

Marché intérieur (Libre circulation des marchandises, libre prestation de services, droit d'établissement et libre circulation des capitaux)

(juillet-décembre 2011)

Anne-Lise SIBONY

*Professeur, co-directrice de l'Institut d'études juridiques européennes (IEJE)
Université de Liège*

Alexandre DEFOSSEZ

Assistant à l'Institut d'études juridiques européennes (IEJE), Université de Liège

1. *Un pas de plus vers un test unique de l'entrave* [CJUE 6 oct. 2011, *Bonnarde*, C-443/10]

L'arrêt Bonnarde se situe, du point de vue de la définition de l'entrave, dans la lignée des arrêts Commission c/ Italie (remorques) et Mickelsson et Roos (bateaux suédois). La Cour se réfère à la nouvelle formule de l'entrave inaugurée dans ces arrêts et confirme son orientation vers une approche centrée sur les effets.

Une maladresse de rédaction des décrets d'application issus du « Grenelle de l'environnement » vaut au dispositif français de « bonus écologique », favorisant les voitures économes en carburant, d'être déclaré incompatible avec le droit de l'Union. Du point de vue du dispositif d'encouragement lui-même, la retouche décrétole nécessaire sera mineure. En effet, seul était concerné dans l'arrêt *Bonnarde* le cas particulier des véhicules de démonstration, ces véhicules qu'acquière les revendeurs pour permettre à leurs clients de les essayer. Ce type de véhicules appelait des dispositions particulières dans le décret, car le bonus écologique est en principe réservé aux véhicules neufs. Il s'agissait d'en étendre le bénéfice aux véhicules presque neufs que sont les véhicules de démonstration, en distinguant leur régime de celui des véhicules d'occasion. Comme les véhicules de démonstration sont destinés à être mis en circulation pour être essayés, ils

doivent être immatriculés. En France, une mention spéciale « véhicule de démonstration » est portée sur leur certificat d'immatriculation et le décret prévoyait que, sur présentation d'un certificat d'immatriculation reprenant cette mention, les véhicules de démonstration pourraient bénéficier de la prime écologique.

La difficulté rencontrée par M. Bonnarde, à l'origine du litige qui a donné lieu à la saisine de la Cour à titre préjudiciel, venait du fait que tous les Etats membres ne prévoient pas de telles mentions spéciales sur les certificats d'immatriculation. Dès lors, M. Bonnarde ayant acquis en Belgique un véhicule de démonstration, qui remplissait par ailleurs toutes les conditions de fond pour bénéficier du bonus écologique en France, s'est vu refusé le bénéfice de cette prime, au motif qu'il ne pouvait fournir un certificat d'immatriculation portant la mention exigée par le décret français.

L'intérêt de l'arrêt *Bonnarde* ne tient pas à son dispositif, dans lequel la Cour juge le droit français incompatible avec le droit de l'Union, en ce que les décrets en cause empêchent en pratique de faire bénéficier des véhicules importés des avantages qui seraient consentis à des véhicules identiques mais immatriculés en France. Ce sont les formules utilisées par la Cour pour analyser l'entrave qui méritent d'être mentionnées (1).

L'arrêt rapporté se situe à cet égard clairement dans la ligne des arrêts *Commission c/ Italie* (remorques) et *Mickelsson et Roos* (bateaux suédois) (2). En effet, on retrouve les formules inaugurées dans l'arrêt *Commission c/ Italie*, à commencer par la nouvelle formule de l'entrave, selon laquelle « doivent être considérées comme des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation, au sens de l'article 34 TFUE, les mesures prises par un Etat membre ayant pour objet ou pour effet de traiter moins favorablement des produits en provenance d'autres Etats membres » (3). Sont également mentionnées – par souci de complétude de la formule, car ce n'est pas pertinent en l'espèce – les entraves de type « *Cassis de Dijon* » (4). Curieusement, l'arrêt *Commission c/ Italie*, dont les formules sont reproduites, n'est pas cité (5). La référence jurispruden-

(1) Sur le rôle des formules dans la jurisprudence de la Cour, V. L. Azoulai, La fabrication de la jurisprudence communautaire, in P. Mbongo et A. Vauchez (dir.), Dans la fabrique du droit européen, Bruylant, 2009, p. 153-169 et, du même auteur, La formule de l'entrave in L. Azoulai (dir.), L'entrave dans le droit du marché intérieur, Bruylant, 2011, p. 1-21.

(2) CJCE 10 févr. 2009, *Commission c/ Italie*, C-110/05, Rec. I-519 ; CJCE 4 juin 2009, *Åklagen c/ Mickelsson et Roos*, C-142/05, Rec. I-4273, cette chron., RTD eur. 2010. 130 s. ; A. Rigaux, Définition des mesures d'effet équivalent, Europe, 2009. comm. 158, p. 20-22 ; C. Barnard, Trailing a new Approach to free Movement of Goods ?, The Cambridge Law Journal, 2009. 288-290 ; E. Spaventa, Leaving Keck behind ? The free movement of goods after the rulings in *Commission v Italy and Mickelsson and Roos*, EL Rev. 2009. 914-932 ; N. de Sadeleer, L'examen, au regard de l'article 28 CE, des règles nationales régissant les modalités d'utilisation de certains produits, JDE 2009. 247-250.

(3) Bonnarde, préc., point 27, nous soulignons, reprenant le point 37 de l'arrêt *Commission c/ Italie*, préc., également repris (avec citation) dans CJUE, *Ker-Optika*, C-108/09, point 49.

(4) Bonnarde, *ibid.*, reprenant le point 35 de l'arrêt *Commission c/ Italie*, préc. dans lesquels la Cour indique que constituent également des mesures d'effet équivalent « les entraves à la libre circulation des marchandises résultant, en l'absence d'harmonisation des législations nationales, de l'application à des marchandises en provenance d'autres Etats membres, où elles sont légalement fabriquées et/ou commercialisées, de règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises, même si ces règles sont indistinctement applicables à tous les produits ».

(5) Il l'est néanmoins plus bas, au point 30 de l'arrêt *Bonnarde*.

tielle citée par la cinquième chambre à la fin de ce passage (6) est l'arrêt *Deutscher Apothekerverband* (7). Plus précisément il est fait référence au passage dans lequel la Cour (en formation plénière) soulignait que c'est l'effet et non l'objet d'une mesure qui est déterminant pour l'application de l'article 34 TFUE (8). En cela, la formule employée dans l'arrêt rapporté se distingue d'une formule pourtant textuellement proche, celle de l'arrêt *Groenveld* en matière de restrictions aux exportations (9).

L'accent est donc mis sur l'effet de la mesure plutôt que sur sa caractérisation formelle (mesures spécifiquement applicable aux marchandises importées ou indistinctement applicable à toutes les marchandises) ou sur son objet (règle relative aux produits, à leur usage ou aux modalités de vente). Cette orientation est également exprimée par une référence – cette fois explicite – à l'arrêt *Commission c/ Italie*, lorsque la Cour indique qu'il faut prendre en considération l'incidence (potentielle) de la mesure sur le comportement des acheteurs. C'est parce que la mesure « peut avoir une influence sur le comportement des acheteurs » qu'elle est susceptible d'affecter l'accès de ces véhicules au marché français (10). On voit donc que la prise en considération de l'incidence de la règle sur les comportements n'est pas propre au domaine des mesures portant sur l'usage de certains biens (en cause dans les arrêts *Commission c/ Italie* et *Mickelsson*). On peut même penser que c'est là un élément qui rapproche le raisonnement suivi dans le domaine de la libre circulation des marchandises avec celui qui caractérise d'autres libertés de circulation, où, en l'absence de test *Dassonville* sur l'entrave au « commerce », la Cour a pris l'habitude d'analyser si les mesures nationales dissuadent les titulaires des différentes libertés de les exercer (11). D'un point de vue terminologique, on peut observer que la Cour emploie dans l'arrêt *Bonnarde* l'expression « susceptible de dissuader » des opérateurs (12) qui, si elle n'est pas inédite dans le domaine de la libre circulation des marchandises (13), est plus courante dans les arrêts rendus en matière de

(6) *Bonnarde*, préc., point 27.

(7) CJCE 11 déc. 2003, *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01, Rec. I-14887, qui était déjà cité dans l'arrêt *Mickelsson*, préc., point 24.

(8) Le paragraphe cité de l'arrêt *Deutscher Apothekerverband* est le point 67, dans lequel la Cour indique « Bien qu'une mesure n'ait pas pour objet de régler les échanges de marchandises entre les États membres, ce qui est déterminant c'est son effet, actuel ou potentiel, sur le commerce intracommunautaire » (nous soulignons).

(9) CJCE 8 nov. 1979, *Groenveld*, 15/79, Rec. 3409, point 7, visant les « mesures qui ont pour objet ou pour effet de restreindre spécifiquement les courants d'exportation et d'établir ainsi une différence de traitement entre le commerce intérieur d'un État membre et son commerce d'exportation, de manière à assurer un avantage particulier à la production nationale ou au marché intérieur de l'État intéressé, au détriment de la production ou du commerce d'autres États membres ». Par l'adverbe « spécifiquement », la Cour mettait l'accent sur les mesures discriminatoires, ce qui n'est pas le cas dans l'arrêt rapporté.

(10) *Bonnarde*, point 30.

(11) La formule issue de l'arrêt *Gebhard* s'attache aux « mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité », CJCE 30 nov. 1995, *Gebhard*, C-55/94, point 39.

(12) *Bonnarde*, point 28.

(13) CJCE 14 oct. 2004, *Omega*, C-36/02, Rec. I-9609, point 25 ; CJCE 4 avr. 2008, *Commission c/ Luxembourg*, C-286/07, Rec. I-63* (pub. somm.), point 32 ; CJCE 14 févr. 2008, *Dynamic Medien*, C-244/06, Rec. I-505, point 34. V. aussi CJCE 22 janv. 2002, C-390/99, points 41 et 43, mais dans cette affaire, il s'agissait à la fois de libre circulation des marchandises (décodeurs) et de services.

libre circulation des personnes (14) ou de liberté d'établissement et libre prestation de services (15).

L'arrêt *Bonnarde* est donc sans doute à considérer comme un petit pas de plus dans la direction d'un régime unique de l'entrave.

A.-L. S.

2. Renforcement du contrôle de proportionnalité pour des mesures environnementales restreignant de manière radicale la circulation de certaines marchandises [CJUE 21 déc. 2011, *Commission c/ Autriche*, C-28/09]

Dans le cadre d'un conflit récurrent entre la Commission et l'Autriche concernant l'équilibre à trouver entre la libre circulation des marchandises et la protection de l'environnement, la Cour soumet les mesures environnementales autrichiennes à un contrôle de proportionnalité serré. Au terme de ce contrôle, le juge européen considère que les interdictions de circulation imposées à certains camions sont disproportionnées.

Le transit des marchandises en Autriche a déjà donné lieu à un contentieux nourri devant la Cour de justice (16). Cette affaire marque donc une étape supplémentaire dans la recherche d'un équilibre entre la liberté de transit des marchandises et la protection de l'environnement et en souligne la difficulté. En l'occurrence, l'Autriche a imposé plusieurs mesures visant à réduire les émissions spécifiques des véhicules automobiles à moteur et, en particulier, à réduire les émissions d'azote. Tenant compte de l'arrêt de la Cour rendu en 2005, ces mesures ont pris la forme d'interdictions sectorielles de circulation pour les camions transportant certains types de marchandise ayant une « affinité avec le rail » et dépassant un certain tonnage (les « interdictions sectorielles de circuler »). Il s'agissait ce faisant, selon les autorités autrichiennes, d'inscrire ces mesures dans un plan plus général visant à s'assurer du respect de certaines obligations environnementales d'origine européenne (17) puisque les taux d'émission étaient très régulièrement dépassés dans cette région.

La Commission considère que ce plan autrichien est incompatible avec les articles 28 et 29 CE, devenus 34 et 35 TFUE. La Commission estime, premièrement, que l'interdiction de rouler est une mesure trop radicale, qui affecte un trop grand nombre de transporteurs. La possibilité d'utiliser le transport par rail, qui semble être un des objectifs de la réglementation autrichienne (18), ne

(14) CJCE 17 sept. 2002, *Baumbast*, C-413/99, Rec. I-7091, point 52 ; CJCE 5 juill. 2008, *Meitock*, C-127/08, Rec. I-6241, point 64.

(15) V. parmi beaucoup d'autres exemples, CJCE 11 juill. 2002, *Carpenter*, C-60/00, Rec. I-6279, point 26 ; V. par ex. CJCE 23 oct. 2007, *Commission c/ Allemagne*, C-112/05, Rec. I-8995, point 19 ; CJCE 6 oct. 2009, *Commission c/ Espagne*, C-153/08, Rec. I-9735, point 37 ; CJUE 20 mai 2010, *Zanotti*, C-56/09, Rec. I-4517.

(16) CJCE 15 nov. 2005, *Commission c/ Autriche*, C-320/03, Rec. I-9871 et CJCE 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, Rec. I-5659.

(17) L'article 8, § 3, de la directive 96/62, pour assurer dans le Land du Tyrol le respect de la valeur limite pour le dioxyde d'azote, fixée à l'annexe II, point I, de la directive 1999/30 (dir. 96/62/CE du Conseil du 27 sept. 1996 concernant l'évaluation et la gestion de la qualité de l'air ambiant, JOCE L 296, p. 55-63 et dir. 1999/30/CE du Conseil, du 22 avr. 1999, relative à la fixation de valeurs limites pour l'anhydride sulfureux, le dioxyde d'azote et les oxydes d'azote, les particules et le plomb dans l'air ambiant, JOCE L 163, p. 41-60).

(18) Arrêt *Commission c/ Autriche*, au point 41.

convainc pas la Commission qui considère que le surcroît de coûts entraîné pour les opérateurs est excessif. De plus, la Commission considère que les critères utilisés pour imposer ces interdictions de rouler, qui reposent sur le type de marchandises transportée et sur le tonnage des véhicules, sont inadaptés pour atteindre un objectif d'amélioration de la qualité de l'air. Enfin, la Commission considère que les mesures adoptées, qui poursuivent principalement un objectif de réduction du trafic routier, ne sont pas adéquates pour atteindre un objectif de protection de l'environnement. A cet égard, la Commission considère, notamment, qu'une limitation générale de la vitesse à 100 km/h serait plus indiquée afin d'atteindre l'objectif de protection de l'environnement.

C'est dans ce contexte que la Cour est appelée à se prononcer sur l'interprétation des dispositions du Traité relatives à la libre circulation des marchandises. L'appréciation de la Cour s'inscrit dans un cadre de raisonnement classique. Toutefois, la Cour effectue une analyse de la proportionnalité de la mesure qui s'inscrit dans une tendance à requérir la démonstration empirique de l'effet concret des normes contestées dans le cadre du recours en manquement (19). Il faut dire, à cet égard, que la Commission avançait le résultat de diverses études afin d'étayer son argumentation (20).

La question de la qualification de la mesure en tant qu'entrave ne retient pas longuement la Cour. Celle-ci constate que l'Autriche ne peut exciper de l'existence d'une réglementation européenne sur la pollution de l'air pour échapper aux obligations qui découlent du Traité. En effet, même s'il « appartient [aux] Etats membres de prendre des mesures appropriées et cohérentes destinées à respecter la valeur limite, compte tenu de l'ensemble des circonstances du moment et des intérêts en présence [...] il n'en demeure pas moins qu'ils doivent l'exercer dans le respect des dispositions du Traité CE, y compris le principe fondamental de la libre circulation des marchandises » (21).

La Cour considère que les mesures litigieuses constituent une entrave à la liberté de circulation de transit des marchandises (22), ce qui englobe les entraves à l'importation et à l'exportation de marchandises. Pourtant ces deux aspects de l'interdiction des mesures d'effet équivalent continuent de faire l'objet d'une approche différenciée (23). En l'espèce, la Cour considère, sans surprise, que les mesures de limitations de circulation imposées par l'Autriche sur certains tronçons de l'Autoroute A12 constituent une entrave à la liberté de circulation des marchandises. Le fait que le transport par route puisse être remplacé par un transport par rail n'infléchit pas son raisonnement : « l'existence de telles solutions de remplacement n'est pas de nature à écarter l'existence d'une restriction à la libre circulation des marchandises. En effet, le tronçon de l'autoroute A 12 constitue l'une des principales voies de communication terrestres entre le sud de l'Allemagne et le

(19) Détectable, en matière d'impositions intérieures, dans CJCE 8 avr. 2008, *Commission c/ Suède*, C-167/05, Rec. I-2127, V. cette chron. RTD eur. 2008. 888 s.

(20) Sur cet aspect de l'arrêt, V. A.-L. Sibony et S. Lieven, L'arrêt Commission c. Autriche : la lutte contre la pollution aux prises avec la libre circulation des marchandises, JDE mars 2012. 80-82.

(21) Arrêt *Commission c/ Autriche*, point 111.

(22) CJCE 16 mars 1983, *SIOT*, 266/81, Rec. 731.

(23) Le transit de marchandises constitue toutefois un cas où la Cour a, semble-t-il, aligné le régime applicable aux ex-articles 28 et 29 CE (A. Defossez, L'histoire d'une divergence et d'une possible réconciliation : l'article 29 CE, CDE 2009. 409-463, V. spéc. 430 s.).

nord de l'Italie. En contraignant les entreprises concernées à rechercher des solutions de remplacement rentables pour le transport des marchandises visées par le règlement litigieux, l'interdiction sectorielle de circuler est susceptible d'affecter de manière substantielle le transit des marchandises entre l'Europe septentrionale et le nord de l'Italie » (24).

On peut toutefois se demander si, ce faisant, la Cour n'introduit pas, même si elle l'écarte *in casu*, un principe de *minimis* dans la définition de l'entrave au transit des marchandises. En effet, des interdictions de circulation imposées sur certains tronçons peu fréquentés du réseau routier autrichien ne pourraient sans doute pas affecter, de façon « substantielle », le transit de marchandises. Cette question est bien entendu toute théorique : il est évident que de telles restrictions passeraient tout-à-fait inaperçues et ne feraient sans doute pas l'objet d'un recours en manquement. Mais, au stade de la qualification de l'entrave, on peut remarquer, au cours de la période récente (25), une tentation de la Cour d'écarter, théoriquement du moins, que certaines mesures nationales à l'effet très limité puissent être considérées comme des entraves.

Concernant l'analyse des justifications, la Cour admet, sans réserve, l'invocation, par l'Autriche, de l'objectif tenant à la protection de la santé et de l'environnement. L'on remarque toutefois que le juge ne se prononce pas, au préalable, sur la question du caractère éventuellement discriminatoire de la mesure en cause. On peut toutefois considérer que la Cour, en s'appuyant sur une justification tirée de la protection de la santé, qu'elle assimile à un objectif plus général de protection de l'environnement (26), cherche, au moins en façade, à préserver le principe selon lequel une entrave discriminatoire peut exclusivement être justifiée par une exception tirée des traités. Cette conclusion est toutefois incertaine. Selon la Cour, « il n'y a pas lieu d'examiner les arguments de la République d'Autriche relatifs à la protection de la santé séparément de ceux portant sur la protection de l'environnement » (27), ce qui peut, en soi, être perçu comme une remise en cause du champ d'application des différents types d'exceptions admissibles en ce domaine (28). Ces questions préliminaires traitées, le cœur de l'arrêt de la Cour se trouve, comme souvent, dans l'analyse de proportionnalité.

L'appréciation de la proportionnalité des mesures autrichiennes donne lieu à une analyse extrêmement détaillée. Selon la Cour, et contrairement à ce que soutenait la Commission, les mesures litigieuses sont aptes à atteindre l'objectif

(24) Point 116.

(25) V. ainsi, sur la période récente, quelques arrêts qui semblent limiter la portée de la notion d'entrave aux services. Ainsi, la Cour a parfois considéré que seuls les « obstacles sérieux » peuvent constituer une restriction à l'accès au marché (V. CJCE 17 juill. 2008, *Corporación Der-moestética*, C-500/06, Rec. I-5775, point 33 et CJCE 18 juill. 2007, *Commission c/ Italie*, C-134/05, Rec. I-6251, point 57 et CJUE 29 mars 2011, *Commission c/ Italie*, C-565/08, non encore publié au Recueil, points 50-51). Mais ces exemples demeurent isolés et en porte-à-faux avec le rejet constant, par la Cour, de l'argument de *minimis* dans le cadre des libertés de circulation (V. concl. av. gén. Jacobs sous CJCE 27 févr. 2003, *Bilimportører*, C-383/01, Rec. I-6065, point 29). Par contre, la Cour a parfois admis qu'une mesure n'était pas une entrave parce qu'elle n'avait qu'un effet « trop aléatoire et indirect » sur la libre circulation (en ce sens, CJCE 22 juin 1999, *Italo Fenocchio*, C-412/97, Rec. I-384).

(26) Point 122.

(27) Point 123.

(28) Le domaine de l'environnement semble particulièrement propice à ce genre d'entorse. V. l'arrêt « *Déchets Wallons* », CJCE 9 juill. 1992, *Commission c/ Belgique*, C-2/90, Rec. I-4431.

de protection de l'environnement. En particulier, la limitation de la circulation routière est apte à atteindre cet objectif, même si elle vise également un objectif de réduction du trafic. La sélection des transporteurs en fonction des marchandises transportées, et de leur affinité avec le rail, est également apte à protéger l'environnement. En effet, le développement des modes de transport alternatifs est encouragé par le législateur européen (29) et, surtout, la Commission n'a pas démontré en quoi une telle sélection serait arbitraire.

La Cour considère également que la réglementation autrichienne poursuit cet objectif de manière cohérente et systématique (30). C'est à ce stade de son raisonnement que la Cour aborde la question de l'exclusion des transporteurs locaux des obligations qui découlent du règlement. Or, cette analyse aurait pu conduire la Cour, en amont, à conclure au caractère discriminatoire de la mesure. Ce n'est pourtant pas sa conclusion : elle considère au contraire qu'il est normal que des dérogations soient accordées en faveur des transports dont le point de départ ou de destination se situe à l'intérieur de la zone concernée. L'obligation imposée à ces transporteurs locaux de recourir à du transport par rail entraînerait un allongement des trajets tellement excessif qu'il serait contraire à l'objectif poursuivi par la réglementation (31).

Implicitement, la Cour semble donc considérer que le principe de non-discrimination n'est pas violé en l'espèce : le fait que des situations différentes (les transporteurs internationaux et les transporteurs locaux) soient traitées d'une façon différenciée n'est en effet pas constitutif d'une discrimination. Ceci permet de justifier, après coup, l'invocation de la protection de l'environnement dans une situation où la mesure en cause pouvait, de prime abord, sembler discriminatoire. L'on aurait toutefois préféré que le raisonnement de la Cour soit plus explicite sur ce point et, surtout, que l'évaluation du caractère discriminatoire de la mesure, qui conditionne la possibilité d'invoquer certaines justifications tirées d'objectifs d'intérêt général (32), soit effectuée plus tôt dans son raisonnement.

Enfin, étape ultime du raisonnement, la Cour examine la proportionnalité proprement dite de la mesure. Dans ce cadre, la Commission soutenait que d'autres mesures moins restrictives au transit des marchandises, et permettant d'atteindre tout aussi bien (sinon mieux) un objectif de protection de l'environnement, étaient envisageables (33).

(29) Dir. 92/106/CEE du Conseil, du 7 déc. 1992, relative à l'établissement de règles communes pour certains transports combinés de marchandises entre Etats membres (JOCE L 368, p. 38), dont le troisième considérant énonce que « les problèmes croissants afférents à l'encombrement des routes, à l'environnement et à la sécurité routière exigent, dans l'intérêt public, un développement plus poussé des transports combinés comme alternative au transport routier ».

(30) Là encore la sélection de certains transporteurs ayant une « affinité avec le rail » ne remet pas en cause cette conclusion.

(31) Point 134.

(32) Point 119 : « Selon une jurisprudence constante, des mesures nationales susceptibles d'entraver le commerce intracommunautaire peuvent être justifiées par l'une des raisons d'intérêt général énumérées à l'article 30 CE, telles que la protection de la santé et de la vie des personnes, ou par l'une des exigences impératives tendant, entre autres, à la protection de l'environnement, pourvu que les mesures en question soient proportionnées à l'objet recherché ».

(33) Point 139 : « des mesures telles que l'extension de l'interdiction de circuler frappant les poids lourds relevant de certaines classes Euro à ceux relevant d'autres classes, ou encore le remplacement de la limitation de vitesse variable par une limitation de vitesse permanente à

Sur ce point, la Cour semble convaincue par les preuves chiffrées avancées par la Commission, ce qui semblerait confirmer la sensibilité croissante de la Cour aux démonstrations empiriques dans le cadre des litiges relatifs aux libertés de circulation. En particulier, « le remplacement de la limitation de vitesse variable par une limitation de vitesse permanente à 100 km/h présente un potentiel de réduction des émissions de dioxyde d'azote qui n'a pas été suffisamment pris en compte par la République d'Autriche » (34). L'Autriche ne peut, à cet égard, soulever des arguments tenant au fait, que, en pratique, ces limitations de vitesse ne sont pas respectées, ce qui réduit l'efficacité d'une telle mesure. En effet, il appartient à l'Autriche de mettre en place les contrôles, et les sanctions éventuelles, afin de faire respecter, sur son territoire, sa législation nationale (35). Un Etat ne peut donc exciper de l'inefficacité de ses mesures de contrôle pour imposer des entraves disproportionnées aux libertés de circulation.

La conclusion de la Cour découle directement de ce constat : « les effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises d'un remplacement de la limitation de vitesse variable par une limitation de vitesse permanente à 100 km/h sont moindres que ceux de la mise en œuvre de l'interdiction sectorielle de circuler. En effet, un tel remplacement n'est pas de nature à affecter la circulation des poids lourds pour lesquels la vitesse maximale autorisée est, en tout état de cause, limitée » (36). L'Autriche a donc manqué à ses obligations en ne prenant pas suffisamment en compte le potentiel d'une telle mesure et en préférant imposer des mesures plus strictes qui n'apparaissent pourtant pas, en pratique, plus efficaces.

A. D.

3. Un Etat membre peut imposer les plus-values latentes d'une société au moment de son transfert de siège sans entraver la liberté d'établissement [CJUE 29 nov. 2011, *National Grid Indus*, C-371/10]

Dans un arrêt de grande chambre, la Cour donne une suite aux arrêts Daily Mail et Cartesio. Elle juge qu'un Etat membre peut, sans porter à la liberté d'établissement une atteinte disproportionnée, taxer, au moment de son transfert de siège, une société qui émigre pour des plus-values latentes nées avant ce transfert. L'arrêt retient toutefois que l'exigibilité immédiate de l'impôt sur une plus value non réalisée peut être disproportionnée.

Où s'arrête la liberté d'établissement des entreprises et quelle limite cette liberté impose-t-elle au pouvoir taxateur des Etats ? C'est à cette question que l'arrêt *National Grid*, rendu par la grande chambre apporte un nouvel élément de réponse. Cet arrêt s'inscrit parmi la petite série de ceux qui ne condamnent pas le Etats membres mais préservent au contraire leur pouvoir réglementaire.

100 km/h, tout en étant susceptibles d'affecter la libre circulation des marchandises, auraient permis d'atteindre l'objectif recherché en restreignant, dans une moindre mesure, l'exercice de cette liberté ».

(34) Point 148.

(35) Point 147.

(36) Point 149.

Depuis l'arrêt *Daily Mail*, il est établi que la liberté d'établissement s'entend aussi du droit pour les sociétés d'émigrer (37). Toutefois, ce droit n'est pas sans limite et les Etats conservent le pouvoir d'appliquer leur législation lorsque celle-ci n'impose à liberté d'établissement que des entraves justifiées et proportionnées. L'arrêt *Cartesio* (38) l'avait illustré en matière de droit des sociétés. La Cour avait alors jugé que les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement « ne s'opposent pas à une réglementation d'un Etat membre qui empêche une société constituée en vertu du droit national de cet Etat membre de transférer son siège dans un autre Etat membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'Etat membre selon la législation duquel elle a été constituée » (39). Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *National Grid*, c'est le droit fiscal qui créait une entrave à l'immigration d'une société.

L'hypothèse factuelle était exactement celle qui, dans l'arrêt *Cartesio*, n'était pas permise par le droit hongrois, à savoir celle d'une société qui transférerait son siège de direction effective en dehors de l'Etat membre dans lequel elle avait été créée mais avec l'intention de rester soumise au droit de son Etat d'origine. A la différence du droit hongrois, le droit des sociétés des Pays-Bas, qui retient l'incorporation comme critère de rattachement, n'y faisait pas obstacle. Toutefois, en transférant son siège de direction au Royaume-Uni, la société devenait imposable dans cet Etat. C'est ce qui avait conduit les autorités fiscales des Pays-Bas à demander un décompte final des plus-values latentes afin d'établir et de liquider l'impôt dû sur ces plus-values au moment du transfert du siège. Cet impôt était contesté par la société au motif qu'il constituerait une entrave au droit d'établissement. La Cour le reconnaît en comparant la situation de la société qui transfère son siège hors des Pays-Bas à celle d'une société qui transférerait son siège à l'intérieur du territoire de cet Etat. Il y a bien entrave car seule la société qui transfère son siège dans un autre Etat membre doit acquitter cet impôt sur des plus-values non réalisées (40).

Toute la question était de savoir si cette entrave pouvait être justifiée par la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les Etats membres, reconnue de longue date comme une exigence impérative d'intérêt général (41). Précision importante en l'espèce, la Cour souligne que cet objectif est conforme au principe de territorialité *comportant un aspect temporel* (42). Selon ce principe, il est justifié que chaque Etat taxe les bénéfices nés dans le cadre de sa compétence fiscale (43). L'Etat d'établissement initial est donc en principe compétent pour taxer les plus-values latentes nées avant le transfert de siège. La difficulté en l'espèce tenait au fait que cette taxation avait pour effet de rendre immédiatement exigible un impôt sur un avoir non réalisé, ne correspondant donc pas à un revenu pour l'entreprise. L'importance de la créance fiscale ainsi calculée créait pour l'entreprise assujettie une difficulté de trésorerie. C'est au regard de ces faits que la proportionnalité de la mesure devait être appréciée.

(37) CJCE 27 sept. 1988, *The Queen c/ Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, 81/87, Rec. 5483.

(38) CJCE 16 déc. 2008, *Cartesio*, C-210/06, Rec. I-9641.

(39) *Cartesio*, préc. point 124.

(40) *National Grid*, point 37.

(41) *National Grid*, Point 45.

(42) *National Grid*, point 43.

(43) *National Grid*, point 48.

La question avait paru suffisamment délicate pour conduire pas moins de dix Etats membres à intervenir. De fait, la grande chambre se montre soucieuse de trouver un équilibre en tenant compte à la fois des intérêts en présence et de la diversité des situations à laquelle pourra s'appliquer la solution de cet arrêt (44). Elle est ainsi conduite à distinguer l'établissement de l'impôt de son exigibilité.

Concernant l'établissement de l'impôt, l'examen de proportionnalité est léger. Il est dominé par l'idée que le principe de territorialité de l'impôt, dans sa dimension temporelle, justifie le pouvoir d'établir l'impôt. Une objection avancée par la Commission concernant le calcul de l'impôt est rejetée par la Cour, qui refuse de faire, comme elle y était invitée, une analogie entre une société qui émigre vers un autre Etat membre et une personne physique qui fait de même. L'arrêt *N* (45), dans lequel elle avait jugé que l'Etat qui impose, au titre de l'impôt sur les personnes physiques, des plus-values latentes doit aussi tenir compte des moins-values n'est donc pas transposé aux sociétés. Sur ce point, il est utile de se reporter aux conclusions pour comprendre l'arrêt (46). En substance, le rejet de l'analogie entre personnes physiques et sociétés est justifié dans l'arrêt par deux raisons, d'une part le fait que les sociétés pourront en principe faire valoir leurs moins-values dans l'Etat de leur nouvel établissement et, d'autre part, la complexité excessive qu'engendrerait la transposition aux sociétés de la règle admise pour l'impôt des personnes physiques (47). Concernant la première justification, la Cour reconnaît qu'elle n'est pas absolue et qu'il est possible que l'Etat d'accueil ne permette pas de tenir compte de moins-values survenues après le transfert de siège. Cependant, elle n'y voit pas un motif pour créer des obligations pour l'Etat d'origine. La Cour souligne au contraire que « le traité ne garantit pas à une société relevant de l'article 54 TFUE que le transfert de son siège de direction effective dans un autre Etat membre soit neutre en matière d'imposition » (48).

Concernant le recouvrement de l'impôt, l'examen de proportionnalité est plus serré. La Cour envisage les différentes options envisageables et conclut à la supériorité d'un système qui laisse un choix aux entreprises. La première option consisterait à ne recouvrer l'impôt calculé au moment du transfert de siège qu'au moment de la réalisation effective de la plus-value latente. La Commission plaidait pour cette solution, à laquelle tous les Etats intervenants s'opposaient vigoureusement (49). Ils avançaient qu'un tel système de paiement différé – parfois pour des années – impliquerait, tant pour l'Etat taxateur que pour l'entreprise taxée, une charge excessive pour assurer le suivi de chaque élément d'actif concerné. Adoptant une approche nuancée, la Cour retient que, selon les situations, un tel suivi peut être extrêmement complexe (50) ou au contraire assez simple (51). Dès lors, elle conclue que le meilleur système est celui qui laisse le choix aux entreprises d'acquitter leur impôt sur des plus-values latentes au moment du transfert de leur siège ou d'en différer le paiement au moment de la réalisation des plus-values, à

(44) V. en particulier points 70 de l'arrêt et les conclusions auxquels il renvoie.

(45) CJCE 7 sept. 2006, N, C-470/04, Rec. I-7409.

(46) Et ce même si l'approche de la Cour est moins nuancée que celle de l'avocat général. Cependant points 56 s. de l'arrêt, points 78 s. des concl.

(47) Point 59.

(48) Point 62.

(49) Point 67.

(50) Point 70.

(51) Point 72.

charge pour elles d'assurer le suivi nécessaire vis-à-vis de l'administration fiscale vis-à-vis de laquelle elles restent redevables. Il est fait confiance à la rationalité des entreprises pour choisir dans chaque cas l'option la plus simple. La Cour fait à cet égard l'hypothèse que, si une entreprise juge que le suivi d'éléments d'actifs après son transfert de siège ne constitue pas une charge administrative excessive pour elle, la charge administrative ne peut pas être excessive pour l'administration fiscale concernée (52). Le raisonnement de la Cour est à cet égard le suivant : si une déclaration fiscale n'est pas excessivement lourde à établir, elle n'est pas excessivement lourde à contrôler (53). Les Etats membres seront-ils convaincus par cette symétrie d'appréciation ?

A.-L. S.

4. La libre circulation des décodeurs est autorisée [CJUE, gr. ch., 4 oct. 2011, *Football Association Premier League e.a. c/ QC Leisure et autres*, C-403/08 et *Karen Murphy c/ Media Protection Services*, C-429/08]

Dans un arrêt de grande chambre, la Cour juge que la législation britannique, qui fournit aux opérateurs de télévision payante des moyens efficaces pour empêcher les téléspectateurs d'accéder à leurs services payants au moyen de décodeurs mis en circulation en Grèce entrave d'une manière injustifiée la libre circulation des services.

Peut-on se procurer un décodeur en Grèce pour visionner au Royaume-Uni des matchs de football de Premier League ? Telle est en substance la question dont étaient saisis plusieurs tribunaux du Royaume-Uni et sur laquelle la Cour fut interrogée. Les deux affaires qui ont donné lieu à ces renvois préjudiciels opposaient la ligue de football britannique, laquelle gère les droits de retransmission télévisée des matchs qu'elle organise, à des exploitants de pubs, qui avaient, directement ou par un intermédiaire, acquis des décodeurs de chaînes étrangères – grecques notamment – diffusant ces matchs. Captant ainsi les retransmissions d'une chaîne de télévision par satellite grecque, ils pouvaient offrir à leurs clients le spectacle des matchs pour un coût inférieur à celui d'un abonnement à BSkyB, la chaîne bénéficiant de l'exclusivité de ces retransmissions au Royaume-Uni.

Il était évident que pareille libre circulation des décodeurs déjouait à la fois les prévisions de la ligue de football et celles des télévisions ayant chacune acquis des droits exclusifs sur les matchs de Premier League pour un marché national. Était-elle illégale pour autant ? Fallait-il au contraire considérer, comme le faisait plaider une exploitante de pub, que les libertés de circulation permettent aux téléspectateurs de procéder en quelque sorte à des importations parallèles de matchs de football ?

Cette question était juridiquement complexe puisque, outre les libertés de circulation, tant le droit de la propriété intellectuelle que le droit de la concurrence étaient potentiellement applicables à une partie de la situation. Cette complexité n'avait pas échappé aux juridictions de renvoi, qui avaient posé respectivement huit et dix questions, dont plusieurs concernaient diverses directi-

(52) Point 77.

(53) *Ibid.*

ves applicables en matière de diffusion télévisuelle. Dans le cadre de la présente chronique, on s'en tiendra toutefois principalement à l'aspect libre circulation. C'est du reste cet aspect qui est prédominant, car la Cour conclut que les décodeurs importés ne peuvent être qualifiés de « dispositifs illicites » au sens de la directive sur l'accès conditionnel (54). Dès lors, cette directive ne prescrivait pas au Royaume-Uni d'interdire ces dispositifs, mais ne l'empêchait pas non plus de le faire. C'est donc au regard du droit primaire que la compatibilité du dispositif britannique avec le droit de l'Union devait être appréciée.

– *Marchandises ou services ?*

Pour examiner la situation au regard des libertés de circulation, la première difficulté consistait à déterminer quelle liberté était applicable. Fallait-il considérer les décodeurs comme des marchandises ou bien comme l'accessoire d'un service (55) ? Selon une jurisprudence constante, lorsque deux libertés sont potentiellement applicables, la Cour n'examine en principe chaque affaire qu'au regard de l'une seulement de ces deux libertés, celle qui est principalement concernée (56). Toutefois, dans des rares cas où marchandises et services sont indissociablement impliqués, il est arrivé que la Cour applique conjointement les deux régimes juridiques. Tel fut notamment la solution retenue dans une affaire *Canal Satellite Digital* concernant également des décodeurs (57). La Cour distingue toutefois les présentes espèces de l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, dans la mesure où les règles en cause ici ne portent pas spécifiquement sur la commercialisation des décodeurs (58). En l'espèce, la Cour conclut donc au caractère accessoire du décodeur par rapport à l'objet principal de la transaction, qui est l'accès à un service. Partant, c'est au regard de la libre prestation de services, dans le cadre de laquelle les justifications admissibles sont moins nombreuses qu'en matière de libre circulation des marchandises, que les affaires sont examinées.

– *L'entrave d'origine contractuelle saisie par l'article 56 TFUE*

L'entrave à la circulation des retransmissions de matchs résultait ici non directement de la réglementation britannique, mais des pratiques contractuelles des opérateurs. L'exclusivité acquise par les diffuseurs pour un territoire donné se reflétait dans les clauses des contrats conclus par ces diffuseurs avec leurs abonnés. Ce schéma pouvait faire penser à celui de l'arrêt *Consten et Grundig*, un des arrêts fondateurs du droit de la concurrence, dans lequel était en cause un dispositif contractuel qui mettait en place un cloisonnement des marchés nationaux (59). La Cour avait alors jugé que l'exclusivité territoriale absolue résultant de ces accords les rendait contraire à l'actuel article 101 TFUE. Dans l'arrêt rap-

(54) Dir. 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 nov. 1998, concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel, JOCE L 320, p. 54. V. points 62 s. de l'arrêt.

(55) Point 77 s.

(56) Point 78. La Cour cite CJCE 24 mars 1994, *Schindler*, C-275/92, Rec. I-1039, point 22, et CJUE 2 déc. 2010, *Ker-Optika*, C-108/09, non encore publié au Recueil, point 4.

(57) CJCE 22 janv. 2002, *Canal Satellite Digital*, C-390/99, Rec. I-607, points 29 à 33.

(58) La réglementation en cause dans l'affaire *Canal Satellite Digital* obligeait les opérateurs commercialisant des décodeurs à obtenir une homologation en tant que diffuseurs de services de télévision payante.

(59) CJCE 13 juill. 1966, *Consten et Grundig c/ Commission*, Rec. p. 429, points 56 et 58-64.

porté, c'est en se plaçant avant tout sur le terrain de l'article 56 TFUE, que la Cour répond aux questions préjudicielles. Précisons qu'il n'est pas ici question d'application horizontale de l'article 56 TFUE dans les litiges entre particuliers, ce qui aurait été concevable et intéressant (60). C'est bien la conformité de la réglementation britannique au traité que la Cour examine.

Ceci ne soulève pas de difficulté en ce qui concerne la réglementation qui interdit la vente et l'utilisation de dispositifs de décodage étrangers sur le territoire national (61). Il s'agit bien d'une réglementation et elle est évidemment restrictive. Ce motif aurait donc été suffisant pour établir l'entrave. Toutefois, la Cour ajoute un motif surabondant, qui est assez troublant. Pour rattacher à une réglementation (en matière de propriété intellectuelle) des restrictions d'origine contractuelle, la Cour s'appuie sur un lien qui est au mieux indirect. Aux termes de l'arrêt, c'est en tant que cette réglementation « octroie [aux] restrictions contractuelles une protection juridique et impose leur respect sous peine de sanctions civiles et pécuniaires qu'elle restreint elle-même la libre prestation de services » (62). La réglementation en cause en l'espèce permettait aux titulaires de droits d'auteur d'obtenir des sanctions contre les contrefacteurs (63). Il demeure que le raisonnement de la Cour frappe par son niveau de généralité. Ne pourrait-on dire par analogie que l'article 1134 du code civil et toutes les dispositions nationales qui consacrent l'effet obligatoire des contrats sont visées par l'article 56 TFUE lorsqu'elles donnent forcément obligatoires à des contrats restreignant l'exercice d'une liberté de circulation ? On avouera ne pas bien comprendre pourquoi la Cour s'avance sur ce chemin dangereux alors que la solution retenue se justifiait par ailleurs tant sur le fondement de l'article 56 TFUE que sur celui de l'article 101 TFUE.

– *Justifications : de la propriété intellectuelle appliquée à la protection du football*

Ayant jugé que la réglementation britannique sur le droit d'auteur restreignait la libre prestation de services, la Cour devait déterminer si cette entrave pouvait être justifiée. Une justification au regard de la protection de la propriété intellectuelle paraissait concevable dans la mesure où cet objectif est reconnu comme une exigence impérative d'intérêt général (64). Toutefois, la Cour relève que des rencontres sportives ne peuvent être qualifiées d'œuvres et ne sont donc pas en tant que telles protégeables au titre du droit d'auteur (65). Cela n'empêche cependant pas les États de protéger les rencontres sportives au titre de leur législation nationale. La Cour relève à ce propos que ces rencontres « revêtent un caractère unique et, dans cette mesure, original, qui peut les transformer en des objets dignes de protection comparable à la protection des œuvres » (66). La

(60) Dans son arrêt du 18 déc. 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, Rec. I-11767, la Cour a certes reconnu l'effet direct horizontal de l'article 56 TFUE (alors 49 CE), mais dans une hypothèse qui n'était pas purement horizontale, dans la mesure où les syndicats ne sont pas tout à fait des particuliers comme les autres, spécialement en Suède, où ils ont un rôle de co-législateurs en matière d'accords sociaux. L'arrêt *Laval* ne procède en tous cas pas à la clarification à laquelle invitait l'avocat général Mengozzi dans ses conclusions, points 6 et 223 s.

(61) Point 86.

(62) Point 88.

(63) Point 29.

(64) Point 94.

(65) Point 99.

(66) Point 100.

présence dans le traité d'une disposition selon laquelle « l'Union contribue à la protection des enjeux européen du sport » (67) renforce apparemment leur marge de manœuvre. La Cour semble raisonner en ce sens que, à tout le moins, l'Union ne doit pas empêcher les Etats membres de mettre en place des systèmes d'encadrement des contrats privés ou de co-régulation destinés à assurer le financement du sport (68).

Cette reconnaissance de principe de la possibilité d'une justification fondée sur la protection du sport plus que sur la propriété intellectuelle n'empêche toutefois pas la Cour de conclure en l'espèce que les restrictions ne peuvent être justifiées, car elles sont disproportionnées. Les arguments des parties qui, dans les procédures au principal, demandaient à bénéficier des protections de la loi britannique, étaient en substance les suivants. Le commerce de décodeurs menacerait le financement du football britannique, car il ferait baisser les revenus des chaînes, qui (par exemple au Royaume-Uni) verraient leur exclusivité contournée par l'ingéniosité des exploitants de pubs. Partant, la disposition de ces chaînes à payer des droits exclusifs à la fédération serait amoindrie. En outre, aucune chaîne ne serait disposée à acquérir l'exclusivité du droit de diffuser certains matchs pour tout le territoire de l'Union, en raison du coût très élevé d'une telle licence. Dès lors, ce qui était certainement perdu d'un côté pour le financement du football ne pourrait être compensé.

A cela, la Cour répond en se plaçant sur le terrain de la justification tirée de la propriété intellectuelle (et non de la protection du sport). Elle rappelle que la justification d'entraves aux libertés de circulation se limite à ce qui est nécessaire à la sauvegarde de l'objet spécifique des droits de propriété intellectuelle. Elle précise en outre que cet objet spécifique « ne garantit pas aux titulaires de droits concernés la possibilité de revendiquer la rémunération la plus élevée possible », mais seulement une rémunération « appropriée ». L'un des éléments de détermination d'une rémunération « appropriée » tient au nombre réel ou potentiel de personnes qui jouissent ou souhaitent jouir de l'œuvre (69), en l'espèce au nombre de téléspectateurs. Poursuivant ce raisonnement, la Cour observe que, dans le cadre d'une procédure d'enchères, « rien ne s'oppose à ce que le titulaire de droits concerné réclame [...] un montant qui prend en compte l'audience effective et l'audience potentielle tant dans l'Etat membre d'émission que dans tout autre Etat membre dans lequel les émissions incluant les objets protégés sont également reçues ». En somme, il appartient aux opérateurs de fixer les montants des droits de retransmission à un niveau qui tienne compte des possibles importations parallèles de décodeurs (70). D'un point de vue pratique, la Cour observe qu'un tel système n'est pas excessivement difficile à mettre en place, dans la mesure où les opérateurs, qui mettent en circulation les décodeurs, peuvent suivre très précisément leur usage.

En l'espèce, l'argument décisif pour conclure à une violation de l'article 56 TFUE réside dans le fait que le montant des droits de diffusion incorporait un

(67) Point 165.

(68) Points 101-104.

(69) Point 109.

(70) De la même manière, la Cour précise au point 129 que les opérateurs peuvent tenir compte du fait que certains utilisateurs font des décodeurs un usage commercial, tandis que d'autres n'en ont qu'un usage privé.

supplément de prix correspondant à une exclusivité territoriale absolue. La Cour prend soin de préciser que, comme dans d'autres domaines, la pratique de licences exclusives ne pose pas de problème en tant que telle (71). En revanche, le fait que le système en place – consistant dans des contrats que la législation britannique permet de faire respecter – assure l'exclusivité territoriale *absolue* le disqualifie au regard du principe de proportionnalité (72). On retrouve ici dans le domaine des libertés de circulation un raisonnement habituel dans le cadre de l'article 101 TFUE, interdisant les accords qui restreignent la concurrence. C'est à cette très grande proximité qu'on voudrait consacrer une observation finale.

– *Observation finale : l'alignement de l'article 101, § 3, sur le test de proportionnalité*

Commenter la partie de l'arrêt *Premier League* faisant application de l'article 101 TFUE dépasserait le cadre de cette chronique. Toutefois, il est intéressant de relever ici un rapprochement entre les libertés de circulation et le droit de la concurrence. Tout d'abord, le même dispositif – contrats dont l'exécution peut s'appuyer sur le droit national – est à la fois qualifié d'entrave à la libre prestation de services et de restriction de concurrence au regard de l'article 101 TFUE. Cela n'est pas en soi surprenant. Que l'article 101 TFUE permette d'appréhender les pratiques contractuelles qui cloisonnent le marché intérieur est au contraire dans la droite ligne de la jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Consten et Grundig* (73). Comme dans ce vénérable arrêt, qui n'est pas cité, c'est le cloisonnement *absolu* des marchés nationaux qui fait tomber les contrats en cause sous l'interdiction des restrictions par objet (74).

Ce qui semble plus nouveau concerne l'examen des justifications au titre de l'article 101, § 3, TFUE. Dans l'arrêt rapporté, la Cour se contente de renvoyer purement et simplement à l'examen de la proportionnalité des mesures mené dans le cadre de son analyse sous l'article 56 TFUE (75). Ce sont les mêmes raisons qui privent le système des droits de diffusion de toute possibilité de compatibilité avec le droit de l'Union, que ce soit dans son volet libre circulation ou concurrence. Dans les deux cas, la mise en place contractuelle d'une exclusivité territoriale absolue par les diffuseurs de matchs, exclusivité payée au prix fort par les chaînes de télévision est contraire au traité. Dans les deux cas, le marché intérieur exige que les importations parallèles de décodeurs soient possibles.

A.-L. S.

5. Restitution des taxes : la Cour apporte certaines précisions utiles en matière de remboursement de taxes indues [CJUE 6 sept. 2011, *Lady & Kid*, C-398/09 et CJUE 20 oct. 2011, *Danfoss*, C-94/10]

La Cour apporte quelques précisions sur le remboursement de taxes perçues en violation du droit européen. Il apparaît ainsi, tout d'abord, que la répercussion de la taxe est la seule exception admissible pour refuser le remboursement d'une taxe, si

(71) Point 114.

(72) Point 115.

(73) Préc. *supra* note 59.

(74) Points 141-142.

(75) Point 145.

celle-ci se traduit par un enrichissement sans cause. De plus, la Cour précise les conditions dans lesquelles un acheteur, sur lequel le montant de la taxe a été répercuté, peut en exiger le remboursement à l'Etat plutôt qu'à l'assujéti.

La jurisprudence de la Cour relative à l'enrichissement sans cause dans le cadre de taxes indûment perçues fait régulièrement débat devant la CJUE. Rappelons, en quelques mots, que la Cour considère que l'assujéti tire du droit européen un droit au remboursement des taxes perçues par l'Etat en violation du droit européen (76). Ainsi, le droit au remboursement est, selon la Cour, « la conséquence et le complément des droits conférés aux justiciables par les dispositions communautaires interdisant de telles taxes » (77). Au fil de ses décisions, la Cour a encadré les conditions auxquelles un tel remboursement pouvait avoir lieu. En particulier, un vendeur ne peut pas réclamer à l'Etat le remboursement d'une taxe qui a été versée en violation du droit européen s'il a répercuté le montant de cette taxe sur ses acheteurs et si cette répercussion se traduirait par un enrichissement sans cause (78).

En effet, dans un tel cas, et dans une vision économique *statique*, le vendeur n'a, en pratique, pas supporté le montant de la taxe : c'est au contraire l'acheteur final qui l'a supporté. Dès lors, rembourser le montant de la taxe au vendeur reviendrait à l'enrichir « sans cause » puisqu'il récupérerait un montant qu'il n'a, en fait, pas déboursé. Toutefois, le lien entre répercussion et enrichissement sans cause doit être établi au cas par cas et ne peut être présumé (79). De plus, la responsabilité de l'Etat peut également être mise en cause pour chercher à obtenir réparation du dommage qu'il a encouru. En effet, dans une vision économique *dynamique*, le montant de la taxe, même s'il est répercuté, peut entraîner un dommage pour l'assujéti. Ainsi, le surpris a pu lui faire perdre un avantage compétitif, réduisant le volume des échanges (80).

En pratique, selon un principe bien établi d'autonomie procédurale, les procédures à utiliser pour obtenir ces remboursements sont les voies de recours nationales. La Cour a toutefois rapidement encadré cette autonomie en rappelant que si les Etats membres sont ainsi libres de définir les conditions auxquelles de tels recours peuvent être exercés, ils doivent veiller à respecter les principes d'effectivité et d'équivalence. Ainsi, s'il appartient « à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit [européen], pour autant, d'une part, que ces modalités ne soient pas moins favorables que celles

(76) V. par ex., CJCE 9 nov. 1983, *San Giorgio*, 199/82, Rec. 3595 ; CJCE 14 janv. 1997, *Comateb*, C-192/95 à C-218/95, Rec. I-165 ; CJCE 7 févr. 1999, *Dilexport*, C-343/96, Rec. I-579.

(77) Arrêt *Comateb*, préc., point 20.

(78) Arrêt *Comateb*, préc., points 27-28. Si la répercussion n'est que partielle, le droit au remboursement s'ouvre sur la somme non-répercutée.

(79) CJCE, 2 oct. 2003, *Weber's Wine World*, C-147/01, Rec. p. I-11365, points 100 et s. : « le droit communautaire s'oppose à ce qu'un Etat membre refuse de rembourser à un opérateur une taxe perçue en violation du droit communautaire au simple motif que celle-ci a été intégrée dans le prix de vente au détail pratiqué par cet opérateur et, partant, répercutée sur des tiers, ce qui impliquerait nécessairement que le remboursement de la taxe engendrerait un enrichissement sans cause dudit opérateur ».

(80) Arrêt *Comateb*, préc., points 30-31 et CJCE 21 sept. 2000, *Michailidis*, C-441/98 et C-442/98, Rec. I-7145, point 35.

concernant des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence) et, d'autre part, qu'elles ne rendent pas en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique [européen] (principe d'effectivité) » (81). Les arrêts *Lady & Kid* et *Danfoss* apportent quelques précisions supplémentaires dans ce cadre général brièvement rappelé.

Dans l'affaire *Lady & Kid*, la demande de remboursement concernait une taxe patronale de contribution de soutien au marché de l'emploi ayant la même assiette que la TVA, et perçue lors de la première vente de marchandise sur le territoire danois. Cette taxe avait été jugée incompatible avec la 6^e directive TVA par la Cour de justice (82). La question centrale de l'arrêt *Lady & Kid* porte sur l'existence d'une répercussion puisque celle-ci avait donné lieu à certaines compensations de la part de l'Etat. En effet, cette taxe avait été compensée, dans une mesure toutefois difficile à évaluer, par une réduction des charges sociales patronales. Le Danemark considérait, dès lors, que, même en l'absence de répercussion du montant de la taxe sur les acheteurs, il ne pouvait être question dans une telle situation d'en rembourser le montant : celui-ci a été compensé par la réduction de charges patronales.

La Cour de justice rejette cette argumentation et cherche à limiter la portée de l'exception tirée de l'enrichissement sans cause au seul cas de répercussion du montant de la taxe sur les clients de l'assujetti. Pour se faire, elle considère qu'un « refus de remboursement d'une taxe imposée sur la vente de produits étant une limitation d'un droit subjectif tiré de l'ordre juridique de l'Union, il convient de l'interpréter de manière restrictive » (83). Dès lors, « la répercussion directe de la taxe induite sur l'acheteur constitue, [...] la seule exception au droit au remboursement des taxes perçues en violation du droit de l'Union » (84).

La situation de la société *Lady & Kid* ne peut dès lors s'assimiler, dans ce cadre strictement défini, à une situation potentielle d'enrichissement sans cause. Le choix d'un Etat de modifier sa politique fiscale, choix qui peut entraîner des conséquences imprévisibles pour les assujettis, n'est pas comparable à la décision d'un opérateur de répercuter le montant d'une taxe sur ses clients. En conséquence, « le droit de l'Union s'oppose à ce qu'un Etat membre refuse le remboursement d'une taxe illicite au motif que les montants indûment versés par l'assujetti ont été compensés par une économie résultant de la suppression concomitante d'autres prélèvements, dès lors qu'une telle compensation ne peut pas être regardée, du point de vue du droit de l'Union, comme un enrichissement sans cause par rapport à cette taxe » (85).

Dans le second arrêt chroniqué, l'arrêt *Danfoss*, la question portait également sur une question de répercussion de la taxe et, plus précisément, sur la situation de l'acheteur final (celui sur lequel ce montant a été répercuté).

En l'occurrence, la société *Danfoss* a acheté des huiles (entre 1995 et 2001) à plusieurs entreprises pétrolières. Le prix de ces huiles intégrait le montant de la taxe danoise sur les huiles minérales. *Danfoss* a revendu (de 1998 à 2001) une partie de ces huiles à *Sauer-Danfoss*. Or, il est apparu que cette taxe était contraire au

(81) CJCE 9 févr. 1999, *Dilexport*, C-343/96, Rec. I-579, point 25.

(82) CJCE 31 mars 1992, *Dansk Denkavit*, C-200/90, Rec. I-2217.

(83) Arrêt *Lady & Kid*, préc., point 20.

(84) *Ibid.*, point 25.

(85) *Ibid.*, point 26.

droit européen (86). Danfoss et Sauer-Danfoss exigent donc du gouvernement danois le remboursement des montants versés et qu'ils ont indûment supportés.

En appui de leurs réclamations, les sociétés faisaient valoir que, ayant dû supporter les conséquences financières de la taxe illicite, le principe d'effectivité du droit de l'Union commande qu'elles seules, et non les compagnies pétrolières auxquelles ces huiles avaient été achetées, soient en droit d'exiger le remboursement. Elles ont également réclamé à l'Etat danois réparation du préjudice subi du fait de la perception de ladite taxe. Les demandes de Danfoss et Sauer-Danfoss ont été rejetées par les autorités danoises au motif que ces deux sociétés n'ont pas payé directement la taxe et ne peuvent donc en réclamer le remboursement et, s'agissant de la demande de réparation du préjudice, au motif qu'il n'existerait pas de lien de causalité direct entre le paiement de la taxe et le préjudice allégué. C'est dans le cadre de ce litige que la Cour de justice est saisie d'un recours préjudiciel.

L'on a vu que le droit d'obtenir le remboursement de taxes perçues par un Etat membre en violation du droit de l'Union est la conséquence et le complément des droits conférés aux justiciables par les dispositions du droit de l'Union. Dès lors, l'Etat membre est tenu, en principe, de rembourser les impositions perçues en violation du droit de l'Union. Un Etat peut toutefois légitimement s'opposer à une demande de remboursement dirigée contre lui par l'acheteur (ici Danfoss) lorsqu'il existe une possibilité pour ce dernier d'exercer, en vertu du droit interne, une action en répétition de l'indu contre l'assujetti (87). L'autonomie procédurale des Etats est donc sur ce point sauvegardée. Toutefois, la Cour précise, en application du principe d'effectivité, que « si le remboursement par l'assujetti s'avérait impossible ou excessivement difficile, notamment en cas d'insolvabilité de ce dernier, le principe d'effectivité exigerait que l'acheteur soit en mesure de diriger sa demande de remboursement directement contre les autorités fiscales et que, à cet effet, l'Etat membre prévoie les instruments et modalités procédurales nécessaires » (88).

S'agissant de la demande de réparation du préjudice, et de mise en cause de la responsabilité de l'Etat, la Cour rappelle « qu'il appartient, en principe, au juge national de vérifier si le préjudice allégué découle de façon suffisamment directe de la violation du droit de l'Union par l'Etat membre » (89). En effet, la reconnaissance aux particuliers lésés d'un droit à réparation du préjudice subi du fait de la violation du droit de l'Union par un Etat membre est subordonnée à la réunion de trois conditions, à savoir que la règle de droit de l'Union violée a pour objet de conférer des droits auxdits particuliers, que la violation de cette règle est suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité direct entre cette violation et le préjudice subi par les particuliers (90).

(86) CJCE 10 juin 1999, *Braathens*, C-346/97, Rec. I-3419 et CJCE 25 sept. 2003, *Commission c/ Italie*, C-437/01, Rec. I-9861.

(87) Arrêt *Danfoss*, préc., point 27.

(88) *Ibid.*, point 28.

(89) *Ibid.*, point 34.

(90) CJUE 26 janv. 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, Rec. I-635 et CJUE 9 déc. 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie*, C-568/08, non encore publié au Recueil, point 87.

Toutefois, la Cour encadre le contrôle du juge national et précise « qu'un système juridique national [...] ne saurait entendre l'exigence dudit lien de telle manière que l'obtention de la réparation du préjudice subi soit rendue pratiquement impossible ou excessivement difficile » (91). De plus, même s'il est admissible que la demande en réparation soit adressée en premier lieu contre l'assujetti, la demande de réparation peut être dirigée contre l'Etat « si la réparation, par l'assujetti [...] s'avérait impossible ou excessivement difficile, notamment en cas d'insolvabilité de l'assujetti, le principe d'effectivité exigerait que ledit acheteur soit en mesure de diriger sa demande d'indemnité directement contre l'Etat, sans que ce dernier puisse valablement lui opposer l'absence de lien de causalité direct entre la perception de la taxe indue et le préjudice subi par l'acheteur » (92).

Ces arrêts démontrent la volonté de la Cour d'encadrer strictement tant les exceptions admissibles en cette matière que l'autonomie procédurale des Etats membres. En ce qu'elle permet d'accroître la crédibilité du droit de l'Union dans la défense des droits des particuliers, une telle volonté doit certainement être encouragée.

A. D.

(91) *Ibid.*, point 35.

(92) *Ibid.*, point 38.