison suffisante pour imposer un devoir aux autres individus¹³. Dans le droit de l'Union, les droits naissent « *en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie (...) aux Etats membres* »¹⁴. Ils dérivent directement d'obligations étatiques, ils ne sont pas les reflets d'obligations existant dans le chef d'autres particuliers. Cela signifie que les obligations étatiques bien plutôt que les droits sont les fondements du pouvoir des individus. En droit européen, c'est la possibilité pratique d'opposer des obligations aux Etats qui produit un effet libérateur. De là vient la force unique de ces droits. Dérivés d'obligations opposables aux Etats, ils ne résultent d'aucune médiation. Ils sortent tout armés des traités¹⁵. S'ils nécessitent des modalités d'application en droit national et s'ils connaissent des limitations, celles-ci ne sauraient affecter ni l'existence ni la substance même des droits. En outre, les Etats sont mis en demeure d'assurer la protection juridictionnelle effective des droits que les individus tirent du droit de l'Union. Tout en engendrant des droits dans le chef des particuliers, le droit de l'Union habilite les juridictions nationales à les rendre effectifs. Il y a donc, en vertu du droit de l'Union, des droits subjectifs qui naissent à l'extérieur de l'Etat, se trouvent sous la seule puissance des individus qui en sont les titulaires, et que l'Etat a l'obligation de mettre en œuvre effectivement.

Le second caractère distinctif de ce système est qu'il protège des droits fonctionnels. Dans la théorie classique, les droits sont formels ; ils sont conférés aux individus en vue uniquement de protéger leur sphère de choix et d'action, indépendamment de fins ou d'objectifs prédéterminés. Au contraire, le droit de l'Union s'inscrit dans une vieille tradition de critique des droits formels, qui veut que les droits sont conférés en vue de certains objectifs, en vue de fins sociales déterminées. Les droits ne sont

¹¹ Il est aisé de trouver dans la jurisprudence une définition des droits individuels qui confine à la pure autodétermination : ainsi, récemment, dans l'arrêt du 8 mai 2013 (aff. jointes C-197/11 et C-203/11, Libert e.a./Gouvernement flammand), la Cour considère qu'une réglementation selon laquelle une charge sociale est imposée à certains opérateurs économiques lors de l'octroi d'un permis de construire ou de lotir constitue une restriction à la libre circulation des capitaux au motif que « les investisseurs en question ne sont pas en mesure (...) d'utiliser librement les terrains pour les fins en vue desquelles ils se proposent de les acquérir » (pt 66).

¹² Sur la doctrine des droits subjectifs de Kant, C. Colliot-Thélène, *La démocratie sans « demos »*, PUF, Paris, 2010.

¹³ C. Nino, « Introduction », in C. Nino (ed.), *Rights*, Aldershot, Dartmouth, 1992.

¹⁴ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, Rec. p. 23.

¹⁵ CJCE, 8 avril 1976, *Royer*, aff. 48/75, pt 31. Voir la discussion de ce point par S. Hurri, *Birth of the European individual. Outline of a theory of legal practice*, University of Helsinki, 2011, pp. 83 et ss.

pas absolus, ils sont relatifs à des fins ; ils répondent à un esprit objectif, ils ont une fonction sociale. Telle est l'idée de l'« esprit des droits » avancée en France par Josserand, en Allemagne par Jhering. En défendant ses droits, l'individu défend tout le corps du droit objectif et, par là même, une forme d'équilibre social¹⁶. Or, la même idée, épurée toutefois de toute référence organiciste ou métaphysique, est présente dans le fonctionnement du droit de l'Union. L'action fondée sur les droits a des effets au-delà de la sphère individuelle. Cette action a une structure téléologique, étant au service de la poursuite des objectifs de l'Union. Ce que Robert Lecourt résumait fort bien dans son ouvrage paru en 1976 : « *Lorsque le particulier s'adresse au juge pour faire reconnaître les droits qu'il tient des traités, il n'agit pas seulement dans son intérêt propre, il devient par là un agent auxiliaire de la Communauté* », c'est-à-dire un agent de la réalisation de ses objectifs et en premier lieu de la construction du marché commun¹⁷.

Que les droits individuels aient, en droit de l'Union, des effets objectifs, nul n'en sera surpris. Mais l'on a peut-être moins prêté d'attention aux effets de subjectivation qui en résultent pour les individus. Il semble que ces effets commencent à se dégager plus clairement. L'intérêt croissant des chercheurs pour l'exploration des types de subjectivités générés par l'application du droit de l'Union tient sans doute au fait que l'ordre des objectifs de l'Union s'impose, à présent, avec moins d'évidence¹⁸. L'existence même d'un ordre européen est contestée, l'application des objectifs de l'Union est constamment contrariée. Ainsi, comme dans la situation où l'autorité d'un Etat se délite ou se retire, laissant apparaître une multiplicité de sujets isolés jusque-là intégrés dans son corps, au moment où l'ordre juridique de l'Union perd en autorité et en consistance, cesse d'être vu comme un « tout » ou l'accomplissement d'une grande « idée d'œuvre », se font jour les multiples sujets qu'il a façonnés et, jusque-là, contrôlés¹⁹. Si l'on s'en tient à l'application des règles générales du traité, il semble que l'on peut discerner deux grands types de sujets. Ce sont les deux modalités fondamentales sous lesquelles apparaissent les multiples catégories d'individus créées par le droit de l'Union (travailleur, consommateur, producteur, importateur, prestataire de services, entreprise...).

La première figure est celle du *sujet passif*. C'est l'individu dont les préférences sont façonnées par les règles et les contraintes posées par l'objectif d'unité de l'espace économique européen. L'unité ainsi projetée aura pour effet de générer des préférences communes chez les sujets, écrasant les différences individuelles. Cet effet d'écrasement est visible notamment dans le domaine de la taxation des produits alcoolisés, balisé par la jurisprudence de la Cour dans les années quatre-vingt. Alors qu'elle s'efforce de comparer le traitement fiscal appliqué au vin et celui appliqué à la bière au Royaume-Uni, en vue de déceler une éventuelle imposition fiscale protectrice interdite par le traité (ex-art. 90 CE, 110 TFUE), la Cour déclare :

« il y a lieu d'envisager non seulement l'état actuel du marché, mais encore les possibilités d'évolution dans le contexte de la libre circulation des marchandises à l'échelle de la Communauté et les virtualités nouvelles de substitution entre produits que l'intensification des échanges peut révéler, de manière à mettre pleinement en valeur les complémentarités entre les économies des Etats membres, conformément aux objectifs fixés par l'article 2 du traité ». Ainsi, « pour mesurer le degré de substitution possible, on ne saurait se limiter aux habitudes de consommation existant dans un Etat membre ou dans une région déterminée... il ne faut pas que la politique fiscale des Etats membres serve à cristalliser des habitudes de consommation données en vue de stabiliser un avantage acquis par les industries nationales qui s'attachent à les satisfaire »²⁰.

¹⁶ Sur cette idée, son contexte et la doctrine qui lui est associée, G. de Almeida Ribeiro, *The Decline of Private Law. A Philosophical History of Liberal Legalism*, PhD Dissertation, Harvard Law School, 2012.

¹⁷ R. Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 260.

¹⁸ Ainsi, par ex., M. Dani, « Assembling the fractured European consumer », *European Law Review*, 2011, p. 364.

¹⁹ L'idée de voir le droit de l'Union comme un « tout » et l'idée d'œuvre ont été envisagées par P. Pescatore, *Le droit de l'Intégration, Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes (1972)*, réédition Bruylant, Bruxelles, 2005.

²⁰ CJCE, 27 février 1980, Commission/Royaume-Uni, aff. 170/78, pt 14.

La Cour n'a pas hésité à faire valoir également :

« les représentations des consommateurs qui peuvent varier d'un Etat membre à l'autre sont aussi susceptibles d'évoluer au fil du temps à l'intérieur d'un même Etat membre. L'institution du marché commun est d'ailleurs un des facteurs essentiels qui peuvent contribuer à cette évolution »²¹.

La construction du marché commun a un effet actif sur les préférences des individus, transformant ceux-ci en consommateurs transnationaux. Le marché commun est affaire de préférence collective. Ainsi s'explique également que les campagnes en faveur des produits nationaux ou même les marquages d'origine sont considérées comme prohibées par les règles du traité²². Elles ont pour effet de fixer et de territorialiser les préférences, là où il est impératif de créer un consommateur « européenisé ».

La figure du sujet passif est moins facilement acceptée aujourd'hui. Lorsque les bénéfices du marché unique se réduisent ou qu'ils ne sont plus perçus, comment soutenir la démarche de créer l'unité de ce marché en forçant les individus à changer leurs préférences ? Les bienfaits s'effacent derrière les menaces qui pèsent sur les individus non mobiles et sur les systèmes culturels et sociaux les mieux consolidés dans les Etats membres. Le marché unique n'est plus, à l'horizon, qu'un lieu de risques et de désocialisation. La figure du sujet passif déterritorialisé a disparu des programmes des institutions européennes²³. Cet effacement éclaire par contraste la figure opposée du *sujet actif et autonome*.

Cette figure est essentielle dans la représentation que le droit de l'Union se fait de lui-même. C'est le professionnel ou le particulier qui met en œuvre les facilités offertes par le droit de l'Union et poursuit son action sur un plan transnational. A celui-ci le droit de l'Union aménage une situation privilégiée qui repose essentiellement sur deux éléments. D'une part, il s'agit de forcer les Etats membres à traiter la situation de l'individu concerné de manière conforme à la réalité d'une opération qui se déroule au-delà des frontières nationales. Un exercice d'extrapolation et de reconstitution leur est imposé. Le droit de l'Union exige d'eux qu'ils se départissent des modes de représentation habituels fondés sur une appréhension territoriale des situations juridiques. Tous les aspects pertinents de la situation, y compris ceux qui se sont déroulés dans d'autres Etats membres, doivent être pris en compte. Cette opération s'apparente à ce que l'on peut appeler une « recollection »²⁴; elle correspond pratiquement à l'octroi d'une nouvelle capacité d'agir pour l'individu concerné. D'autre part, un rôle actif est reconnu à l'opérateur, au consommateur ou au particulier dans la production d'information. La Cour lui reconnaît le pouvoir de fournir lui-même les données nécessaires à la reconstitution de sa situation par les autorités nationales²⁵; plus largement, elle lui reconnaît le pouvoir d'exprimer ses préférences²⁶. Ce modèle combinant un nouveau mécanisme de représentation des situations individuelles et un mécanisme de participation du sujet à la production d'informations forme le cadre de l'autonomie du sujet en droit de l'Union.

Certes, dans ce cadre, il a bien fallu admettre certaines limites. Il est évident que la mise en œuvre d'une telle autonomie est susceptible de mettre en cause la défense d'intérêts légitimes, intérêt de

²¹ CJCE, 12 mars 1987, *Commission/Allemagne*, aff. 178/84, pt 32.

²² Aff. 249/81, *Commission/Irlande* ("Buy Irish"), [1982]; Aff. 207/83, *Commission/Royaume-Uni* [1985].

²³ En ce sens, J. Hojnik, "Free movement of goods in a labyrinth: Can Buy Irish survive the crises?", *Common Market Law Review*, 2012, p. 291. L'auteure s'appuie notamment sur un document produit par la Commission : Livre vert sur la promotion et l'information en faveur des produits agricoles : une stratégie à forte valeur ajoutée européenne pour promouvoir les saveurs de l'Europe (COM (2011) 436 final). Dans ce texte, la Commission écrit que « les marchés régionaux et locaux constituent un lieu de rencontre essentiel entre producteurs et consommateurs ».

²⁴ Voir, sur ce point, notre étude sur « Le sujet des libertés de circuler », in E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'Unité des libertés de circulation dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 385.

²⁵ Voir, par ex., CJCE, 5 avril 1982, *G. Schul*, aff. 15/81, pt 32 ; CJCE, 5 juin 2007, *Rosengren e.a.*, aff. C-170/04, pt 56.

²⁶ Voir, par ex., CJCE, 14 juillet 1988, *Zoni*, aff. 90/96, pt 22.

protection des personnes affectées ou intérêt de protection des structures et des biens collectifs. Il a donc fallu développer les clauses d'ordre public et, en outre, élaborer une théorie des exigences impératives ou impérieuses d'intérêt général. Des espaces de justification ont ainsi été aménagés pour les Etats membres qui souhaitent déroger à l'exercice des droits individuels conférés par les traités. Cependant, les conditions étroites dans lesquelles, en pratique, ces dérogations ont été acceptées montrent bien la faveur donnée à l'autonomie. Les conditions strictes dans lesquelles l'abus de droit et la fraude à la loi ont été reconnus témoignent du même esprit²⁷. Dans son ouvrage fondamental, René Demogue écrivait il y a tout juste un siècle que « *le véritable esprit du Code [civil] est qu'un acte ne peut forcer ce que j'appellerai la sphère de souveraineté de chacun* »²⁸. Disons que le véritable esprit du droit de l'Union est qu'un acte étatique ne saurait forcer la souveraineté transnationale de l'individu, pour y faire naître des obligations envers la collectivité ou des devoirs envers ses semblables.

Le concept de personne et la transformation du cadre de l'autonomie

Tel est le cadre général dans lequel a été pensé le sujet en droit européen. Cependant, ce cadre est, dès l'origine, traversé de tensions, travaillé de multiples contradictions. Parmi ces éléments, il y a l'idée que le droit de l'Union n'est « pas seulement une réglementation mécanique de l'économie, mais *constitue un ordre juridique à la mesure de la société qu'il doit régir* », conforme à « l'idée de justice sociale »²⁹ et s'appliquant « dans des conditions objectives de liberté et de dignité »³⁰. S'insinue ainsi, assez tôt, dans la pensée du droit européen une notion de la personne, non pas simple sujet de droit, mais agent social et moral qui, en plus de se voir reconnaître des droits et des obligations, inspire le « respect »³¹. Cette considération de l'individu doté de droits moraux et intégré au sein d'une société a eu un rôle discret mais constant dans l'interprétation du droit communautaire. Elle fait irruption avec éclat dans le droit constitutionnel européen avec le préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Dans ce texte, il est dit que l'Union « *place la personne au cœur de son action instituant la citoyenneté de l'Union et l'espace de liberté, de sécurité et de justice* ». Non pas seule, certes, mais ensemble avec d'autres considérations importantes de nature politique et institutionnelle, cette conception a déterminé un mouvement d'extension et de transformation des droits et du cadre de l'autonomie de l'individu européen.

Cette idée est présente dans la jurisprudence développée par la Cour à la fin des années quatre-vingt qui a consisté à détacher l'application des libertés de circulation de la finalité productive immédiate qu'elles étaient censées servir. Il s'agit de protéger non seulement les libertés économiques mais aussi leurs « corollaires » et leurs « conditions d'exercice »³². Celles-ci font référence à des garanties de protection sociale et de protection des droits fondamentaux. Ainsi, M. Cowan, touriste voyageant dans un autre Etat membre et victime d'une agression au cours de son séjour, acquiert, par le seul fait qu'il est considéré comme un destinataire de services, le droit d'obtenir une indemnité de l'Etat d'accueil. Tout aussi remarquable est le cas de M. Carpenter qui, considéré comme prestataire de services, se voit reconnaître un droit à une vie familiale, ce qui conduit à exclure que son épouse, ressortissante d'un Etat tiers en séjour irrégulier, puisse être expulsée du Royaume-Uni. Par là, les règles du traité

²⁷ Cf. A. Iliopoulou-Penot, « Libertés de circulation et abus de droit », in E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'Unité des libertés de circulation dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 184.

²⁸ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, (1911), rééd. La Mémoire du Droit, Paris, 2001, p. 482.

²⁹ Conclusions de l'avocat général Trabucchi dans l'affaire *Epoux F.*, aff. 7/75 [Rec. 1975], p. 697.

³⁰ Règlement n° 1612/68 du Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, cinquième considérant.

³¹ Sur cette conception et sa critique, S.F. Sapontzis, « A Critique of Personhood », *Ethics*, July 1981, p. 607.

³² Voir CJCE 2 février 1989, *Cowan*, aff. 186/87, pt 23 et CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter*, aff. C 60/00, pt 39.

s'élargissent à la protection de la sphère de liberté et d'intégrité des personnes circulant dans l'Union. Il devient évident que l'établissement du marché intérieur engendre non plus seulement la garantie de la circulation des biens et des facteurs de production; il exige une représentation élargie des intérêts concernés par la construction de ce marché mais aussi une garantie de protection juridique et sociale pour toutes les personnes qui ont partie liée à la défense de ces intérêts³³. Cette évolution a donné naissance à ce que l'on a appelé le « citoyen de marché »³⁴. Les Etats membres se voient obliger d'intégrer ces individus à certains dispositifs conditionnant la vie en société.

L'institution de la citoyenneté de l'Union a conduit à élargir cette obligation. Telle qu'elle a été mise en œuvre par la Cour de justice, la citoyenneté européenne a essentiellement consisté à donner aux ressortissants des Etats membres un droit de s'intégrer dans les sociétés nationales, en leur permettant de contracter ce que la Cour appelle banalement des « *liens réels* »³⁵. Dissocié de toute exigence de réciprocité économique, ce droit de s'intégrer devient un droit abstrait. Il est vrai que l'intégration peut être limitée si elle devient une charge déraisonnable pour les Etats d'accueil. Cependant, la règle est qu'elle ne saurait être conditionnée à une exigence de compensation en termes de participation à l'activité productive du pays d'accueil³⁶. En outre, la portée de ce droit ne cesse de s'élargir. En fait, la citoyenneté de l'Union transporte l'intégration sur des terrains de la vie quotidienne qui demeureraient à l'écart de l'emprise du droit de l'Union : l'éducation, la famille, le droit civil, le domaine pénal.

En élargissant ainsi le cadre classique de l'autonomie, l'évolution du droit de l'Union a engendré de nouveaux types de sujets. Le tableau des subjectivités s'est enrichi. A côté des figures du sujet passif et du sujet actif émergent de nouvelles figures. D'un côté apparaît une sorte de sujet *divisé*, un individu forcé d'intégrer dans sa sphère d'action les considérations conflictuelles qui structurent l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Celui-ci agit, de même que le sujet passif, sous l'effet de contraintes externes. Cependant, ces contraintes ne sont plus uniquement de nature fonctionnelle ; elles sont aussi de nature « constitutionnelle » : le sujet du droit de l'Union est soumis dans toutes ses relations au respect de la protection des droits fondamentaux³⁷. De l'autre côté, le sujet actif renaît comme sujet *auto-organisé* : acquérant non seulement le droit de s'intégrer d'une manière aussi complète que possible dans les différentes sociétés composant l'Union, mais aussi la faculté d'accéder aux biens communs et aux structures collectives dans les autres Etats membres et, en outre, la liberté de s'organiser et de choisir son style de vie, ses lieux et ses régimes de vie parmi les possibilités offertes sur le territoire de l'Union. L'autonomie se transforme : c'est une capacité d'être en mesure d'organiser sa vie, conformément à une idée de la justice de nature « aspirationnelle »³⁸. Les derniers actes de l'Union adoptés dans le domaine du divorce et des successions répondent à cette idée³⁹. En

³³ Sur cette idée, M. Poyares Maduro, "Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights", *European Law Journal*, 1997, p. 55; du même auteur, "Harmony and Dissonance in Free Movement" *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2001, Vol. 4, pp. 315-341. Voir déjà les conclusions de l'avocat général Warner sous l'affaire *Casagrande* (Aff. 9/74, Rec. [1974], p.773).

³⁴ Cf. M. Everson, "The Legacy of Market Citizen", in J. Shaw & G. More (eds.), *New Legal Dynamics of European Union*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 73.

³⁵ Cf. C. O'Brien, « Real Links, Abstract Rights and False Alarms : The Relationship between the ECJ's "Real Links" Case Law and National Solidarity », *European Law Review*, 2008, 33(5), p. 643

³⁶ Voir, sur tous ces points, mon étude sur « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », *Mélanges Jean Paul Jacqué. Chemins d'Europe*, Dalloz, Paris, 2010, p. 1.

³⁷ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02. Voir plus généralement G. Comparato et H.-W. Micklitz, « Regulated Autonomy between Market Freedoms and Fundamental Rights in the case-law of the CJEU », Avril 2013 (en ligne avec les auteurs).

³⁸ Cf. F. de Witte, « Transnational Solidarity and the Mediation of Conflicts of Justice in Europe », *European Law Journal*, 2012, p. 694. L'auteur se réfère à A. Sen, *The Idea of Justice*, Penguin, 2009.

³⁹ Règlement n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps ; Règlement n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et la création d'un certificat successoral européen.

plus de la reconnaissance de multiples affiliations dans l'Union, les individus auront la possibilité de choisir la loi régissant leur situation. Ces textes illustrent la création d'une véritable « citoyenneté de jouissance », distincte à la fois de la citoyenneté de marché, liée aux fonctionnalités de la construction européenne, et de la citoyenneté d'appartenance qui fonde classiquement l'autonomie politique du sujet de droit dans la théorie de l'Etat.

Mais, ce qu'il faut dire aussi, c'est qu'en élargissant le cadre de l'autonomie reconnue aux individus, cette évolution a rendu la doctrine européenne de l'autonomie extrêmement fragile et problématique. Cette évolution a rendu patents deux faits incontestables : d'une part, le fait que la jouissance de cette autonomie est entièrement dépendante des capacités de reconnaissance, d'intégration et de protection offertes par les Etats membres, lesquelles sont par définition limitées ; d'autre part, le fait qu'il existe une asymétrie entre les opérateurs et les citoyens mobiles, capables de bénéficier des bienfaits de l'espace européen intégré et ceux qui n'ont pas les moyens d'en jouir et qui pourtant en supportent les conséquences à travers les modes de régulation qui leur sont imposés. A la dernière catégorie appartiennent les Européens sédentaires, mal informés ou démunis, ainsi que les non-Européens, sujets passifs au regard du droit de l'Union, parfois rendus actifs mais sous des conditions assez strictes, en tout cas toujours contraints par un régime étendu d'obligations⁴⁰.

Ces faits, qui se présentent avec encore plus d'acuité en période de grave crise économique, ont théoriquement le pouvoir de remettre en cause le cadre et le principe de l'autonomie transnationale. Il ne manque pas, en doctrine, de propositions de réduction au moins partielle du cours de l'intégration juridique européenne. Elles se réclament d'arguments tirés aussi bien de la protection de la diversité, de la préservation des fonctions essentielles de l'Etat ou encore de l'identité constitutionnelle des Etats membres⁴¹. Sur ce fondement, on suggère tantôt de limiter la portée du principe européen de l'autonomie à la sphère réduite des relations commerciales, tantôt de renverser l'ordre des priorités en subordonnant la liberté des individus aux contraintes collectives, ou encore d'exclure du champ des libertés tirées des textes des traités le domaine très vaste des relations juridiques touchant à des domaines sensibles tels que les relations de la négociation collective de travail, la politique familiale, la bioéthique ou les questions liées à l'ordre public. Telle n'est pas la voie choisie par la Cour de justice⁴². La voie choisie est plus difficile et, pour cette raison, plus hésitante : intégrer ces nouvelles contraintes sans abandonner totalement la doctrine de l'autonomie individuelle. Comment y parvenir ? Comment éviter de jeter le bébé avec l'eau du bain ? Le problème est d'intégrer dans le cadre les intérêts concurrents à celui de l'autonomie individuelle, en leur donnant du poids, mais sans renoncer à l'essence de l'esprit du droit européen qui est dans la protection de la souveraineté transnationale du sujet. Pour y répondre, la Cour a en fait, sans en être peut-être pleinement consciente, commencé à élaborer une théorie du statut. Il y a, dans l'idée de statut, une dimension qui manque à la théorie des droits subjectifs : c'est l'attention aux circonstances concrètes, aux « faits sociaux de base » qui conditionnent la vie des individus. C'est cette attention qui permet, en certains cas, de remettre l'exercice de l'autonomie dans son contexte et, par là, de la contenir tout en la protégeant.

⁴⁰ Cf. D. Thym, « EU Migration Policy and its Constitutional Rationale: A Cosmopolitan Outlook », *Common Market Law Review*, 2013, p. 709.

⁴¹ Sur le concept d'identité constitutionnelle et sa place dans la structure argumentative du droit de l'Union, voir D. Ritleng, « Le respect de l'identité constitutionnelle nationale des Etats membres » in J.-c. Barbato et J.-D. Mouton (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats membres de l'Union européenne ?*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 21 ; A. von Bogdandy et S. Schill, 'Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty', *Common Market Law Review*, 2011, p. 1417.

⁴² En réalité, dans le détail, la jurisprudence est nuancée et toutes les propositions s'y retrouvent : voir notre étude sur "The European Court of Justice and the duty to respect sensitive national interests", in M. Dawson, B. De Witte, E. Muir (eds.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, E. Elgar, Cheltenham, 2013.

L'idée de statut et le souci du concret

La jurisprudence récente de la Cour est le siège d'un double mouvement apparemment contradictoire. Tandis qu'une nouvelle technique de résolution des problèmes s'y installe, qui semble essentiellement abstraite, une attention accrue au concret s'y manifeste. Le premier mouvement est le plus évident. Afin de répondre à la nécessité de tenir compte des problèmes soulevés par la potentialisation d'individus émancipés de toute attache, la Cour a mis au point une nouvelle forme d'analyse. Celle-ci repose sur la possibilité de concilier les exigences tirées des objectifs du traité avec des exigences concurrentes tirées des choix éthiques, culturels, politiques ou sociaux des Etats membres. La méthode consiste, d'une part, à mettre en balance ces exigences opposées suivant le critère du « raisonnable » et, d'autre part, à admettre que des autorités nationales sont parfois mieux placées pour résoudre les conflits d'interprétation relatifs au droit européen. Posée dans l'arrêt *Schmidberger* puis développée dans les arrêts *Omega* et *Sayn Wittgenstein*, cette méthode a permis de donner aux Etats membres de justifier leur mesures sur le fondement d'arguments de nature politique ou quasi-économique qui semblaient jusque-là bannis⁴³. Cette méthode conduit aussi parfois la Cour à exclure le jeu de l'application du principe de reconnaissance mutuelle et d'équivalence entre les législations nationales lorsque sont en cause des domaines sensibles⁴⁴. En même temps, cette méthode a permis à la Cour de réaffirmer son attachement au principe de l'autonomie transnationale. La stratégie semble être la suivante : la liberté de circuler est réaffirmée d'une manière abstraite en tant qu'élément du statut du citoyen européen, intégrée dans un droit plus général à l'identité personnelle, et élevée au rang de valeur qu'il s'agit de réconcilier avec la valeur de l'identité nationale ou constitutionnelle des Etats membres⁴⁵.

Il en résulte que la jurisprudence de la Cour de justice met désormais en scène des conflits d'identités fondés sur un conflit de valeurs. Transformation qui l'expose à des risques. Il devient tentant pour les Etats membres de présenter leurs intérêts comme un choix fondamental de valeur. La jurisprudence offre déjà maints exemples d'une telle tentation⁴⁶. Surtout, il devient tentant pour la Cour de se reposer sur ce cadre formel de conciliation sans chercher à tenir compte de l'ensemble des circonstances qui permettent, en chaque cas d'espèce et en fonction du contexte, d'opérer une juste conciliation. Dans un cadre abstrait de conciliation, la position de la partie forte et celle de la partie faible n'ont pas de place fixe ; elles peuvent aisément commuter. Le problème de la commutation des positions subjectives est devenu un problème essentiel du droit de l'Union. N'est-ce pas ce dont témoignent les fameuses décisions rendues dans les affaires *Viking Line* et *Laval*⁴⁷ ? Ici, les syndicats représentant les travailleurs occupent la place généralement assignée à l'Etat, soumis aux obligations de respecter les libertés de circuler, tandis l'employeur est mis à la place de l'individu protégé dans ses droits. Une conciliation entre la liberté de l'opérateur économique et les exigences légitimes de protection des travailleurs est bien opérée, sur le plan formel, mais aucune considération n'est donnée au contexte réel et à la situation asymétrique des parties en conflit. Ce genre de cas expose inévitablement la Cour au soupçon d'idéologie.

⁴³ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C 112/00 ; CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C 36/02 ; CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09. Voir, pour un exemple récent d'élargissement du cadre des justifications, CJUE, 19 décembre 2012, *Commission/Belgique*, aff. C-577/10 et les observations de V. Michel in *Europe*, Février 2012, comm. n° 79. En général, D. Ritleng, « Les Etats membres face aux entraves », in L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, p. 303.

⁴⁴ Voir, par ex., CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol*, aff. C-42/07.

⁴⁵ Sur l'idée d'un droit à l'identité personnelle en droit de l'Union, A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 2009, t. 341, spéc. pp. 360 et ss.

⁴⁶ Cette stratégie peut être payante : CJCE, 28 avril 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-518/06 ; CJCE, 10 février 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-110/05. Parfois, l'argument fondé sur les valeurs et sur l'identité de l'Etat a moins de succès : CJCE, 16 juillet 2009, *Commission/Pologne*, Aff. C-165/08 ; CJUE, 16 avril 2013, *Anton Las*, aff. C-202/11.

⁴⁷ CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, aff. C-438/05 ; 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, aff. C-341/05.

Il y a théoriquement deux manières de sortir de cette difficulté. L'une est de faire œuvre d'encore plus d'abstraction : remonter de l'interprétation conciliatrice à une théorie de la justice pour trouver les critères d'un juste équilibre⁴⁸. Pour opérer la mise en balance entre les valeurs, la Cour pourrait chercher à établir les critères qui permettent de justifier l'octroi d'un droit ou d'une prestation, en tenant compte à la fois des objectifs du droit de l'Union, de la forme de lien qu'elle entend promouvoir entre les Etats membres, des limites de solidarité acceptables pour eux, de la nature des liens qui existent entre l'Etat et les individus concernés, de l'impact de chaque bénéficiaire sur l'organisation de l'Etat et de la collectivité en cause⁴⁹. On peine toutefois à trouver trace d'un effort aussi systématique dans la jurisprudence. C'est sans doute affaire de ressources et de temps, qui sont limités. Mais c'est aussi plus que cela. La Cour ne saurait ignorer certaines des conséquences de ses décisions en termes de transformation des formes de redistribution sociale ou de restructuration des identités collectives. Si elle choisit de ne pas intégrer systématiquement ces considérations générales dans le cadre de son analyse, c'est qu'elle préfère emprunter une autre voie. Elle préfère s'en tenir à l'application de mécanismes de justice corrective, des mécanismes d'équité. Cela se traduit par l'importance croissante que revêt, dans sa jurisprudence, la référence aux circonstances individuelles, à la situation concrète, à l'existence d'indices d'une intégration économique ou sociale réelle.

Les exemples sont nombreux. Il n'est que de citer les affaires concernant la possibilité de se voir octroyer une bourse pour étudier à l'étranger, celle de se faire soigner dans un autre Etat membre ou celle d'adopter un nom de famille enregistré à l'étranger⁵⁰. Dans tous ces cas, il s'agit de forcer les autorités nationales à conserver un point de vue concret sur des situations individuelles qui se développent sur le plan transnational. Concrètement, cela doit conduire les Etats à mettre en place des mécanismes de correction et de révision des choix faits par les autorités nationales en fonction de contraintes budgétaires, administratives, purement légales voire constitutionnelles⁵¹. Il s'agit aussi de donner aux intéressés les moyens de faire connaître leur point de vue devant les instances nationales, et ainsi de redistribuer les moyens d'action en faveur de ceux qui ne sont pas adéquatement représentés dans l'Etat. Ces exigences apparaissent le plus souvent dans le cadre du contrôle de proportionnalité des mesures étatiques. Elles tiennent lieu de « contre-limites » aux limites, notamment financières, que les Etats peuvent légitimement faire valoir pour déroger à l'exercice des droits individuels. Même si des limites sont a priori justifiées, qui valident la règle nationale, l'autorité nationale doit à tout moment être disposée à corriger l'application de la règle générale à la lumière des « circonstances personnelles » caractérisant la « situation » de l'individu concerné⁵². Faute d'élaborer une théorie de la justice substantielle, la Cour développe des instruments d'équité procédurale⁵³. Manière, en fait, de préserver l'autonomie individuelle concrète sans sacrifier le souci des grands équilibres avec lesquels l'exercice de cette autonomie doit toujours compter.

Le test élaboré dans les affaires de noms de famille est tout à fait conforme à cette logique de situations : il exige de tenir compte de l'existence possible de « *sérieux inconvénients d'ordre tant professionnel que privé* » pouvant surgir dans une situation caractérisée par une diversité de noms de famille. En ce cas, les autorités nationales peuvent être contraintes de reconnaître un nom enregistré dans un autre Etat membre, même si, pour cela, il leur faut déroger aux règles générales régissant la

⁴⁸ Sur la nécessité de passer d'une théorie de l'interprétation à une théorie de la justice dans le droit de l'Union, A.T. Williams, « Taking Values Seriously : Towards a Philosophy of EU Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2009, p. 552 ; A. Sangiovanni, « Solidarity in the European Union », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, p. 1.

⁴⁹ En ce sens, F. de Witte, *EU law and the Question of Justice*, PhD thesis, London School of Economics, June 2012.

⁵⁰ Voir, pour des exemples topiques, respectivement CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03 ; CJCE, *Watts*, 16 mai 2006, aff. C-372/04 ; CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin Paul*, aff. C-353/06.

⁵¹ Voir, par ex., CJCE, 16 mai 2006, *Watts*, aff. C-372/04.

⁵² Ce critère se trouve par ex. dans CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06.

⁵³ Cf. l'étude citée à la note 2 sur « La formule des compétences retenues des Etats membres devant la Cour de justice de l'Union européenne ».

matière et les conflits de lois⁵⁴. Le souci du concret est manifeste. Avec ce critère, la Cour ne cherche pas à rapprocher ou à établir l'équivalence des systèmes de détermination des noms en Europe. Il n'est jamais question de forcer les autorités nationales à reconnaître une institution juridique en tant que telle. Il s'agit de reconnaître une *situation*. C'est, en dernière instance, sur la base de la situation concrète de l'individu concerné et de sa volonté de s'intégrer qu'il faudra se décider. La portée de cette analyse en équité ne doit pas être sous-estimée. Elle est susceptible d'avoir des effets majeurs sur les régimes et les institutions juridiques qui reposent sur des justifications conçues en termes abstraits et avec le souci du long terme⁵⁵. C'est peut-être aussi pourquoi elle n'est jamais tout à fait assurée. Il arrive à présent à la Cour de ne pas être fidèle à son approche fondée en équité et d'opposer aux contre-limites qu'elle a instituées des « contreparties » sous forme d'une exigence de participation de l'individu à la prospérité collective de l'Etat facilitant la mobilité⁵⁶.

L'émergence d'un « droit transitionnel »

La théorie juridique du statut a un autre prolongement dans le droit de l'Union. Un type particulier de situation concrète concerne les « faits sociaux de rattachement » que le droit public institue au fondement de la constitution des personnes morales et qu'il place à la base du lien juridique constitutif de la nationalité. Que le droit de l'Union se mette à interférer avec la définition de tels faits, et c'est tout le droit des personnes et de la citoyenneté dans l'Etat qui risque d'en être affecté. On mesure encore mal les conséquences d'une telle évolution. C'est pourtant ce que nous pouvons d'ores et déjà observer. Déjà le droit de l'Union n'a plus seulement une autorité régulatrice. En plus de réguler les activités des individus pour les intégrer sur le plan transnational, il s'applique, en certains cas, à leur fournir une forme d'institutionnalisation. Certes, il ne s'agit pas de substituer aux nationaux et aux personnes constituées nationalement de nouveaux êtres juridiques dont l'existence dépende uniquement du droit de l'Union. Il est constant que celui-ci n'a pas vocation à créer ses propres créatures : ainsi que n'a cessé de l'établir la Cour,

« la question de savoir si le droit de circuler s'applique à une société..., à l'instar, d'ailleurs, de celle de savoir si une personne physique est un ressortissant d'un Etat membre pouvant, à ce titre, bénéficier de cette liberté, ne peut trouver une réponse que dans le droit national applicable »⁵⁷.

De quoi s'agit-il alors ? L'enjeu est de créer au profit des personnes physiques et morales un mode d'existence supplétif dans le but de leur permettre de se séparer, le temps d'une transition, de tout rattachement national. La théorie du statut s'avère utile en droit européen pour protéger des formes d'autonomie qui se trouvent en défaut d'institutionnalisation. Lorsque les liens d'attachement constitutif à l'Etat se délitent, à cause de la disparition des conditions sociales ou juridiques d'existence de ce lien, par exemple lors d'une transition, le droit de l'Union est susceptible d'intervenir pour créer un substitut, sous forme d'un statut, qu'il fonde sur un autre fait social de rattachement⁵⁸.

L'affaire *Rottmann* en est une bonne illustration⁵⁹. M. Rottmann n'est pas un homme au-dessus de tout soupçon. Autrichien d'origine, il émigre en Allemagne, demande la nationalité allemande, et il l'obtient. Par l'effet des règles autrichiennes sur la nationalité, il perd alors la nationalité autrichienne.

⁵⁴ On aura reconnu CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin Paul*, aff. C-353/06 Grunkin.

⁵⁵ Tel que, par exemple, le droit de la famille : voir en ce sens T.M. Marzal Yetano, « The constitutionalization of party autonomy in European family law », *Journal of Private International Law*, 2010, p. 155.

⁵⁶ Voir, par ex., dans le domaine de l'éducation, CJUE, 14 juin 2012, *Commission/Pays-Bas*, aff. C-542/09 ; 20 juin 2013, *Giersch e.a.*, aff. C-20/12.

⁵⁷ CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, pt 109.

⁵⁸ L'analogie avec le schéma d'analyse de Winnicott est lointaine mais réelle : D.W. Winnicott, *Playing and Reality*, Tavistock Publications, London, 1971.

⁵⁹ CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, aff. C-135/08.

Mais voici qu'il se voit retirer aussi, rétroactivement, la nationalité allemande. Le motif est incontestable : au moment de la naturalisation, il avait, semble-t-il, dissimulé le fait qu'il faisait l'objet de poursuites dans son pays d'origine. Il en résulte un état d'apatridie. Privé de nationalité, il se voit naturellement dépourvu du privilège de jouir des bienfaits de la citoyenneté de l'Union. Que peut le droit de l'Union ? Rien en théorie car, nous le savons, ce droit n'a pas le contrôle des règles sur l'octroi et la perte de nationalité. De fait, dans son arrêt, la Cour se garde bien de remettre en cause les règles de nationalité, domaine de compétence exclusive de l'Etat. Elle va cependant imposer aux autorités nationales de l'Etat d'accueil et de l'Etat d'origine l'adoption d'une certaine démarche fondée sur l'application du principe de proportionnalité. Par là même elle aménage la possibilité d'un jeu dans l'application de ces règles. Ce jeu fait concrètement exister M. Rottmann dans l'attente de savoir s'il peut recouvrer l'une des deux nationalités perdues. Au fond, la Cour crée *une aire d'action intermédiaire*, une sorte de zone neutre, en dehors des deux ordres juridiques ayant possiblement intérêt au rétablissement d'un lien de rattachement avec cet individu, l'ordre juridique allemand et l'ordre juridique autrichien. Cette zone neutre a une double vertu. D'une part, elle permet de soulager la tension suscitée par la revendication de jouissance de droits individuels dans un contexte où le lien traditionnel de rattachement paraît non seulement perdu mais, peut-on dire, trahi. D'autre part, elle offre aux autorités compétentes des deux Etats concernés la possibilité, si elles se souhaitent, de coordonner leur action.

Concrètement, la Cour soumet la possibilité pour les décisions nationales de produire tous leurs effets (de perte ou de retrait de la nationalité) à une nouvelle condition. Cette condition tient à la nécessité de tenir compte aussi de la « *situation de la personne au regard du droit de l'Union* », c'est-à-dire aux conséquences que la décision de retrait ou de non-restitution de nationalité aurait pour l'intéressé et les membres de sa famille « *en ce qui concerne les droits dont jouit tout citoyen de l'Union* ». Autrement dit, à la perte de la nationalité, citoyenneté d'appartenance, la Cour oppose la perte de la citoyenneté de l'Union, citoyenneté de jouissance. Qu'est-ce qui est en jeu ici ? Non pas seulement la possibilité pour M. Rottmann de circuler librement dans l'espace européen. Cette faculté semble dérisoire au regard de sa situation actuelle. Ce qui est en jeu, c'est la possibilité de vivre une vie décente au regard des standards européens. La Cour fait allusion à une vie potentiellement transnationale mais, ce qui est en cause, c'est une vie conforme aux valeurs européennes, que l'état d'apatridie ne permet pas d'avoir. La décision *Rottmann* est d'abord une décision de protestation contre une situation d'apatridie.

Toute la légitimité de cette décision repose sur la possibilité de créer des liens européens. Au fond, la Cour demande aux autorités et aux juges nationaux de donner du crédit à la possibilité pour un individu européen de contracter d'autres attaches que le seul lien de rattachement à la nationalité. Quelles attaches ? Rien d'autre que les différents liens que l'individu est en droit d'établir dans différentes sociétés de l'Union. On peut dire ainsi que le statut du citoyen de l'Union est le lien juridique ayant à sa base la possibilité d'établir une pluralité de « liens réels » sur le territoire de l'Union. Possibilité qui a non seulement une valeur en soi, en tant qu'elle reflète l'existence d'un espace sans frontières, mais qui est aussi la condition pour l'établissement d'une société fondée sur des valeurs « communes aux Etats membres » telle que l'article 2 du traité sur l'Union européenne le prévoit. Cette possibilité est donc aussi bien une métaphore pour désigner une vie conforme aux valeurs européennes. N'est-ce pas d'ailleurs ce qu'a laissé entendre la Cour dans son arrêt *Ruiz Zambrano*⁶⁰ ? Dans ce cas, le statut de citoyen protège aussi bien la situation factuelle d'une famille dont tous les membres ne sont pas citoyens européens mais qui a fait du « territoire de l'Union » le centre de sa vie personnelle, professionnelle et sociale, indépendamment de toute activité transnationale. Cela ne se comprend que si l'on a une certaine idée de ce qu'est une vie réellement européenne.

Cela ne veut pas dire que le rattachement national est désormais dépourvu d'importance et de nécessité. La Cour reconnaît clairement, dans l'arrêt *Rottmann*, qu'« *il est légitime pour un Etat*

⁶⁰ CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09.

membre de vouloir protéger le rapport particulier de solidarité et de loyauté entre lui-même et ses ressortissants, ainsi que la réciprocité des droits et des devoirs, qui sont le fondement du lien de nationalité ». Il y a là un paradoxe que la Cour ne cherche pas à résoudre. Le rattachement national est tout aussi important que la possibilité de s'en détacher pour former d'autres types d'attaches. Admettre cela exige toutefois un immense effort d'adaptation. Il faut admettre que la vie conditionnée par le rattachement à l'Etat est dissociable d'une autre forme de vie, tout aussi digne de considération et de protection. Cette vie est faite de liens transnationaux attestés par une série de facteurs d'intégration, tels que la résidence, l'activité professionnelle, les liens familiaux, les conditions réelles d'intégration sociale, la durée d'un séjour, mais aussi, bien entendu, la nationalité. Tout cela dessine une constellation qu'il est loisible d'opposer à « *la solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments, jointe à une réciprocité de droits et de devoirs* » dont la Cour internationale de justice a fait le fondement de la nationalité dans son célèbre arrêt *Nottebohm*⁶¹. Ce que dit le droit de l'Union, c'est que ces « faits sociaux de rattachement » valent autant, en certaines circonstances, que les sortes de liens sur lesquels les Etats fondent leur relation aux nationaux. Il en est ainsi notamment dans les situations de transition.

L'hypothèse d'un droit transitionnel est illustrée d'une manière presque parfaite dans le cas *VALE Epítési* rendu en matière de mobilité des sociétés⁶². En pareil cas, les motifs d'humanité n'ont pas lieu d'être. La constitution et la vie des personnes morales répondent à des motifs essentiellement économiques et juridiques. Dans cette affaire, les associés d'une société italienne souhaitent transférer le siège social de leur société en Hongrie, où elle opérera selon le droit de ce pays. A cet effet, ils demandent la radiation de leur société du registre des sociétés en Italie. Dès ce moment, la société est supposée ne plus exister selon le droit italien. La question se pose donc de savoir si, ayant été radiée en Italie, cette société est en droit de se faire enregistrer en Hongrie en mentionnant en tant que prédécesseur la société constituée en Italie : si, en d'autres termes, une transformation européenne de la société est possible. Du point de vue du droit de l'Union, les sociétés n'existent pas en dehors d'un lien de rattachement national : « *une société créée en vertu d'un ordre juridique national n'a d'existence qu'à travers la législation nationale qui "permet" ainsi la constitution de la société, si les conditions imposées à ce titre sont remplies* ». Par conséquent, il paraît difficile d'admettre l'existence de la société avant qu'elle fût constituée en Hongrie. Et, pourtant, selon la Cour, il faut en principe considérer que la société n'a pas disparu. La société est réputée continuer à exister, maintenant sa personnalité juridique, dès lors qu'il existe une intention attestée des associés de réimplanter la société dans un autre Etat membre en se conformant aux règles de rattachement de celui-ci. Comment cela est-il possible ? Selon la Cour elle-même, la constitution d'une société exige « l'application consécutive de deux droits nationaux ». Cependant, l'application des règles nationales régissant la constitution et le fonctionnement d'une société « doit se faire dans le respect des obligations » découlant du droit de l'Union, en particulier l'obligation de respecter la liberté d'établissement. Cela signifie que, après s'être déliée du droit italien, la société en cause est encore en mesure de se prévaloir de cette liberté. Il faut donc bien qu'elle existe encore de quelque façon. Elle existe précisément dans l'entre-deux de l'application consécutive des droits nationaux, durant cette période de neuf mois entre le moment de la radiation en Italie et le moment de sa demande d'enregistrement en Hongrie, en vertu de son « statut » européen. Interférant avec les règles de constitution des sociétés, le droit de l'Union confère à la société qui cherche à se transférer en se transformant un mode d'existence transitoire.

Le droit de l'Union facilite la mobilité des personnes physiques et morales en Europe. Mais, désormais, il fait plus que cela : il garantit la continuité de leur existence. Quand elle fait produire de tels effets au droit de l'Union, la Cour persiste à utiliser le langage des droits. Dans l'affaire *VALE Epítési*, le justiciable dispose du « droit d'effectuer une transformation transfrontalière » et celui-ci est « conféré par l'ordre juridique de l'Union ». Cependant, en toute logique, le système des droits est

⁶¹ CIJ, 6 avril 1955, *Nottebohm*, Rec. 1955, p. 20

⁶² CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Epítési*, aff. C-378/10. Voir déjà CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06.

impuissant à produire de tels effets, faute d'un sujet de droit apte à les accueillir et à les exercer. Le recours se trouve, implicitement, dans l'idée de statut. Dans ce cas, se fonder sur le statut des citoyens européens, c'est rechercher des états de fait réalisés ou projetés, telle qu'une intention de se transférer ou la volonté de s'intégrer dans une société, états conformes aux valeurs que l'Union cherche à réaliser et qui obtiennent, pour cette raison, une reconnaissance en droit.

« Je veux, donc j'ai des droits »

On perçoit bien le problème de toute cette construction. Faut-il désormais considérer que les individus ont, en vertu du droit de l'Union, le libre choix de leur lien de rattachement dans l'Union et, par voie de conséquence, le libre choix du régime gouvernant leur vie juridique, économique, sociale ? « Je veux, donc j'ai des droits »⁶³. La formule saillante de Saleilles a plus d'un siècle d'existence. Elle s'élevait contre toute tentative de réduire le droit à la seule volonté individuelle. Le droit de l'Union serait-il un nouvel avatar de cette conception ? Sa formule serait : « Je souhaite créer de nouvelles attaches, donc j'ai un statut et j'ai des droits ». Prise à la lettre, une telle formule validerait tous les comportements opportunistes de tourisme légal, économique ou social que l'on peut observer dans l'Union. Elle constituerait la récusation de toutes les formes d'appartenance collective. Que ce risque n'ait pas été toujours convenablement pris en compte, notamment par la Cour de justice, il est aisé d'en convenir. Des décisions telles que celle rendues dans l'affaire *Centros* en matière de mobilité des sociétés ou dans l'affaire *Garcia Avello* en matière de détermination du nom de famille en attestent⁶⁴. Cependant, ces cas ne résument pas l'ensemble de la jurisprudence. Il y a aussi une autre philosophie dans cette jurisprudence : tout n'est pas permis, il y a les contraintes légitimes émanant des Etats membres; mais les individus européens ne doivent pas être empêchés de rechercher une forme concrète d'existence conforme à l'idée d'un espace européen d'intégration économique et sociale, quand bien même l'application abstraite des règles nationales semble s'y opposer.

Il est possible que, pour rendre tangible cette distinction, il faille exiger des individus plus que des intentions et des projets de vie. On trouve déjà dans la jurisprudence de la Cour les indices d'une telle exigence. Il existe des limites à la liberté de choix, au-delà des limites classiques fondées sur la doctrine de la fraude et de l'abus de droit. La première limite est tirée de l'exigence d'une intégration effective. Remarquons que, dans la série d'affaires ayant suivi la décision *Ruiz Zambrano*, la Cour a établi que le seul désir d'un individu de vivre avec les membres de sa famille sur le territoire européen ne saurait suffire à établir l'existence d'un fait de rattachement effectif pouvant donner lieu à la protection du statut de citoyen⁶⁵. Doit être en cause le risque d'une perte réelle, soit la perte essentielle du lien de nationalité soit la perte effective du territoire de l'Union dans son ensemble. Connue en droit international, notamment en matière de nationalité, la notion d'effectivité demeure incertaine⁶⁶. La Cour ne fournit pas les critères de l'intégration effective. Elle indique du moins une direction : le rejet de réduire le statut de citoyen européen à la seule volonté individuelle. Une seconde limite pourrait venir de l'émergence d'un cadre de contrainte et d'impérativité qui se met en place sur le plan transnational, sous l'égide de la construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. L'arrêt *P.I.*, rendu par la Cour en mai 2012, montre qu'elle ne se contente plus de contrôler la compatibilité des exigences d'ordre public posées par le droit national⁶⁷. Il lui arrive désormais de s'appuyer sur la législation de l'Union en matière criminelle pour poser des standards d'ordre public au niveau

⁶³ R. Saleilles, *De la personnalité juridique* (1910), rééd. La Mémoire du Droit, Paris, 2003, p. 531.

⁶⁴ CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97; CJCE, 2 octobre 2003, *C. Garcia Alvello*, aff. C 148/02. Voir en général, sur ce point, l'introduction de C. Kessedjian, cet ouvrage.

⁶⁵ Voir notamment CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci e.a.*, aff. C-256/11, pt 68.

⁶⁶ Sur la difficulté de définir les critères de la nationalité effective, J. Combacau, « L'opposabilité de la preuve de la nationalité de l'Etat en droit international », in SFDI, *Droit international et nationalité*, Pedone, Paris, 2012.

⁶⁷ CJUE, 22 mai 2012, *P.I.*, aff. C-348/09.

supranational⁶⁸. De ce fait, elle ouvre la voie à la création d'un régime de devoirs, en complément du régime des droits directement reconnus aux citoyens européens⁶⁹. Le statut, ce sont non seulement des droits mais aussi des devoirs, et notamment celui de vivre en conformité avec les valeurs de la société européenne.

Ces deux éléments sont susceptibles de venir enrichir une conception du statut de l'individu européen dans laquelle le principe de son autonomie transnationale serait garanti tandis que les considérations légitimes qui militent contre la consécration d'une totale liberté de choix seraient prises en compte et protégées. Nous avons déjà un système de droits. Mais cela ne suffit pas. La question du statut est engagée. La théorie du sujet de droit européen est à construire. C'est assurément vers cette théorie qu'il faut aller. Ainsi que nous espérons l'avoir montré, il y a dans le droit de l'Union un certain nombre d'éléments qui indiquent que ce développement est possible. Reste à les rassembler et les faire entrer dans une conception qui soit à la fois généralisable et acceptable pour l'ensemble des acteurs concernés.

⁶⁸ Voir la contribution de S. Francq, cet ouvrage.

⁶⁹ Pour cette interprétation, L. Azoulay et S. Coutts, « Restricting Union citizens' residence on grounds of public security. Where Union citizenship and the AFSJ meet », *Common Market Law Review*, 2013, p. 553.

