

ARTICLES

La faisabilité juridique
des projets
d'euro-obligations

p. 553

en ligne sur Dalloz-revues

L'évolution de l'équilibre
institutionnel de l'UE
sous le prisme des relations
extérieures depuis l'entrée
en vigueur du Traité
de Lisbonne

p. 594-1

Le principe d'effectivité comme
pivot de répartition
des compétences procédurales
entre les Etats membres
et l'Union européenne

p. 594-29

In varietate concordia.

Etude du système institutionnel
de l'Union européenne sous
l'angle procédural

p. 594-57

CHRONIQUES

◆ Droit du contentieux de l'Union
européenne p. 595

◆ Citoyenneté de l'Union
européenne 2012 p. 621

◆ Droit européen des marchés
et contrats publics p. 639

◆ Droit européen
des obligations p. 661

◆ Espace judiciaire civil
européen p. 685

◆ Action extérieure de l'Union
européenne p. 701

◆ Marché intérieur
(en ligne sur Dalloz-revues) p. 731-105

SOMMAIRE DU N° 3-2012

Éditorial, Processus d'intégration renforcée dans la zone euro et pacte pour la croissance et l'emploi pour toute l'Union , par Catherine PRIETO	549
---	-----

ARTICLES

La faisabilité juridique des projets d'euro-obligations , par Frédéric ALLEMAND	553
--	-----

Articles accessibles sur



L'évolution de l'équilibre institutionnel de l'UE sous le prisme des relations extérieures depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne , par François FINCK	594-1
---	-------

Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les Etats membres et l'Union européenne , par François CAULET	594-29
--	--------

<i>In varietate concordia</i> . Etude du système institutionnel de l'Union européenne sous l'angle procédural, par Julie FERRON	594-57
--	--------

CHRONIQUES

Droit du contentieux de l'Union européenne (janvier-juin 2012), par Laurent COUTRON	595
--	-----

Citoyenneté de l'Union européenne 2012 . Citoyenneté, intégration, libre circulation : concepts variables pour régimes juridiques concentriques, par Etienne PATAUT	621
--	-----

Droit européen des marchés et contrats publics (1 ^{er} janvier-31 décembre 2011), par Ann Lawrence DURVIAUX	639
---	-----

Droit européen des obligations (août 2011 – juillet 2012), par Carole AUBERT de VINCELLES	661
--	-----

Espace judiciaire civil européen (15 novembre 2011 – 15 mai 2012), par Mélina DOUCHY-LOUDOT et Emmanuel GUINCHARD	685
--	-----

Action extérieure de l'Union européenne (1 ^{er} janvier-30 juin 2012), par Isabelle BOSSE-PLATIERE et Catherine FLAESCH-MOUGIN	701
--	-----



Marché intérieur. Libre circulation des marchandises, libre prestation de services, droit d'établissement et libre circulation des capitaux (janvier-juin 2012), par Anne-Lise SIBONY et Alexandre DEFOSSEZ — 731-105

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages reçus	733
Ouvrages commentés	735



La bibliographie est accessible gratuitement (sans abonnement) sur le site Dalloz revues, dans la version feuilletable de la RTD eur.

Les opinions émises dans la Revue n'engagent que leurs auteurs



Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, tél. 01 44 07 47 70).

DALLOZ

31-35, rue Froidevaux – 75685 Paris cedex 14

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

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

(janvier-juin 2012)

Anne-Lise SIBONY

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

Alexandre DEFOSSEZ

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

1. Vue d'ensemble

Au premier semestre 2012, aucune grande avancée du marché intérieur n'est à signaler. L'actualité est essentiellement jurisprudentielle et aucun arrêt majeur n'a été rendu. Aussi, le parti pris dans cette chronique est-il de rendre compte des arrêts les plus importants et de nous attacher aux questions que suscitent leur lecture et celles des conclusions, même lorsque la réponse ne s'y trouve pas. La question la plus générale est suscitée par un arrêt apparemment banal (1) : la réglementation espagnole relative aux buralistes donne l'occasion à la Cour d'effleurer une question fondamentale pour le sens du marché intérieur : pourquoi les entraves sont-elles interdites ? Un autre thème fondamental pour le marché intérieur est la pratique du contrôle de proportionnalité. A cet égard, la Cour a rendu un arrêt qui semble le réduire à une peau de chagrin (2). Ce n'est pas le premier, et c'est précisément ce qui est inquiétant. En ce qui concerne les différentes libertés de circulation prises individuellement, un arrêt *Van Putten*

(1) CJUE 26 avr. 2012, *ANETT*, C-456/10, *infra* n° 2.

(2) CJUE 21 juin 2012, *Susisalo*, C-84/11, *infra* n° 3.

illustre les difficultés qu'il peut y avoir à identifier la liberté en cause. En l'espèce, le champ de la libre circulation des capitaux est étendu à un prêt de voiture qui aurait pu tomber sous le coup de la libre circulation de services ou ... de la citoyenneté (3). Dans le domaine de la libre circulation des marchandises, un arrêt *Donner* vient préciser la jurisprudence sur l'épuisement des droits de propriété intellectuelle et préserve le pouvoir réglementaire des Etats (4). Dans le domaine des services, le mystère de l'article 16 de la directive services reste entier (5), tandis que la jurisprudence en matière de jeux et paris continue de nourrir les réflexions sur la reconnaissance mutuelle (6).

2. Pourquoi les entraves sont-elles interdites ? [CJUE 26 avr. 2012, *ANETT*, C-456/10]

La Cour ne rejette pas par principe l'idée selon laquelle il n'y aurait lieu de supprimer une entrave que si cette suppression engendre un avantage pour les consommateurs.

L'affaire *ANETT* est assez banale, ainsi que l'atteste le fait que la Cour a statué à titre préjudiciel sans conclusion d'avocat général. Elle était interrogée sur la compatibilité avec la libre circulation des marchandises d'une réglementation espagnole qui interdisait aux buralistes d'importer directement des produits de tabac. Ceux-ci devaient s'approvisionner auprès de grossistes agréés par le monopole d'Etat sur les tabacs. C'est en appliquant méthodiquement la formule de l'arrêt *Commission c/ Italie* (remorques) que la Cour qualifie cette réglementation d'entrave. Après avoir constaté qu'il ne s'agit pas d'une mesure discriminatoire, que ce soit par son objet ou son effet et qu'il ne s'agit pas non plus d'une restriction de type *Cassis de Dijon*, la Cour examine l'incidence de la mesure sur l'accès au marché (7). Elle conclut à une restriction de l'accès au marché au motif que la mesure empêche les buralistes de proposer des produits d'autres Etats membres non disponibles auprès des grossistes agréés. A cet égard, on peut relever que la Cour lie l'accès au marché au choix des consommateurs : « tous ces éléments », note-t-elle, « sont susceptibles de se répercuter sur le choix des produits que les détaillants de tabac incluent dans leurs gammes de produits et, en définitive, sur l'accès des différents produits originaires des autres Etats membres au marché espagnol » (8). Le choix des consommateurs serait-il le but que l'accès au marché est destiné à réaliser ? La formule ne permet pas de l'affirmer, mais elle le suggère, ce qui fait écho à la fois aux interrogations sur les buts du marché unique (9) mais aussi à l'émergence d'une tendance à faire de la préserva-

(3) CJUE 26 avr. 2012, *Van Putten e.a.*, C-578/10 à C-580/10.

(4) CJUE 21 juin 2012, *Donner*, C-5/11, *infra* n° 4.

(5) CJUE 10 mai 2012, *Duomo e.a.*, C-57/10 à C-359/10, *infra* n° 5.

(6) CJUE 16 févr. 2012, *Costa et Cifone*, C-72/10 et C-77/10 et CJUE 12 juill. 2012, *HIT*, C-176/11, *infra* n° 6.

(7) Points 36-37.

(8) Point 42.

(9) V. not. I. Lianos, *Shifting Narratives in the European Internal Market : Efficient Restriction of Trade and the Nature of Economic Integration*, *European Business Law Review*, 2010. 705-760 ainsi que la contribution de L. Azoulai in E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation - In varietate concordia ?*, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne - Colloque, sous presse.

tion du choix des consommateurs un but en droit de la concurrence (10). Sur ce point, l'arrêt *ANETT* est intéressant, car le gouvernement espagnol avançait un raisonnement inspiré de (ou conforme à) l'idée défendue en doctrine (11), selon laquelle toute restriction à la liberté de circulation n'est pas bonne à interdire et qu'il convient au contraire de laisser subsister les restrictions « efficaces » [ce qui suppose de préciser ce qu'on entend par « efficacité » et donc de préciser les buts de l'intégration (12)]. Ainsi, le gouvernement espagnol faisait plaider que « en tout état de cause, il n'y a lieu de supprimer une restriction à la libre circulation des marchandises que si cette suppression engendre un avantage pour les consommateurs, à savoir, notamment, une baisse de prix » (13). La Cour n'écarte pas cet argument en principe. Elle l'écarte en l'espèce au motif que, « en l'occurrence, la suppression de la mesure d'interdiction en cause au principal est de nature à profiter [aux consommateurs] en permettant aux détaillants de tabac d'élargir la gamme de produits dont ils disposent » (14). En d'autres termes, même à supposer que seules les restrictions de la liberté de circulation qui nuisent aux consommateurs doivent être supprimées – ce qui n'est ni affirmé ni infirmé – l'avantage des consommateurs est en l'espèce établi par le fait que la suppression de la restriction leur ouvrira de nouvelles possibilités de choix. Comme en droit de la concurrence, la Cour considère que l'avantage du consommateur ne résulte pas seulement des prix bas, mais aussi des possibilités de choix qui lui sont offertes.

A.-L. S.

3. *Le contrôle de proportionnalité réduit à une peau de chagrin ?* [CJUE 21 juin 2012, *Susisalo*, C-84/11]

Au terme d'un contrôle de proportionnalité très léger, la Cour de justice juge conforme à la liberté d'établissement une différence de traitement entre pharmacies universitaire et pharmacies ordinaires.

Cet arrêt s'ajoute à la liste, déjà longue, d'affaires qui traitent de la question de la compatibilité avec les libertés de circulation de diverses restrictions imposées aux pharmaciens (15). A travers ces affaires, c'est la question, fondamentale, de l'articulation entre la libre concurrence et la poursuite d'un objectif de protection de la santé publique qui est posée. L'intérêt de l'affaire *Susisalo* est double. Tout d'abord, la Cour englobe dans la protection de la santé publique diverses considérations touchant à l'enseignement et la formation des jeunes pharma-

(10) P. Nihoul, *Choice v. Efficiency* (éditorial), *Journal of European Competition Law and Practice*, 2012, 315-317 ; P. Nihoul, N. Averitt et R. Lande, *La notion de choix du consommateur : Point de rencontre des politiques de concurrence*, *Concurrences*, 2011/2, 1-3.

(11) I. Lianos, *préc.*

(12) La notion d'efficacité n'a en effet de sens que par rapport à un but puisque c'est la propriété d'un moyen qui atteint un but donné au moindre coût (à la différence de l'efficacité, qui désigne la propriété d'un moyen qui permet d'atteindre un but donné, sans référence aux coûts).

(13) Point 49.

(14) Point 54.

(15) V., *inter multis*, CJUE 1^{er} juin 2010, *Blanco Pérez et Chao Gómez*, C-570/07 et C-571/07 ; CJUE 1^{er} juill. 2010, *Sbarigia*, C-393/08, et, plus ancien, CJCE 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, C-171/07 et C-172/07.

ciens. Si une telle imbrication entre qualité de la formation et santé publique était déjà en cause dans la célèbre affaire *Bressol et Chaverot* (16) (où des motifs de protection de la santé publique ont permis de justifier certaines restrictions à la libre circulation des étudiants), c'est sous un aspect un peu différent que la Cour aborde ici le lien enseignement-santé. En effet, c'est du point de vue de la liberté d'établissement des prestataires de soins et non sous l'angle de la liberté de circulation des étudiants que ce lien est ici établi. La seconde originalité tient au caractère particulièrement bref du contrôle en proportionnalité. Ce type de motivation, s'il devait être généralisé, pourrait s'avérer dangereux pour la cohérence du marché intérieur dans le domaine des soins de santé.

Les faits de cette affaire sont assez simples. En Finlande, comme dans de nombreux autres Etats, la création d'une pharmacie suppose l'obtention d'une autorisation d'exercer. Celle-ci est délivrée par l'Office des médicaments en fonction des besoins sur le territoire d'une commune ou partie de commune. Les pharmaciens peuvent également décider d'ouvrir une succursale. Cette possibilité permet à un pharmacien d'exploiter jusqu'à trois succursales dans certaines régions du pays où les besoins en médicaments existent mais où la faible densité de population ne justifie pas l'ouverture d'une pharmacie indépendante. La création d'une telle succursale est également soumise à autorisation. Il existe une exception à ces principes : en effet, la pharmacie de l'Université d'Helsinki (PUH) peut exploiter jusqu'à seize succursales, et ce sans être soumise aux mêmes conditions que les pharmacies ordinaires. Il s'agit d'offrir une sorte de « compensation » à la PUH pour les obligations légales de recherche et de formation qui pèsent sur elle.

Plusieurs pharmaciens finlandais contestent la légalité de ce régime préférentiel au regard de la liberté d'établissement. L'on constate que le conflit sous-jacent à ce litige est purement interne : ce constat devrait entraîner l'irrecevabilité de la question préjudicielle puisque le facteur de rattachement, indispensable pour l'application des libertés, fait défaut (17). La Cour évite l'écueil grâce à une pirouette, classique depuis l'arrêt *Guimont* (18), selon laquelle « une réponse peut être néanmoins utile à la juridiction de renvoi, notamment dans l'hypothèse où le droit national lui imposerait, dans des procédures telles que celles en cause au principal, de faire bénéficier un ressortissant finlandais des mêmes droits que ceux qu'un ressortissant d'un autre Etat membre tirerait du droit de l'Union dans la même situation » (19). Or, il apparaît qu'une telle règle existe en Finlande (20). La Cour choisit donc de se prononcer sur l'interpré-

(16) CJUE 13 avr. 2010, *Bressol e.a. et Chaverot e.a.*, C-73/08., note X. Delgrange, L'arrêt Bressol relatif à la libre circulation des étudiants : la Cour de justice entre mutisme et soliloque, JDE n° 171, 2010. 214-215 ; note A. Defossez, *Bressol et Chaverot* : la « non-décision » de la Cour de justice de l'UE, JLMB 2010. 1996-2005.

(17) Un principe fréquemment rappelé depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. De nombreuses juridictions interrogent en effet la Cour sur l'interprétation de la Charte dans une série de situations purement internes. V. par ex., CJUE, ord., 22 sept. 2011, *Lebrun*, C-538/10 ; CJUE, ord., 14 déc. 2011, *Boncea*, C-483/11 et C-484/11 et CJUE, ord., 1^{er} mars 2011, *Chartry*, C-457/09, non encore publiées au Recueil qui ont pour points commun de concerner des situations purement internes). V., D. Simon, *Compétence de la Cour, Europe*, 2011. comm. 154.

(18) CJCE 5 déc. 2000, *Guimont*, C-448/98, point 23.

(19) Point 20.

(20) Point 21.

tation à donner à l'article 49 TFUE dans une situation où il apparaît que les pharmaciens ne sont pas soumis aux mêmes conditions d'établissement selon qu'ils poursuivent, ou non, des tâches de formation et de recherche.

Comme souvent, ce n'est pas la qualification de l'entrave qui retiendra la plus longtemps la Cour de justice mais bien la possibilité de justifier celle-ci. Il est en effet assez évident, à la lecture des faits, que les pharmaciens « ordinaires » sont découragés de s'établir là où la PUH a ouvert, à des conditions souples, une succursale (21). Partant, c'est sur le terrain de la justification, et de sa proportionnalité, que le débat juridique se pose principalement.

Or, à cet égard, la Cour rappelle qu'il « doit être tenu compte du fait que la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens et les intérêts protégés par le traité, et qu'il appartient aux Etats membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé publique et de la manière dont ce niveau doit être atteint. Celui-ci pouvant varier d'un Etat membre à l'autre, il convient de reconnaître aux Etats membres une marge d'appréciation » (22). Un tel préambule, dont la formulation est un classique dans cette matière (23) mais également dans d'autres secteurs sensibles (24), laisse peu de doute sur la réponse finale que s'apprête à apporter la Cour.

Deux obligations reposent sur la PUH : une obligation de recherche (préparations pharmaceutiques rares) et une obligation de fournir des lieux de stage aux étudiants. Les pharmacies « ordinaires » fournissent également des lieux de stage mais elles n'ont, au contraire de la PUH, aucune obligation légale de le faire. La Cour traite l'ensemble de ces obligations légales (recherche et enseignement) comme l'expression d'un seul objectif général, un objectif de protection de la santé publique. Il aurait été parfaitement possible de distinguer les justifications tenant à la santé publique, d'une part, et celles tenant à la qualité de l'enseignement, d'autre part. Ce n'est toutefois pas la voie que la Cour choisit, ce qui confirme l'influence gravitationnelle forte de la justification de santé publique, déjà à l'œuvre dans l'arrêt *Bressol* : les justifications proches tendent à s'y fondre (25).

(21) Point 34.

(22) Point 28.

(23) Arrêts *Blanco Pérez*, préc. au point 44 et *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, préc. au point 19. V. égal. CJCE 19 mai 2009, *Commission c/ Italie*, C-531/06, point 36 et CJCE 11 déc. 2003, *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01, point 142 et CJCE 10 mars 2009, *Hartlauer*, C-169/07, point 30.

(24) L'on trouve une formule similaire dans l'arrêt *Bouchereau* relatif à la moralité publique (CJCE 27 oct. 1977, *Bouchereau*, 30/77, point 34), l'arrêt *Commission c/ Italie* en matière de sécurité routière (CJCE 10 févr. 2009, *Commission c/ Italie*, C-110/05, point 65) ou l'arrêt *Dickinger* en matière de jeux de hasard (CJUE 15 sept. 2011, *Dickinger et Ömer*, C-347/09, non encore publié au Recueil, point 99).

(25) Dans l'arrêt *Bressol*, la fusion s'explique en partie par le caractère discriminatoire de l'entrave en cause ce qui, en principe, interdit de recourir aux justifications non-envisagées par le traité (même si ce principe est régulièrement remis en question). Dans cette affaire, la Cour considère que l'entrave est non-discriminatoire puisqu'elle affecte de la même manière les pharmaciens nationaux et les pharmaciens établis dans un autre Etat membre (points 32 s.). Cette conclusion est contestable et est sans doute induite par le caractère purement interne du litige en cause. En effet, par rapport à un opérateur étranger souhaitant s'établir en Finlande, il faut constater que le régime préférentiel est réservé à un seul opérateur national, la PUH. Une discrimination en vertu d'un critère de nationalité est ici à l'œuvre. Le fait qu'un pharmacien national, et non un pharmacien établi dans un autre Etat membre, subisse les effets de ce ré-

C'est lors de l'analyse de la proportionnalité que se matérialise la large marge de manœuvre des Etats membres sur la question de la protection de la santé publique. En effet, cette analyse est ici réduite à sa plus simple expression puisqu'elle tient en deux paragraphes. Ainsi, la Cour précise simplement qu'il « appartient à la juridiction de renvoi de vérifier [...] que les succursales de la PUH participent effectivement à l'accomplissement des missions spécifiques relatives à l'enseignement dispensé aux étudiants en pharmacie, à la recherche dans le domaine de l'approvisionnement en médicaments ainsi qu'à la réalisation de préparations pharmaceutiques rares qui incombent à la PUH » (26). Il suffira donc de vérifier que la PUH remplit effectivement le rôle qui lui est imposé par la loi. Il est difficile d'imaginer que cela ne soit pas le cas.

Cette brièveté du contrôle de proportionnalité dans cette affaire tranche avec certaines décisions antérieures. Ainsi, pour ne prendre que deux exemples, si l'on compare ce raisonnement avec celui de l'arrêt *Bressol*, l'on remarquera que, dans cette dernière affaire, la Cour avait donné à la juridiction de renvoi un grand nombre d'indications sur la manière dont devait être examinée la proportionnalité de l'entrave (27). De même, dans une affaire *Hartlauer*, c'est au terme d'une analyse de proportionnalité détaillée que la Cour a finalement condamné une entrave à la liberté d'établissement de polycliniques dentaires (28). Ces deux exemples montrent bien comment le contrôle de proportionnalité demeure le cœur de l'analyse de la Cour, le garde-fou contre une utilisation abusive de la marge de manœuvre laissée aux Etats. Sur ce point, l'arrêt commenté soulève quelques inquiétudes.

Ainsi, l'objectif général de protection de la santé publique confère aux Etats une marge de manœuvre très large dans la définition des moyens aptes à les atteindre. Toutefois, la tentation, en l'espèce, d'escamoter l'évaluation de la proportionnalité est plus inquiétante. Certes, sur le principe, la légitimité de la solution n'est pas contestable. Qu'une pharmacie universitaire se voie accorder, à cause des obligations légales qui pèsent sur elle, quelques avantages en termes de déploiement de ses activités n'est pas de nature à heurter le principe d'égalité, lequel consiste précisément à traiter de manière différenciée des situations différentes. Le principe de réserver certains avantages à la PUH n'est pas en cause : c'est l'importance de ces avantages qui devrait être interrogée, précisément à travers le test de proportionnalité. En l'occurrence, l'on aurait pu se demander si seize succursales réservées se justifient au regard du nombre total de succursales ouvertes sur le territoire ou si certaines conditions (de densité de population...) ne devraient pas trouver à s'appliquer.

gime préférentiel constitue une discrimination à rebours, ce qui n'est pas critiquable du point de vue des libertés de circulation.

(26) Point 42.

(27) V. sur ce point l'arrêt de la juridiction de renvoi dans cette affaire (C. C. belge, 31 mai 2011, n° 89/2011, *Moniteur belge*, 10 août 2011. 45511). Cet arrêt de renvoi démontre en quoi les indications données sur le contrôle en proportionnalité ne sont pas totalement sans conséquences : la Cour constitutionnelle belge a partiellement annulé le décret limitant le nombre d'étudiants non-résidents pour certaines filières spécifiques (orthophoniste, podologue...), ce qui a d'ailleurs entraîné, dès cette année, un renouveau de l'afflux d'étudiants français vers la Belgique. En l'occurrence, le gouvernement n'a pas rapporté suffisamment de preuves d'une perte de qualité de l'enseignement dans ces filières.

(28) CJCE 10 mars 2009, *Hartlauer*, C-169/07.

L'on peut s'interroger sur les conséquences dommageables, sur le long terme, pour l'effectivité des libertés européennes, d'un tel escamotage du test de proportionnalité. Il serait en effet regrettable que la marge de manœuvre ainsi laissée aux Etats membres en matière de santé publique ne devienne, pour conserver la métaphore gravitationnelle, un véritable « trou noir » de leur souveraineté : une justification dont aucune entrave ne peut s'échapper (29).

A. D.

4. Le prêt transfrontalier d'une voiture à titre gratuit constitue un mouvement de capitaux [CJUE 26 avr. 2012, *van Putten e.a.*, C-578/10 à C-580/10]

Une taxe qui frappe le prêt à titre gratuit d'un véhicule immatriculé dans un autre Etat membre constitue une restriction interdite à la libre circulation des capitaux.

On peut faire circuler des capitaux comme Monsieur Jourdain faisait de la prose. C'est ce qui résulte d'un arrêt *Van Putten*, dans lequel la Cour a eu l'occasion d'étendre la notion de circulation des capitaux au prêt transfrontalier à titre gratuit d'un véhicule automobile, non sans que l'affaire ait donné lieu à des interrogations sur les dispositions de droit de l'Union qui pouvaient régir la situation (30). Dans les affaires au principal qui ont conduit la Cour suprême des Pays-Bas à interroger la Cour, trois résidents des Pays-Bas se voyaient réclamer par l'administration fiscale de cet Etat des sommes de plusieurs milliers d'euros, correspondant à environ la moitié de la valeur du véhicule qu'un parent ou un ami leur avait prêté. Dans tous les cas, le véhicule était immatriculé dans un autre Etat membre et avait été utilisé à titre privé, dans le cadre d'un prêt temporaire. Les personnes poursuivies n'avaient pas pu faire valoir la durée réduite d'utilisation du véhicule et avaient dû acquitter l'intégralité de la taxe. Une telle taxe, dépassant de beaucoup la valeur du prêt, peut paraître surprenante et injuste. L'explication tient au fait que la taxe d'immatriculation en vigueur aux Pays-Bas est très élevée (environ 50 % de la valeur du véhicule). Sans doute pour éviter les stratégies de contournement de cette taxe par des immatriculations de complaisance dans un Etat voisin, le législateur avait prévu que la taxe s'appliquerait aux résidents des Pays-Bas aussi lors de la première mise en circulation sur le réseau routier national d'une voiture immatriculée à l'étranger.

Suivant les conclusions de l'avocat général Kokott, la Cour s'appuie sur la jurisprudence qui avait assimilé le don à un mouvement de capitaux (31). Ne distinguant pas là où la nomenclature des mouvements de capitaux ne distingue pas (32), la Cour estime qu'il n'y a pas lieu de traiter le prêt à titre gratuit diffé-

(29) Ou un « réservoir de souveraineté » (V. F. Kauff-Gazin, *Accès des étudiants aux études médicales et paramédicales en Belgique*, Europe, 2010. comm. 193).

(30) Dans ses conclusions, l'avocat général Kokott envisage, outre la liberté de circulation des capitaux, la liberté de prestation de services ainsi que la citoyenneté.

(31) Le point 29 renvoie à CJUE 31 mars 2011, *Schröder*, C-450/09, point 26 et à la jurisprudence qui y est citée.

(32) Cette nomenclature forme l'annexe I de la directive 88/361, dont la Cour rappelle qu'elle n'a qu'une valeur indicative (point 28).

rement d'un prêt à titre onéreux, ni de distinguer selon qu'il s'agit d'un prêt d'argent ou d'une chose (33).

La restriction à la libre circulation résulte du fait que la taxe ne frappe pas le prêt à titre gratuit d'un véhicule immatriculé aux Pays-Bas mais seulement le prêt transfrontalier d'un véhicule immatriculé dans un autre Etat membre. Dès lors, la taxe est « de nature à rendre moins attrayants ces mouvements de capitaux transfrontaliers, en dissuadant les résidents des Pays-Bas d'accepter le prêt qui leur est offert par des résidents d'un autre Etat membre d'un véhicule immatriculé dans ce dernier Etat ». Dans le contexte de cette affaire, la formule classique de l'entrave se colore de considérations qui relèvent d'avantage de la citoyenneté que de la libre circulation des capitaux. L'avocat général Kokott avait du reste envisagé, à titre subsidiaire la possibilité d'appliquer les dispositions sur la citoyenneté (34). Dans ce contexte, elle avait proposé de considérer que les dispositions sur la citoyenneté couvrent les relations sociales transfrontières. Après avoir noté que « le prêt à usage gratuit de véhicules – mais également d'autres objets – est l'expression des relations entre les parties, qu'elles soient de nature familiale ou amicale », l'avocat général avait conclu en ce sens que « lorsque ces relations dépassent les frontières des Etats membres, elles se fondent généralement sur le fait que des personnes ont franchi auparavant ces frontières » et, dès lors, « l'article 21 TFUE doit protéger précisément les activités transfrontalières non économiques des citoyens de l'Union et donc notamment les relations transfrontalières sociales » (35).

La justification de l'entrave ne retient pas la Cour, car la juridiction de renvoi ne l'avait pas interrogée sur ce point. Il résulte néanmoins de l'arrêt qu'il serait légitime pour l'Etat de lutter contre l'évasion fiscale en assujettissant à la taxe d'immatriculation les véhicules qui, bien qu'immatriculés à l'étranger, sont prêtés pour une durée si longue ou indéterminée qu'ils ont en réalité vocation à être utilisés principalement sur le territoire des Pays-Bas.

A.-L. S.

5. La Cour de justice revient sur l'articulation entre libertés de circulation et propriété intellectuelle et précise la notion d'épuisement [CJUE 21 juin 2012, Donner, C-5/11]

Le transporteur de reproductions de meubles protégés dans l'Etat d'importation mais non dans l'Etat de fabrication peut être poursuivi pour complicité d'exploitation d'œuvres protégées.

Un importateur peut-il être poursuivi pour avoir introduit des produits depuis un Etat où ils ne sont pas protégés par le droit d'auteur vers un Etat où ils le sont ? C'est en substance la question à laquelle devait répondre la Cour de justice dans l'affaire *Donner*. En l'occurrence, il s'agissait de l'importation de reproductions de meubles et objets depuis l'Italie vers l'Allemagne. Ces objets étaient fabriqués par une société italienne (Dimensione) qui les proposait à la vente à des clients allemands. Or, il apparaît que le statut juridique de ces reproductions est complexe,

(33) Points 32-33.

(34) Concl., points 36 s.

(35) Concl., point 49.

car une divergence importante existe entre ces deux Etats. En effet, en Italie, ces produits reproduits ne font pas l'objet d'une pleine protection au titre du droit d'auteur. En revanche, en Allemagne, ils font bien l'objet d'une protection pleine et entière au titre « d'œuvres des arts appliqués ».

Dans le litige ayant donné lieu à la question préjudicielle, ce n'était pas la société Dimensione qui faisait l'objet de poursuites. En effet, cette société avait mis au point une stratégie lui permettant d'échapper aux rigueurs du droit allemand. Pour la livraison des reproductions en Allemagne, Dimensione incitait ses clients à faire appel à une société de transport bien déterminée, Inspem. C'est donc le gérant de la société Inspem qui faisait l'objet, en Allemagne, de poursuites pénales au titre de complicité d'exploitation commerciale sans autorisation d'œuvres protégées par un droit d'auteur. Il contestait sa condamnation et faisait valoir que de telles poursuites constituent une entrave à la libre circulation des marchandises en cloisonnant artificiellement des marchés (36).

La protection de la propriété intellectuelle est l'une des exceptions explicitement prévue par les traités (37) afin de justifier une entrave à la libre circulation des marchandises. Certes, cette protection de la propriété intellectuelle n'est pas absolue : la Cour a cherché, au fil d'une jurisprudence complexe et à travers une interprétation originale de l'article 36 TFUE (38), à concilier l'existence des droits de propriété intellectuelle (39) avec les impératifs de la libre circulation des marchandises (40).

La Cour a ainsi distingué l'*existence* de l'*exercice* des droits de propriété intellectuelle. Dans son arrêt *Deutsche Grammophon*, la Cour précise ainsi que « si le Traité n'affecte pas l'*existence* des droits reconnus par la législation d'un Etat membre en matière de propriété industrielle et commerciale, l'*exercice* de ces droits peut cependant relever des interdictions édictées par le Traité » (41). En pratique, la Cour a développé le concept d'épuisement des droits qui signifie,

(36) Une autre question posée à la Cour portait sur la notion de « distribution au public » au sens de la directive 2001/29 (dir. 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JOCE L 167, p. 10). Cette question était importante afin d'établir sur le territoire de quel Etat la distribution au public avait eu lieu. Le gérant de la société de transport considérait que celle-ci avait eu lieu en Italie, et non en Allemagne, puisque le transfert de propriété avait eu lieu en Italie en vertu du droit italien. La société Dimensione avait à cet égard mis au point un système ingénieux afin que ledit transfert ait lieu en Italie et non en Allemagne. Inspem payait en effet le prix de l'objet à livrer à Dimensione et se faisait ensuite rembourser par le client. Si le client ne payait pas, Inspem se faisait rembourser le prix par Dimensione. La Cour ne partage toutefois pas cette interprétation de la notion de distribution qui coïnciderait avec celle de transfert de propriété au sens du droit italien. Elle considère « qu'un commerçant qui dirige sa publicité vers des membres du public résidant dans un Etat membre déterminé et crée ou met à leur disposition un système de livraison et un mode de paiement spécifiques, [...] réalise, dans l'Etat membre où la livraison a lieu, une "distribution au public" » (point 30). Le droit allemand est donc applicable, la « distribution » ayant lieu sur son territoire.

(37) Art. 36 TFUE.

(38) V., par ex., CJCE 11 nov. 1997, *Ballantine*, C-349/95, point 18.

(39) L'Article 345 TFUE réserve aux Etats membres la définition de leur régime de propriété.

(40) « Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons [...] de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres ».

(41) CJCE 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, 78-70, point 11.

en synthèse, qu'un droit de propriété intellectuelle s'épuise avec la première mise sur le marché d'un produit par le titulaire du droit ou avec son consentement (42). En garantissant que la première mise sur le marché du produit soit réalisée par le titulaire ou avec son consentement, la Cour veille à ce que la substance de ses droits soit préservée (*existence*) (43). Dans le même temps, en limitant ce droit à cette première mise sur le marché, elle garantit que la libre circulation puisse ensuite pleinement jouer son rôle (*exercice*).

Ce préambule rappelé, la question posée dans cette affaire consistait à évaluer si une mise sur le marché effectuée dans les conditions de l'affaire en cause préservait l'existence des droits conférés par la législation allemande. Pour que ce soit le cas, il aurait fallu considérer que la mise sur le marché par Dimensione constituait un épuisement des droits des titulaires allemands. Ce n'est pas, à juste titre, la conclusion à laquelle parvient la Cour de justice. En effet, celle-ci, reprenant la distinction rappelée plus haut entre *existence* et *exercice* des droits, considère que l'entrave à l'importation des reproductions est justifiée au sens de l'article 36 TFUE dans la mesure où « celle-ci est indissociablement liée à l'existence même des droits exclusifs » (44). En d'autres termes, les poursuites engagées en Allemagne sont liées à la nécessité de protéger l'existence des droits exclusifs d'exploitation des titulaires : décider autrement reviendrait à priver les titulaires du bénéfice de la mise sur le marché de leur œuvre, donc de la substance de leur droit.

La Cour renforce cette conclusion en évoquant brièvement les conditions d'application de l'épuisement (45). Celles-ci n'étaient pas réunies en l'espèce, car les produits transportés en Allemagne n'avaient été mis sur le marché ni par les titulaires ni avec leur consentement (46). La mise sur le marché était le résultat de l'absence d'opposabilité des droits d'auteur sur ces produits en Italie, ce qui ne correspond pas aux conditions requises de l'épuisement. Les choses auraient été différentes si les titulaires avaient eux-mêmes commercialisé leurs produits en Italie : ils auraient alors dû assumer les conséquences de ce choix (47). De même, la situation aurait été différente si Dimensione et Inspem avaient obtenu des titulaires une autorisation de distribution en Allemagne puisque, dans ce cas, la mise sur le marché aurait eu lieu avec le consentement des titulaires (48). En l'espèce, ces derniers peuvent donc, en l'absence d'épuisement de leur droit d'exploitation, s'opposer à ce que ces reproductions soient importées en Allemagne.

(42) CJCE 22 janv. 1981, *Dansk Supermarked*, 58/80 ; CJCE 16 juill. 1998, *Silhouette*, C-355/96 ; CJCE 11 juill. 1996, *Bristol-Myers Squibb*, C-427/93, C-429/93 et C-436/93.

(43) V., CJCE 14 juill. 1981, *Merck*, 187/80, point 10 (brevet) : « ce droit de première mise en circulation, en lui réservant le monopole d'exploitation de son produit, permet à l'inventeur d'obtenir la récompense de son effort créateur ». V. égal., en matière de droit d'auteur, CJCE 17 mai 1988, *Warner Brothers*, 158/86, point 13.

(44) Point 33 de l'arrêt commenté et CJCE 24 janv. 1989, *EMI Electrola*, 341/87 (qui concernait l'expiration du droit d'auteur d'un titulaire dans un Etat membre).

(45) Point 34.

(46) Pour un exemple récent où ce principe d'épuisement a pleinement joué son rôle, V. CJUE 3 juill. 2012, *UsedSoft*, C-128/11, non encore publié (sur l'épuisement du droit de distribution de licences de logiciels dématérialisés).

(47) V., par analogie, l'arrêt *Merck*, préc. aux points 11 s.

(48) En ce sens, concl. av. gén. Jääskinen, sous *Donner*, préc., point 67.

La Cour considère pour le surplus que l'application de sanctions pénales dans une telle situation n'est pas de nature à mener à un cloisonnement disproportionné ou artificiel des marchés européens (49). Sur ce point, la conclusion est sans doute trop abrupte et on lira avec intérêt les conclusions de l'avocat général qui rappellent, à juste titre, que si de telles sanctions sont autorisées, elles doivent respecter certaines limites, notamment de proportionnalité par rapport à la gravité de l'infraction (50).

A. D.

6. Directive services : le mystère de l'article 16 reste entier [CJUE 10 mai 2012, *Duomo e.a.*, C-357/10 à C-359/10]

La Cour manque une occasion de statuer sur la validité de l'article 16 de la directive services et de juger si le législateur de l'Union pouvait exclure la justification d'entraves à la libre prestations de services pour des raisons impérieuses d'intérêt général.

En Italie, il semble courant pour les collectivités locales de confier à des sociétés spécialisées la liquidation, l'établissement et de recouvrement de certaines recettes fiscales. Pour proposer de tels services aux collectivités publiques, les prestataires doivent se constituer en personne morale et disposer d'un capital social minimal, entièrement libéré, de 10 millions d'euros. Qu'une telle réglementation constitue une entrave à la liberté de prestations de services ainsi qu'à la liberté d'établissement ne faisait guère de doute. Comme souvent, il s'agissait surtout de savoir si une telle restriction était admissible. Or, cette question se présentait différemment selon qu'était applicable la directive services ou le traité et, si la directive services était applicable, selon que l'on analysait la restriction sous l'aspect établissement ou sous l'aspect services. Dès lors, l'avocat général Cruz Villalón avait patiemment examiné ces questions. Concluant que la directive services était d'application, il avait abordé une question lancinante à propos de ce texte et, plus précisément, de son article 16, qui limite, en matière de services, les justifications admissibles à quatre : ordre public, sécurité publique, santé publique et protection de l'environnement.

La première difficulté soulevée par ce texte tient au fait qu'il associe trois justifications expresses du traité à une justification issue de la jurisprudence en spécifiant que ces quatre justifications ne peuvent être invoquées que pour justifier des mesures *non discriminatoires*. Or, si cette restriction est en principe d'application en ce qui concerne les raisons impérieuses d'intérêt général, elle ne l'est pas en ce qui concerne les justifications expresses du traité, qui peuvent au contraire être invoquées y compris en relation avec des mesures discriminatoires. Dès lors, se pose la question de savoir si le législateur pouvait ainsi restreindre la portée des justifications prévues par le traité (51).

(49) Point 36. Sur une application importante de cette réserve, V. l'arrêt *Ballantine*, préc., points 28 s.

(50) L'avocat général tient notamment compte de la Charte des droits fondamentaux, en son article 49 (concl. préc., points 74 s.).

(51) V. Hatzopoulos, *Regulating services in the European Union*, OUP, 2012, p. 167.

La seconde difficulté est encore plus fondamentalement constitutionnelle. Dans le système du droit de l'Union, les Etats conservent leur souveraineté réglementaire aussi longtemps qu'il n'y a pas d'harmonisation. Or, la directive services est principalement une directive de coordination et non d'harmonisation. *A fortiori*, il ne s'agit pas d'une directive d'harmonisation complète. Dès lors, elle ne prend pas en charge la protection des intérêts multiples qui entrent dans la catégorie des exigences impératives d'intérêt général. Dans ces circonstances, on ne peut que s'interroger sur la possibilité pour le législateur de limiter la souveraineté des Etats membres alors que l'Union n'a pas exercé son pouvoir d'harmoniser (52).

Sans entrer dans une analyse de ces questions, l'avocat général exprime ses doutes sur la conformité de la directive services au traité. Selon lui, « rien n'empêcherait de remettre en question le caractère limitatif de cette liste [...], voire même sa compatibilité avec les dispositions du traité et, en définitive, la validité même de la directive sur ce point » (53). L'analyse n'est malheureusement pas poussée plus loin, sans doute par économie de raisonnement. En effet, en l'espèce, même s'il avait été jugé possible de passer outre la lettre de l'article 16 et d'invoquer des exigences impératives d'intérêt général, l'avocat général avait par ailleurs établi – dans son analyse du volet établissement de l'affaire – que le principe de proportionnalité ne serait pas satisfait.

La Cour, pour sa part, n'entre absolument pas dans ce débat puisqu'elle n'analyse l'affaire qu'au regard du droit primaire. On avouera à cet égard que l'analyse de l'applicabilité dans le temps de la directive services laisse le lecteur sur sa faim. La Cour s'appuie sur le fait que les faits à l'origine des litiges au principal (à savoir des exclusions d'entreprises ne satisfaisant pas la condition de capital social minimal dans le cadre d'appels d'offre lancés par des collectivités locales) sont survenus au cours d'une période antérieure à la date limite de transposition de la directive (54). De son côté, l'avocat général avait considéré que cet élément était sans pertinence. Il l'était en ce qui concerne le volet établissement de la directive services, en raison d'une clause de *standstill* (55) ; il l'était également en ce qui concerne le volet services, même en l'absence d'une telle clause, en raison de la jurisprudence selon laquelle les Etats membres doivent s'abstenir de prendre, pendant le délai de transposition, des dispositions « de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit » par une direc-

(52) Sur tous ce points, V. V. Hatzopoulos, *Regulating services in the European Union*, préc., 168-170 et, pour une analyse plus poussée des questions de principe, V. Hatzopoulos, *Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ?*, RTD eur. 1998, 191-236.

(53) Concl., point 55, citant les conclusions de l'avocat général Mazák sous CJUE 5 avr. 2011, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*, C-119/09, lesquelles ne vont toutefois pas aussi loin. L'article 16 de la directive est abordé au point 64 de ces conclusions. A ce propos, l'avocat général Mazák notait que, pour appliquer l'article 24, § 2, de la directive, qui réserve aux Etats membres la possibilité de réglementer les communications commerciales des professions réglementées afin de sauvegarder leur indépendance, leur dignité ou leur intégrité, il fallait lire ce texte comme une *lex specialis* par rapport à l'article 16 de la directive. Une possible contradiction entre deux articles était donc pointée, mais sans en tirer la conclusion que la directive serait illégale.

(54) Point 18.

(55) Art. 15, § 6, de la directive, cité au point 22 des conclusions.

tive (56). La Cour ne dit d'ailleurs pas que la directive est inapplicable. Elle juge de manière plus sibylline que « même à supposer que cette directive doive être considérée comme effectuant une harmonisation complète [...], cette circonstance n'aurait pas pour résultat d'empêcher la pertinence du droit primaire ». Il faut se reporter à la jurisprudence citée pour disposer d'un énoncé plus explicite et comprendre que la Cour dit en réalité que les Etats membres peuvent invoquer les exigences impératives d'intérêt général jusqu'à l'expiration du délai de transposition (57). La Cour n'a donc pas saisi l'occasion de donner aux Etats et aux opérateurs économiques une sécurité juridique pourtant bien nécessaire en matière de services. Il faudra donc attendre une affaire dont tous les éléments sont postérieurs au le 28 décembre 2009 pour savoir si le législateur de l'Union pouvait exclure en matière de services les justifications tirées d'exigences impératives d'intérêt général. Au vu de la tendance de la Cour à reconnaître aux Etats une large marge de liberté dans la détermination des buts de leur réglementation et du niveau de protection qu'ils entendent garantir, on pourrait penser que la Cour inclinera à une solution qui protège les prérogatives des Etats contre la lettre de l'article 16, mais bien sûr, la sécurité juridique ne sera établie sur ce point que lorsque la Cour acceptera d'en juger.

A.-L. S

7. Jeux et paris : l'Autriche gagne le pari d'une protection exigeante [CJUE 12 juill. 2012, *HIT*, C-176/11]

Un Etat peut subordonner l'autorisation de faire de la publicité pour des casinos établis dans d'autres Etats membres à la condition que l'Etat d'établissement offre aux consommateurs une protection équivalente à celle de son droit national.

Le domaine des jeux et paris continue à nourrir la jurisprudence de la Cour. Au cours de la période chroniquée, l'arrêt *Costa et Cifone* (58) concerne, une fois encore, la législation italienne et constitue une suite à l'arrêt *Gambelli* (59). Bien que rendu à titre préjudiciel, il s'apparente à un arrêt de manquement sur manquement. La Cour constate avec peu de ménagements que la réforme du droit italien des jeux et paris n'a pas suffi à donner effet à son arrêt *Gambelli*. En accordant un nombre important de nouvelles licences, l'Etat italien avait certes suivi l'une des deux voies esquissées par la Cour dans l'arrêt *Gambelli* pour remédier à l'illégalité de l'appel d'offre irrégulier de 2009, mais, en prévoyant pour les nouveaux concessionnaires une obligation de respecter une distance minimale par rapport aux anciens titulaires de licences, il avait derechef instauré une limitation de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services. Pour les mêmes raisons que par le passé et dans le contexte de la politique d'expansion des jeux pour augmenter les recettes fiscales, les justifications avan-

(56) Point 23 des conclusions, citant CJCE 18 déc. 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, points 45 et 46 et CJUE 5 avr. 2011, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*, C-119/09, points 19 et 20.

(57) On procède ici par analogie, comme y invite l'arrêt rapporté. En effet, les arrêts cités portent sur la libre circulation des marchandises et visent la possibilité pour les Etats d'invoquer l'article 36 jusqu'à l'expiration du délai de transposition (CJCE 5 avr. 1979, *Ratti*, 148/78, points 36 et 42 à 44 ; CJCE 11 mai 1999, *Monsees*, C-350/97, point 26).

(58) CJUE 16 févr. 2012, *Costa et Cifone*, C-72/10 et C-77/10.

(59) CJCE 6 nov. 2003, *Gambelli*, C-243/01. V. aussi, CJCE 6 mars 2007, *Placanica*, C-338/04.

cées par l'Etat italien n'ont pas été jugées convaincantes. L'arrêt, rendu dans une affaire *HIT* mérite davantage que l'on s'y arrête, car il ajoute un élément à la réflexion sur la place de la reconnaissance mutuelle dans la régulation des jeux et paris. A cet égard, on notera que, pas plus que l'affaire *Costa*, l'affaire *HIT* ne concerne spécifiquement des jeux en ligne, ce qui indique que c'est pour le secteur des jeux tout entier que les réglementations nationales se trouvent souvent mises en cause au regard du droit de l'Union.

L'affaire *HIT* concerne la législation autrichienne, elle aussi déjà mise en cause devant la Cour (60). Il s'agissait cette fois du régime d'autorisation préalable applicable à la publicité visant à promouvoir l'activité de casinos situés dans un autre Etat membre, par exemple l'Estonie voisine. Les casinos établis dans l'UE ou l'EEE mais en dehors du territoire autrichien ne pouvaient en effet promouvoir leur services en Autriche qu'après avoir obtenu une autorisation d'en faire la publicité. Ils devaient pour cela rapporter la preuve que le droit de l'Etat dans lequel se trouvait le casino offrait un niveau de protection des joueurs au moins égal à celui du droit autrichien. La restriction tant à la liberté des opérateurs de prester des services qu'à la liberté des consommateurs d'accéder à des services était évidente (61), dès lors, l'analyse porte uniquement sur sa justification. Comme la protection des consommateurs est, de jurisprudence constante, une exigence impérative admise (62), l'intérêt de l'affaire portait plus précisément sur l'analyse de l'aptitude et de la proportionnalité d'une mesure visant clairement à neutraliser la concurrence réglementaire.

L'avocat général Mazak avait conclu qu'il y avait violation de l'article 56 TFUE pour plusieurs raisons. En premier lieu, selon la manière dont la disposition était appliquée, il pouvait s'agir d'une interdiction déguisée de toute publicité. Il appartenait bien sûr à la juridiction de renvoi de vérifier, toutefois, l'avocat général avait souligné combien il lui paraissait difficile pour un opérateur de rapporter la preuve demandée. Dès lors, la disposition en cause faisait peser sur les prestataires de services un fardeau probatoire qui pouvait paraître excessif, en violation du principe d'effectivité (63).

En second lieu, et même si la réglementation ne s'analysait pas comme une interdiction déguisée, l'avocat général souligne qu'elle constitue une discrimination à raison de l'origine du prestataire, car les opérateurs seront traités différemment selon le droit de leur Etat d'origine (64). L'avocat général remarque à cet égard que les autorités autrichiennes dresseront sans doute au fur et à mesure une liste des Etats dont elles reconnaissent la législation comme suffisamment protectrice au regard du standard autrichien et refuseront systématiquement les demandes des opérateurs établis dans d'autres Etats membres. Qu'il y ait différence de traitement selon l'Etat d'origine, cela ne fait aucun doute. Est-ce pour autant une discrimination non susceptible de justification ? L'analyse de l'avocat général s'inscrit en tous cas dans une tendance identifiée par Marc Fal-

(60) CJUE 8 sept. 2010, *Stoß e.a.*, C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 et C-410/07 ; CJUE 15 sept. 2011, *Dickinger et Ömer*, C-347/09.

(61) Points 17 et 18. La Cour cite un précédent arrêt en matière de publicité pour des jeux : CJUE 8 juill. 2010, *Sjöberg et Gerdin*, C-447/08 et C-448/08.

(62) Point 23.

(63) Concl., point 24 (sans mention du principe d'effectivité).

(64) Concl., point 25.

lon et Denis Martin, qui consiste à tenir compte du caractère discriminatoire au stade de l'examen de proportionnalité plutôt qu'au stade de l'identification d'une restriction à une liberté de circulation (65). Malheureusement, l'analyse proposée par l'avocat général Mazak n'est pas développée. De la caractérisation de la mesure comme discriminatoire, il déduit directement que la mesure est disproportionnée. On se demande à cet égard quelle est la portée de la remarque – reprise de la question posée par la juridiction de renvoi – selon laquelle les opérateurs n'ont pas de prise sur la législation de leur Etat d'origine (66). Sauf à entrer dans une analyse factuelle des pratiques de lobbying, ce que la Cour n'est sans doute pas prête à faire, il semble que ce soit là une caractéristique générale, dont on voit mal quelle incidence elle pourrait avoir sur le contrôle de proportionnalité.

La Cour, quant à elle, ne retient pas la qualification de discrimination, ni au stade de la caractérisation d'une restriction à la libre prestation de service, ni au stade de l'examen de proportionnalité. Elle ne retient pas non plus les éléments qui pouvaient suggérer un défaut de proportionnalité. Son examen de la justification reprend seulement la jurisprudence *Liga Portuguesa*, sur l'étendue de la liberté des Etats pour réglementer le secteur des jeux, tant en ce qui concerne le choix des objectifs que le niveau de protection souhaité (67). En l'espèce, elle juge qu'un régime d'autorisation préalable tel celui mis en place par l'Autriche « est, dans son principe, susceptible de remplir la condition de proportionnalité s'il se borne à subordonner l'autorisation de faire de la publicité pour des établissements de jeux établis dans un autre Etat membre à la condition que la réglementation de ce dernier apporte des garanties en substance équivalentes à celle de la réglementation nationale au regard du but légitime de protéger ses résidents contre les risques liés aux jeux de hasard » (68). Sans renvoyer au juge national, la Cour poursuit en affirmant qu'« une telle condition ne paraît pas constituer pour les opérateurs une charge excessive » (69). A lire l'arrêt, il semble que l'excellence du but autorise le moyen sans qu'il soit nécessaire de procéder à une analyse tant soit peu factuelle du coût réglementaire imposé aux opérateurs. Tout au plus, la Cour conditionne-t-elle son *satisfecit* à une condition qui paraît inspirée du mécanisme de reconnaissance mutuelle, pourtant exclu en matière de jeux et paris (70). Elle précise en effet qu'« il en irait tout autrement si [la réglementation] exigeait que, dans l'autre Etat membre, les règles soient identiques » (71). Autrement dit, l'équivalence doit pouvoir être prouvée en dépit de la différence des réglementations. Cette précision constitue la seule référence à l'avertissement formulé par l'avocat général quant à la difficulté de porter un jugement d'équivalence à propos de la protection conférée par des réglementations différentes. Il revient aux juridictions nationales

(65) Marc Fallon et Denis Martin, *Dessine-moi une discrimination*, JDE n° 170, 2010. 166-173, spéc. 168.

(66) Concl., point 26.

(67) Points 25 et 31.

(68) Point 29.

(69) Point 30.

(70) CJCE 8 sept. 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International*, C-42/07. Plus explicite : CJUE 8 sept. 2010, *Stoß*, C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 et C-410/07, point 112 : « aucune obligation de reconnaissance mutuelle des autorisations délivrées par les divers Etats membres ne saurait exister au regard de l'état actuel du droit de l'Union » ; V. aussi (par ex.) CJUE 15 sept. 2011, *Dickinger et Omer*, C-347/09, point 96.

(71) Point 32.

de s'assurer que l'administration nationale compétente surmonte cette difficulté. D'un point de vue théorique, ce développement pourrait paraître curieux : le principe de reconnaissance mutuelle, exclu en matière d'autorisations de prester des services de jeux, est réaffirmé à propos d'une autorisation de faire de la publicité pour de tels services. Notons toutefois que, contrairement à la logique *Cassis de Dijon*, ce n'est pas ici la Cour qui pose ce principe et en tire des conséquences. C'est au contraire la réglementation nationale qui contient un engagement unilatéral des autorités autrichiennes de procéder selon le principe de reconnaissance mutuelle en accordant une autorisation aux opérateurs issus d'autres Etats membres dès lors que ces derniers garantissent un niveau de protection aussi élevée que la loi autrichienne. En somme, la Cour ne fait que prendre l'Etat au mot en rappelant que « équivalent » ne signifie pas « identique ». En pratique, il demeure que cette preuve pourrait, comme l'indique l'avocat général Mazak, être extrêmement difficile à rapporter. Dès lors, il serait particulièrement intéressant de connaître les effets de ce jugement. Les opérateurs établis en Slovénie renonceront-ils à faire de la publicité en Autriche (comme l'espèrent sans doute les autorités autrichiennes) ou bien l'Etat slovène alignera-t-il sa réglementation sur celle de son voisin afin de faciliter la promotion de ses casinos au-delà des frontières ? Dans la seconde hypothèse, la reconnaissance mutuelle, combinée avec un niveau de protection élevé dans l'Etat de la prestation, déboucherait sur une course réglementaire vers le haut.

A.-L. S.