

Commentaires

Arrêt « X et Visser Vastgoed Beleggingen » : directive « services », commerce de détail et aménagement du territoire

David Renders, Caroline Delforge et Kevin Polet^(*)

- La Cour de justice apporte des précisions concernant le champ d'application et l'interprétation des dispositions de la directive « services » relatives à la liberté d'établissement
- Il en ressort qu'un plan d'occupation prévoyant l'affectation exclusive d'une zone commerciale à un certain type de commerces de détail constitue une « exigence à évaluer » au sens de la directive « services »
- La préservation de la viabilité du centre-ville est susceptible de constituer une raison impérieuse d'intérêt général de nature à justifier une telle exigence

Introduction

Par un arrêt du 30 janvier 2018¹, la Cour de justice de l'Union européenne se prononce sur diverses questions préjudicielles émanant de juridictions néerlandaises et relatives au champ d'application tout autant qu'à l'interprétation de dispositions contenues dans la directive 2006/123/UE « relative aux services dans le marché intérieur » (ci-après : la directive « services »)².

Une première série de questions était posée par le Hoge Raad der Nederlanden, la Cour suprême des Pays-Bas. La juridiction interrogeait la Cour de justice sur la conformité, à la directive « services », d'une législation nationale imposant au fournisseur de réseau public de communications électroniques de payer, aux autorités locales, des droits afférents au traitement de toute demande d'autorisation d'installation, de maintien ou d'enlèvement de câbles que le fournisseur viendrait à formuler³.

Une seconde série de questions était, quant à elle, posée par le Conseil d'État des Pays-Bas, de Raad van State der Nederlanden.

Le Conseil communal de Appingedam avait adopté un plan d'occupation des sols, lequel prévoit qu'une zone commerciale — dénommée *Woonplein* — est exclusivement affectée au commerce de détail de biens volumineux que ne sont notamment pas les vêtements et les chaussures.

Une société exploitant une chaîne de magasins de vêtements et de chaussures en libre-service souhaitait louer une surface commerciale sur la *Woonplein*, ce que le plan d'occupation des sols empêche.

Saisi d'un recours relatif à cette interdiction, le Raad van State der Nederlanden interrogeait la Cour de justice au sujet de la conformité du plan communal à la directive « services ».

C'est à cette partie de l'arrêt que les développements qui suivent sont intégralement consacrés.

1 Les enseignements de l'arrêt

La Cour de justice juge, tour à tour, que le commerce de détail est un « service » (A), que la liberté d'établissement des prestataires telle que garantie par le chapitre III de la directive « services » s'applique aux situations purement internes (B) et que le plan d'occupation des sols litigieux constitue une « exigence », non un « régime d'autorisation » (C).

Il résulte, par ailleurs, de l'arrêt que si la directive « services » s'applique à l'« exigence » en cause, elle ne s'applique pas à toute « exigence » (D).

A. Le commerce de détail est un « service »

Selon la Cour de justice, le commerce de détail doit être considéré comme un « service » au sens de l'article 4, 1), de la directive « services »⁴.

Diverses considérations conduisent la Cour à cette conclusion : il s'agit d'une « activité non salariée exercée contre rémunération » ; cette activité ne fait pas partie de celles exclues du champ d'application de la directive « services »⁵ ; le considérant 33 de la directive en cause mentionne expressément que la « distribution » est un « service »⁶.

La Cour rejette la thèse du gouvernement néerlandais selon laquelle la directive « services » ne s'appliquerait pas si les circonstances de l'espèce se rattachent aux dispositions du TFUE relatives à la liberté d'établissement⁷.

(*) David Renders est professeur à l'Université catholique de Louvain et avocat au barreau de Bruxelles (Belgique). Caroline Delforge est assistante à l'Université catholique de Louvain et avocate au barreau de Charleroi (Belgique). Kevin Polet est assistant à l'Université catholique de Louvain et avocat au barreau de Bruxelles (Belgique). Ils peuvent respectivement être contactés aux adresses suivantes : david.renders@uclouvain.be ; c.delforge@uclouvain.be ; kevin.polet@uclouvain.be. (1) Arrêt X et Visser Vastgoed Beleggingen, 30 janvier 2018, aff. jointes C-360/15 et C-31/16, EU:C:2018:44. (2) Directive du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006, J.O. L 376 du 27 décembre 2006, pp. 36-68. (3) Concernant ces questions et les réponses y apportées par la Cour, voy. les points 54 à 83 de l'arrêt commenté. (4) En ce sens également, voy. les conclusions de l'avocat général Szpunar présentées le 18 mai 2017, dans l'affaire commentée, EU:C:12017:397, points 63-105. (5) Article 2, §§ 2 et 3, de la directive « services ». (6) Points 86 à 89 de l'arrêt commenté. (7) Cet argument repose sur l'article 4, 1), de la directive « services » qui définit le « service » comme « toute activité économique non salariée,



Dans le même ordre d'idées, la Cour ne partage pas l'argument suggéré par le Raad van State der Nederlanden⁸, selon lequel l'applicabilité de la directive « services » devrait dépendre, pour chaque affaire, d'une analyse préalable de l'importance de l'aspect relatif à la libre prestation de services par rapport à d'autres libertés fondamentales garanties par le TFUE⁹. Si une telle analyse est pertinente lorsqu'il s'agit d'articuler, entre elles, les libertés fondamentales garanties par le droit primaire¹⁰, cette analyse ne saurait, selon la Cour, « être transposée à la détermination du champ d'application de la directive services »¹¹.

B. Le chapitre III de la directive « services » s'applique aux situations purement internes

Selon la Cour de justice, le chapitre III de la directive « services », intitulé « Liberté d'établissement des prestataires », s'applique aux situations purement internes.

Diverses considérations conduisent, là aussi, la Cour à cette conclusion : le libellé des dispositions du chapitre III n'énonce aucune condition relative à l'existence d'un élément d'extranéité¹² ; la directive « services » précise qu'elle « s'applique aux services fournis par les prestataires ayant leur établissement dans un État membre », sans impliquer un élément d'extranéité¹³ ; les notions de « prestataire » et d'« établissement » sont, elles aussi, définies par la directive sans faire référence à un élément d'extranéité¹⁴ ; pour son application, le chapitre IV de la directive impose, lui, un élément d'extranéité¹⁵ ; l'application du chapitre III de la directive aux situations purement internes est conforme aux objectifs poursuivis par la directive « services »¹⁶ ; un amendement visant à corriger la directive dans le sens contraire a été rejeté¹⁷ ; les articles 53, § 1^{er}, et 62 du TFUE — qui constituent la base de la directive « services » — ne font aucune référence à l'exigence d'un élément d'extranéité¹⁸.

C. Le plan d'occupation des sols en cause constitue une « exigence », non un « régime d'autorisation »

Selon la Cour de justice, le plan d'occupation des sols ne constitue pas un « régime d'autorisation » au sens de l'article 4, 6), de la directive « services ». Il ne s'agit pas, en effet, d'un « acte formel obtenu à l'issue d'une démarche » que le prestataire de services serait tenu d'effectuer¹⁹.

Il s'agit, par contre, d'une « exigence » au sens de l'article 4, 7), de la même directive qui la définit comme étant « toute obligation, interdiction, condition ou limite prévue dans les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres »²⁰.

Selon la Cour, l'exigence contenue dans le plan d'occupation des sols litigieux n'est pas une exigence interdite par l'article 14, 5), de la directive « services ». En clair, le plan n'institue pas, d'après la Cour, de test économique au cas par cas²¹.

En revanche, le plan communal en cause est considéré comme une « exigence à évaluer », au sens de l'article 15, § 2, a), de la directive « services », dès lors qu'il « subordonne l'accès à une activité de service[s] ou son exercice à une limite territoriale »²².

Une telle exigence est admissible pour autant, toutefois, qu'elle respecte les conditions cumulatives de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité énoncées par l'article 15, § 3, ce que la juridiction de renvoi est appelée à devoir apprécier²³.

À l'adresse de cette juridiction, la Cour de justice ajoute toutefois, s'agissant de la condition de nécessité, que l'objectif de préservation de la viabilité du centre-ville recherché par le plan d'occupation des sols litigieux est « susceptible de constituer une raison impérieuse d'intérêt général de nature à justifier une limite territoriale telle que celle en cause »²⁴.

D. La directive « services », si elle s'applique à l'« exigence » en cause, ne s'applique pas à toute « exigence »

Dans l'arrêt commenté, la Cour de justice aborde, à deux reprises, la question de l'applicabilité de la directive « services » à l'« exigence » que constitue le plan d'occupation des sols.

Il en est une première fois question dans le cadre de l'examen consistant à se demander si un « commerce de détail » est un « service »²⁵. Se référant au considérant 76 de la directive « services », la Cour relève, à cet égard, que la directive ne s'applique qu'aux exigences restreignant l'accès aux activités de services ou à leur exercice, et non à un bien en tant que tel. Au cas où une exigence vise exclusivement un bien, elle doit être appréciée sur la base des articles 34 à 36 du TFUE relatifs à la libre circulation des marchandises.

exercée normalement contre rémunération, visée à l'article [57] du Traité ». L'article 57, alinéa 1^{er}, du TFUE prévoit, quant à lui, qu'« [a]u sens des traités, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes ». Tirant argument du libellé de ces dispositions consacrant le caractère résiduel de la notion de « service », le gouvernement néerlandais soutenait que les services en cause (vente de chaussures et de vêtements) étaient exclus du champ d'application de la directive puisqu'ils relèvent, au sens du Traité, d'un des deux volets de la libre circulation des personnes, à savoir la liberté d'établissement. La Cour rejette toutefois cette thèse qui « risquerait de priver [...] le chapitre III de ladite directive, relatif à la liberté d'établissement des prestataires, de son champ d'application et, partant, cette directive, en ce qu'elle vise à éliminer les obstacles à l'exercice de la liberté d'établissement, de son effet utile » (point 93 de l'arrêt commenté). (8) Pour un exposé sur la jurisprudence du Conseil d'État néerlandais à ce sujet, voy. W. Moonen et T. Christiaens, « De wet op de handelsvestigingsvergunningen - Knelpunten anno 2016 », *T.B.O.*, 2016, pp. 244-246. (9) Points 92 et 94 à 96 de l'arrêt commenté. (10) Voy. notamment les points 33 à 35 de l'arrêt C-20/03 du 26 mai 2005, *Burmanjer et consorts*, mentionné au point 85 de l'arrêt commenté. A.-L. Durviaux et T. Delvaux résumant le raisonnement de la Cour de justice, dans l'arrêt *Burmanjer et consorts*, en indiquant que « l'accessoire suit le principal » (A.-L. Durviaux et T. Delvaux, « Commerce ambulant : les libertés de circulation et la directive services font un tour sur le marché communal », *A.P.*, 2012, p. 526, n° 67). Ainsi, par exemple, un marché hebdomadaire organisé sur le territoire d'une commune qui concerne principalement la vente de marchandises relève, selon ces auteurs, de la libre circulation des marchandises et non de la libre prestation des services garanties par le TFUE (*ibidem*, p. 516, n° 37). (11) Point 92 de l'arrêt commenté. Comp. A.-L. Durviaux et T. Delvaux qui — appliquant la jurisprudence de la Cour de justice relative aux dispositions du TFUE à la directive « services » — soulignent que « la vente de boissons et d'aliments ne peut relever de la libre prestation de services (et de la directive 2006/123/CE) que si elle est accessoire par rapport à une prestation de services. À défaut, elle relève de la libre circulation des marchandises et échappe donc au champ d'application de la directive (...) » (A.-L. Durviaux et T. Delvaux, *op. cit.*, p. 527, n° 67, note 232). (12) Point 99 de l'arrêt commenté. (13) Point 100 de l'arrêt commenté. (14) Point 101 de l'arrêt commenté. (15) Point 102 de l'arrêt commenté. (16) Point 103 de l'arrêt commenté. (17) Point 108 de l'arrêt commenté. (18) Point 109 de l'arrêt commenté. (19) Points 113 à 115 de l'arrêt commenté. (20) Points 119 et 120 de l'arrêt commenté. (21) Points 127 et 128 de l'arrêt commenté. (22) Points 129 à 131 de l'arrêt commenté. (23) Points 132 et 133 de l'arrêt commenté. (24) Points 134 et 135 de l'arrêt commenté. (25) *Cfr supra* : point A.



Commentaires

Dans l'affaire examinée, même si le commerce concerne des biens — vêtements et chaussures —, il ne peut automatiquement en être déduit que les restrictions à cette activité relèvent de la libre circulation des marchandises. Une appréciation doit être opérée quant à ce sur quoi porte l'exigence en jeu. Si la Cour estime ainsi que la directive « services » s'applique au plan d'occupation des sols, c'est parce qu'à son estime, cette exigence conditionne l'accès à certains commerces de détail et ne réglemente pas les produits vendus en tant que tels²⁶.

Il est, par ailleurs, question de l'applicabilité de la directive « services » à l'exigence que constitue le plan d'occupation des sols lorsque la Cour s'interroge sur le point de savoir à quel type d'exigence ledit plan appartient. Se référant, cette fois, au considérant 9 de la directive « services », la Cour indique que la directive ne s'applique pas aux exigences relevant notamment de la réglementation en matière d'aménagement du territoire, dès lors que les exigences « doivent être respectées par les prestataires dans l'exercice de leur activité économique, de la même façon que par des personnes agissant à titre privé ». À l'inverse, la directive trouve à s'appliquer lorsque les exigences concernées réglementent ou affectent spécifiquement l'activité de services en cause²⁷.

En l'espèce, le plan d'occupation des sols a « pour objet spécifique de déterminer les zones géographiques où certaines activités de commerce de détail peuvent s'implanter ». Cette exigence tombe, selon la Cour, dans le champ d'application de la directive, puisqu'elle concerne les « seules personnes qui envisagent de développer ces activités (...), à l'exclusion des personnes agissant à titre privé »²⁸.

2 L'analyse des enseignements de l'arrêt

Parmi les enseignements présentés, deux retiennent particulièrement l'attention.

Il y a, d'abord, que la directive « services » ne s'applique pas à toute exigence concernant une activité de services (A). Il y a, ensuite, que la Cour de justice ne se prononce pas sur le champ d'application de l'interdiction des tests économiques qui demeure incertain (B).

A. La directive « services » ne s'applique pas à toutes les exigences

Aux termes de son article 2, § 1^{er}, la directive « services » trouve à s'appliquer « aux services fournis par les prestataires ayant leur établissement dans un État membre ».

Bien que la Cour de justice ne l'affirme pas expressément, il semble que l'arrêt commenté rend compte que lorsqu'on est en présence d'une exigence, l'examen du champ d'application de la directive ne se limite pas aux domaines matériel et spatial consacrés par l'article 2, § 1^{er}, précité²⁹. En d'autres termes, il ne suffit pas de constater l'existence d'une activité de services fournis par un prestataire établi dans un État membre pour considérer que la directive s'applique à toutes les exigences concernant cette activité. Encore faut-il vérifier que l'exigence en cause entre, elle-même, dans le champ d'application de la directive.

Ainsi, dans l'affaire examinée, la Cour de justice vérifie si les règles du plan d'occupation des sols interdisant certains commerces de détail dans une zone géographique déterminée peuvent être appréciées au regard de la directive « services ». La Cour se pose plus précisément deux questions au sujet de l'exigence concernée. Cette exigence règle-t-elle des biens, ou règle-t-elle l'accès ou l'exercice d'une activité de services³⁰ ? Cette exigence doit-elle être respectée par les prestataires dans l'exercice de leur activité économique d'une façon différente ou identique aux personnes agissant à titre privé³¹ ?

Parce que l'exigence porte sur l'accès à une activité de services et non exclusivement sur un bien, et parce que l'exigence s'impose, de façon spécifique, aux prestataires dans l'exercice de leur activité économique, la Cour estime que la directive « services » s'applique à l'interdiction fixée par le plan d'occupation des sols.

B. L'interdiction des tests économiques couvre un champ d'application incertain

L'article 14, 5), de la directive « services » interdit aux États membres de subordonner l'accès à une activité de services ou son exercice sur leur territoire à « l'application au cas par cas d'un test économique consistant à subordonner l'octroi de l'autorisation à la preuve de l'existence d'un besoin économique ou d'une demande du marché, à évaluer les effets économiques potentiels ou actuels de l'activité ou à évaluer l'adéquation de l'activité avec les objectifs de programmation économique fixés par l'autorité compétente ». Cette disposition ajoute toutefois que « cette interdiction ne concerne pas les exigences en matière de programmation qui ne poursuivent pas des objectifs de nature économique mais relèvent de raisons impérieuses d'intérêt général ».

Dans l'affaire commentée, la Cour de justice était expressément invitée à se prononcer sur l'application de l'article 14, 5), de la directive « services » au plan d'occupation des sols en cause. Elle tranche cette question en une phrase, constatant qu'« il ne ressort d'aucun élément à la disposition de la Cour que la réglementation au principal comporterait une telle exigence »³².

Un éclaircissement quant au champ d'application de l'interdiction des tests économiques, pour l'heure ambigu³³, aurait pourtant été

(26) Point 90 de l'arrêt commenté. (27) Points 121 à 123 de l'arrêt commenté. (28) Point 124 de l'arrêt commenté. (29) Voy., à ce sujet, B. van Ormelingen, « Le domaine de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur », *Ann. drt. Louv.*, 2006/4, pp. 339 et s. (30) Voy. le considérant 76 de la directive « services ». La Commission européenne relève à ce propos que « la directive “services” ne s'applique (...) pas aux exigences qui doivent être appréciées au regard des dispositions du [TFUE] sur la libre circulation des marchandises et qui n'affectent pas l'accès à une activité de services ou son exercice, telles que les exigences concernant l'étiquetage des produits, les matériaux de construction ou l'utilisation de pesticides. Il convient toutefois de souligner que les exigences qui restreignent l'utilisation d'équipements nécessaires à la prestation d'un service affectent l'exercice d'une activité de services et sont donc couvertes par la directive “services” » (*Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services »*, p. 16). (31) Voy. le considérant 9 de la directive « services ». (32) Point 128 de l'arrêt commenté. (33) Dans ce sens, voy. P. Van Cleynenbreugel et A. Zians, « Le décret relatif aux implantations commerciales : une logique juridique à l'encontre de celle du marché intérieur européen ? » in F. Haumont et A. Van Huffel (coord.), *Les implantations commerciales - État des lieux deux ans après la régionalisation*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 23-55, spécialement pp. 38-41 ; T. Hauzer et S. Engelen, « Quel avenir pour les implantations commerciales au regard de la Directive “services” et de la régionalisation ? », *Amén.*, 2011/2, pp. 107-121, spécialement



le bienvenu. Les conclusions de l'avocat général Spzunar se montrent, du reste, un peu plus explicites. On peut y lire, en effet, que « [s]'il est vrai qu'un plan d'occupation des sols qui interdit certaines activités de vente au détail dans des zones déterminées paraît contenir quelque élément économique, la mesure n'entre pas dans le champ d'application de l'article 14, point 5, de la directive 2006/123. Aucun test n'est appliqué au cas par cas avant l'établissement, pas plus que l'élément économique de la mesure ne semble prédominant »³⁴.

Conclusion

Des précisions quant au champ d'application et à l'interprétation de la directive « services », et plus particulièrement de son chapitre III relatif à la « liberté d'établissement des prestataires », étaient attendues. L'arrêt commenté ne répond que partiellement à ces attentes.

L'arrêt n'explique notamment pas en quoi le plan d'occupation des sols en cause ne constitue pas un « test économique interdit ».

Si l'on se réfère aux conclusions de l'avocat général Spzunar, une mesure devrait être qualifiée de « test économique interdit » au terme d'un double contrôle. Il conviendrait de vérifier, d'une part, que la mesure concernée prévoit un test au cas par cas et, d'autre part, que l'élément économique contenu dans cette mesure est prédominant.

Si, à l'avenir, la Cour devait se prononcer sur le raisonnement adopté par l'avocat général dans le cadre d'une affaire compa-

nable à celle en cause, il conviendrait, selon nous, d'avoir égard aux considérations suivantes.

S'il est vrai que le plan d'occupation des sols qui était querellé ne prévoit pas, par lui-même, un test « au cas par cas », encore faut-il relever qu'un tel plan a, en principe, pour vocation d'être pris en considération dans le cadre de procédures d'autorisation. Dans cette perspective, chaque demande d'autorisation est analysée au regard du plan et est, en fonction des règles que le plan prévoit, acceptée ou rejetée. En excluant d'emblée la qualification du plan d'occupation des sols en tant que test « au cas par cas », l'avocat général fait fi de cet élément : il suggère que le caractère général et abstrait d'un plan de la nature de celui en cause justifierait qu'il échappe au champ d'application de la directive « services » en tant que « test économique interdit ». Selon nous, toutefois, il ne peut être écarté qu'un tel plan — qui, le plus souvent, a vocation à s'appliquer au cas par cas dans le cadre d'un régime d'autorisation — entretienne, sous couvert d'un objectif d'aménagement du territoire, une visée purement économique telle que la protection de certains commerces préexistants.

Le raisonnement de l'avocat général conduit, par ailleurs, à dépasser le contenu de l'article 14, 5), de la directive « services », en s'interrogeant sur le « seuil » à partir duquel l'élément économique contenu dans une mesure doit être considéré comme prédominant. À cet égard, certains auteurs ont déjà exprimé l'idée selon laquelle une exigence peut contenir un ou des éléments économiques pour autant que cette exigence ne poursuive pas des objectifs de nature économique, mais des raisons impérieuses d'intérêt général³⁵. Dès lors que le texte de la directive « services » ne semble, lui-même, pas clair sur la question, gagnons que la Cour apportera, dès que possible, l'éclairage nécessaire à ce sujet.

pp. 116-117. (34) Point 141 des conclusions de l'Avocat général Spzunar, précitées. (35) T. Hauzer et S. Engelen, *op. cit.*, pp. 116-117.

