

# اختيار القانون في السوق الداخلية : الحرية الاقتصادية للتنقل والتعددية القانونية العامة

فهرس رسالة دكتوراه

## PLAN DETAILLE

<b>INTRODUCTION</b> .....	7
<b>PREMIERE PARTIE : LA DIFFICILE CONCILIATION DE LA PLURALITE JURIDIQUE AVEC LES LIBERTES DE CIRCULATION</b> .....	25
<b>TITRE I : LES PRINCIPES REGISSANT L'ARTICULATION DES COMPETENCES COMMUNAUTAIRES ET ETATIQUES</b> .....	26
<b>CHAPITRE I : LE MAINTIEN DES COMPETENCES ETATIQUES SOUS CONTROLE COMMUNAUTAIRE</b> .....	26
<b>Section I : L'origine de la pluralité juridique</b> .....	27
<b>§ I. La pluralité juridique inquiétée par la compétence communautaire en matière de marché intérieur</b> .....	28
A. Le principe des compétences d'attribution de la Communauté .....	28
B. La compétence de la Communauté en matière de marché intérieur expliquée par le concept d'intégration .....	31
<b>§ II. La pluralité juridique par le partage des compétences étatiques et communautaires en matière de marché intérieur</b> .....	39
A. L'affirmation d'une compétence partagée .....	39
B. La résolution du conflit de compétence au profit de la Communauté par le principe de préemption.....	43
C. L'exercice raisonnable de sa compétence par la Communauté.....	45
<b>Section II : Le contrôle communautaire de l'exercice des compétences étatiques</b> .....	46
<b>§ I. Le fondement du contrôle communautaire</b> .....	47
A. Le mécanisme de l'intégration négative .....	47
B. La mise en œuvre du mécanisme de l'intégration négative par la Cour de justice .....	52
<b>§ II. Le contenu du contrôle communautaire</b> .....	53

A. L'obligation générale de ne pas faire déduite des libertés de circulation.....	54
B. L'obligation de faire à la charge des Etats membres.....	56
1. Rappel des grands principes communautaires encadrant les compétences nationales .....	56
2. Déduction de l'obligation de faire des grands principes communautaires et des libertés de circulation.....	59
<b>Conclusion du Chapitre I.....</b>	<b>61</b>
<b>CHAPITRE II : L'ETENDUE INCERTAINE DU CONTROLE COMMUNAUTAIRE PAR LES LIBERTES DE CIRCULATION.....</b>	<b>63</b>
<b>Section I : Le caractère inévitablement incertain du champ d'application matériel.....</b>	<b>64</b>
<b>§ I. L'impossibilité de retenir un critère matériel d'application.....</b>	<b>65</b>
A. La déduction logique d'un critère d'applicabilité spatio-économique. ....	66
B. La conséquence : l'indifférence aux qualifications juridiques nationales .....	72
1. L'indifférence à la matière dont relève la réglementation .....	72
1.1. La référence générale à la notion de compétence retenue .....	72
1.2. L'examen de toutes les matières au regard du seul critère spatio-économique d'applicabilité.....	75
2. L'indifférence à la qualification de loi de police .....	76
<b>§ II. Les fluctuations de la jurisprudence de la Cour de justice dans l'interprétation du critère d'applicabilité.....</b>	<b>79</b>
A. L'élargissement du champ d'application matériel des libertés .....	79
de circulation par la substitution du critère d'applicabilité spatio-économique à celui de la discrimination .....	80
1. L'impossibilité logique de retenir le critère de la discrimination .....	80
2. L'abandon jurisprudentiel de toute référence à la discrimination.....	84
B. Les tentatives d'interprétation plus stricte du critère d'applicabilité spatio-économique .....	87
1. L'exclusion des réglementations ayant un effet trop indirect ou aléatoire sur la libre circulation .....	88

2. L'exclusion des réglementations relatives aux modalités de vente.....	94
<b>Conclusion de la section I.....</b>	<b>102</b>
<b>Section II : Le caractère inutilement incertain des critères d'applicabilité des libertés de circulation à l'égard des opérateurs économiques.....</b>	<b>104</b>
<b>§ I. L'extension du champ d'application des libertés de circulation aux opérateurs économiques.....</b>	<b>105</b>
A. L'effet direct des libertés de circulation, source des droits subjectifs .....	106
1. Le principe de l'effet direct .....	107
2. Les conséquences et fonctions de l'effet direct .....	112
B. Les bénéficiaires des droits subjectifs.....	115
1. Libre circulation des marchandises .....	116
2. Libre circulation des travailleurs .....	117
3. Liberté d'établissement et libre prestation de services.....	117
<b>§ II. L'exigence incertaine d'un critère spatial d'applicabilité.....</b>	<b>119</b>
A. Le critère spatial d'applicabilité <i>a priori</i> imposé par la lettre du traité CE.....	120
B. L'incohérente interprétation jurisprudentielle du critère spatial d'applicabilité.....	124
1. Le critère spatial d'applicabilité en libre circulation des personnes .....	125
2. Le critère spatial d'applicabilité en libre circulation des marchandises .....	128
2.1. L'impossible assimilation des conditions de recevabilité d'une question préjudicielle aux conditions d'applicabilité du droit communautaire .....	129
2.2. L'exigence variable d'un critère spatial d'applicabilité du droit communautaire déduit de la jurisprudence de la Cour de justice .....	137
2.3. Analyse critique de la jurisprudence de la Cour et proposition d'un critère de localisation spatiale unique d'applicabilité du droit communautaire .....	139
<b>Conclusion du Chapitre II.....</b>	<b>142</b>
<b>CONCLUSION DU TITRE I.....</b>	<b>144</b>

**TITRE II : APPRECIATION CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE DE LA  
COUR DE JUSTICE EN MATIERE D'ATTEINTES NEES DE LA  
PLURALITE JURIDIQUE.....146**

**CHAPITRE I : PLURALITE JURIDIQUE ET VIOLATION DU PRINCIPE DE NON-  
DISCRIMINATION.....146**

**Section I : Détermination des discriminations sanctionnées .....150**

**§ I. Fonction économique de la sanction par la discrimination.....152**

**§ II. Contenu de la sanction communautaire par la discrimination.....157**

A. Le contrôle du respect de l'égalité dans la loi.....157

1. La notion d'égalité dans la loi .....157

2. Le contrôle effectué par la Cour de justice.....161

B. Le contrôle des discriminations matérielles .....163

1. Le choix de la distinction discrimination matérielle / discrimination  
formelle .....164

2. Les difficultés terminologiques .....164

3. Confrontation des notions retenues à la jurisprudence de la Cour .....166

**Section II : Identification des discriminations liées à la pluralité juridique.....170**

**§ I. Pluralité juridique et inégalité de traitement.....171**

A. L'exclusion du champ d'application du principe de non-discrimination  
des inégalités de traitement engendrées par la seule diversité juridique.....172

B. L'appréhension par le principe de non-discrimination des inégalités de  
traitement engendrées par l'application successive des lois des Etats  
membres .....176

Conclusion du § I. ....183

**§ II. Pluralité juridique et caractère injustifié de la règle de droit.....184**

A. Analyse théorique.....184

1. Présentation de la thèse .....187

2. Réfutation de la thèse .....189

B. Les manifestations.....193

Conclusion du § II.....197

<b>Conclusion de la Section II.....</b>	<b>198</b>
<b>Conclusion du Chapitre I.....</b>	<b>199</b>
<b>CHAPITRE II : PLURALITE JURIDIQUE ET RESTRICTION NON DISCRIMINATOIRE INJUSTIFIEE A LA LIBRE CIRCULATION.....</b>	<b>200</b>
<b>Section I: Les restrictions injustifiées liées à la multiplicité des réglementations nationales impératives .....</b>	<b>201</b>
<b>§ I. Le refus explicite de la Cour de condamner les divergences de législations.....</b>	<b>201</b>
A. Les divergences de législations ne permettent pas de préjuger de leur effet restrictif.....	202
B. Les divergences de législations ne permettent pas de préjuger de leur caractère injustifié .....	206
<b>§ II. La condamnation des réglementations impératives dans un contexte de pluralité juridique .....</b>	<b>210</b>
A. Manifestations de la défiance de la Cour à l'encontre des réglementations impératives .....	211
B. Manifestations de la préférence accordée par la Cour aux réglementations supplétives .....	219
1. L'arrêt Boussac Saint-Frères SA.....	219
2. L'arrêt Alsthom.....	221
<b>Section II: La possible solution à la multiplicité des réglementations nationales impératives.....</b>	<b>224</b>
<b>§ I. La consécration de multiples formes de choix de loi.....</b>	<b>225</b>
A. Le choix de loi ostensible : la loi d'autonomie .....	226
B. Le choix de loi occulte : la conception extensive du choix de loi.....	229
1. Le choix de loi par la manipulation du critère d'application de la loi.....	230
2. Le choix de loi par la mobilité.....	231
<b>§ II. Le risque de remise en question de l'autorité de la loi à la lumière du concept de l'autonomie de la volonté.....</b>	<b>232</b>

A. Le concept d'autonomie de la volonté .....	233
B. Les critiques du concept.....	234
<b>Conclusion du Chapitre II.....</b>	<b>238</b>
<b>CONCLUSION DU TITRE II .....</b>	<b>239</b>
<b>CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....</b>	<b>240</b>
<b>SECONDE PARTIE: LA CONCILIATION PAR LES NOUVELLES FACULTES DE CHOIX DE LOI DEDUITES DES LIBERTES DE CIRCULATION .....</b>	<b>243</b>
<b>TITRE I: LA RECONNAISSANCE MUTUELLE, UNE NOUVELLE MODALITE DE CHOIX DE LOI .....</b>	<b>244</b>
<b>CHAPITRE I : LE DEVELOPPEMENT LOGIQUE ET APPRECIABLE DE NOUVELLES FACULTES CHOIX DE LOI FONDEES SUR L'EQUIVALENCE DES REGLEMENTATIONS.....</b>	<b>248</b>
<b>Section I: Le choix de loi créé par le système de la reconnaissance mutuelle en libre circulation des marchandises.....</b>	<b>249</b>
<b>§ I. L'application de principe d'une seule loi au sein de la Communauté.....</b>	<b>249</b>
A. Détermination du contenu de la notion au regard de la jurisprudence .....	250
1. L'arrêt Cassis de Dijon .....	250
2. L'apport de la communication interprétative de la Commission .....	252
B. Détermination du contenu de la reconnaissance mutuelle au regard de son fondement juridique. ....	255
1. Les enjeux du rattachement aux différents fondements .....	255
2. La thèse de l'article 28 du traité CE .....	257
3. La thèse de l'article 30 du traité CE .....	258
4. La proposition d'un double fondement .....	260
<b>§ II. Un principe offrant de nouvelles facultés de choix de loi encore trop restreintes aux opérateurs économiques.....</b>	<b>266</b>
A. Le champ d'application matériel restreint de la reconnaissance mutuelle.....	267
1. Les domaines de principe.....	268

2. Les domaines exclus ou incertains .....	277
2.1. L'exclusion des modalités de vente .....	278
2.2. La matière contractuelle .....	280
B. Le caractère trop restrictif des facultés de choix de loi .....	283
1. Le possible choix de loi d'un Etat tiers .....	284
2. Eléments en faveur d'un abandon progressif de l'exigence d'un lien entre la loi choisie et l'activité économique .....	287
2.1. L'hypothèse du produit fabriqué conformément aux règles de l'Etat de provenance .....	288
2.1.1. La faculté de choix de loi de l'Etat membre de fabrication lorsque la marchandise y est commercialisée .....	289
2.1.2. La faculté de choix de loi de l'Etat membre de fabrication lorsque la marchandise n'y est pas commercialisée .....	290
2.2. L'hypothèse du produit fabriqué conformément aux règles d'un autre Etat membre que celui de fabrication .....	294
2.2.1. La faculté de choix de loi de l'Etat membre de commercialisation lorsque la marchandise n'y est pas fabriquée .....	294
2.2.2. La faculté de choix de loi de n'importe quel Etat membre sans exigence de fabrication ou de commercialisation .....	297
<b>Section II : La reconnaissance mutuelle en matière de diplômes et formations professionnelles .....</b>	<b>302</b>
<b>§ I. L'application de principe d'une seule loi au sein de la Communauté.....</b>	<b>304</b>
A. L'interprétation extensive du champ d'application matériel du mécanisme .....	305
B. L'interprétation souple du fondement juridique du mécanisme .....	308
<b>§ II. Un mécanisme offrant de nouvelles facultés de choix de loi aux opérateurs économiques.....</b>	<b>312</b>
A. Détermination des Etats dont la réglementation peut faire l'objet d'un choix de loi .....	312
1. Acquisition d'un titre dans un Etat tiers .....	313
2. Acquisition d'un titre dans un Etat membre .....	314
B. Les facultés de choix de loi opposables par un opérateur économique à l'encontre de son propre Etat .....	315

Conclusion de Chapitre I.....	317
<b>CHAPITRE II : LE CHOIX DE LOI JUSTIFIE PAR LA SEULE LIBERTE DE CIRCULATION.....</b>	<b>319</b>
<b>Section I : Le choix de loi créé par le système de la reconnaissance mutuelle en libre prestation de services.....</b>	<b>321</b>
<b>§ I. L'impérativité des lois remise en cause par l'existence du mécanisme de la reconnaissance mutuelle.....</b>	<b>322</b>
A. Les éléments caractérisant le principe de la reconnaissance mutuelle en libre prestation de services .....	323
B. La portée variable de la reconnaissance mutuelle sur l'impérativité des lois .....	326
1. La portée absolue.....	327
1.1. Le fondement : l'équivalence des législations.....	327
1.2. L'interprétation extensive de la notion d'équivalence par la Cour de justice .....	329
2. La portée relative.....	332
2.1. Le fondement : l'effet utile du droit communautaire.....	332
2.2. Illustration.....	334
<b>§ II. L'étendue des facultés de choix de loi crée par la reconnaissance mutuelle.....</b>	<b>338</b>
A. Une manifestation de l'ouverture de facultés de choix de loi en droit public.....	338
B. Une manifestation de l'ouverture des facultés de choix de loi en droit privé.....	341
1. Exemple d'une application de la reconnaissance mutuelle en droit privé.....	341
2. Exemple d'une réserve dans l'utilisation de la reconnaissance mutuelle en droit des contrats.....	349
C. Modalités d'exercice du choix de loi .....	353
<b>Section II : Le choix de loi créé par la reconnaissance mutuelle en matière de liberté d'établissement des sociétés.....</b>	<b>355</b>

<b>§ I. Un mécanisme imposant la reconnaissance des sociétés constituées dans un autre Etat membre .....</b>	<b>357</b>
A. L'étendue de la reconnaissance mutuelle .....	358
1. La légitimité de la Cour de justice à déduire la reconnaissance mutuelle des dispositions du Traité en matière de liberté d'établissement des sociétés.....	358
2. Mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle en matière de liberté d'établissement à titre principal .....	360
3. La mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle en liberté d'établissement à titre secondaire .....	367
3.1. L'interdiction de refuser l'immatriculation de la succursale d'une société fictive : affaire Centros .....	367
3.2. L'interdiction de soumettre l'exercice de l'activité commerciale par la succursale d'une société fictive à des conditions particulières : l'affaire Inspire Art .....	370
B. La portée importante de la reconnaissance mutuelle .....	372
1. Au regard de son fondement .....	373
2. Au regard de ses exceptions .....	377
<b>§ II. Un mécanisme offrant de nouvelles facultés de choix de loi aux opérateurs économiques.....</b>	<b>380</b>
A. Le domaine matériel du choix de loi .....	381
B. Les modalités d'exercice du choix loi .....	385
1. Un choix de loi indirect : reconnaissance d'un droit acquis : nécessité de circuler.....	386
2. L'impact de l'obligation de reconnaissance de la théorie de l'incorporation : la faculté de choix de loi sans exigence d'une localisation du siège réel dans l'Etat membre de constitution.....	388
<b>Conclusion du Chapitre II.....</b>	<b>390</b>
<b>CONCLUSION DU TITRE I.....</b>	<b>391</b>
<b>TITRE II: L'ABUS DE DROIT, UNE LIMITE INSUFFISANTE AUX NOUVELLES FACULTES DE CHOIX DE LOI.....</b>	<b>394</b>
<b>CHAPITRE I: LA DEDUCTION CASUISTIQUE DE L'ABUS DE DROIT COMMUNAUTAIRE.....</b>	<b>396</b>

<b>Section I : Les hypothèses de sanction de l'usage des libertés de circulation par les opérateurs économiques.....</b>	<b>397</b>
<b>§ I. La condamnation lorsque les opérateurs économiques cherchent à évincer l'application du droit national.....</b>	<b>397</b>
<b>§ II. La condamnation en l'absence d'une mobilité économique réelle et effective .....</b>	<b>400</b>
<b>Section II : La qualification d'abus de droit.....</b>	<b>404</b>
<b>§ I. Les qualifications envisageables.....</b>	<b>405</b>
A. La notion de fraude à la loi .....	406
B. La notion d'abus de droit.....	407
C. Le critère principal de distinction entre les notions de fraude et d'abus de droit .....	410
<b>§ II. Les éléments en faveur de la qualification d'abus de droit communautaire .....</b>	<b>410</b>
A. Arguments doctrinaux .....	410
B. Arguments tirés de la jurisprudence de la Cour de justice .....	413
1. Rejet de la qualification fraude .....	414
2. L'adoption d'une conception finaliste de l'abus de droit par la Cour de justice.....	415
<b>Conclusion de Chapitre I.....</b>	<b>417</b>
<b>CHAPITRE II : LA PORTEE RELATIVE DE L'ABUS DE DROIT COMMUNAUTAIRE.....</b>	<b>418</b>
<b>Section I : La fausse limite : une sanction rarement retenue.....</b>	<b>419</b>
<b>§ I. La portée possible de l'abus subordonnée à son mode de sanction.....</b>	<b>419</b>
A. L'abus de droit, critère d'applicabilité du droit communautaire.....	420
B. L'abus de droit critère de conformité du droit national au droit communautaire.....	421
C. Enjeu de la distinction .....	423

**§ II. La portée réelle par la prise en considération de l'abus de droit dans le cadre du contrôle de conformité.....424**

A. Identification du mode de sanction par le dépassement des ambiguïtés terminologiques.....424

1. L'assimilation erronée des cas d'inapplicabilité du droit communautaire à ceux de la conformité au droit communautaire .....425

2. La référence trompeuse à la « fraude » ou à « l'abus » pour traiter de l'impact des mobiles sur l'applicabilité du droit communautaire .....428

B. L'impact d'une sanction de l'abus de droit au stade du contrôle de conformité .....430

**Section II : La limite artificielle : une notion difficilement caractérisée.....433**

**§ I. Les éléments indifférents ou insuffisants à la caractérisation de l'abus de droit .....434**

A. L'élément subjectif.....434

1. Les arguments doctrinaux en faveur du caractère nécessaire de l'élément subjectif de l'abus de droit .....435

1.1. L'argument du caractère inhérent de l'élément subjectif à l'abus de droit selon la conception finaliste .....435

1.2. L'argument du motif illégitime prétendument consacré par la Cour de justice .....437

1.3. L'argument de l'objectivisation de la preuve de l'élément subjectif.....438

2. Analyse critique de la doctrine fondée sur le refus de la Cour de connaître des mobiles des opérateurs économiques. ....440

2.1. Le refus de prendre en considération les mobiles de l'opérateur économique.....440

2.2. L'identification d'un motif illégitime : la volonté de contourner le droit national .....441

2.3. L'affirmation que la volonté d'échapper à l'application d'une loi est un mobile conciliable avec les libertés de circulation.....442

B. Le droit national évincé .....444

Conclusion du § I. ....446

**§ II. L'abus, un détournement des libertés de circulation de leur fonction .....447**

A. L'unanimité quant à la caractérisation de l'abus par le détournement des libertés de circulation communautaire de leur fonction .....	448
B. Analyse critique des thèses faisant de l'intégration négative la fonction des libertés de circulation .....	449
1. Bref rappel de la notion d'intégration négative.....	450
2. La réfutation catégorique de la thèse de l'assimilation des libertés de circulation à un outil de coopération entre la Cour de justice et les opérateurs économiques .....	451
2. 1. Présentation de la thèse.....	451
2.2. Analyse critique de la thèse .....	453
3. Réfutation difficile de l'analyse des libertés de circulation sous l'angle de la théorie du fédéralisme économique .....	454
3.1. Présentation de la théorie du fédéralisme économique.....	454
3.2. La difficile critique de la thèse du fédéralisme économique .....	456
C. La déduction casuistique de la fonction des droits subjectifs issus des libertés de circulation .....	457
1. L'objectif général de mobilité .....	457
2. Les différentes formes de mobilité.....	458
2.1. Le droit d'exercer une activité économique réelle et effective dans un autre Etat membre .....	459
2.1.1. Libre circulation des marchandises .....	459
2.1.2. Libre circulation des travailleurs.....	460
2.1.3. Liberté d'établissement à titre principal.....	461
2.2. Le droit d'exercer des activités économiques impliquant plusieurs Etats membres. ....	463
2.2.1. Libre prestation de services.....	463
2.2.2. Liberté d'établissement à titre secondaire .....	475
<b>Conclusion du Chapitre II.....</b>	<b>479</b>
 <b>CHAPITRE III : PROPOSITION EN VUE DE GARANTIR UNE MEILLEURE EFFECTIVITE DE L'ABUS DE DROIT COMMUNAUTAIRE.....</b>	<b>480</b>
 <b>Section I: L'argument de la légitimité de l'atteinte à l'autorité du droit national par les opérateurs économiques.....</b>	<b>481</b>

<b>Section II : La sanction de l'abus de droit par l'encadrement des critères d'invocabilité des libertés de circulation.....</b>	<b>484</b>
<b>Conclusion du Chapitre III .....</b>	<b>488</b>
<b>CONCLUSION DU TITRE II .....</b>	<b>490</b>
<b>CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE .....</b>	<b>492</b>
<b>CONCLUSION GENERALE.....</b>	<b>494</b>