

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

(Juillet 2010 – Juillet 2011)

Anne-Lise SIBONY

*Professeur, 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. L'Acte pour le marché unique [Communication de la Commission, L'Acte pour le marché unique Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance « Ensemble pour une nouvelle croissance », COM(2011) 206 final, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/smact/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/smact/index_fr.htm)]**

*Un train de mesure de la Commission pour renforcer la croissance et l'emploi en Europe.*

« L'Acte pour le marché unique » est l'expression curieuse choisie par la Commission pour désigner un train de mesures destinées à renforcer la croissance et l'emploi en Europe, qui sont exposées dans une communication du 13 avril 2011 (1). « Acte » n'est pas ici un anglicisme, bien que la version anglaise de la communication de la Commission s'intitule *Single Market Act*. En effet, cette version anglaise est elle aussi mal nommée, puisque *Act* en anglais signifie « loi » et qu'il ne s'agit pas d'une grande loi européenne sur le marché unique.

(1) Communication de la Commission, L'Acte pour le marché unique Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance « Ensemble pour une nouvelle croissance », COM (2011) 206 final (ci-après « Acte pour le marché unique »).

« Action » ou « Programme » pour le marché unique aurait peut être été plus exact pour désigner l'ensemble de mesures législatives et non législatives envisagé par la Commission (2).

Deux grands objectifs, liés entre eux, sont au cœur des actions proposées : il s'agit de « relancer la croissance et renforcer la confiance » (3). En ce qui concerne la croissance, le type de croissance qui est recherché, est qualifié de croissance « intelligente, durable et inclusive », conformément à la stratégie *Europe 2020* (4) et en écho à « l'économie sociale de marché » promue dans la nouvelle rédaction des traités (5). On le voit, la crise est passée par là et le vocabulaire conquérant de la stratégie de Lisbonne – qui visait en 2000 à faire de l'économie des Etats membres « l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde d'ici à 2010 » (6) – a été troqué pour des formulations plus modestes et plus sociales. Dans la nouvelle expression « croissance durable, intelligente et inclusive », « durable » renvoie au développement éponyme et à la lutte contre le changement climatique, y compris dans son aspect international ; « intelligente » renvoie à l'économie numérique et à l'innovation et « inclusive » renvoie à la fois à la dimension sociale et au projet de favoriser les petites et très petites entreprises en réduisant les charges administratives qui pèsent sur elles (7). Quant à la confiance – celle des consommateurs et des citoyens dans le marché unique, son importance avait été soulignée avec force tant par Mario Monti dans son rapport que par le parlement européen (8). La Commission admet que la confiance dans le marché intérieur fait défaut et propose des pistes pour la rétablir.

Les actions proposées pour mettre en œuvre la stratégie *Europe 2020*, font directement suite à une consultation intitulée « Vers un acte pour le marché unique » (9), dans laquelle la Commission envisageait cinquante mesures inspirées du rapport Monti (10) et du rapport du Parlement européen « Donner un marché unique aux consommateurs et aux citoyens » (11). Les réponses reçues (plus de 800) (12) ont fait l'objet d'une synthèse dont on peut prendre connaissance (13), mais elles ne pouvaient à elles seules orienter les choix des mesures finalement

(2) Pour un précédent dans ce nouvel usage du mot « Acte », V. Communication de la Commission, « Think Small First » : Priorité aux PME – Un « Small Business Act » pour l'Europe, COM(2008) 394 final.

(3) Acte pour le marché unique, préc., p. 2.

(4) Communication de la Commission Europe 2010. Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive, COM(2010) 2020 final et Acte pour le marché unique, préc., p. 2.

(5) Art. 3, § 3, UE.

(6) Conclusions du Conseil européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000.

(7) Acte pour le marché unique, préc., p. 4-5.

(8) Mario Monti, Une nouvelle stratégie pour le marché unique au service de l'économie et de la société européennes, 9 mai 2010, [http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti\\_report\\_final\\_10\\_05\\_2010\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_fr.pdf), spéc. p. 8, 15, 19, 35, 42, 77 ; Rapp. Louis Grech « Donner un marché unique aux consommateurs et aux citoyens », 2010/2011 (INI), spéc. points 5, 11, 22-23, 44 s.

(9) COM(2010) 608.

(10) Cette chronique, RTD eur. 2010. 633 s.

(11) 2010/211 (INI) du 22 mars 2010, Louis Grech rapporteur.

(12) Acte pour le marché unique, p. 3.

(13) SEC(2011) 467final (document disponible uniquement en anglais). La synthèse est organisée par catégorie de répondants : citoyens, autorités publiques, entreprises, associations de consommateurs... Les priorités de chacune des catégories de répondants – naturellement différentes – sont données.

retenues, ne serait-ce qu'en raison du fort lobbying qu'elles font apparaître sur certains sujets (14) et des désaccords qu'elle révèlent sur d'autres (15).

Pour plus de clarté, les propositions finalement retenues par la Commission sont organisées autour de douze « leviers » pour stimuler la croissance et renforcer la confiance – en réalité, douze domaines d'action, car le mécanisme inducteur de croissance et/ou confiance n'est pas systématiquement explicité. Ces douze domaines clés sont : l'accès au financement pour les PME, la mobilité des citoyens, les droits de propriété intellectuelle, les consommateurs, les services, les réseaux, le marché unique numérique, l'entrepreneuriat social, la fiscalité, la cohésion sociale, l'environnement réglementaire des entreprises et les marchés publics.

Dans chacun de ces domaines, une action phare est proposée, ainsi que des actions complémentaires. Un calendrier est prévu pour l'ensemble de ces actions et leur suivi. Ce calendrier paraît à la fois serré, à l'échelle de l'activité des institutions – ainsi les mesures prioritaires pour la relance doivent être adoptées pour fin 2012 (16) – et tardif si l'on songe qu'il s'agit de répondre à la crise déclenchée sur les marchés financiers en 2008. Outre les douze leviers pour la croissance, l'Acte pour le marché unique prévoit aussi un volet gouvernance du marché unique, qui sera évoqué après les mesures envisagées au titre des douze domaines identifiés comme fondamentaux pour la croissance.

#### *- Les PME à l'honneur*

La première action de relance concerne le financement des PME. Il s'agit d'accroître les possibilités pour ces entreprises d'être financées par des fonds de capital-risque opérant de manière transfrontière. Le financement par des investisseurs regroupés au sein de fonds est particulièrement nécessaire aux PME en période de contraction des crédits bancaires. Or, ces fonds se heurtent à des barrières réglementaires et fiscales lorsqu'ils veulent lever des capitaux dans d'autres Etats membres que celui de leur propre établissement et/ou financer des entreprises situées dans d'autres Etats membres. L'action clé qui est envisagée pour lever ces obstacles au financement des PME n'est pas très détaillée (17), mais, sur le plan juridique, l'annonce de la révision de plusieurs instruments doit retenir l'attention. Plusieurs directives et un règlement seront révisés en vue d'alléger les obligations réglementaires des PME cotées et de les rendre plus proportionnées (18).

(14) Notamment la création d'un statut de fondation européenne (p. 7 et 26 de la synthèse notamment).

(15) Notamment l'harmonisation de l'assiette de l'impôt sur les sociétés (p. 21) ou les actions de groupe.

(16) Acte pour le marché unique, préc., p. 4.

(17) Acte pour le marché unique, préc., p. 6 : « Le financement des PME fera l'objet d'un plan d'actions qui concernera non seulement l'accès aux diverses sources de financement, mais aussi directement les outils de financement des PME et La création d'un environnement favorable au développement et à la croissance des PME ».

(18) Dir. 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 déc. 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE (JOUE L 390, p. 38) telle que modifiée en dernier lieu par dir. 2010/78/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 nov. 2010, JOUE L 331, p. 120 ; dir. 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janv. 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché, JOUE L 96, p. 16 ; dir. 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avr. 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, JOUE L 145, p. 1, telle que modifiée en

*- Encouragements à la mobilité*

Le deuxième domaine d'intervention concerne la mobilité des citoyens. L'accent est ici mis sur la reconnaissance des qualifications. Il s'agit de simplifier les procédures de reconnaissance mutuelle, notamment par la création d'une carte professionnelle européenne (19). Celle-ci concernerait les professions réglementées, dont le champ serait réexaminé (20). En ce qui concerne les professions non réglementées, un Cadre européen des certifications est envisagé (21). Ce référentiel viserait à faciliter les comparaisons des qualifications pour les travailleurs mobiles. Tous ces points font l'objet d'une consultation (22). Concernant la mobilité des citoyens toujours, un autre chantier, sans doute législatif celui-ci, consistera à instaurer la portabilité des droits à pension complémentaires, et ce d'ici 2012 (23).

*- Nouveaux outils en matière de propriété intellectuelle*

Le troisième domaine couvert par l'Acte sur le marché unique concerne la propriété intellectuelle. L'annonce faite dans l'Acte pour le marché unique d'une législation – enfin – sur le brevet européen a entre temps été suivie d'effet (24) et l'on ne s'y attardera donc pas ici. Est également prévu un instrument de valorisation des droits de propriété intellectuelle, en vue de permettre leur utilisation à titre de sûreté (25). En ce qui concerne la gestion collective des droits de propriétés intellectuelle, l'action envisagée pour développer un marché unique des contenus numérique consiste à instaurer un cadre facilitant l'octroi de licences pour un territoire couvrant ceux de plusieurs Etats membres (26).

*- Renforcer la confiance : priorité aux modes alternatifs de résolution des litiges*

Le quatrième « levier » lie très directement croissance – spécialement celle du commerce en ligne – et confiance des consommateurs. L'action prioritaire consiste ici à instaurer un mécanisme de règlement alternatif des litiges. En revanche, en ce qui concerne les recours collectifs, les projets restent flous. La communication de la Commission indique seulement que la question reste à l'étude, ce qui est bien décevant après la vaste consultation menée sur ce sujet (27). L'autre volet de l'ac-

dernier lieu par dir. 2010/78/UE, JOUE L 331, p. 120 et règl. (CE) n° 809/2004 de la Commission du 29 avr. 2004 mettant en œuvre dir. 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les informations contenues dans les prospectus, la structure des prospectus, l'inclusion d'informations par référence, la publication des prospectus et la diffusion des communications à caractère promotionnel, JOUE L 149, p. 1.

(19) Acte pour le marché unique, préc., p. 6.

(20) *Ibid.*

(21) Acte pour le marché unique, préc., p. 7.

(22) V. Livre vert : « Moderniser la directive sur les qualifications professionnelles », COM (2011) 367 final (consultation ouverte jusqu'au 20 sept. 2011) et communiqué de presse du 22 juin 2011 « La Commission européenne souhaite moderniser la directive sur la reconnaissance des qualifications professionnelles », IP/11/767.

(23) *Ibid.*

(24) Proposition de règlement du Conseil mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire, en ce qui concerne les modalités applicables en matière de traduction COM(2011) 216 final.

(25) Acte pour le marché unique, préc., p. 8.

(26) *Ibid.*

(27) Consultation publique « Renforcer la cohérence de l'approche européenne en matière de recours collectifs », SEC(2011) 173 final.

tion destinée à renforcer la confiance des consommateurs concerne la sécurité des produits et un étiquetage mentionnant l'empreinte écologique des produits (28).

– *Services : vers la normalisation*

Le cinquième champ d'action concerne le secteur des services. Ici, la Commission envisage de concentrer les efforts d'innovation réglementaire sur le système de normalisation. Il s'agit, d'une part, d'adapter aux services, spécialement les services destinés aux entreprises un système conçu au départ pour produire des normes relatives aux produits. Il s'agit, d'autre part, de rendre ce système plus réactif, de manière à ce qu'il soit mieux adapté au rythme de l'économie numérique et plus ouvert, de sorte que les PME puissent aussi avoir voix au chapitre de la normalisation (29).

– *Réseaux : priorité à l'interconnexion*

Le sixième chantier de l'Acte sur le marché unique concerne les réseaux, tant énergétiques que de transports. Le projet se situe ici dans la droite ligne des politiques existantes : il s'agit d'améliorer l'interconnexion des réseaux nationaux, d'assurer l'interopérabilité des matériels et outils utilisés par les opérateurs et d'arriver à une gestion plus efficiente des flux au niveau européen. Un effort particulier est envisagé en ce qui concerne le spectre radio-electrique (30).

– *Marché unique numérique : la sécurisation et la non-discrimination en chantier*

Le septième domaine clé concerne la réalisation d'un « marché unique numérique ». Outre les actions déjà évoquées destinées à accroître la confiance des consommateurs dans le commerce électronique, la Commission vise plus généralement sous le terme de marché unique numérique des communications électroniques sécurisées entre particuliers, entreprises et administrations (31). A cette fin, une législation assurant la reconnaissance mutuelle de l'identification et de l'authentification électroniques à travers l'UE est prévue, ainsi qu'une révision de la directive sur la signature électronique. Parmi les autres mesures envisagées, l'une serait assurément populaire – au moins auprès des nombreux utilisateurs de smartphones qui franchissent des frontières – elle consisterait à réglementer les tarifs de transmission de données en roaming. Au titre des mesures très concrètes encore, la Commission envisage de se pencher sur les discriminations fondées sur la localisation géographique en ce qui concerne les paiements en ligne (32). Souhaitons que ces mesures voient le jour. Le marché unique deviendrait certainement plus concret s'il était possible à un consommateur de s'abonner à un service de vélo urbain dans la capitale d'un Etat membre autre que celui où est établie la banque émettrice de sa carte de crédit.

– *Economie sociale : le temps de la reconnaissance est venu*

Le huitième levier traité par l'Acte sur le marché unique est relatif à la création d'un cadre réglementaire favorable aux fonds d'investissement solidaire. La Commission souligne avec force le rôle de l'économie sociale et c'est peut-être là

(28) Acte pour le marché unique, préc., p. 10.

(29) *Ibid.*

(30) Acte pour le marché unique, préc., p. 12.

(31) Acte pour le marché unique, préc., p. 12.

(32) Acte pour le marché unique, préc., p. 14.

la correspondance la plus concrète que l'on peut trouver entre l'objectif d'économie sociale de marché qui figure au fronton du traité sur l'Union européenne et l'Acte sur le marché unique. La Commission expose ainsi qu'« il faut utiliser le formidable levier financier que constitue l'industrie européenne de la gestion d'actifs » (7 000 milliards d'euros en 2009) pour favoriser le développement d'entreprises ayant fait le choix, au-delà de la recherche légitime d'un profit financier, de poursuivre également des objectifs d'intérêt général, de développement social, éthique ou environnemental » (33). Une étude sera menée sur la désaffection du statut de coopérative européenne et, conformément aux souhaits relayés dans la consultation qui a précédé la communication rapportée, un statut de fondation européenne devrait voir le jour sous forme de règlement.

*- Fiscalité : l'harmonisation reste à l'horizon*

On passera rapidement sur le domaine de la fiscalité (9<sup>e</sup> levier), non qu'il soit d'importance mineure, mais parce que les projets d'harmonisation dans ce domaine restent difficiles à réaliser. Il est à cet égard sans doute significatif que l'adoption d'un régime définitif de TVA pour les opérations transfrontalières soit mentionnée, mais sans figurer comme action clé. Toutefois, le projet d'assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés (ACCIS) est considéré comme prioritaire et la Commission espère son adoption d'ici 2012. Il demeure que l'action clé dans le domaine de la fiscalité est une mesure sur laquelle la Commission a davantage de contrôle, puisqu'il s'agit d'une révision de la directive sur la fiscalité de l'énergie.

*- Cohésion sociale : clarifications annoncées*

Le dixième point de l'Acte pour le marché intérieur a trait à la cohésion sociale. Il s'agit en premier lieu d'améliorer le respect de la directive « détachement des travailleurs » et, en particulier, de lutter contre les abus commis par les entreprises qui développent des stratégies pour échapper aux législations sociales nationales. En outre, suite aux arrêts *Laval* (34) et *Vicking* (35) et à l'accession des droits sociaux au rang constitutionnel depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, une clarification apparaît nécessaire en ce qui concerne l'interaction entre droits sociaux et libertés de circulation. La Commission propose d'opérer une telle clarification par voie d'une « législation transversale » (36). Les services d'intérêt général retiennent également l'attention de la Commission, qui proposera, en ce qui concerne les Services d'intérêt économique général (SIEG) une clarification du droit, dans le cadre du « paquet post Altmark » (37) et, en ce qui concerne les Services sociaux d'intérêt général (SSIG), des actions de soutien. La Commission prévoit enfin, au titre des mesures favorisant la cohésion sociale, un droit pour les citoyens d'accéder à des services bancaires minimaux.

*- Faveur réglementaire aux PME*

Les PME sont décidément à l'honneur, puisque le onzième levier est relatif à l'allègement du fardeau réglementaire pesant sur elles. La mesure phare présen-

(33) Acte pour le marché unique, préc., p. 15.

(34) CJCE 8 déc. 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, Rec. I-11767.

(35) CJCE 11 déc. 2007, *The International Transport Workers' Federation et The Finnish Seamen's Union*, C-438/05, Rec. I-10779.

(36) Acte pour le marché unique, préc., p. 17.

(37) Acte pour le marché unique, préc., p. 18.

tée à ce titre est une simplification de la directive sur les normes comptables. Plus généralement, la Commission, dans la ligne du *Small Business Act*, pose en principe d'évaluer systématiquement l'impact des législations nouvelles en termes de coûts de mise en conformité pour les petites entreprises (38).

– *Marchés publics : une nouvelle frontière du marché unique*

Enfin, le douzième domaine de travail pour relancer le marché unique concerne les marchés publics. Il s'agit d'un secteur clé de l'économie européenne, puisqu'il représente environ 18 % du PIB de l'Union (39). La Commission constate que le marché intérieur de la commande publique n'est pas encore une réalité, dans la mesure où le nombre de marchés publics attribués à des entreprises d'autres Etats membres reste faible. Son action sera orientée, conformément aux priorités de l'Acte pour le marché unique, vers un meilleur accès des PME à la commande publique et vers un soutien à la commande publique responsable sur le plan environnemental et social. Un cadre législatif sera par ailleurs proposé pour les partenariats publics-privés.

– *Gouvernance : participation, partenariat, information et surveillance*

L'Acte sur le marché unique se conclue par des propositions relatives à la gouvernance. A ce titre, la Commission met en avant trois principes. Premièrement, une meilleure participation de la « société civile », présentée comme un élément lié à l'évaluation des politiques européennes (40). Un nouveau lieu de dialogue sera mis en place à cette fin : le Forum du marché unique. Il réunira périodiquement entreprises, partenaires sociaux, organisations non gouvernementales et représentatives des citoyens, autorités publiques à différents niveaux de gouvernement, et parlements (41). Son rôle consistera notamment à examiner l'état du marché unique, sur la base des sondages réguliers effectués par la Commission sur les attentes des citoyens et des entreprises à l'égard du marché unique. Le Forum du marché unique sera aussi informé de l'état de transposition et d'application des directives. Il organisera en son sein des échanges de bonnes pratiques et la Commission attend de lui qu'il promeuve dans les Etats membres une culture de l'évaluation.

Deuxièmement, la Commission retire de la consultation qui a précédé l'Acte sur le marché unique une attente des autorités locales d'être mieux associées aux processus décisionnels européens. Les partenariats entre autorités locales seront encouragés et leur mise en réseau via le système électronique d'échange d'information (IMI) sera soutenue, notamment en encourageant les projets liés à la traduction automatique.

Troisièmement, la Commission est consciente que la mise en œuvre des règles du marché intérieur suppose que les entreprises et les citoyens connaissent leurs droits et soient aidés à les mettre en œuvre. A cette fin, la Commission souhaite renforcer les points d'information « L'Europe est à vous » en partenariat avec les Etats membres. Si l'on comprend bien, les entreprises et les citoyens de-

(38) Acte pour le marché unique, préc., p. 6 et 19.

(39) Acte pour le marché unique, préc., p. 20.

(40) *Ibid.* section intitulée « impliquer la société civile et promouvoir une culture de l'évaluation ».

(41) Acte pour le marché unique, préc., p. 21.

vraient y trouver des informations et de l'aide concernant leurs droits, que ceux-ci soient fondés sur le droit de l'Union ou sur le droit national. Cette jonction est certainement indispensable en pratique, dans la mesure où il n'est pas raisonnable d'attendre que les particuliers identifient la nature juridique – nationale ou européenne – de leur problème avant d'aller demander des renseignements ou de l'aide.

Quatrièmement, outre la mise en œuvre privée des libertés de circulation, la Commission reconnaît la nécessité d'une mise en œuvre publique plus énergique. Elle annonce être disposée à faire un usage plus strict et plus uniforme des procédures en manquement, en réponse notamment aux résultats de consultations qui ont fait apparaître une forte demande des opérateurs pour que les règles du jeu soient les mêmes d'un Etat membre à l'autre.

L'automne 2011 devrait voir un grand nombre des initiatives annoncées prendre forme puisque pas moins de sept des douze actions prioritaires sont mise à l'agenda pour cette période (42). Affaire à suivre très prochainement donc.

## 2. *Keck goes online : les modalités de vente à l'heure de la vente en ligne [CJUE 2 déc. 2010, Ker-Optika, C-108/09 (43)]*

*La Cour analyse la légalité d'une interdiction de vendre en ligne des lentilles de contact au regard de la jurisprudence Keck, qui reste donc de droit positif.*

Après les arrêts *Commission c/ Italie* (44) et *Mickelsson* (45), on avait pu se demander quelle portée avait encore l'arrêt *Keck* (46). En effet, dans ces deux arrêts de 2009, la Cour avait forgé puis répété une nouvelle formule, qui se présentait comme récapitulative de sa jurisprudence en matière de restrictions à la libre circulation des marchandises. Certes, aucun revirement n'était apparent. L'arrêt *Keck* continuait cité (47), tout comme les arrêts *Dassonville* (48) et « *Cassis de Dijon* » (49). Pour autant, la manière dont la Cour avait redéfini les différentes catégories de mesures d'effet équivalent semblait ne plus donner aucun rôle à la distinction entre les règles relatives aux produits et les règles relatives à certaines modalités de vente, issue de l'arrêt *Keck*. La Cour y disait pour droit que les mesures d'effet équivalent peuvent relever de trois catégories, à savoir, premièrement, des mesures discriminatoires ; deuxièmement, des mesures relatives aux produits et qui, bien qu'indistinctement applicables, entravent l'importation de marchandises légalement commercialisées dans d'autres Etats membres (entraves de type « *Cassis de Dijon* ») ou, troisièmement, « toute autre mesure qui entrave l'accès au marché d'une Etat membre de produits originaires d'autres Etats membres » (50).

(42) Acte pour le marché unique, préc., p. 25-26.

(43) Non encore publié au Recueil.

(44) CJCE 10 févr. 2009, *Commission c/ Italie*, C-110/05, Rec. I-519.

(45) CJCE 4 juin 2009, *Mickelsson et Roos*, C-142/05, Rec. I-4273.

(46) CJCE 24 nov. 1993, *Keck et Mithouard*, C-267/91 et C-268/91, Rec. I-6097.

(47) *Commission c/ Italie*, préc., points 34 et 36.

(48) *Commission c/ Italie*, préc., point 33.

(49) *Commission c/ Italie*, préc., point 34.

(50) *Commission c/ Italie*, préc., point 37.

Rien dans cette nouvelle trilogie (51) ne nécessite de faire le détour par la distinction entre mesures relatives aux produits et mesures relatives aux modalités de vente. C'est en cela que l'on pouvait penser que l'arrêt *Keck*, bien que cité, n'avait plus valeur que de lieu de mémoire du marché intérieur.

L'arrêt *Ker-Optika* montre qu'il n'en est rien. En effet, dans cet arrêt, la Cour fait au contraire application de la jurisprudence *Keck* pour apprécier la compatibilité avec le droit de l'Union d'une mesure hongroise qui interdisait la vente en ligne de lentilles de contact (52). Dans la mesure où la Cour aurait très bien pu arriver à la solution retenue – à savoir la contrariété de cette mesure avec le droit de l'Union – sans opérer un retour sur l'arrêt *Keck*, on peut considérer qu'il s'agit d'un recours en grâce. Le fait qu'il se produise à propos du commerce en ligne suggère en outre que la notion de modalités de vente restera dans le paysage juridique.

Pour apprécier la conformité de la réglementation hongroise avec le droit de l'Union, la Cour devait en premier lieu déterminer s'il convenait de faire application du droit dérivé, en l'espèce de la directive sur le commerce électronique (53), ou du droit primaire. Assez curieusement, c'est sans écarter l'applicabilité de la directive, que la Cour applique le traité.

#### *– Applicabilité et inapplication de la directive sur le commerce électronique*

Les parties au litige au principal avaient placé l'examen de conformité de la réglementation hongroise avec le droit de l'Union sur le terrain de la directive sur le commerce électronique. Elles avaient pu penser que la vente en ligne de lentilles entraînait dans le champ d'application de cette directive, car, aux termes mêmes de ce texte, les « services de la société de l'information », objets principaux de la directive, « englobent [...] la vente de biens en ligne » (54). Pour autant, comme l'a souligné l'avocat général Mengozzi dans ses conclusions, la directive sur le commerce électronique n'a pas pour objet de libéraliser le commerce en ligne de toute marchandise ; elle est au contraire centrée sur les services (55). Deux raisons plus techniques étaient en outre avancées par l'avocat général pour conclure en ce sens que la réglementation litigieuse n'entrant pas dans le champ d'application de la directive. En premier lieu, il relevait que la directive précise explicitement qu'elle ne couvre pas la livraison de biens *en tant que telle* (56). En second lieu, il faisait valoir que cette directive procédait à une

(51) Comme nous le notions, il s'agit d'une trilogie apparente, car les trois catégories se rattachent à deux : mesures discriminatoires et entraves non discriminatoires (dont les entraves de type « *Cassis de Dijon* »). V. cette chronique, RTD eur. 2010. 131.

(52) Plus précisément, la mesure en cause réservait la commercialisation de lentilles de contact aux magasins disposant « d'une superficie minimale de 18 m<sup>2</sup> ou un local séparé de l'atelier est nécessaire », la commercialisation devant par ailleurs être effectuée par des personnes qualifiées pour « exercer la profession d'optométriste ou de médecin ophtalmologue qualifié en matière de lentilles de contact », *Ker-Optika*, préc. point 20. C'est donc par voie de conséquence que la réglementation interdisait la vente en ligne de lentilles de contact.

(53) Dir. 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique ») JOCE L 178, p. 1.

(54) Dix-huitième considérant de la directive 2000/31, préc. ; point 24 de l'arrêt.

(55) Concl. points 35-36.

(56) Dix-huitième considérant de la directive 2000/31, préc. ; concl. point 40. C'est nous qui soulignons, car ce point joue un rôle dans le raisonnement de la Cour, exposé ci-après.

harmonisation seulement partielle des réglementations des Etats membres en matière de commerce électronique. Cette harmonisation est limitée, comme le précise du reste le titre de la directive, à « certains aspects » du commerce en ligne, à savoir « les exigences relatives aux activités en ligne, les achats en ligne, la conclusion des contrats en ligne » (57). Le « domaine coordonné » circonscrit par la directive, ne concerne donc, selon la lecture proposée par l'avocat général, que ces aspects. Dès lors, il n'y a lieu d'apprécier la compatibilité du droit national avec la directive que si deux conditions cumulatives sont réunies : la réglementation en cause couvre les aspects visés par la directive *et* le commerce en ligne en cause (par exemple la vente en ligne de lentilles de contact) est licite. C'est ce qui amenait l'avocat général à conclure que la réglementation contestée devait être appréciée au regard du seul droit primaire.

C'est bien finalement ce que fait la Cour, mais au terme d'un raisonnement beaucoup moins clair que celui de l'avocat général (58). Concernant le champ d'application de la directive, la Cour examine successivement trois points. Tout d'abord, la notion de « service de la société de l'information », qui est essentielle dans la définition du domaine coordonné. La Cour retient que la vente de bien en fait partie, sans s'attarder sur les restrictions mises en avant par l'avocat général (59). Ensuite, elle s'attache aux exclusions explicitement prévues par la directive, pour constater que la vente en ligne de lentilles de contact n'en fait pas partie (60). Parvenue à ce stade du raisonnement, la Cour penche donc en faveur de l'applicabilité de la directive à cette activité. Toutefois, avant de parvenir plus fermement à cette conclusion, la Cour examine une objection soulevée par certaines parties au litige au principal : celle-ci est tirée du fait que l'achat de lentilles de contact (en ligne ou non) doit être précédé d'une consultation médicale. En effet, la directive exclut explicitement de son champ d'application « les activités qui, par leur nature, ne peuvent pas être réalisées à distance ou par voie électronique, telles que [...] la consultation médicale requérant un examen physique du patient » (61). La Cour se demande donc si l'obligation de consultation médicale, imposée par la réglementation en cause, est de nature à faire échapper la vente en ligne de lentilles du champ d'application de la directive. Il en irait ainsi, juge la Cour, si la vente et la consultation médicale étaient indissociables (62). Avec bon sens, la Cour retient que tel n'est pas le cas : rien n'empêche en effet de consulter un ophtalmologue avant d'acheter des lentilles de contact plutôt qu'au moment de l'achat. Aucune objection n'étant retenue à l'applicabilité de la directive à l'activité en cause, on aurait pu s'attendre à ce que la Cour applique ladite directive. Tel n'est pourtant pas le cas, puisque c'est au regard du droit primaire que la compatibilité de la réglementation avec le droit de l'Union est appréciée (63).

La transition manquante paraît devoir être la suivante : pour autant que l'activité de vente de lentilles de contact en ligne relève du domaine coordonné, la réglementation hongroise ne viole pas la directive. Mais comme il s'agit d'une directive

(57) Dir. art. 2, sous h), ii) de la directive, concl. point 41.

(58) En ce sens aussi, A. Rigaux, Europe, 2011. comm. 51.

(59) Points 24-25.

(60) Point 27.

(61) Dir. considérant 18.

(62) Point 34.

(63) V. l'enchaînement pour le moins abrupt des points 40 et 41 de l'arrêt.

d'harmonisation partielle, il reste à examiner si, pour la partie qui ne relève pas du domaine coordonné, cette réglementation est conforme au droit – primaire donc – de l'Union. Or la partie qui ne relève clairement pas du domaine coordonné, puisqu'elle en est explicitement exclue, concerne « la livraison de biens *en tant que telle* » (64). C'est donc en tant que la réglementation qui interdit la vente en ligne interdit nécessairement aussi certains modes de livraison normalement associés à la vente en ligne, comme la livraison à domicile ou dans des relais-colis, qu'elle est examinée au regard de la jurisprudence *Keck* (65).

– *Application du droit primaire : Keck à l'honneur*

Il convient de relever que lien fait dans l'arrêt *Ker-Optika* entre une réglementation interdisant le commerce en ligne et les règles issues de l'arrêt *Keck* n'est en rien spécifique au commerce de lentilles de contact. En ce sens, l'arrêt commenté intéresse la vente en ligne de marchandises en général. Il en va d'autant plus ainsi que ce lien passe, pour les raisons qui viennent d'être exposées, par la catégorie juridique de la livraison. Toute marchandise vendue en ligne devant nécessairement être livrée, toutes sont concernées. Dès lors, la notion de modalités de vente, semble devoir trouver un large domaine d'application dans le domaine du commerce en ligne.

La Cour débute son examen de l'existence d'une entrave à la liberté de circulation des marchandises par un rappel de sa jurisprudence qualifiée de constante, dans lequel l'arrêt *Commission c/ Italie* figure aux côtés de l'arrêt *Dassonville* et remplace parmi les références l'arrêt « *Cassis de Dijon* » (66). La nouveauté réside dans l'articulation explicite que fait la Cour entre la nouvelle formule de l'entrave, issue de l'arrêt *Commission c/ Italie* (67), et la jurisprudence *Keck* (68). Comme on l'a rappelé plus haut, la difficulté dans cette articulation tenait au fait que la nouvelle formule fait apparaître *Keck* comme un cas particulier de la catégorie « toute autre mesure qui entrave l'accès au marché d'un Etat membre des produits originaires d'autres Etats membres » ne nécessitant pas d'autre analyse spécifique que la démonstration du caractère entravant de la mesure nationale en cause, et notamment pas la qualification de modalité de vente. Dans l'arrêt *Ker-Optika*, la Cour reconnaît, très logiquement, que les entraves résultant de mesures relatives à des modalités de vente sont des entraves parmi d'autres (69). Elle le fait en retenant une formule équivalente à celle de l'arrêt *Keck*, mais positive au lieu d'être négative : elle ne dit plus que les mesures relatives à des modalités de vente *ne sont pas aptes* à entraver la libre circulation des marchandises si elles s'appliquent à tous les opérateurs et affectent de la même manière, en droit comme en fait, les produits nationaux et ceux en provenance d'un autre

(64) *Supra* note 13.

(65) Ceci est corroboré, quoique de manière lacunaire, par la rédaction du point 41 de l'arrêt : « Etant donné que les règles relatives aux conditions de livraison des lentilles de contact ne relèvent pas du champ d'application de la directive 2000/31, elles doivent être appréciées au regard du droit primaire, à savoir le TFUE ». La Cour n'envisage par ailleurs que la livraison au domicile de l'acheteur (point 45), mais il nous semble que l'on peut raisonner de la même manière pour les autres modes de livraison associés à la vente en ligne, qui sont appelés à se développer avec l'ouverture à la concurrence du secteur postal.

(66) Points 47 s. et spéc. point 49.

(67) Rappelée *supra* et citée aux points 49 et 50 de l'arrêt *Ker-Optika*.

(68) Comme l'a également relevé A. Rigaux, obs. préc.

(69) Point 51.

Etat membre (70), elle juge qu'est susceptible de constituer une entrave à la libre circulation des marchandises une réglementation relative au modalités de vente à moins qu'elle ne remplisse les deux conditions de l'arrêt *Keck* (71).

Cette reformulation ne modifie pas le droit, mais elle s'articule mieux avec la formule de l'arrêt *Commission c/ Italie* (72). Sans qu'on soit sûr que l'expression soit la plus juste possible, la Cour peut ainsi écrire, après avoir rappelé le critère de l'entrave que, « pour cette raison » (parce qu'elles peuvent constituer des entraves), les modalités de vente doivent être examinées à l'aune de ce critère (73). C'est ensuite seulement qu'intervient, à titre de précision en vue de cet examen, la présomption de conformité au droit de l'Union des modalités de vente applicables à tous les opérateurs et non discriminatoires, issue de l'arrêt *Keck*. La justification de cette présomption est inchangée, sinon dans la formulation, par rapport à l'arrêt *Keck* (74).

L'application de ces règles au cas d'espèce ne soulève pas de difficulté : la réglementation est bien applicable à tous les opérateurs, mais elle affecte davantage en fait les opérateurs situés en dehors de Hongrie, car l'interdiction de vendre en ligne « prive les opérateurs provenant d'autres Etats membres d'une modalité particulièrement efficace de commercialisation » (75). La Cour raisonne ici comme dans l'arrêt *Deutscher Apothekerverband* relatif à la vente de médicaments par correspondance (76). Il semble que l'analogie puisse être étendue à toute forme de vente à distance, si bien que l'arrêt *Ker-Optika* signifierait que toute réglementation qui interdit (ou restreint ?) la vente en ligne de marchandises affecterait davantage les opérateurs situés en dehors de l'Etat membre où cette interdiction est en vigueur, car, à la différence des opérateurs locaux, ils ne disposent pas d'infrastructures physiques de vente. Autrement dit, l'arrêt *Keck* reprend du service pour interdire d'interdire certaines modalités de ventes et spécialement la vente en ligne. *Keck* instrument de la libéralisation du commerce électronique, qui l'eût cru ?

### **3. Les limites maximales fixées aux honoraires des avocats italiens n'entrent pas la libre prestation de services [CJUE 29 mars 2011, Commission c/ Italie, C-565/08 (77)]**

*Dans une affaire mettant en cause un recours en manquement de la Commission contre l'Italie, la Cour de justice a considéré que la réglementation nationale italienne fixant une limite maximale aux honoraires des avocats ne constitue pas une entrave à la libre prestation de services.*

Les entraves aux prestations de services transfrontalières de professions libérales, et notamment de la profession d'avocat, ont fait l'objet d'un contentieux

(70) *Keck*, préc., point 16.

(71) Point 51.

(72) Spéc. point 35 de l'arrêt *Commission c/ Italie*, préc.

(73) *Ibid.*

(74) Cependant les points 17 de l'arrêt *Keck* et 51, dernière phrase, de l'arrêt *Ker-Optika*.

(75) Point 54.

(76) CJCE 11 déc. 2003, *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01, Rec. I-14887, point 74.

(77) Non encore publié au Recueil.

nourri devant la Cour de justice durant l'année écoulée (78). Dans l'affaire commentée, la Commission reprochait à l'Italie sa réglementation relative aux honoraires maximaux des avocats. Rappelons que, il y a quelques années, la Cour avait considéré que les règles italiennes relatives aux honoraires minimaux des avocats constituaient une entrave à la libre prestation de services (79).

La Cour parvient ici à une solution exactement inverse au terme d'un raisonnement qui, lu attentivement, plonge le commentateur dans une certaine perplexité. En effet, la Cour considère que cette réglementation ne constitue une entrave ni à la libre prestation de services ni au droit d'établissement. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour relève, après avoir rappelé une définition très classique de la notion d'entrave (80), que l'existence d'une restriction ne découle pas du seul fait « que les avocats établis dans des Etats membres autres que la République italienne doivent, pour le calcul de leurs honoraires pour des prestations fournies en Italie, s'habituer aux règles applicables dans cet Etat membre » (81). Au contraire, il appartient à la Commission de démontrer que la disposition litigieuse prive les avocats « de la possibilité de pénétrer le marché de l'Etat membre d'accueil dans des conditions de concurrence normales et efficaces » (82). L'on se demande à partir de quand le fait de devoir « s'habituer » (83) à une réglementation étrangère fausserait à ce point la concurrence sur un marché que les entreprises des autres Etats membres seraient dissuadées d'y pénétrer. Un tel critère complique l'établissement de l'existence d'une entrave aux libertés de circulation, en rupture selon nous avec l'approche adoptée classiquement par la Cour (84).

Cette définition restrictive de l'entrave à l'accès au marché est-elle justifiée ? Il apparaît en effet que le système d'honoraires maximaux mis en place en Italie est relativement souple (85). Cette flexibilité se manifeste notamment par la possibilité, *via* un accord contractuel, d'augmenter ce plafond dans certains dossiers particulièrement complexes. Le plafond fixé n'est donc pas infranchissable : il n'y pas d'interdiction absolue de déroger à ces tarifs maximaux. Or la Commission avait basé son recours en grande partie sur l'affirmation – non étayée – du contraire (86).

La possibilité de déroger, au cas par cas, aux honoraires maximaux, serait donc décisive afin d'écartier l'existence d'une entrave ? Une telle justification à

(78) V. également, cette année, CJUE 22 déc. 2010, *Koller*, C-118/09, non encore publié au Recueil.

(79) CJCE 5 déc. 2006, *Cipolla*, C-94/04 et C-202/04, Rec. I-11421.

(80) Arrêt commenté, point 45 : « de telles restrictions sont constituées par des mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de ces libertés ». Définition que l'on retrouve de manière constante depuis l'arrêt *Säger*, CJUE 25 juill. 1991, *Säger*, C-76/90, Rec. I-4221, point 12.

(81) Arrêt commenté, préc. point 50.

(82) Arrêt commenté, préc. point 51.

(83) Nous n'avons pas trouvé d'autres arrêts où la Cour emploierait une telle formulation.

(84) Toutefois, cette nouvelle formulation pourrait rejoindre les quelques exemples d'arrêts où la Cour a considéré que seuls les « obstacles sérieux » peuvent constituer une restriction à l'accès au marché (V. CJCE 17 juill. 2008, *Corporación Dermoesética*, C-500/06, Rec. I-5775, point 33 et CJCE 18 juill. 2007, *Commission/Italie*, C-134/05, Rec. I-6251, point 57). 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. réf. citées *infra* note 122).

(85) C'est en tout cas comme cela que la Cour semble justifier son raisonnement au point 53.

(86) V. concl. av. gén. Mazâk sous cette affaire pour plus de détails.

l'approche adoptée par la Cour dans cette affaire doit être écartée. Cette flexibilité aurait dû en pratique être prise en compte au niveau de l'évaluation de la proportionnalité de la norme par rapport à un objectif légitime de protection du consommateur. Une modification (même partielle) de la définition de la notion d'entrave ne se justifiait donc pas dans une telle situation. De manière générale, cet arrêt révèle une tension permanente dans la jurisprudence de la Cour. Celle-ci a en effet le choix entre deux voies afin de concilier les objectifs de lutte contre les entraves à la libre circulation et de préservation de l'autonomie des Etats membres : d'une part, elle peut choisir d'adopter une définition plus stricte de la notion d'entrave ou, d'autre part, tout en laissant la notion d'entrave intacte, elle peut préférer une application plus souple des exceptions à la libre circulation (87).

**4. La condition de nationalité exigée dans plusieurs Etats européens pour l'accès à la profession de notaire entrave le droit d'établissement [CJUE 24 mai 2011, Commission c/ Belgique, C-47/08, Commission c/ France, C-50/08, Commission c/ Luxembourg, C-51/08, Commission c/ Autriche, C-53/08, Commission c/ Allemagne, C-54/08, Commission c/ Grèce, C-61/08 (88)]**

*Dans plusieurs affaires mettant en cause des recours en manquement de la Commission contre la France, la Belgique, le Luxembourg, la Grèce, le Portugal, l'Autriche et l'Allemagne, la Cour de justice a considéré que les législations nationales faisant de la nationalité une condition d'accès à la profession de notaire entraient le droit d'établissement.*

Ces six affaires concernaient la question de la condition de nationalité imposée par ces Etats membres pour l'accès à la profession de notaire (89). La Commission (soutenue par le Royaume-Uni) poursuit ces Etats en manquement s'agissant d'une entrave discriminatoire à l'établissement. Pour les Etats membres poursuivis, les activités des notaires participent de l'exercice d'une parcelle de l'autorité publique et échappent donc à l'application des dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement (90).

(87) Cette tension est détectable dans d'autres domaines de la libre circulation, ainsi sur les récents développements de la jurisprudence relative à l'article 35 TFUE V. A. Defossez, L'histoire d'une divergence et d'une possible réconciliation : l'article 29 CE, CDE, 2009. 409-461. Cette tension est également sous-jacente dans le cadre des arrêts récents rendus en matière de santé publique, où la Cour semble laisser une marge de manœuvre considérable aux Etats.

(88) Non encore publiés au Recueil.

(89) Signalons qu'il était également reproché à la Grèce, à la Belgique, au Luxembourg, à l'Allemagne et à l'Autriche le non-respect de la directive 89/48 (dir. 89/48/CEE du Conseil du 21 déc. 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans, JOCE L 19, p. 16-23). Sur ce point, les recours ont été rejetés. V. également le recours contre le Portugal (CJUE 24 mai 2011, *Commission c/ Portugal*, C-52/08, non encore publié au Recueil) pour le non-respect de la directive 2005/36 (dir. 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 sept. 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JOUE L 255, p. 22-142). Recours également rejeté.

(90) Art. 51 TFUE.

Les notaires ont en effet un rôle tout-à-fait particulier en ce qu'ils authentifient – parfois de manière obligatoire – certains documents qui se voient dès lors conférer une force probante et une force exécutoire particulières. Du fait de ces effets juridiques exorbitants du droit commun attachés aux actes notariés, ainsi que de la nature des activités des notaires étroitement liées à l'exercice du pouvoir judiciaire, les notaires exerceraient donc une parcelle de l'autorité publique et leur profession serait ainsi soustraite à l'application des règles du Traité.

Selon la Commission, soutenue sur ce point par le Royaume-Uni (où la profession de notaire n'existe pas, en tout cas pas sous sa forme continentale), cette lecture de l'activité notariale est erronée. Les activités participant à l'exercice de l'autorité publique devraient être distinguées de celles qui sont plus largement exercées dans l'intérêt général. En effet, plusieurs professions se voient attribuer des compétences particulières dans l'intérêt général, sans pour autant participer à l'exercice de l'autorité publique. L'autorité publique requiert l'exercice d'un pouvoir décisionnel exorbitant du droit commun se traduisant par la capacité d'agir indépendamment de la volonté d'autres sujets ou même contre cette volonté. En particulier, l'autorité publique se manifesterait par l'exercice de pouvoirs de contrainte.

Appelée à se prononcer, la Cour rappelle, de manière générale, que la réserve relative à l'exercice de l'autorité publique doit recevoir une interprétation restrictive, qui limite sa portée à ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder les intérêts que cette disposition permet aux Etats membres de protéger (91). Seules les activités impliquant une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique sont couvertes, et ceci en tenant compte de leur nature. Un pouvoir décisionnel, de contrainte ou de coercition sont, à cet égard, des éléments décisifs.

S'agissant de l'activité d'authentification des notaires, la Cour relève que les parties « décident elles-mêmes, dans les limites posées par la loi, de la portée de leurs droits et obligations et choisissent librement les stipulations auxquelles elles veulent se soumettre lorsqu'elles présentent un acte ou une convention pour authentification au notaire. L'intervention de ce dernier suppose, ainsi, l'existence préalable d'un consentement ou d'un accord de volonté des parties » (92). De plus, le notaire ne peut modifier de façon unilatérale la convention qu'il est appelé à authentifier sans avoir recueilli au préalable le consentement des parties.

C'est en se fondant sur ces deux constatations que la Cour considère que cette activité d'authentification ne participe pas de manière directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique. Le seul fait que les notaires soient garants de la légalité de certains actes, parfois même de manière obligatoire à peine de nullité, ne suffit pas à qualifier cette activité comme participant à l'exercice de l'autorité publique. De même, la force probante et la force exécutoire attachées aux actes notariés ne traduisent pas non plus une telle participation (93). Les autres

(91) V., par ex., *Commission c/ Belgique*, point 84 et *Commission c/ France*, point 74.

(92) *Commission c/ Belgique*, point 90 et *Commission c/ France*, point 80.

(93) *Commission c/ Belgique*, points 99 s. et *Commission c/ France*, points 90 s.

activités des notaires, qui varient d'un pays à l'autre, ne participent pas non plus de l'exercice de l'autorité publique (94).

Dès lors, l'activité de notaire entre bien dans le champ d'application du Traité en général, et du droit d'établissement en particulier. A partir de là, il est évidemment très facile de conclure que l'exigence d'une condition de nationalité constitue le cas d'école d'une discrimination directe, interdite par le droit européen.

Cependant, le raisonnement de la Cour n'en demeure pas moins surprenant. En effet, il semblait largement admis que les activités notariales constituaient un exemple type d'activité exclue du champ d'application du droit d'établissement au titre de l'exception de participation à l'exercice de l'autorité publique (95). Rappelons également que les activités des notaires sont exclues du champ d'application de la directive sur les services dans le marché intérieur (96). Pourtant si le raisonnement de la Cour apparaît comme un véritable coup de tonnerre juridique, son impact pratique devrait demeurer limité.

En effet, la Cour a pris soin de limiter la portée de son arrêt à la seule entrave en cause dans ces affaires (la condition de nationalité). Elle précise ainsi que le caractère d'intérêt général des activités des notaires, la légalité et sécurité juridique, constituent autant de raisons impérieuses d'intérêt général qui permettent de justifier certaines entraves telles que l'encadrement dont les notaires font l'objet au travers des procédures de recrutement qui leur sont appliquées, la limitation de leur nombre et de leur compétence territoriale ou encore leur régime de rémunération, d'indépendance, d'incompatibilités et d'inamovibilité (pour autant que ces restrictions permettent d'atteindre lesdits objectifs et sont nécessaires à cette fin) (97). Dès lors, l'existence de procédure nationale de concours en vue de l'accès à la profession ainsi que les règles limitant le nombre de notaires et l'étendue géographique de leurs activités ne semblent pas devoir, en tout cas à court terme, être remises en cause par la Cour.

##### **5. L'interdiction de démarchage imposée aux experts-comptables français est incompatible avec la directive services [CJUE 5 avr. 2011, SFNEC, C-119/09 (98)]**

*Dans cette affaire, dont la portée qui dépasse largement les faits en cause, la Cour de justice a considéré que l'interdiction faite aux experts-comptables français de pratiquer le démarchage publicitaire est contraire à l'article 24 de la directive sur les services.*

Il s'agit de la première affaire dans laquelle la Cour était appelée à se prononcer sur l'interprétation de la directive services (99). Elle fait suite à un recours

(94) En Belgique, par exemple, l'organisation de saisie-exécution immobilière. En France, par exemple, la collecte de certains impôts.

(95) A tout le moins, et de l'aveu même de la Cour, de profondes « incertitudes » planaient sur ce point (*V. Commission c/ Belgique*, points 136 s.).

(96) Dir. 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE L 376, p. 36-68, art. 2.2.1.

(97) *Commission c/ Belgique*, point 97 et *Commission c/ France*, point 87.

(98) Non encore publié au Recueil.

(99) Dir. 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE L 376, p. 36-68.

de la Société fiduciaire nationale d'expertise comptable (SFNEC) contre un décret portant le code de déontologie applicable aux experts comptables (100). Ce décret interdit de manière générale et absolue toute activité de démarchage pour les experts-comptables (101). Le Conseil d'Etat, saisi de ce recours, interroge la Cour de justice sur la compatibilité d'une telle interdiction avec l'article 24 de la directive services. Cet article prévoit en effet, en son paragraphe premier, que les Etats membres suppriment toutes les interdictions totales visant les communications commerciales (102) des professions réglementées (103).

La Cour de justice considère, sur conclusions contraires de son avocat général, que cette interdiction totale et absolue est contraire à l'article 24 de la directive. La principale difficulté d'interprétation à laquelle était confrontée la Cour de justice était de savoir si l'article 24 prohibe les interdictions totales de toute publicité ou vise les interdictions totales de certaines formes de publicité. La question est d'importance : si l'on adopte la première interprétation, l'interdiction d'une forme de publicité, comme le démarchage, ne suffit pas à qualifier la mesure française d'interdiction totale. En effet, les autres formes de publicité demeurent autorisées, sous réserve de limitations légales. Par contre, si l'on adopte la seconde interprétation, une seule forme de publicité totalement interdite suffit à entraîner une contrariété avec le prescrit de l'article 24 (104).

En l'occurrence, la Cour de justice adopte la seconde interprétation. Pour ce faire, elle fonde son raisonnement sur une lecture contextuelle et téléologique de l'article 24 de la directive. Selon la Cour, le contexte dans lequel s'inscrit celui-ci est celui de la suppression de toutes les restrictions aux libertés d'établissement et de services. De plus, le centième considérant de la directive précise que l'article 24 a pour but, dans ce cadre, de mettre fin aux interdictions totales qui, de manière générale et pour une profession donnée, interdisent une ou plusieurs formes de communication commerciale par exemple dans tel ou tel média donné. Dès lors, la volonté du législateur aurait été, en adoptant l'article 24, de mettre un terme aux restrictions qui touchent toutes les formes de publicité, et non pas uniquement de la publicité en général.

(100) JORF 28 sept. 2007, p. 15847.

(101) Le démarchage, qui ne fait pas l'objet d'une définition européenne, est défini, par le code de déontologie en cause dans cette affaire, comme « un acte de démarchage une prise de contact d'un expert-comptable avec un tiers qui ne l'a pas sollicitée, en vue de proposer ses services à ce dernier » (point 35 de l'arrêt commenté).

(102) La communication commerciale est définie à l'article 4.12 de la directive services. Selon la Cour, la notion de démarchage entre bien dans cette définition. La Cour considère en effet que le démarchage, qui repose sur la communication d'informations ayant pour but la recherche de nouveaux clients, peut être qualifié de pratique de marketing direct donc de communication commerciale au sens de la directive (points 35 s. de l'arrêt commenté).

(103) La profession réglementée est définie par la directive 2005/36 comme « une activité ou un ensemble d'activités professionnelles dont l'accès, l'exercice ou une des modalités d'exercice est subordonné directement ou indirectement, en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, à la possession de qualifications professionnelles déterminées ; l'utilisation d'un titre professionnel limitée par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives aux détenteurs d'une qualification professionnelle donnée constitue notamment une modalité d'exercice » [art. 3.1.a dir. 2005/36/CE (du Parlement européen et du Conseil du 7 sept. 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JOUE L 255, p. 22-14<sup>2</sup>) auquel la directive service renvoie en son article 4.11].

(104) Concl. av. gén. Mazák sous l'affaire commentée, aux points 24 s.

A partir du moment où la Cour a atteint cette conclusion, la suite de ce raisonnement est le résultat de l'application quasi mécanique de l'article 24 (105). Ainsi, premièrement, si l'on considère que l'article 24.1 prohibe les interdictions totales qui ne touchent qu'une forme particulière de communication commerciale, l'interdiction de démarchage est incompatible avec ce paragraphe. Deuxièmement, s'agissant d'une interdiction totale, il n'est pas possible de se prévaloir de l'article 24.2 pour tenter de justifier cette mesure. En effet, il ressort du texte de l'article 24.2 qu'il ne s'applique qu'à l'encadrement des modes autorisés de communication commerciale (106).

Les conséquences de cet arrêt dépassent largement le cadre factuel de ce litige. L'interprétation retenue par la Cour a pour conséquence que toute interdiction absolue d'une forme particulière de communication est désormais prohibée. Ainsi faut-il également étendre cette conclusion à d'autres interdictions absolues qui toucheraient certaines formes de publicité (par internet, à la télévision...). De plus, loin de se cantonner aux seuls experts comptables, cette conclusion est également valable pour d'autres professions : toutes les professions réglementées, si elles entrent dans le champ d'application de la directive services (107), sont potentiellement concernées (108).

Toutefois, ceci ne signifie nullement que les Etats soient démunis face aux formes les plus agressives de démarchage ou de publicité en générale. L'article 24, § 2, impose en effet aux Etats membres de veiller à ce que les communications commerciales faites par les professionnels respectent, notamment, la dignité de la profession. Bien entendu, ce faisant, les Etats sont tenus de respecter les obligations qui découlent du droit de l'Union (les mesures adoptées doivent être justifiées par un intérêt légitime et proportionnées à celui-ci).

Autrement dit, si une interdiction absolue d'une forme de publicité n'est plus possible après l'arrêt *SFNEC*, il demeure loisible aux Etats de réglementer les modalités de ces diverses formes de communications commerciales. Cette réserve est évidemment capitale afin d'éviter que ne se développent des pratiques de communication commerciale agressives voire indignes (109). Il est en tout cas

(105) Art. 24 : « 1. Les Etats membres suppriment toutes les interdictions totales visant les communications commerciales des professions réglementées. 2. Les Etats membres veillent à ce que les communications commerciales faites par les professions réglementées respectent les règles professionnelles, conformes au droit communautaire, qui visent notamment l'indépendance, la dignité et l'intégrité de la profession ainsi que le secret professionnel, en fonction de la spécificité de chaque profession. Les règles professionnelles en matière de communications commerciales doivent être non discriminatoires, justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général et proportionnées ».

(106) Cet article dispose : « Les Etats membres veillent à ce que les communications commerciales faites par les professions réglementées respectent les règles professionnelles, conformes au droit communautaire, qui visent notamment l'indépendance, la dignité et l'intégrité de la profession ainsi que le secret professionnel, en fonction de la spécificité de chaque profession ».

(107) Ainsi, les huissiers et notaires, qui sont exclus du champ d'application de la directive services ne sont pas concernés (art. 2.1.l). De même, les professions médicales ne sont pas concernées puisque le domaine des soins de santé est exclu de la directive services (art. 2.1.f).

(108) En Belgique, la polémique a ainsi immédiatement été lancée s'agissant de l'interdiction faite aux avocats de pratiquer le démarchage. V. L. Misson et S. Breadal, obs. sous CJUE 5 avr. 2011, *SFNEC*, C-119/09, non encore publié au Recueil ; JLMB 2011, n° 23, p. 1098. La liste des professions réglementées est, en pratique, assez longue. Citons ainsi les agents immobiliers, les architectes, les coiffeurs, les géomètres...

(109) Imagine-t-on que certains professionnels du droit ne dépouillent les rubriques « faits-divers » ou nécrologiques afin de proposer leurs services ?

urgent que les ordres professionnels concernés se saisissent de la question. Quant au rôle futur de la Cour de justice, il sera de préciser les contours de l'article 24.2, en espérant que celle-ci adopte une vision qui tienne compte de la spécificité des professions concernées.

#### **6. La Cour de justice favorise l'émergence d'un « espace de générosité » trans-frontalier [CJUE 10 févr. 2011, *Missionswerk*, C-25/10 ; CJUE 16 juin 2011, *Commission c/ Autriche*, C-10/10 (110)]**

*Dans ces deux affaires mettant en cause la libre circulation des capitaux, la Cour impose l'application de règles de déductibilité fiscale à certains dons ou legs effectués dans d'autres Etats membres.*

Les deux arrêts commentés poursuivent et approfondissent le sillon ouvert par l'arrêt *Persche* (111) qui avait posé les jalons d'un « espace de générosité européen » (112). Ce dernier arrêt concernait la déductibilité des dons en nature effectué au profit d'associations caritatives situées dans un autre Etat membre. Cet arrêt avait eu d'importantes conséquences dans de nombreux pays européens, les obligeant à adapter leur législation à la nouvelle réalité d'un espace de déductibilité fiscale sans frontières (113).

L'arrêt *Missionswerk* concerne une situation essentiellement comparable à celle de l'affaire *Persche*, à ceci près qu'est ici mise en cause la déductibilité d'un legs testamentaire par un citoyen belge et non d'une donation transfrontalière. Le bénéficiaire de ce legs, une association religieuse allemande (*Missionswerk*), entend bénéficier du taux de droit de succession réduit prévu par la législation wallonne (114) applicable. Cette dernière réserve en effet l'application du taux préférentiel de 7 % (au lieu d'un taux marginal de 80 %) aux organismes caritatifs (115)

(110) Non encore publiés au Recueil.

(111) CJCE 27 janv. 2009, *Hein Persche*, C-318/07, Rec. I-359.

(112) A. Defossez, Arrêt « *Missionswerk* » : l'émergence d'un espace européen de la générosité », JDE 5-2011, 136-137.

(113) En réponse à cet arrêt, la France a ainsi récemment introduit la possibilité d'obtenir un agrément pour des organismes établis dans l'Union, en Islande et en Norvège et non plus uniquement sur le territoire français. V. décr. n° 2011-225 du 28 févr. 2011 fixant les conditions d'application du 4 bis des art. 200 et 238 bis et du I de l'art. 885-0 V bis A CGI pour les dons et versements effectués au profit d'organismes dont le siège est situé dans un Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'Espace économique européen, JORF n° 51, p. 3825 ainsi que arr. du 28 févr. 2011 fixant les modalités d'application de la procédure d'agrément des organismes mentionnés aux 4 bis des art. 200 et 238 bis et au I de l'art. 885-0 V bis A CGI dont le siège est situé dans un Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'Espace économique européen, JORF, n° 51, p. 3833. En Belgique, V. les modifications introduites dans le code de l'impôt sur le revenu 1992 (notamment l'introduction de l'art. 108, al. 2) par la loi du 22 déc. 2009 portant des dispositions fiscales et diverses, MB 31 déc. 2009, p. 82825. Au Luxembourg, V. circ. du directeur des contributions, L.I.R. n° 112/2 du 20 juill. 2009.

(114) En Belgique, la matière des droits de succession est en effet de la compétence des régions (Flandre, Wallonie, Bruxelles).

(115) Défini comme « l'organisme ou l'institution [qui poursuit], à titre principal et dans un but désintéressé, des objectifs de nature environnementale, philanthropique, philosophique, religieuse, scientifique, artistique, pédagogique, culturelle, sportive, politique, syndicale, professionnelle, humanitaire, patriotique ou civique, d'enseignement, de soins aux personnes ou aux animaux, d'assistance sociale ou d'encadrement des personnes, au moment de l'ouverture de la succession ».

établis en Belgique ou établis dans un pays de l'Union où le *de cuius* a résidé ou a exercé une activité professionnelle.

Sans surprise (116), la Cour conclut à l'incompatibilité de cette réglementation avec la libre circulation des capitaux. En effet, un tel régime constitue une entrave à cette liberté et aboutit, en pratique, à ce que les legs effectués en faveur d'organismes établis dans un autre Etat soit plus lourdement taxés que ceux effectués en faveur d'organismes belges. La Cour écarte les justifications avancées par la Belgique afin de justifier cette entrave. Tout d'abord, l'objectif de prévention de la réduction des recettes fiscales ne figure pas parmi les raisons impérieuses d'intérêt général admissibles (117). Ensuite, en prévoyant un critère qui repose sur le lieu du siège d'exploitation de l'organisme caritatif, la Belgique n'a pas adopté un critère qui permet, de manière cohérente, d'atteindre un objectif légitime consistant à favoriser fiscalement les seuls organismes dont les activités bénéficient à la collectivité belge. En effet, il n'est pas certain, d'une part, que tout organisme ayant son siège en Belgique poursuive des activités bénéficiant *ipso facto* à la collectivité belge et, d'autre part, il n'est pas plus certain que certains organismes qui, bien que ne remplissant aucune des deux conditions susmentionnées, n'ont pas un lien étroit avec la collectivité belge.

C'est également parce qu'elle était fondée sur un tel critère d'établissement sur le territoire national que la législation autrichienne relative à la déductibilité de certains dons effectués en faveur d'établissement d'enseignement et de recherche a été considérée comme contrevenant à la libre circulation des capitaux dans la second affaire commentée. Pas plus que dans l'affaire *Missionswerk* l'Autriche ne parvient à persuader la Cour que sa législation peut être justifiée. La Cour se montre particulièrement peu réceptive aux arguments tenant, par exemple, à la promotion de la formation nationale ou à la nécessité pour l'Etat d'exercer un contrôle sur les organismes d'enseignement, contrôle qui n'est possible, concrètement, que sur les établissements établis sur son territoire.

Toutefois, si, dans ces deux affaires, la Cour semble intraitable à l'égard des conditions d'établissement d'organismes caritatifs sur le territoire national, il n'en demeure pas moins que les autres conditions posées pour la déductibilité doivent être remplies par ceux-ci, où qu'ils soient situés. Ainsi, il demeure loisible à l'Etat de contrôler si le bénéficiaire du don ou du legs est bien un organisme poursuivant une mission d'utilité publique telle que définie dans la législation idoine. Afin que ce contrôle soit véritablement effectif, une coopération administrative accrue entre les Etats membres est bien entendu souhaitable (118), sous peine de voir ces législations détournées de leurs buts au profit d'un objectif, peu avouable, de fraude fiscale transfrontalière.

(116) En témoigne le fait que cet arrêt a été rendu sans conclusions d'avocat général.

(117) Jurisprudence constante (V. CJCE 16 juill. 1998, *Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, C-264/96, Rec. I-4695, point 28). Cette exclusion découle de l'impossibilité de considérer un objectif de nature purement économique comme une justification d'intérêt général admissible (V. CJCE 6 juin 2000, *Verkooijen*, C-35/98, Rec. I-4071, point 48).

(118) Dans le domaine de l'imposition directe, V. dir. 77/799/CEE du Conseil, du 19 déc. 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des Etats membres dans le domaine des impôts directs, JOCE L 336, p. 15-20, récemment abrogée par dir. 2011/16/UE du Conseil du 15 fevr. 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant dir. 77/799/CEE, JOUE L 64, p. 1-12 qui devra être transposée pour 2013 ou 2015, selon les dispositions.

**7. La Cour de justice adoube les mesures de lutte contre le tourisme de la drogue aux Pays-Bas [CJUE 16 déc. 2010, Josemans, C-137/09 (119)]**

*La réglementation de la commune de Maastricht limitant, dans les coffee shops, la vente de produits stupéfiants aux seuls ressortissants nationaux est conforme au droit européen.*

Le litige ayant donné lieu à cette question préjudiciable est né d'un litige entre un tenancier de *coffee shop* et la commune de Maastricht. Le maire de cette commune avait en effet ordonné la fermeture temporaire de cet établissement car il avait contrevenu à l'interdiction de vendre ses produits à des personnes ne résidant pas aux Pays-Bas. Cette interdiction a évidemment pour objectif de lutter contre le tourisme de la drogue, c'est-à-dire l'afflux de ressortissants d'autres Etats membres dans la ville frontalière néerlandaise qui souhaitent se fournir en produits stupéfiants, avec les nuisances que l'on imagine.

La Cour est interrogée sur la compatibilité de cette réglementation avec le droit de l'Union. La première question à trancher est bien entendu de savoir si le commerce du cannabis, un stupéfiant, entre dans le champ d'application *rationae materiae* du droit de l'Union. La Cour conclut par la négative : la politique de tolérance (120) appliquée par les Pays-Bas ne modifie pas le fait que l'importation et la mise en vente de stupéfiants soient totalement interdites (121), sauf à des fins médicales ou scientifiques, dans les Etats membres. Dès lors, la nature du produit en cause exclut que le tenancier d'un *coffee shop* puisse se prévaloir des libertés de circulation et du principe de non-discrimination dans le litige en cause.

Un second volet de la question, plus anecdotique (122), porte sur les entraves à la libre prestation de services et à la libre circulation des marchandises qui dé-

(119) Non encore publié au Recueil.

(120) Afin de tordre le cou à l'idée trop répandue selon laquelle la vente de drogues douces est « légale » au Pays-Bas, rappelons que la vente de cannabis demeure illicite mais n'est pas poursuivie pénalement si elle se fait dans un *coffee shop* qui est soumis au respect de certains critères dits « AHOJG » : A (*affichering*) la drogue ne peut faire l'objet de publicité ; H (*hard-drugs*) aucune drogue dure ne peut être vendue ; O (*overlast*) le *coffee shop* ne peut pas être à l'origine de nuisances ; J (*jeugdigen*) il est interdit de vendre de la drogue aux mineurs (de moins de 18 ans) et l'accès aux locaux doit leur être interdit ; G (*grote hoeveelheden*) il est interdit de vendre plus de 5 grammes par personne lors de toute transaction. En outre, le stock de commerce (*handelsvoorraad*) d'un *coffee shop* bénéficiant d'une tolérance ne peut pas dépasser 500 gramme. V. arrêt commenté aux points 12 s.

(121) V. les arrêts cités par la Cour au point 36 de l'arrêt commenté. Cette interdiction est par ailleurs conforme à divers instruments internationaux qui lient les Etats membres comme convention unique des Nations unies sur les stupéfiants, conclue à New York le 30 mars 1961, amendée par le protocole de 1972 portant modification de la convention unique de 1961 (Rec. des traités des Nations unies, vol. 520, n° 7515), et la convention des Nations unies sur les substances psychotropes, conclue à Vienne le 21 févr. 1971 (Rec. des traités des Nations unies, vol. 1019, n° 14956).

(122) L'avocat général proposait d'ailleurs de ne pas analyser cette question séparément de celle de la vente de cannabis car elle était totalement « accessoire » et « négligeable » (concl. av. gén. Bot sous l'affaire commentée, points 107 s.). Toutefois, rappelons qu'il est généralement admis qu'aucun principe *de minimis* ne s'applique dans le cadre des libertés de circulation (V., *inter alia*, concl. av. gén. Jacobs, du 27 févr. 2003, *Bilimporører*, C-383/01, Rec. I-6065, point 29). Par contre, peut-être aurait-il été possible d'admettre que la restriction à la vente de boissons et d'aliments n'a qu'un effet « trop aléatoire et indirect » (en ce sens, CJCE 22 juin 1999, *Italo Fenocchio*, C-412/97, Rec. I-3845) sur l'activité principale des *coffee shops* pour entraîner l'application des règles relatives à la libre circulation ? Un tel raisonnement aurait permis d'éviter à

coulent de cette interdiction. En effet, les coffee shop proposent également des services de petite restauration (vente d'aliments et de boissons non alcoolisées). La Cour considère que cette question doit s'analyser sous l'angle exclusif de la libre prestation de services car l'aspect de libre circulation des marchandises est tout-à-fait secondaire par rapport à celui-ci. La principale difficulté à laquelle doit faire face la Cour, une fois l'entrave admise, est de déterminer quel type de justification peut-être avancé afin de justifier une mesure manifestement discriminatoire. La Cour admet un objectif général de lutte contre le tourisme de la drogue et de ses nuisances afin de justifier cette mesure. Cet objectif se rattache, selon la Cour « tant au maintien de l'ordre public qu'à la protection de la santé des citoyens, et cela aussi bien au niveau des Etats membres qu'à celui de l'Union » (123). La Cour considère également que la mesure hollandaise est proportionnée à cet objectif (124).

Par souci de cohérence, l'on eut préféré que la Cour fasse uniquement référence à la protection de l'ordre public et/ou de la santé publique, explicitement visés à l'article 52 TFUE, plutôt qu'un objectif général de lutte contre le tourisme de la drogue s'agissant d'une mesure manifestement discriminatoire.

---

la Cour d'avoir à se pencher sur la question de la justification de la mesure néerlandaise avec le risque, relevé par l'avocat général Bot, que « sous prétexte qu'une telle mesure serait susceptible de constituer une restriction à la libre prestation d'un service accessoire, nous risquerions que les règles du traité puissent finalement servir les intérêts du commerce de la drogue » (concl. préc., point 111).

(123) Arrêt commenté, point 65.

(124) Arrêt commenté, points 69 s.