

ÉDITO

629

Deux discours, une vision ?
Jean Paul Jacqué

RTDEur.

Revue trimestrielle de droit européen

ARTICLES

633

Les différends entre investisseurs et États hôtes par un tribunal arbitral permanent. L'exemple du CETA
Catherine Kessedjian et Lukas Vanhonnaeker

657

Le *Brexit* et le régime linguistique des institutions de l'Union européenne
Isabelle Pingel

665

Un possible malentendu en droit de l'Union européenne : le « droit subjectif » comme condition de l'effet direct
Olivier Peiffert

697

Le droit de l'Union européenne face à l'économie collaborative
Pieter Van Cleynenbreugel

ref : 571704



9 782995 717040

DAJLOZ

Marché intérieur

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

Anne-Lise Sibony

Professeure de droit européen
à l'Université Catholique de Louvain

avec la collaboration
d'**Audrey Zians**

Assistante à l'Université de Liège,
Avocate au barreau du Brabant
wallon

1. Les progrès du marché unique numérique en 2016 : vers l'interdiction du géoblocage et des livraisons transfrontalières à un prix abordable

[Communication de la Commission, Une approche globale visant à stimuler le commerce électronique transfrontière pour les citoyens et les entreprises d'Europe, COM(2016) 320 final]

Au cours de l'année 2016, la Commission européenne a formulé quatre propositions législatives destinées à poursuivre la construction du marché unique numérique : les deux principales portent sur l'interdiction du géoblocage et sur la régulation des frais de port transfrontaliers.

Dans la précédente livraison de cette chronique, nous consacrons des développements aux deux propositions présentées par la Commission en décembre 2015, à savoir une proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu

numérique et une autre concernant certains aspects des contrats de vente en ligne⁽¹⁾. Avec la proposition de règlement relatif à la portabilité transfrontalière des services audiovisuels, ces deux propositions constituaient les premiers wagons du train législatif destiné à mettre en œuvre le marché unique numérique, une des priorités politiques déclarées de la Commission Juncker dès 2014. Le règlement relatif à la portabilité des services de contenus en ligne a entre-temps été adopté⁽²⁾. À partir du 20 mars 2018, il permettra aux abonnés à des services de contenu numérique (musique, jeux, films, émissions de divertissement ou de

(1) COM(2015) 634 final et COM(2015) 635 final, cette chronique, RTD eur. 2016. 169.

(2) Règl. (UE) 2017/1128 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur, JOUE n° L 168 du 30 juin, p. 1-11.

manifestations sportives) de bénéficier de ces services non seulement dans leur État de résidence, mais aussi dans tout autre État membre lorsqu'ils sont en voyage. En revanche, les deux propositions « contenus numériques » et « vente en ligne » n'ont toujours pas fait l'objet d'un accord. L'un des points d'achoppement semble être lié à un point que nous relevions : la consécration de l'idée que certains services sont payés non pas en argent mais en données et que ces données constituent donc une forme de contrepartie. Certains acteurs du numérique comme Google déploient d'importants efforts pour convaincre le Conseil et le Parlement de ne pas valider une telle analogie entre données et monnaie. Il ne s'agit pas de contester que les services numériques « gratuits » donnent lieu à une monétisation des données des utilisateurs, permettant de cibler des publicités et ainsi générer des revenus. En revanche, ces opérateurs cherchent à éviter qu'un lien trop précis ne soit légalement établi, transaction par transaction, entre certaines données et certains services. Ils font en particulier valoir que, en cas d'annulation d'une transaction, la restitution de données ou la neutralisation de leur valorisation monétaire (remèdes prévus par la proposition de directive) seraient impossibles à mettre en œuvre. Le plus candide sinon le principal des arguments dans cette discussion pointe l'inexactitude de l'analogie entre données et moyens de paiement, au motif que les consommateurs ne paient pas réellement en données mais avec leur temps de cerveau disponible. Faute de voir cet important chantier législatif aboutir, la Commission continue d'avancer sur d'autres projets.

En 2016, elle a adopté une communication intitulée « Une approche globale visant à stimuler le commerce électro-

nique transfrontière pour les citoyens et les entreprises d'Europe »³. Elle y présente quatre nouvelles initiatives. Deux d'entre elles ont trait au commerce en ligne et deux à une meilleure application des règles existantes relatives à la protection des consommateurs. Du côté du commerce en ligne, la première proposition concerne l'interdiction du géoblocage⁴. Il s'agit de garantir la possibilité aux consommateurs et aux entreprises d'accéder à tous les services en ligne et à tous les sites de vente de biens en ligne sans subir de discrimination en fonction de leur nationalité, de leur établissement, de leur localisation ou encore les moyens de paiement dont ils disposent. Nous discutons cette proposition plus précisément ci-après.

La seconde proposition concerne spécifiquement le commerce de marchandises. La Commission avait constaté de longue date que l'une des causes du retard de développements du commerce en ligne tient non seulement au géoblocage, mais aussi aux coûts de livraison transfrontalière en Europe. D'après l'étude menée, ces coûts sont souvent dissuasifs et les surcoûts par rapport aux livraisons nationales ne sont pas toujours justifiés. La Commission a donc proposé un règlement en matière de livraison des colis⁵. Il s'agira de mettre en place une régulation des tarifs de livraison. Le schéma réglementaire devrait emprunter des mécanismes connus en matière postale et de télécoms. Une obligation pour les opérateurs en place de révéler leurs coûts à l'Autorité de régulation nationale (ARN) est prévue, en vue de mettre ces autorités en mesure d'évaluer si les tarifs sont « abordables ». Comme en matière de télécoms, dans chaque État membre, l'opérateur de service universel devra publier une « offre de référence » pour la distribution de colis provenant de l'international. Celle-ci

(3) COM(2016) 320 final.

(4) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à contrer le blocage géographique et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, 22/CE COM(2016) 289 final.

(5) Proposition de règlement sur les services de livraison transfrontière de colis, COM(2016) 285 final.

devra être approuvée par l'ARN et l'opérateur devra permettre à tout opérateur de colis en faisant la demande un accès à son réseau sur cette base.

Outre ces deux règlements, l'initiative comporte un volet protection des consommateurs, qui passe, d'une part, par des lignes directrices en vue d'améliorer la sécurité juridique concernant l'application en ligne de la directive sur les pratiques commerciales déloyales⁽⁶⁾ et, d'autre part, par une modification des procédures de coopération entre autorités nationales, en vue de mieux appliquer les règles existantes.

À cet égard, la Commission a constaté un taux de non-respect, par les entreprises, de l'acquis de l'Union en matière de protection des consommateurs qu'elle qualifie de préoccupant. Sur la base d'hypothèses « prudentes », elle estime que 37 % des sites de commerce électronique ou de réservation en ligne ne respectent pas les droits fondamentaux des consommateurs et chiffre le préjudice en découlant à quelque 770 millions d'euros par an pour les consommateurs qui effectuent des achats transfrontaliers en ligne dans les secteurs du voyage, du divertissement, de l'habillement, des produits électroniques et des services financiers⁽⁷⁾.

Pour renforcer la mise en œuvre des règles existantes, la Commission prévoit une révision du règlement relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs dit « CPC »⁽⁸⁾. Ce règlement adopté en 2004 organise la coopération entre les autorités nationales en charge de la protection des consommateurs au travers d'un réseau qui permet aux autorités nationales d'échanger des informations et de se prêter mutuelle-

ment assistance dans la poursuite des infractions au droit de la consommation. Depuis son entrée en vigueur, plusieurs évaluations ont mis en lumière différentes lacunes, notamment liées à l'utilisation très différente de l'outil informatique par les autorités nationales et, ultimement, à un manque de ressources. Toutefois, au cours des dernières années, plusieurs opérations « coup de balai » (*sweep*) ont pu être menées avec succès : il s'agit d'enquêtes simultanées dans plusieurs pays concernant les sites actifs dans un secteur donné (par ex. la vente de billets d'avion). Il n'empêche que, dans sa Communication, la Commission affirme que des insuffisances graves persistent : « Les mécanismes d'assistance mutuelle sont insuffisants et la réponse aux infractions touchant l'ensemble de l'UE est inefficace, notamment lorsque ces infractions se produisent dans l'environnement numérique »⁽⁹⁾. La Commission prévoit donc dans sa nouvelle proposition de renforcer la coopération en attribuant aux autorités nationales des pouvoirs supplémentaires, par exemple, le pouvoir d'adopter des mesures provisoires. En outre, la proposition prévoira une « procédure unique », plus centralisée en ce sens qu'elle sera coordonnée par la Commission elle-même. Cette procédure sera applicable « lorsque les problèmes revêtent une dimension européenne ». Il est donc possible que le numérique pousse à une convergence entre droit de la consommation et droit de la concurrence non seulement sur le fond, mais aussi au niveau procédural. Il faudra toutefois attendre le nouveau règlement CPC lui-même pour évaluer cette convergence procédurale éventuelle avec le règlement (CE) n° 1/2003 et/ou le règlement (CE) n° 139/2004, dit « Concentrations »⁽¹⁰⁾.

A.-L. S.

(6) SWD(2016) 163 final.

(7) Communication, p. 10.

(8) Règl. (CE) n° 2006/2004, JOUE n° L 364 du 9 déc. 2004. P. 10.

(10) Sur les modèles de coopération procédurales plus généralement, v. D. Gérard, *Managing diversity in the European Union : cooperation, convergence and mutual trust* (à paraître), <https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/fr/object/boreal%3A153489>.

2. Vers l'interdiction du géoblocage

[Proposition de règlement visant à contrer le blocage géographique et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, COM(2016) 289 final ; Proposition de règlement sur les services de livraison transfrontière de colis, COM(2016) 285 final]

Une proposition de règlement étend le champ d'application du principe de non-discrimination à raison de la nationalité dans la sphère de la libre circulation des marchandises et de la libre prestation de services.

À l'heure actuelle, le géoblocage est une pratique courante. Selon une étude menée par la Commission, en 2015, seulement 37 % des sites web permettaient effectivement aux visiteurs d'autres États membres de l'Union d'effectuer un achat avec succès. La proposition de règlement cherche à mettre fin à ces pratiques en consacrant le droit tant pour les consommateurs que pour les entreprises de ne pas subir de discrimination en fonction de leur nationalité, de leur lieu de résidence, de leur lieu d'établissement (trois critères que la proposition regroupe sous le vocable « domicile » entendu au sens large), de leur localisation ou encore des moyens de paiement dont ils disposent.

Ce n'est, à vrai dire, qu'une application du principe général de non-discrimination (directe et indirecte) à raison de la nationalité, qui est central en droit du marché intérieur. Toutefois, un nouvel instrument législatif est nécessaire pour imposer un principe de non-discrimination entre particuliers. Les ressources du traité ne sont en effet suffisantes à cet égard qu'en matière de libre circulation des travailleurs⁽¹¹⁾. En ce qui concerne le

commerce de marchandises, les articles 34 et 35 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) n'ont pas d'effet direct horizontal⁽¹²⁾. Or, ici, il s'agit bien d'imposer à des particuliers (les vendeurs de biens en ligne) une obligation de ne pas discriminer, directement ou indirectement, entre les acheteurs selon leur nationalité. En ce qui concerne les services, des dispositions supplémentaires ont également paru nécessaires. Certes, le principe de non-discrimination est déjà inscrit dans la directive Services, dont l'article 20 prévoit que « les États membres veillent à ce que le destinataire ne soit pas soumis à des exigences discriminatoires fondées sur sa nationalité ou son lieu de résidence »⁽¹³⁾. Mais la Commission a dû constater que la mise en œuvre de cette disposition laissait singulièrement à désirer⁽¹⁴⁾. Il est exact que, outre les discriminations directes, qui sont rares, le principe général de non-discrimination à raison de la nationalité vise, au titre des discriminations indirectes, que les discriminations à raison du lieu de résidence (tout comme l'art. 20 de la directive Services). En revanche, la portée du principe général ne s'étend pas à la discrimination à raison de la localisation temporaire du client, un type de discrimination qui est au cœur de cette proposition de règlement.

Après avoir envisagé plusieurs options, la Commission a présenté une proposi-

(11) CJCE 6 juin 2000, aff. C-281/98, *Angonese*, EU:C:2000:296.

(12) L'arrêt *Fra.bo* (C-171/11, EU:C:2012:453) ne consacre pas véritablement un tel effet, car il concerne une situation d'effet « oblique », dans laquelle la personne privée à laquelle des obligations sont imposées au titre de l'art. 34 TFUE est dotée, à l'instar d'une entité étatique, de compétences de régulation. V. C. Barnard, *The Substantive Law of the EU : The Four Freedoms*, 5^e éd., Oxford, OUP, p. 35.

(13) Dir. 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE n° L 376 du 27 déc., p. 36-68.

(14) V. p. 6 de la proposition de règlement.

tion de règlement qui paraît de nature à résoudre les problèmes identifiés, si du moins les autorités nationales sont mises en mesure d'appliquer effectivement le nouveau texte (conformément à l'art. 7 qui prévoit qu'elles soient dotées de moyens et de pouvoirs de sanction adaptés). Le nouveau règlement devrait entrer en vigueur rapidement (vingt jours après son adoption), sous réserve des amendements que le Parlement souhaitera y apporter et sous réserve d'une disposition dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} juillet 2018.

Le champ d'application prévu pour le règlement Géoblocage est large. Si l'exposé des motifs met en avant la correspondance avec le champ d'application de la directive Services (y compris ses exclusions), il ne faut pas pour autant perdre de vue que le règlement s'applique aussi à la vente de biens en ligne. À propos des exclusions, il faut souligner celle des services dont la principale caractéristique est de fournir un accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur, couverts par le règlement Portabilité¹⁵. L'extension ultérieure du règlement Géoblocage à ces services est explicitement envisagée lors de l'évaluation de la mise en œuvre du règlement¹⁶.

Le champ d'application du règlement, défini à l'article 1^{er} de la proposition, englobe trois types de situations transfrontalières. La première correspond au cas où un professionnel vend des biens ou fournit des services dans un État membre autre que l'État membre dans lequel le client a son lieu de résidence ou son lieu d'établissement (un vendeur de meubles établi en Allemagne se trouve par ex. dans cette situation par rapport à un acheteur établi en France). Le deuxième cas visé est celui où un professionnel vend des biens ou fournit des services dans le même État membre que l'État membre dans lequel le client

a son lieu de résidence ou son lieu d'établissement, mais que le client possède la nationalité d'un autre État membre. Il s'agit donc ici par exemple du vendeur de meubles établi en Allemagne face à un client de nationalité française résidant en Allemagne. L'hypothèse visée est celle d'une discrimination directe ou indirecte par rapport à la nationalité, qui aurait lieu dans le cas où le client français serait moins bien traité qu'un client allemand, par exemple parce qu'il souhaite utiliser un moyen de paiement émis par une banque établie en France. Le troisième cas de figure concerne le professionnel qui vend des biens ou fournit des services dans un État membre dans lequel le client séjourne temporairement sans y résider ni y avoir son lieu d'établissement. Ce cas est essentiel en pratique, notamment pour l'itinérance des services numériques et la possibilité pour un abonné français d'accéder aux mêmes services lorsqu'il se trouve en France et lorsqu'il est en vacances en Italie.

Le champ d'application du règlement étant ainsi défini, les dispositions centrales concernent l'accès aux interfaces en ligne (art. 3) et l'accès aux biens ou aux services (art. 4). Les dispositions relatives à l'accès aux interfaces en ligne empêcheront notamment la pratique si courante et si frustrante pour les consommateurs (et les entreprises) qui consiste à être redirigé par un site marchand vers une autre version du site. Par exemple, le consommateur qui se connecte depuis la Belgique à un site comme celui de *La Redoute* est inmanquablement renvoyé vers la version « laredoute.be » même s'il indique dans son navigateur « laredoute.fr ». Ce type de redirection sans le consentement du consommateur et sans motif valable sera désormais interdit. Les seules hypothèses dans lesquelles un site pourra continuer de bloquer l'accès

(15) Règl. (UE) 2017/1128 relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur, JOUE n° L 168 du 30 juin 2017, p. 1-11.

(16) Consid. 29.

à l'une de ses versions concernent les cas où le site propose un contenu qui est interdit dans l'État membre où se trouve l'internaute qui cherche à y accéder.

Les dispositions relatives à l'accès aux biens ou aux services résultent des consultations poussées menées par la Commission dans la préparation de ce règlement. Si l'option maximaliste, qui aurait consisté à obliger tous les commerçants à livrer dans toute l'Europe, a été écartée, il a en revanche été décidé de définir une liste noire des situations dans lesquelles un commerçant ou un prestataire de services n'a pas le droit de refuser une commande transfrontalière et doit garantir à ses clients un traitement non discriminatoire quels que soient leur nationalité, leur lieu de résidence ou d'établissement. Ces cas sont au nombre de trois. Ils concernent des situations dans lesquelles un vendeur ou un prestataire ne pourrait pas justifier son refus de contracter par des raisons de coûts.

Le premier cas correspond à la vente transfrontalière de biens lorsque le vendeur n'assure pas la livraison dans l'État membre de résidence de l'acheteur (par ex. le vendeur de meubles établi en Allemagne ne livre pas en Belgique). Ici, le principe de non-discrimination ne s'entend pas d'un droit d'être livré en tout lieu de l'Union, mais du droit d'obtenir le même traitement qu'un acheteur résidant dans un État membre où le vendeur livre. Par exemple, un vendeur de meubles allemand ne sera pas tenu de développer un réseau de livraison en Belgique. En revanche, il sera tenu d'accepter une commande d'un client belge et devra lui garantir un accès non discriminatoire à la livraison. Cela signifie que, si un acheteur résidant en Allemagne peut prendre livraison du meuble dans le Relais Colis le plus proche de son domicile, l'acheteur résidant en Belgique doit pouvoir faire de même, par exemple en se rendant au Relais Colis situé sur le territoire allemand à proximité de la frontière belge.

Il en va de même si le vendeur de meubles livre par exemple en France. L'acheteur résidant en Belgique doit pouvoir prendre livraison de son meuble en France. Si on lit bien le règlement, le principe de non-discrimination voudrait ici que l'acheteur puisse prendre livraison dans un point de collecte si ce type de livraison est offert en France (ce qui n'est pas évident pour des meubles, souvent livrés à domicile).

Le second cas de figure dans lequel il est interdit de discriminer entre acheteurs à raison de leur nationalité, de leur résidence ou de leur lieu d'établissement concerne les services fournis par voie électronique (autres que des services dont la principale caractéristique est de fournir un accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur). Dans ce cas de figure, il n'y a par hypothèse pas de difficulté liée à la livraison et l'accès doit être garanti. La seule exception concerne l'hypothèse dans laquelle le service n'est pas autorisé dans l'État membre de l'acheteur. On pourrait à première vue penser à certains jeux de hasard, mais il ne saurait s'agir de cela, puisque les jeux et paris sont exclus du champ d'application de ce règlement, à l'instar de la directive services. On peut en revanche imaginer que cette exception pourrait par exemple s'appliquer à certains services de cryptologie.

Le troisième cas de figure concerne les services prestés autrement que par voie électronique, si ces services sont « réceptionnés » par le client dans les locaux du professionnel ou sur le lieu de son exploitation, dans un État membre autre que celui dont le client a la nationalité ou dans lequel le client a son lieu de résidence ou son lieu d'établissement. Cette hypothèse est en quelque sorte le pendant de la première, mais pour les services et non pour les biens. Sur le plan de la terminologie, on craint que l'analogie entre biens et services n'ait été poussée un peu trop loin. En effet, « réceptionne »-t-on un massage ? Peut-être qu'il serait plus

adéquat d'aligner la terminologie du nouveau règlement sur celle de la directive Services (et de la directive relative aux soins de santé) et de parler de services « reçus » ou encore du fait de « bénéficier » de services.

Le principe de non-discrimination se décline aussi concernant les moyens de paiement (art. 5). Là encore, il ne s'agit pas d'obliger les commerçants à accepter tous les moyens de paiement, mais à ne pas discriminer entre les

acheteurs selon leur lieu de résidence (ou d'établissement). Ainsi, le vendeur allemand doit-il accepter un paiement par carte de crédit pour une commande passée par un acheteur établi en France s'il accepte le paiement avec ce type de cartes pour ses clients résidant en Allemagne. Il ne peut par exemple refuser une carte MasterCard émise en France et accepter une carte MasterCard émise en Allemagne.

A.-L. S.

3. Les situations purement internes restent exclues du champ d'application des libertés de circulation

(CJUE, gr. ch., 15 nov. 2016, aff. C-268/15, *Ullens de Schooten*, EU:C:2016:874)

Un justiciable qui n'exerce aucune liberté de circulation ne peut se prévaloir des dispositions qui garantissent ces libertés ; cela vaut aussi dans le cadre d'un recours en responsabilité contre un État membre dont la législation violerait l'une de ces libertés.

L'affaire *Ullens de Schooten* ayant amené les juridictions belges à saisir la Cour à titre préjudiciel relève d'une saga judiciaire s'étalant sur plus de trente ans dont, par souci de brièveté, on épargnera le détail à nos lecteurs. Qu'il suffise ici d'indiquer que, dans le cadre de poursuites pénales à son encontre, le dirigeant d'un laboratoire d'analyses médicales avait invoqué ce que les Britanniques appellent une « euro-défense » : il avait allégué que la législation qui lui était opposée violait le droit européen, plus précisément la liberté d'établissement. L'intérêt de l'arrêt ne réside pas dans l'appréciation des mérites de cet argument (ce point avait fait l'objet d'un autre arrêt de la Cour... en 1987). Il concerne l'invocabilité par un particulier de la liberté d'établissement dans une situation purement interne. Plus précisément, la question est soulevée dans le cadre procédural d'une

action en responsabilité extracontractuelle contre l'État aux fins de l'indemnisation du préjudice qu'aurait causé au particulier la violation alléguée du droit de l'Union.

M. Ullens de Schooten est peut-être un justiciable atteint de quérulence, mais il a donné à la Cour l'occasion de réunir sa grande chambre en vue d'offrir une synthèse attendue de sa jurisprudence en matière de situations purement internes. L'occasion cependant est manquée, car la grande chambre de la Cour s'adonne à la technique du copier-coller sans offrir de conceptualisation de sa jurisprudence.

Dans le cadre d'une question préjudicielle relative à l'interprétation des libertés de circulation, la Cour accepte de répondre à des questions posées par un juge saisi d'un litige dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un État membre dans trois hypothèses (et une variante). La première concerne le cas où la réglementation en cause dans l'affaire au principal est susceptible de créer une entrave à l'accès au marché, et ce même si aucune des parties au procès n'est elle-même gênée par une

telle entrave¹⁷. Cette première hypothèse est par exemple illustrée par l'arrêt *Blanco Perez*, dans lequel la législation espagnole relative aux critères de densité maximale des pharmacies était susceptible de dissuader des pharmaciens d'autres États membres de s'établir en Espagne, et ce indépendamment du fait que l'affaire elle-même concernait des pharmaciens espagnols.

Dans cette première hypothèse, la Cour se reconnaît compétente selon un raisonnement qui relève d'une logique analogue à celle du contentieux objectif : tout se passe comme si, devant le juge national, on avait affaire, à titre incident, à un procès fait à un acte (alors même qu'il s'agit seulement pour le juge national d'écarter la réglementation nationale contraire au droit de l'Union et non de l'annuler). En quelque sorte, la Cour fait alliance avec les plaideurs et avec le juge interne pour offrir à l'État un examen indirect de la compatibilité de sa réglementation avec le droit de l'Union (même si, bien sûr, la Cour se borne à interpréter ce dernier).

La seconde hypothèse est très proche de la première, à ceci près que la logique du contentieux objectif s'applique directement et non par analogie. En effet, il s'agit ici du cas de figure où le juge saisi au principal est le juge de l'annulation, comme dans l'affaire *Libert*¹⁸, citée comme unique exemple par la Cour. Dans cette affaire, le juge administratif belge était saisi d'un recours en annulation contre un arrêté de la Communauté flamande. Les requérants au principal étaient tous belges, mais il ne pouvait être exclu que la réglementation dont ils demandaient l'annulation concerne également des ressortissants d'autres États membres désireux de réaliser un investissement immobilier en Flandre. L'arrêt à intervenir était donc susceptible d'avoir des conséquences pour des

situations transfrontalières relevant du droit de l'Union. En d'autres termes, il s'agit d'éviter que le juge national de la légalité ne maintienne dans l'ordre juridique interne une règle qui constitue une entrave alors justement qu'il a l'occasion de l'en expurger.

La troisième hypothèse est celle de l'arrêt *Guimont* : il s'agit du cas où, bien que le juge au principal ne soit pas un juge de l'annulation et bien qu'il soit saisi d'un cas dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un État membre, l'interprétation du droit de l'Union a une utilité directe pour lui en raison d'une obligation de non-discrimination à laquelle il est tenu dans son ordre juridique interne. Si en effet le droit interne impose de ne pas traiter différemment les justiciables qui se trouvent dans une situation purement interne d'autres justiciables qui pourraient se trouver dans une situation transfrontalière et auxquels la législation interne en cause serait applicable, le juge a besoin de savoir quels sont les droits garantis aux justiciables se trouvant dans une situation transfrontalière. Pour reprendre l'exemple de l'affaire *Guimont*, l'interdiction de vendre du fromage sans croûte posée par la réglementation française était applicable aux importateurs de fromage espagnol et, dans l'hypothèse où le principe d'égalité devant la loi ferait obligation au juge français de ne pas discriminer (à rebours) entre les marchands espagnols de fromage et les marchands français de fromage, la Cour indique quels droits les premiers tireraient du droit de l'Union. C'est en substance la même hypothèse que la première, avec une justification supplémentaire de la compétence de la Cour, tirée d'un principe de non-discrimination issu du droit national. Les cas de figure sont réellement peu distincts, car, dans l'hypothèse *Guimont*, la Cour ne vérifie pas l'existence d'un tel principe consti-

(17) Pt 50 et jurisprudence citée.

(18) CJUE 8 mai 2013, aff. jtes C-197/11 et C-203/11, *Libert e.a.*, EU:C:2013:288.

tutionnel en droit interne et ne demande pas non plus au juge national de préciser dans sa décision de renvoi si un tel principe existe.

Enfin, quatrième, une variante de l'hypothèse *Guimont* est mentionnée : il s'agit du cas où le droit interne étend explicitement aux situations purement internes la solution qui gouverne les situations transfrontalières (et non implicitement en vertu d'un principe général d'égalité de traitement).

Dans le cadre procédural en cause au principal, l'enjeu n'est pas celui de la compétence de la Cour pour interpréter le droit de l'Union dans l'hypothèse où, au regard de son droit interne, une telle interprétation présenterait un intérêt pour le juge national alors même que le droit de l'Union n'est pas applicable aux faits de l'affaire au principal. S'agissant d'un recours en responsabilité contre l'État, il est essentiel pour le juge de renvoi de savoir si le justiciable qui demande une indemnisation à l'État belge tire ou non du droit de l'Union des droits subjectifs qui auraient été violés.

À cet égard, rien ne sert à un justiciable d'agir en éclaircur de la conformité du droit national au droit de l'Union : qui n'exerce aucune liberté de circulation ne peut s'en prévaloir. La grande chambre rappelle ce qui est établi de longue date : « Les dispositions du traité FUE en matière de liberté d'établissement, de libre prestation des services et de libre circulation des capitaux ne trouvent pas à s'appliquer à une situation dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre ». M. Ullens de Schooten devra faire preuve d'encore plus d'imagination pour faire durer le plaisir des procès.

Au fond, dans cet arrêt, la grande chambre ne fait rien de plus que de réitérer la distinction déjà bien expliquée dans l'arrêt *Guimont* : la question de savoir si un justiciable tire des droits subjectifs des dispositions relatives aux libertés de circulation est une question distincte de celle de savoir si la Cour est compétente à titre préjudiciel pour interpréter ces dispositions.

A.-L. S.

821

4. Au-delà de *Dassonville* : l'arrêt *New Valmar* ou l'entrave issue du risque juridique que fait peser le législateur sur un opérateur économique

(CJUE 21 juin 2016, aff. C15/15, *New Valmar*, EU:C:2016:464)

La Cour aligne la définition de l'entrave au sens de l'article 35 TFUE sur celle de l'article 34 TFUE et retient qu'une réglementation indistinctement applicable crée une entrave à l'exportation au motif qu'elle fait peser sur les entreprises exportatrices une incertitude juridique liée au possible comportement opportuniste de ses cocontractants.

Depuis quelques années, l'article 35 TFUE offre un terrain d'observation de la tendance de la Cour à faire converger l'interprétation de la notion d'entrave à travers les différentes libertés de circulation¹⁹. C'est un terrain de choix puisque, au départ, l'article 35 TFUE, malgré son libellé identique à un mot près à celui de l'article 34 TFUE, a initia-

(19) Sur cette tendance, V. L. Azoulai, *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011 ; E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation : In varietate concordia ?*, Bruxelles, De Boeck/Larcier, 2013.

lement été interprété comme interdisant exclusivement les mesures discriminatoires²⁰. L'arrêt *Gysbrechts*, il y a bientôt dix ans, avait marqué une évolution²¹. La Cour y avait en effet qualifié de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'exportation une mesure indistinctement applicable qui interdisait aux vendeurs en ligne établis en Belgique de demander au moment de la commande un numéro de carte de crédit et les obligeait à attendre la fin du délai de rétractation pour se faire payer. La portée de cet arrêt avait pu paraître incertaine, car la Cour n'abandonnait pas complètement toute référence à la discrimination. Dans une formule qui rappelait celle de l'arrêt *Keck*, elle avait relevé que la mesure en cause « affect[ait] toutefois en fait davantage la sortie des produits du marché de l'État membre d'exportation que la commercialisation des produits sur le marché national dudit État membre »²².

L'arrêt *New Valmar* apporte une pierre de plus à l'édifice. Il se situe, d'une part, dans la continuité de l'arrêt *Gysbrechts*, mais aussi, de l'arrêt *Vas*, plus proche dans le temps, rendu en matière de libre circulation des travailleurs. Cette affaire, également renvoyée à la Cour par un juge belge, avait trait à une législation sur l'emploi des langues en matière de contrats de travail : les contrats passés par des entreprises établies en Région flamande devaient être en langue néerlandaise. Dans une situation où ni les cadres de l'entreprise ni le travailleur engagé ne comprennent cette langue, la règle était un peu gênante et c'est ce qui avait suscité une question préjudicielle. La Cour avait jugé, sur le fondement de l'article 45 TFUE qu'une telle règle créait un obstacle à la libre circulation des travailleurs. L'applica-

bilité de l'article 45 TFUE à une règle indistinctement applicable était acquise de longue date²³, aussi ce point n'avait rien de remarquable.

C'est la similarité avec la réglementation en cause dans l'affaire *New Valmar* qui était troublante. En effet, dans le même pays, la même région linguistique (la Flandre) légifère de manière similaire en matière de contrat de travail et en matière de factures. C'est le même impératif de promotion de la langue néerlandaise en matière administrative et dans la vie des affaires – impératif par ailleurs reconnu légitime comme le rappelle du reste la Cour dans l'arrêt rapporté²⁴ – qui avait conduit le législateur régional à exiger l'emploi du néerlandais non seulement pour les contrats de travail, mais aussi pour tous les documents d'entreprise prescrits par la loi. Cette dernière catégorie comprend notamment les factures, sur lesquelles toutes les mentions obligatoires relatives à la TVA devaient figurer en néerlandais, et ce à peine de nullité.

Il aurait paru un peu curieux d'avoir deux appréciations divergentes au regard du droit européen de ces deux réglementations flamandes relatives à l'emploi des langues. L'analogie avait du reste certainement dû être discutée devant la juridiction de renvoi, qui, dans son enthousiasme, avait interrogé la Cour sur l'applicabilité de l'article 45 TFUE. L'affaire au principal concernait un litige entre un vendeur établi en Flandre, qui avait rédigé en italien les factures destinées à un acheteur italien, lequel contestait leur validité... car elles n'étaient pas conformes à la législation flamande sur l'emploi des langues. S'agissant d'une affaire d'exportation de marchandises, c'est bien sûr sur le

(20) CJCE 8 nov. 1979, aff. 15/79, *Groenveld*, EU:C:1979:253.

(21) CJCE 16 déc. 2008, aff. C-205/07, *Gysbrechts et Santurel Inter*, EU:C:2008:730, RTD eur. 2010. 135, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez ; A. Defossez, L'histoire d'une divergence et d'une possible réconciliation : l'article 29 CE, Cah. dr. eur. 2009/3-4, p. 409-461.

(22) CJCE 16 déc. 2008, aff. C-205/07, *Gysbrechts*, préc., pt 43.

(23) CJCE 15 déc. 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, EU:C:1995:463.

(24) Pt 50.

fondement de l'article 35 TFUE et non 45 TFUE que la Cour répond. Comme le note V. Hatzopoulos dans son commentaire, il aurait été parfaitement envisageable que la même question se pose sous l'angle de la prestation de services (TFUE, art. 56), si l'objet du contrat avait été une franchise de services plutôt que la distribution d'articles pour enfants²⁵. Ainsi, l'enjeu de cette affaire au regard d'une interprétation uniforme de la notion d'entrave était apparent.

C'est dans ce contexte que la Cour adopte une interprétation extensive de la notion d'entrave, qui pourrait être considérée comme allant relativement loin même au regard de la jurisprudence concernant l'article 34 TFUE ou les autres libertés de circulation et qui, *a fortiori*, va beaucoup plus loin que les précédents arrêts rendus sur le fondement de l'article 35 TFUE. La Cour dit pour droit qu'une réglementation comme celle en cause au principal « comporte, en raison de l'insécurité juridique qu'elle engendre, des effets restrictifs sur les échanges commerciaux, qui sont de nature à dissuader la conclusion ou la poursuite de relations contractuelles avec une entreprise établie dans la région de langue néerlandaise du Royaume de Belgique »²⁶. L'insécurité juridique qui est visée ici tient au risque de comportement opportuniste de la part de l'acheteur qui, comme dans l'espèce au principal, excipe de la nullité des factures rédigées dans une langue qu'il comprend (en l'espèce l'italien), tirant ainsi un parti purement stratégique de la législation sur l'emploi des langues. L'entrave tient donc au risque de comportement opportuniste auquel la législation expose les entreprises exportatrices.

La Cour ne fait pas référence à la formule *Dassonville* qui définit une mesure d'ef-

fet équivalent à une restriction quantitative au sens de l'article 34 TFUE comme « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire »²⁷, mais il semble néanmoins qu'elle ait en substance aligné sur cette formule la définition d'une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives (MEERQ) au sens de l'article 35 TFUE. Certes l'arrêt fait encore référence, comme dans l'arrêt *Gysbrecht* à un effet plus défavorable de la réglementation pour les entreprises exportatrices que pour celles qui vendent sur le marché domestique. Ce point est toutefois particulièrement mal motivé dans l'arrêt. La Cour, citant son Avocat général, relève qu'« il est moins probable qu'un acheteur établi dans un autre État membre que le Royaume de Belgique soit en mesure de comprendre la langue néerlandaise qu'un acheteur établi dans ce dernier État membre, où cette langue constitue l'une des langues officielles ». Nul n'en disconvient, toutefois ce n'est là que le premier élément du raisonnement : c'est en réalité parce que les entreprises exportatrices établies en Flandre ont intérêt à envoyer des factures dans une langue comprise par l'acheteur (une langue autre que le néerlandais donc) qu'elles s'exposent, spécifiquement pour leurs ventes à l'exportation, au risque de comportement opportuniste décrit plus haut.

Ce risque existe toutefois tout autant pour une entreprise flamande qui, par courtoisie linguistique, enverrait à un client francophone établi en Wallonie une facture rédigée en français. La même mauvaise foi pourrait conduire ce client à contester la validité de la facture au motif qu'elle n'est pas conforme à la réglementation flamande. On ne voit en effet pas pourquoi la mauvaise foi serait

(25) V. Hatzopoulos, Arrêt *New Valmar* : mesures nationales concernant l'utilisation des langues et affectant les exportations de biens, JDE 2016. 267.

(26) CJUE 21 juin 2016, aff. C-15/15, *New Valmar*, préc., pt 42.

(27) CJCE 11 juill. 1974, aff. 8/74, *Dassonville*, EU:C:1974:82, pt 5.

l'apanage des clients résidant dans un autre État membre et il serait insul tant d'imaginer que la grande chambre fait implicitement une telle hypothèse. Dès lors, on est tenté de suggérer que le paragraphe 43 de l'arrêt mérite de tomber dans les oubliettes de la jurisprudence et que la boucle est bouclée. La notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative au sens de l'article 35 TFUE ne présente plus de différence avec celle de l'article 34 TFUE.

S'agissant d'une hypothèse de restriction assez indirecte (l'incertitude juridique tient au risque de comportement opportuniste que la réglementation fait naître), la Cour est amenée à répondre à l'objection tirée du caractère trop indirect ou incertain de la causalité. Elle l'écarte et rappelle que le droit des libertés de circulation ne connaît pas de règle de *mini-*

mis en ce qui concerne la notion d'en-trave. Derechef, la boucle est bouclée. Remettre en cause au regard du droit du marché intérieur une réglementation nationale qui entrave les exportations ne devrait pas être plus difficile que de remettre en cause une réglementation qui entrave les importations.

Par ailleurs, le critère de l'entrave tenant à l'incertitude juridique que fait peser une réglementation sur les opérateurs économiques ouvre des perspectives de contentieux assez intéressantes. Gageons que cette hypothèse sera testée par les plaideurs. Une fois encore, la Cour positionne le droit du marché intérieur comme un outil de contrôle qualité des législations nationales. On peut y voir une raison de plus de saluer cet arrêt.

A.-L. S.

5. Florilège de restrictions aux libertés d'établissement et de prestation de services en Hongrie mais le mystère de l'article 16 de la directive Services reste entier

(CJUE, gr. ch., 23 févr. 2016, aff. C-179/14, *Commission c/ Hongrie*, EU:C:2016:108)

La grande chambre condamne un régime hongrois encadrant l'émission des titres repas, loisirs et vacances et excluant de ce marché les prestataires établis dans d'autres États membres. Ce faisant, elle clarifie, mais en partie seulement, le régime des justifications dans le cadre de la directive Services.

L'affaire *Commission c/ Hongrie* donne à la Cour la troisième occasion de statuer en grande chambre sur la directive Services. Cette fois l'arrêt ne porte pas uniquement sur une disposition précise

de la directive, mais sur plusieurs dispositions centrales de la directive, ainsi que sur le régime des justifications²⁸.

En 2011, la Hongrie adopte une nouvelle réglementation relative à l'émission de titres repas, loisirs et vacances. L'émission de titres repas est réservée à un monopole public, tandis que l'émission de cartes SZÉP – des cartes « avantages » permettant aux salariés qui en bénéficient d'accéder à des services de loisirs et de vacances – est soumise à des conditions si restrictives que

(28) Les deux précédents arrêts de la grande chambre sur la directive services sont CJUE 16 juin 2015, aff. C-593/13, *Rina Services*, EU:C:2015:399, sur la notion d'autorité publique (cette chronique, RTD eur. 2016. 188, obs. A. Defossez) et CJCE 5 avr. 2011, aff. C-119/09, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*, EU:C:2011:208, sur l'art. 24 de la directive régissant la réglementation des communications commerciales des professions réglementées (cette chronique, RTD eur. 2011. 592, obs. A.-L. Sibony et A. Defossez).

seules trois grandes banques nationales y satisfont. Estimant que cette réglementation viole plusieurs dispositions de la directive Services⁽²⁹⁾, ainsi que les articles 49 et 56 TFUE, la Commission européenne assigne la Hongrie en manquement devant la Cour de justice⁽³⁰⁾. L'arrêt rendu par la grande chambre contient tout d'abord une série de précisions quant au champ d'application de la notion de services et de la directive Services. Il offre également une belle source d'exemples de restrictions tant à la liberté d'établissement qu'à la libre prestation de services. Mais son intérêt principal – et probablement la raison pour laquelle l'affaire a été confiée à la grande chambre – tient à la partie relative aux justifications, et, plus spécialement, à l'article 16 de la directive Services.

Notion de services et applicabilité de la directive Services

Le gouvernement hongrois contestait à plusieurs égards l'application de la directive Services et même du traité. La grande chambre saisit donc l'occasion d'offrir une synthèse de sa jurisprudence sur la notion de services et offre certaines précisions sur les contours de la directive, même si elle laisse aussi des zones d'ombre.

Naturellement, il convient toujours de se demander d'abord si les mesures en cause relèvent ou non du champ d'application de la directive, puis, dans la négative, de se tourner vers le traité⁽³¹⁾. Cet examen n'est fait que dans le premier volet de l'affaire, relatif aux conditions restrictives auxquelles la législation hongroise soumet l'activité consistant à émettre des cartes SZÉP, tandis qu'elle

est omise dans le second volet de l'affaire, concernant les règles relatives à l'émission de titres repas.

S'agissant du premier volet, le gouvernement hongrois faisait valoir que l'activité d'émission des cartes SZÉP relevait d'un service financier et était à ce titre exclue du champ d'application de la directive Services⁽³²⁾. La Cour, suivant sur ce point la Commission, écarte l'objection au motif que cette carte ne sert qu'à identifier le travailleur et le prestataire de services et qu'elle ne se prête ni au stockage de monnaie électronique, ni à l'exécution d'opérations de paiement directes. La compatibilité du régime juridique hongrois relatif à la carte SZÉP avec le droit de l'Union doit dès lors être examinée à l'aune de la directive Services.

S'agissant du second volet, en revanche, la Cour, contrairement à l'Avocat général, passe sous silence la question de l'applicabilité de la directive Services⁽³³⁾. D'un point de vue procédural, c'est compréhensible : en effet, la Commission n'évoquait pas la directive Services pour cette mesure et la Cour, dans le cadre d'un recours en manquement, ne pouvait relever d'office un moyen pris de l'applicabilité de la directive. Pour autant, c'est regrettable sur le fond, car cette question aurait mérité quelques développements. Selon l'Avocat général, « lorsqu'une activité n'est pas ouverte à la concurrence, notamment parce qu'elle est exercée par un monopole public existant, cette activité échappe au champ d'application de la directive [Services] »⁽³⁴⁾. Cette exclusion se justifierait notamment « par le fait que ladite directive ne devrait pas affecter la poursuite de l'existence de mono-

(29) Dir. 2006/123/CE, JOUE n° L 376 du 27 déc. 2006, p. 36-68.

(30) CJUE 23 févr. 2016, aff. C-179/14, *Commission c/ Hongrie*, EU:C:2016:108.

(31) V. sur ce point les concl. de l'av. gén. Bot, qui souligne que la directive Services procède à une harmonisation ponctuelle et complète de certains aspects de la libre prestation de services, EU:C:2015:619, pts 68 à 74.

(32) Dir. Services, art. 2, § 2, ss b).

(33) Concl. av. gén. Bot sous l'arrêt commenté, pts 185 à 190.

(34) Concl. av. gén. Bot sous l'arrêt commenté, pt 188. L'art. 1^{er}, § 3, al. 1^{er} : 3 de la directive Services dispose que « la présente directive ne traite pas de l'abolition des monopoles fournissant des services, ni des aides accordées par les États membres qui relèvent des règles communautaires en matière de concurrence ».

poles fournissant déjà des services »⁽³⁵⁾. Toutefois, la prémisse de l'Avocat général, selon laquelle le monopole en cause au principal serait un monopole existant, semble être contredite par les faits de l'espèce, du moins tels qu'ils sont présentés par la Commission. En effet, c'est bien la création d'un nouveau monopole qui constitue l'un des griefs de la Commission à l'égard de la Hongrie⁽³⁶⁾. Il semble donc que l'exclusion de l'applicabilité de la directive Services est moins évidente qu'elle ne paraît de prime abord.

Il y avait peut-être d'autres raisons d'écarter cette directive. En effet, elle exclut de son champ d'application les mesures fiscales⁽³⁷⁾ et les titres repas en cause donnaient lieu à des avantages fiscaux. Cela est-il suffisant ? Quel degré de connexité est requis avec une mesure fiscale pour tomber en dehors du champ d'application de la directive Services ? En outre, comment justifier que les règles relatives à l'émission de cartes SZÉP soient, elles, examinées au regard de la directive alors que, tout comme les titres repas, la carte SZÉP est aussi « un instrument fiscalement avantageux »⁽³⁸⁾ ? Une autre manière de justifier l'exclusion de la directive Services aurait pu tenir à la circonstance qu'elle ne s'applique pas au droit du travail⁽³⁹⁾. Cette exception couvre-t-elle une législation qui, comme en l'espèce, organise l'émission de titres donnant lieu à des avantages en nature pour les travailleurs ? Être ou ne pas être dans le champ d'application de la directive Services représente un enjeu de taille, puisque, en ce qui concerne les res-

trictions à la prestation de services, la directive prive les États de la possibilité d'invoquer un grand nombre de justifications. On ne peut donc que regretter le silence de l'arrêt sur ces points.

Par ailleurs, en ce qui concerne l'applicabilité des règles du traité sur la liberté d'établissement et la libre prestation de services, le gouvernement hongrois, dans le cadre du second volet relatif au monopole d'émission des titres repas, contestait la qualification d'activité de services au motif que la loi nouvelle avait confié un monopole d'émission de ces titres à un organisme public, par ailleurs chargé de diverses actions de politiques sociales et de verser des aides aux personnes défavorisées. Il faisait valoir que « ce n'est que si un État membre a choisi de faire d'une activité une activité économique ordinaire que celle-ci se trouve ouverte à la libre concurrence et soumise aux règles du traité »⁽⁴⁰⁾. Bien sûr, la Cour rejette cette idée et rappelle ainsi que la qualification de services relève du droit de l'Union et n'est pas optionnelle pour les États.

À cet égard, la nature juridique de l'organisme prestataire est indifférente, tout comme le fait que des missions de service public lui sont par ailleurs confiées. De même, il est indifférent que l'activité ne soit pas poursuivie dans un but lucratif ou que l'ensemble des recettes soient affectées à la politique sociale. Seul est déterminant le fait que l'activité est exercée contre rémunération et constitue une activité économique. À cet égard, peu importe qui verse cette rémunération. Aucun de ces éléments

(35) Concl. av. gén. Bot sous l'arrêt commenté, pt 189.

(36) Arrêt commenté, pt 119. V. égal. le communiqué de presse de la Commission européenne du 20 juin 2013, disponible à l'adresse http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-578_fr.htm : « Cette nouvelle réglementation a conduit à exclure du marché de l'émission de titres qualifiés d'avantages en nature des opérateurs présents sur le marché des titres repas (chauds et froids) depuis plusieurs années, à rendre plus difficile l'entrée de nouveaux opérateurs et à rendre impossible la libre prestation de services. L'affectation des revenus de ce nouveau monopole à des dépenses sociales ne peut être un motif valable de justification des restrictions mises en place » (nous soulignons).

(37) Art. 2, § 3 de la directive.

(38) Arrêt commenté, pt 34.

(39) Art. 1^{er}, § 6 de la directive.

(40) Arrêt commenté, pt 130.

de qualification n'est nouveau⁽⁴¹⁾, mais la lecture de ce passage de l'arrêt suggère que certains États membres peinent à intégrer que la notion de prestation de services au sens du traité « ne peut être interprétée restrictivement »⁽⁴²⁾ et qu'ils ne peuvent par leur seule volonté soustraire certaines activités aux règles du marché intérieur.

En l'espèce, il était constant que l'émission de titres repas donnait lieu à un paiement, dont la Cour relève le caractère rémunérateur⁽⁴³⁾. On notera que la Cour n'éprouve pas le besoin de se référer ici au critère du traité, selon lequel le service doit être « normalement » presté contre rémunération, et ce bien que la Commission eût fourni des arguments en ce sens. Elle avait en effet relevé que, en Hongrie même, avant la loi nouvelle, l'activité d'émission de titres repas était exercée par des sociétés privées, comme dans d'autres États membres. Du raisonnement adopté par la grande chambre, on peut sans doute déduire qu'il n'est pas nécessaire de se référer au caractère « normal » de l'échange marchand lorsque, comme en l'espèce, la nature marchande du service est avérée. C'est seulement lorsque, dans le cas d'espèce, le service n'est pas presté contre rémunération que l'on doit se demander si, « normalement » il l'est, par exemple en comparant avec la situation dans d'autres États membres.

Après ces précisions sur le champ d'application de la directive et des dispositions du traité, la Cour applique distributivement les règles de la directive Services au premier volet de l'affaire (la carte SZÉP qui donne droit à des avantages en nature) et conclue à de multiples violations de la directive, puis les règles du traité au second volet de l'affaire (concernant les titres repas)

et constate là encore une violation. Ce faisant, l'arrêt de la grande chambre apporte des précisions utiles quant aux possibilités pour les États de justifier des restrictions dans le secteur des services.

Les multiples violations de la directive Services

La loi hongroise offre un cas d'école pour expliquer une bonne partie la directive Services : les dispositions en cause ne violent pas moins de trois articles différents (14, 15 et 16). Tout d'abord, en autorisant les seuls établissements financiers ayant leur siège statutaire en Hongrie à émettre la carte SZÉP, le régime juridique hongrois va à l'encontre de deux dispositions de la directive Services relatives à la liberté d'établissement⁽⁴⁴⁾. Une première violation tient au fait que les succursales de sociétés établies dans d'autres États membres n'ont pas accès à cette activité. En privant ainsi les sociétés du choix entre un établissement primaire et un établissement secondaire en Hongrie, la loi contient l'une des restrictions interdites par l'article 14 de la directive⁽⁴⁵⁾. La Cour souligne ce qui résulte déjà clairement de cette disposition, à savoir qu'il s'agit là d'une interdiction stricte, c'est-à-dire ne laissant aux États aucune possibilité de justifier les restrictions visées dans cet article.

Tel n'est en revanche pas le cas des restrictions mentionnées à l'article 15 de la directive, sous le titre « restrictions à évaluer ». L'obligation imposée aux prestataires de certains services d'adopter une forme juridique particulière figure au rang de ces restrictions justifiables. La loi hongroise prévoyait des restrictions de ce type, en faisant obligation aux sociétés émettrices de cartes SZÉP d'être des SA ou des SARL de droit hongrois (donc ayant leur siège

(41) V. la jurisprudence citée aux pts 140 à 157 de l'arrêt rapporté.

(42) Pt 152 et jurisprudence citée.

(43) Pt 156.

(44) Arrêt commenté, pts 42 à 48, 54 à 70 et 81 à 95.

(45) Dir. Services, art. 14, pt 3.

en Hongrie) ou des filiales de telles sociétés. De même, le fait de réserver – en fait sinon en droit – l'activité d'émission de cartes SZÉP à des banques tombe sous le coup de l'article 15⁴⁶. Les restrictions visées à l'article 15 ne pouvant être justifiées que si elles sont non discriminatoires en droit et en fait, le régime hongrois ne pouvait l'être puisqu'il empêchait tout prestataire non établi en Hongrie d'accéder à l'activité d'émission de cartes SZÉP.

Application cumulative des libertés d'établissement et de prestation de services

Le fait que le régime relatif à l'émission des cartes SZÉP viole les dispositions de la directive relatives à l'établissement n'empêche pas la Cour d'estimer qu'il viole également les dispositions relatives à la libre prestation de services⁴⁷. Peu importe à cet égard que, pour l'activité concernée, le recours à la libre prestation de services transfrontalière revête, dans les faits, un caractère peu fréquent, voire théorique. Il suffit que la possibilité de pénétrer sur le marché en mode prestation de services présente potentiellement un intérêt pour les opérateurs établis dans d'autres États membres⁴⁸. Le standard est donc qu'on ne puisse pas exclure que ce type d'entrée sur le marché soit envisagé par des opérateurs.

En l'espèce, la réglementation sur l'émission des cartes SZÉP contient une restriction caractérisée à la libre prestation de services, puisqu'elle exige un établissement en Hongrie et prive donc le prestataire de services établi dans un autre État membre de la faculté de proposer ce service à partir de l'État membre dans lequel il est établi⁴⁹.

De la même manière, dans le second

volet de l'affaire, qui concerne l'application du traité, c'est tant au regard de l'article 49 que de l'article 56 TFUE que la Cour examine la réglementation hongroise relative aux titres repas. Celle-ci prévoit un monopole en matière d'émission de ces titres repas au profit d'un organisme public. La Cour conclut assez rapidement à la violation de ces articles, en considérant qu'un régime d'exclusivité en faveur d'un seul opérateur constitue une restriction claire tant à la liberté d'établissement qu'à la libre prestation des services⁵⁰.

Les justifications : clarifications à l'adresse des États membres

Le premier volet de l'affaire, dans lequel la Cour fait application de la directive Services, répond à une question longtemps restée en suspens : le droit dérivé peut-il vraiment limiter les possibilités de justifications des entraves ? La grande chambre répond en deux temps : oui à propos de l'article 14 et peut-être à propos de l'article 16 de la directive.

Au point 47, statuant à propos de restrictions à la liberté d'établissement, la Cour rejette un argument du gouvernement hongrois, qui cherchait à justifier des restrictions interdites par l'article 14 de la directive. Elle dit pour droit que « même si l'article 52, paragraphe 1, TFUE permet aux États membres de justifier, pour l'une des raisons y énoncées, des mesures nationales constituant une restriction à la liberté d'établissement, cela ne signifie cependant pas que le législateur de l'Union, lors de l'adoption d'un acte de droit secondaire, tel que la directive 2006/123 [...] ne peut pas limiter certaines dérogations ». Cette limitation-ci était très explicite dans la directive. Elle figure en outre dans une disposition qui harmonise le droit des États membres en matière de restric-

(46) Cette disposition, sous d), vise les dispositions nationales qui réservent l'accès à une activité de service à des prestataires particuliers en raison de la nature spécifique de l'activité.

(47) Dir. Services, art. 16, § 2, ss a).

(48) Arrêt commenté, pts 108 à 109.

(49) Arrêt commenté, pts 102 à 117.

(50) Arrêt commenté, pt 164.

tions à l'établissement (fût-ce en suivant les enseignements de la jurisprudence). Il n'y avait donc qu'assez peu de doutes au sujet de l'impossibilité pour les États de justifier des mesures visées à l'article 14. Tout au plus peut-on relever que le point est formulé en termes généraux, qui ne se réfèrent pas seulement à cette disposition particulière, mais de manière plus générale à la relation entre le droit primaire et le droit dérivé.

Toutefois, la grande chambre ne va pas jusqu'à appliquer le principe qu'elle énonce à propos de l'article 14 à la question véritablement controversée, qui concerne l'article 16 de la directive. Cette disposition ne fait référence qu'à quatre justifications admissibles : ordre public, sécurité publique, santé publique et protection de l'environnement, ce qui a conduit à se demander si, vraiment, le législateur de l'Union pouvait, ainsi qu'une lecture littérale de ce texte le suggère, rayer d'un trait de plume toute possibilité pour les États membres d'invoquer des raisons impérieuses d'intérêt général comme la protection des consommateurs lorsque leur réglementation restreint la libre prestation de services⁵¹.

L'occasion de répondre à cette importante question était offerte à la Cour dans la présente affaire, puisque le gouvernement hongrois cherchait à justifier par des motifs de protection des consommateurs des restrictions à la prestation de services qui tombaient dans le champ de l'article 16. La grande chambre évite cependant la difficulté. L'arrêt se borne en effet à indiquer

que « les objectifs dont fait [...] état le gouvernement hongrois ne figurent pas parmi les raisons impérieuses d'intérêt général auxquelles se réfèrent les paragraphes 1 et 3 dudit article 16 », mais sans tirer les conséquences de cette constatation. Au lieu de cela, la Cour poursuit en disant qu'« il suffit, en l'occurrence, de relever que, même au regard desdits objectifs, une exigence telle que [celle en cause] ne satisferait, en tout état de cause, pas à la condition de proportionnalité »⁵². L'économie de motifs derrière laquelle se retranche la grande chambre trahit sans doute un embarras, c'est-à-dire un désaccord entre les treize membres de la grande chambre. Il faudra donc encore patienter pour voir la Cour opérer un contrôle de conformité de l'article 16 de la directive au traité⁵³. La rédaction du point 116 de l'arrêt rapporté laisse la possibilité de statuer dans un sens comme dans l'autre.

Ceci étant dit, si la Cour insiste autant sur la proportionnalité et la nécessité pour le gouvernement défendeur de la justifier avec sérieux, ce n'est sans doute pas uniquement pour masquer son embarras, mais aussi parce que cet aspect était au cœur du litige initié par la Commission. Le gouvernement hongrois avançait que les restrictions imposées aux émetteurs de la carte SZÉP étaient justifiées par un souci de protection des utilisateurs (les salariés) et des créanciers (les prestataires de services de tourisme qui acceptent la carte SZÉP). La Cour estime toutefois que le gouvernement défendeur « n'a invoqué aucun élément ou argument concret de nature

(51) V. not. V. Hatzopoulos, *Que reste-t-il de la directive sur les services ?*, CDE vol. 43, n° 3-4/2008, 299-358, spéc. pp. 323-324.

(52) Arrêt commenté, pt 116.

(53) Pour de précédents arrêts peu éclairants, v. l'arrêt *Duomo*, peu informatif car la directive n'était pas applicable aux faits *ratione temporis*. CJUE 10 mai 2012, aff. C-357/10 à C-359/10, *Duomo e.a.*, cette chronique, RTD eur. 2012. 731-115. V. aussi CJUE 18 nov. 2010, aff. C-458/08, *Commission c/ Portugal*, EU:C:2010:692, rendu en matière d'établissement, dans lequel la Cour relève (pt 88) que les obligations formulées à l'art. 16 de la directive Services « découlent directement de l'article 49 TFUE », mais en s'attachant uniquement à la condition de non-discrimination et non à la limitation des justifications. Dans l'arrêt *Trijber*, la Cour énonce que, de manière générale, la directive services (et non seulement son volet liberté d'établissement) tient compte de la protection des consommateurs. CJUE 1^{er} oct. 2015, aff. C-340/14 et C-341/14, *Trijber et Harmsen*, EU:C:2015:641, pt 52, cette chronique, RTD eur. 2016. 192, obs. A.-L. Sibony.

à expliquer en quoi de telles exigences seraient nécessaires et proportionnées aux fins d'assurer que les émetteurs de cartes SZÉP offrent des garanties de solvabilité financière, de professionnalisme et d'accessibilité afin d'atteindre [ces objectifs] »⁵⁴.

Ici, l'affaire illustre une des difficultés plus générales de mise en œuvre de la directive Services : trop d'États ne prennent pas au sérieux l'obligation de vérifier la proportionnalité de leurs réglementations. C'est du reste ce constat qui a conduit la Commission à proposer en janvier 2017 de nouveaux textes⁵⁵, notamment une amélioration de la procédure de notification des restrictions qui tombent dans le champ de la directive Services⁵⁶ – une procédure qui éviterait qu'une violation aussi flagrante que celles en cause ici ne soient condamnées que cinq ans après l'adoption de la loi – et une directive destinée à guider les États dans leur appréciation de la proportionnalité⁵⁷.

Concernant les justifications au regard des dispositions du traité, les États ne sont pas limités et ils peuvent invoquer toute raison impérieuse d'intérêt général, à condition, là encore, de pouvoir

démontrer la proportionnalité. À cet égard, il est intéressant de noter que la Cour refuse de transposer au cas d'espèce sa jurisprudence en matière de jeux et paris, selon laquelle l'octroi d'un monopole à un organisme public appelé à financer des activités ou des œuvres sociales peut s'avérer justifié⁵⁸. Le gouvernement hongrois cherchait à se prévaloir de cette jurisprudence à propos du monopole d'émission des titres repas. La Cour refuse de raisonner par analogie en relevant que ni les objectifs réglementaires (comme la lutte contre l'addiction aux jeux et contre le blanchiment d'argent), ni les particularités (d'ordre moral, religieux ou culturel) propres à la perception de l'activité en cause ne sont comparables. Sans surprise, la Cour refuse aussi d'examiner une justification purement économique⁵⁹.

Au-delà du cas d'espèce et des restrictions caractérisées que contient la réglementation hongroise, la grande chambre adresse donc aux États membres un message congruent avec les dernières initiatives de la Commission⁶⁰ : gare à la proportionnalité !

A.-L. S. et A. Z.

(54) Arrêt commenté, pt 69.

(55) Pour une vue d'ensemble des quatre textes : http://ec.europa.eu/growth/content/services-economy-works-europeans-1_en.

(56) Proposition de directive sur l'application de la dir. 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur, établissant une procédure de notification des régimes d'autorisation et des exigences en matière de services, COM(2016) 821 final. Aux termes de l'art. 4 de la proposition, les mesures visées à l'art. 15 § 2 de la directive Services entreraient dans le champ d'application de la nouvelle procédure de notification.

(57) Proposition de directive relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions, COM(2016) 822 final.

(58) Arrêt commenté, pts 167 à 169.

(59) Arrêt commenté, pt 170.

(60) *Supra*, note 58.

6. Droit de l'Union et contrôles réglementaires dans des États tiers : droit et obligation des États membres d'ignorer ce que font les entreprises en dehors du territoire de l'Union

[CJUE 21 sept. 2016, aff. C-592/14, *European Federation for Cosmetic Ingredients*, EU:C:2016:703 ; CJUE 22 sept. 2016, aff. C-525/14, *Commission c/ République tchèque*, EU:C:2016:714]

Deux arrêts de la Cour de justice délimitent les contours du devoir (premier arrêt) ou de la faculté des États membres (second arrêt) d'ignorer les démarches effectuées par des opérateurs dans des États tiers en vue de la commercialisation de leurs produits.

Deux arrêts rendus en matière de libre circulation des marchandises méritent d'être rapprochés. Au-delà de la circonstance fortuite qu'ils ont été rendus à un jour d'écart, l'un et l'autre concernent le traitement que réserve le droit du marché intérieur aux activités que des opérateurs économiques mènent dans des États tiers.

Dans la première affaire ⁽⁶¹⁾, la Cour était interrogée sur la portée extraterritoriale d'un règlement relatif à l'interdiction des tests sur les animaux concernant les produits cosmétiques ⁽⁶²⁾. Une fédération d'entreprises européennes fabriquant des cosmétiques faisait valoir que certains États tiers, comme le Japon et la Chine, exigent au contraire des tests sur des animaux afin de prouver l'innocuité des produits. Ces entreprises n'avaient pas encore commercialisé dans l'Union de produits contenant des composants ainsi testés sur des animaux en vue de leur commercialisation sur les marchés asiatiques. Elles craignaient en effet que le seul fait d'avoir effectué de tels tests – en dehors du territoire de l'Union – ne les expose à des sanctions pénales au Royaume-

Uni, en application d'une législation mettant en œuvre le règlement européen. C'est ce qui avait conduit la juridiction britannique, saisie d'une requête en *judicial review*, à interroger la Cour sur la portée exacte de l'interdiction contenue dans le règlement. Il est vrai que, comme l'avait souligné l'Avocat général dans ses conclusions, certaines dispositions du règlement ne sont pas un modèle de clarté. L'article qui faisait l'objet de la question préjudicielle interdisait la mise sur le marché dans l'Union de produits cosmétiques dont la formulation finale a fait l'objet d'une expérimentation animale « afin de satisfaire aux exigences du présent règlement ». Les entreprises, s'attachant à la lettre de cette disposition, faisaient valoir qu'elles avaient procédé à des tests sur des animaux non pour satisfaire aux exigences du règlement européen, mais pour satisfaire aux exigences réglementaires japonaises et chinoises.

La Cour rejette toutefois cette interprétation littérale, qui érigerait en critère déterminant de l'autorisation de mettre des produits sur le marché l'intention qui a présidé aux tests sur des animaux ⁽⁶³⁾. La deuxième chambre suit l'Avocat général Bobek qui, après avoir exprimé quelques réserves sur les limites de l'interprétation téléologique et le principe d'effet utile, avait tout de même conclu que l'on ne pouvait pas considérer que l'intention du règlement fût d'interdire uniquement l'expérimen-

(61) CJUE 21 sept. 2016, aff. C-592/14, *European Federation for Cosmetic Ingredients*, EU:C:2016:703.

(62) Règl. (CE) n° 1223/2009 du 30 nov. 2009 relatif aux produits cosmétiques, JOUE n° L 342, p. 59.

(63) Pt 30 de l'arrêt.

tation animale menée dans l'intention de se conformer à la réglementation européenne sur les cosmétiques⁽⁶⁴⁾. Elle retient que le règlement doit être compris comme conditionnant l'accès au marché européen au respect de l'interdiction de recourir à l'expérimentation animale⁽⁶⁵⁾. La Cour ne va toutefois pas jusqu'à adopter l'interprétation maximaliste défendue par certaines associations de défense des animaux, qui voulaient voir dans l'article 18 du règlement une interdiction absolue de commercialiser en Europe des cosmétiques ayant fait l'objet d'une expérimentation animale où que ce soit dans le monde. Comme le relève une commentatrice, une telle solution aurait obligé les fabricants à choisir entre la diffusion de leurs produits en Europe ou en Asie⁽⁶⁶⁾.

La Cour adopte une position médiane. Elle juge que les expérimentations animales ne peuvent pas fonder la preuve de l'innocuité des produits requise par le règlement européen. Cette preuve doit être rapportée au moyen de méthodes alternatives validées dans l'Union (selon une procédure prévue par le règlement). En revanche, le seul fait de s'être livrée à de telles expérimentations dans un État tiers n'est pas dirimant pour une entreprise qui souhaite commercialiser des cosmétiques en Europe. Une entreprise ne peut donc pas contourner la réglementation européenne en délocalisant ses expérimentations sur des animaux. Elle ne peut simplement pas se prévaloir aux fins de la mise sur le marché européen des résultats ainsi obtenus. Au moyen d'une extraterritorialité raisonnée, l'Union impose donc un double fardeau réglementaire aux opérateurs dont l'activité se déroule en partie dans des États tiers.

Le second arrêt a été rendu à l'issue d'une procédure de manquement contre la République tchèque⁽⁶⁷⁾. Il s'agissait là aussi de la question de savoir si un double fardeau réglementaire pouvait être imposé à des entreprises à raison d'une activité effectuée pour partie dans un État tiers. L'hypothèse était toutefois différente à plusieurs égards. Tout d'abord, il ne s'agissait pas d'une réglementation européenne mais du comportement des autorités d'un État membre. Plus précisément, le bureau de garantie tchèque refusait de reconnaître des poinçons apposés sur des ouvrages en métal précieux lorsque ce poinçon avait été apposé dans un État tiers, et ce bien qu'il l'eût été par une succursale de WaaborgHolland, un bureau de garantie hollandais.

L'affaire donne lieu à une discussion sur l'applicabilité du principe de reconnaissance mutuelle aux marchandises en libre pratique. La Commission soutenait que, dès lors qu'une marchandise est en libre pratique au sens de l'article 29 TFUE – c'est-à-dire que les formalités d'importation ont été effectuées et les droits de douane acquittés –, une marchandise issue d'un État tiers doit être traitée exactement comme une marchandise fabriquée dans l'Union. Dès lors, un ouvrage qui revêt un poinçon reconnu dans un État membre (ici les Pays-Bas) doit être admis dans un autre État membre (la République tchèque) sans que l'importateur doive subir un double fardeau réglementaire. De son côté, la République tchèque, soutenue par la France, arguait d'une distinction entre la mise en libre pratique et la commercialisation dans un État membre. Elle faisait valoir que, pour que le principe de reconnaissance mutuelle s'applique, il ne suffisait pas qu'une

(64) Pts 77-78 des concl.

(65) Pts 30-36 de l'arrêt.

(66) J. Lawrence, *The Extraterritorial Reach of EU Animal Welfare Rules (Again): Case C-592/14 European Federation for Cosmetic Ingredients*, *European Law Blog*, 16 nov. 2016, <https://europeanlawblog.eu/2016/11/16/the-extraterritorial-reach-of-eu-animal-welfare-rules-again-case-c-59214-european-federation-for-cosmetic-ingredients/>.

(67) CJUE 22 sept. 2016, aff. C-525/14, *Commission c/ République tchèque*, EU:C:2016:714.

marchandise ait été mise en libre pratique. Il fallait en outre qu'elle ait été commercialisée dans un État membre. La mise en pratique, faisait valoir l'État défendeur, concerne uniquement le respect de la réglementation douanière de l'Union. En revanche, la mise sur le marché d'un État membre suppose que, outre le respect du droit douanier, l'importateur a démontré que les marchandises sont conformes à la réglementation applicable dans l'État membre de commercialisation. En d'autres termes, la République tchèque tenait le raisonnement suivant : des marchandises qui n'avaient été commercialisées ni aux Pays-Bas ni dans un autre État membre avant d'arriver sur le territoire de la République tchèque n'avaient fait l'objet d'un contrôle de conformité avec la législation d'aucun État membre ; dès lors, il n'y avait pas lieu à reconnaissance mutuelle de contrôles qui n'avaient jamais eu lieu. Appliqué à des ouvrages en métaux précieux poinçonnés conformément à la législation des Pays-Bas, ce raisonnement revenait à considérer comme nuls et non avenus les contrôles effectués dans un État tiers. La Commission contestait ce point et faisait valoir que le principe de reconnaissance mutuelle ne suppose pas que les opérations de poinçonnage doivent avoir physiquement lieu sur le territoire de l'Union.

La Cour écarte l'argumentation de la Commission et suit le raisonnement de la République tchèque concernant la distinction entre contrôle douanier et contrôles réglementaires et, partant, sur la portée du principe de reconnaissance mutuelle. Elle juge que ce principe « ne saurait s'appliquer au commerce, au sein de l'Union, de marchandises originaires d'États tiers qui se trouvent en libre pratique lorsque celles-ci n'ont pas, préalablement à leur exportation vers un État membre autre que celui

dans lequel elles se trouvent en libre pratique été légalement commercialisées dans un premier État membre »⁶⁸.

Il convient donc de distinguer trois cas de figure : premièrement, celui des marchandises directement importées depuis un État tiers, deuxièmement, celui des marchandises qui ont transité par un État membre et sont en libre pratique et, troisièmement, celui des marchandises qui sont en libre pratique et ont été commercialisées dans un premier État membre.

Dans le premier cas de figure, celui des ouvrages en métaux précieux marqués de poinçons de WaarborgHolland directement importés d'un État tiers vers la République tchèque, le refus de reconnaissance des poinçons de WaarborgHolland est conforme au droit de l'Union. Ce cas ne faisait du reste pas l'objet du recours⁶⁹. Le troisième cas de figure, celui des produits non seulement en libre pratique mais aussi commercialisés dans un premier État membre, est le seul dans lequel le principe de reconnaissance mutuelle joue pleinement. En l'espèce, il était constant que le poinçonnage néerlandais et le poinçonnage tchèque visaient le même but de garantie de la pureté des métaux et correspondaient au même niveau de protection des consommateurs. Le refus de reconnaissance mutuelle constitue alors une violation de l'article 34 TFUE qui ne peut être justifiée.

L'intérêt de l'arrêt réside dans le régime du deuxième cas de figure, celui des métaux précieux qui ont été poinçonnés sur le territoire d'un État tiers conformément à la législation néerlandaise et se trouvent en libre pratique dans un État membre autre que la République tchèque (qu'il s'agisse du Royaume des Pays-Bas ou d'un autre État membre) sans y avoir été commercialisés. La

(68) Pt 39.

(69) Pt 40.

Cour se prononçait pour la première fois sur cette hypothèse⁽⁷⁰⁾. Elle juge qu'« un État membre est, en l'état actuel du droit de l'Union et en dehors des cas qui seraient régis par un accord international [...] fondé à ne pas considérer que les poinçons de garantie apposés sur le territoire d'États tiers offrent un niveau de protection des consommateurs équivalant aux poinçons de garantie apposés par des organismes indépendants sur le territoire des États membres »⁽⁷¹⁾. Là encore, les démarches des opérateurs économiques effectuées en vue de la commercialisation de leurs produits ne comptent pas si elles ont eu lieu dans un État tiers, peu importe qu'elles aient été régies par la réglementation d'un État membre.

Dans le cas des poinçons, la Cour justifie cette conclusion en reprenant les arguments soumis par la République tchèque et la République française : lorsqu'un poinçon est apposé en dehors du territoire de l'Union, même si ce poinçonnage est effectué par les succursales d'un bureau de garantie indépendant qui, conformément au droit de l'État membre dont il relève, est autorisé à exercer une partie de ses activités sur le territoire d'États tiers, il n'offre pas de garanties suffisantes pour être considéré comme équivalent à un poinçon qui serait apposé par un organisme indépendant d'un État membre sur le territoire de cet État membre⁽⁷²⁾. Un tel poinçonnage ne présenterait pas le même degré de fiabilité qu'un poinçonnage effectué sur le territoire d'un État membre, en raison des obstacles qui existeraient quant à l'exercice d'un contrôle suffisant, par l'État membre dont relève cet organisme. La Cour adopte une motivation sectorielle sinon circonstanciée pour admettre cet argument fondé sur le soupçon. Citant un précédent arrêt relatif au poinçonnage de métaux pré-

cieux, elle relève qu'« en considération du risque de fraude existant sur le marché des ouvrages en métaux précieux, de petites modifications dans la teneur du métal précieux pouvant avoir une très grande importance sur la marge bénéficiaire du producteur, [dès lors], en l'absence de réglementation de l'Union, le choix des mesures adéquates pour faire face à ce risque appartient aux États membres, qui disposent d'un large pouvoir d'appréciation »⁽⁷³⁾.

Il n'en reste pas moins que le raisonnement paraît transposable à d'autres secteurs et à d'autres types de risques. Il semble donc que, en l'état actuel du droit de l'Union, les États sont fondés à se méfier des certifications obtenues à l'étranger, fût-ce sous couvert d'une norme d'un autre État membre. Cela semble cohérent avec les enseignements du premier arrêt, aux termes duquel les États membres sont fondés à ignorer, pour la mise en œuvre du règlement européen sur les cosmétiques, tout ce qui se passe en dehors du territoire de l'Union. Sauf en présence d'accords internationaux qui règlent la coopération réglementaire ou la reconnaissance mutuelle, le régime de droit commun est donc celui de l'isolationnisme réglementaire européen. Plaignons le Royaume-Uni.

En l'espèce, bien que la Cour donne raison à la République tchèque sur les points de droit, elle ne constate pas moins son manquement. En effet, la pratique du bureau de garantie tchèque consistait à refuser le poinçon WaarborgHolland purement et simplement. Le gouvernement se défendait en arguant que les trois hypothèses étaient impossibles à distinguer en pratique : ce poinçon était toujours le même qu'il ait été apposé dans l'Union ou dans un État tiers, que les marchandises

(70) Pt 54.

(71) Pt 55.

(72) Pt 50.

(73) Pt 52.

importées aient été commercialisées dans un État membre ou seulement mis en libre pratique. La Cour considère que la mesure ne satisfait pas au test de proportionnalité et que si, pour le consommateur, il est certainement impossible de distinguer les différentes hypothèses, il n'en va pas de même pour les autorités qui peuvent très bien demander aux importateurs de préciser le statut des marchandises et n'imposer

de double poinçonnage que dans le cas où le premier poinçonnage a été apposé dans un État tiers. La méfiance vis-à-vis des contrôles effectués dans des États tiers reçoit l'onction de la Cour mais ne dispense pas de l'obligation de reconnaissance mutuelle dans son champ d'application ni du respect du principe de proportionnalité.

A.-L. S.

7. Les réglementations relatives au prix unique sont-elles relatives à des modalités de vente ?

(CJUE 19 oct. 2016, aff. C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung eV c/ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*, EU:C:2016:776 ; CJUE 21 sept. 2016, aff. C-221/15, *Colruyt*, EU:C:2016:704)

La Cour ne donne pas de réponse unifiée à cette question, retenant qu'une réglementation sur le prix unique des cigarettes est relative à des modalités de vente mais pas à une réglementation relative au prix unique des médicaments.

Deux arrêts qui portent sur des réglementations relatives à des prix méritent d'être rapprochés en raison de leur objet. Dans l'affaire *Colruyt*, il s'agissait d'une réglementation belge sur le prix unique des cigarettes. Une société exploitant une chaîne de supermarchés discount était poursuivie pour avoir vendu des cigarettes à un prix inférieur au prix obligatoire, qui correspondait au prix indiqué par le fabricant ou l'importateur sur le timbre fiscal.

L'affaire *Deutsche Parkinson Vereinigung* avait elle aussi trait à une réglementation relative au prix. La réglementation allemande sur le prix des médicaments obligeait les pharmaciens à vendre les médicaments aux prix fixés

par une ordonnance. Elle supprimait donc toute concurrence en prix entre les pharmacies.

Les deux réglementations différaient en ce qu'elles attribuaient à des acteurs différents le pouvoir de fixer le prix unique de vente au détail : cette prérogative revenait aux autorités publiques dans le cas de la réglementation allemande sur les médicaments, tandis que, dans le cas de la réglementation belge sur les cigarettes, c'est le fabricant ou l'importateur qui fixait le prix⁷⁴. Le point commun était que, dans les deux cas, la réglementation supprimait toute concurrence en prix entre distributeurs (concurrence intra-marque) mais laissait subsister une concurrence en prix entre fabricants (concurrence inter-marque) – pour autant qu'une telle concurrence puisse réellement s'exercer dans un système de prix administrés comme en matière de médicaments, ce qui n'est sans doute que minimalement le cas, mais n'est pas exclu, au moins au stade des propositions de prix que font les

(74) Conformément à l'art. 15, § 1, al. 1^{er}, de la Dir. 2011/64/UE concernant la structure et les taux des accises applicables aux tabacs manufacturés (JOUE n° L 176, 2011, p. 24), qui exige que les États membres laissent au fabricant ou à l'importateur la détermination du prix maximal de vente au détail des tabacs manufacturés.

laboratoires à l'autorité publique qui doit les approuver. Quoi qu'il en soit, les similitudes nous semblent suffisantes pour justifier le rapprochement.

Dans la première affaire (prix unique des cigarettes), la Cour raisonne dans les termes précis de l'arrêt *Keck*⁽⁷⁵⁾, mais, curieusement, sans le citer⁽⁷⁶⁾. Elle juge que la réglementation en cause est relative à des modalités de vente et qu'elle s'applique indistinctement à tous les opérateurs exerçant leur activité sur le territoire national⁽⁷⁷⁾. En outre, juge la Cour, cette réglementation n'est pas de nature à empêcher l'accès au marché belge des produits du tabac en provenance d'un autre État membre ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits du tabac nationaux, car les importateurs demeurent libres de fixer le prix des cigarettes importées (ils doivent seulement l'indiquer sur le timbre fiscal).

Comme le relève l'Avocat général Szpunar dans ses conclusions relatives à la seconde affaire (prix des médicaments), les cas dans lesquels la Cour a effectivement appliqué l'exception de l'arrêt *Keck* sont rares⁽⁷⁸⁾. Il convient donc d'ajouter l'arrêt *Colruyt* à cette courte liste. En un sens, cette solution est un peu curieuse, car, comme le relève encore l'Avocat

général Szpunar dans ses conclusions, il n'est pas *a priori* évident qu'une réglementation sur les prix soit relative à des modalités de vente. Certes, elle n'est pas relative aux produits, mais, d'un autre côté, elle est proche d'une réglementation sur les emballages – c'était certainement le cas dans l'affaire belge puisque le prix des cigarettes devait figurer sur le timbre fiscal apposé sur le paquet. Plus fondamentalement, si l'on admet que la catégorie de mesures relatives à des modalités de vente vise à capturer l'idée d'une réglementation qui porte sur des aspects non essentiels des échanges économiques, on peut se demander s'il est bien judicieux d'y ranger une réglementation sur les prix. C'est en substance ce qui conduit l'Avocat général Szpunar à conclure qu'il lui était « fondamentalement difficile de qualifier une mesure fixant un prix de modalité de vente »⁽⁷⁹⁾. Mais le poids de la jurisprudence semble plus fort que les doutes. Par le passé, la Cour avait à plusieurs reprises considéré qu'une réglementation des prix est relative à des modalités de vente. C'était le cas dans l'arrêt *Keck* lui-même, qui portait sur l'interdiction de la revente à perte⁽⁸⁰⁾, mais aussi dans l'arrêt *Libro*, relatif à une réglementation sur le prix unique du livre⁽⁸¹⁾. L'hésitation entre doutes et tradition explique-t-elle que, tout en appliquant à la lettre la for-

(75) Pts 37 à 40.

(76) En lieu et place de l'arrêt *Keck*, la Cour cite au pt 35 l'arrêt du 10 févr. 2009, aff. C-110/05, *Commission c/ Italie* (remorques), EU:C:2009:66, ce qui peut paraître assez paradoxal (v. cette chronique, RTD eur. 2010. 131). L'Avocat général Wahl, pour sa part, avait discuté explicitement l'application du test *Keck* dans ses conclusions (EU:C:2016:288, pts 52 s.). Il est intéressant à cet égard de noter que, dans sa discussion, il analyse si la loi s'applique indistinctement à tous les produits concernés (c'est le cas), puis substitue à la question de savoir si tous les opérateurs sont également affectés la question de savoir si la réglementation en cause laisse une place à la concurrence en prix (pts 56 s.). La Cour fait une application plus orthodoxe des critères de l'arrêt *Keck*.

(77) Pt 38.

(78) Concl. ss CJUE 19 oct. 2016, aff. C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung eV c/ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*, EU:C:2016:394, pt 23.

(79) Concl. préc. pt 25.

(80) CJCE 24 nov. 1993, aff. C-267/91 et C-268/91, *Keck et Mithouard*, EU:C:1993:905.

(81) CJCE 30 avr. 2009, aff. C-531/07, *Libro*, EU:C:2009:276 (spéc. pts 17 s.). Dans cet arrêt la Cour avait retenu qu'une réglementation autrichienne relative au prix de livre était relative à des modalités de vente (pt 20), mais ne satisfaisait pas au double test de non-discrimination de l'arrêt *Keck*. La réglementation en cause interdisait aux importateurs de vendre en Autriche des livres importés (d'Allemagne) à un prix inférieur au prix pratiqué en Allemagne. Dès lors, les importateurs de livres allemands ainsi que les éditeurs allemands n'avaient pas la liberté d'adapter leurs prix au marché autrichien, à la différence des éditeurs autrichiens (pt 21). Les arrêts relatifs à la réglementation du prix du livre en France ne sont pas informatifs sur l'application de la jurisprudence *Keck* aux réglementations des prix, car l'arrêt du 19 janv. 1985 (aff. C-229/83, *Leclerc*, EU:C:1985:1) est antérieure à l'arrêt *Keck* et l'arrêt du 3 oct 2000 (aff. C-9/99, *Échirolles*, EU:C:2000:532) réitère la solution de l'arrêt *Leclerc* sans discuter la nature de la réglementation au regard des critères posés par l'arrêt *Keck* (v. spéc. pt 24).

mule de l'arrêt *Keck*, la Cour ne le cite pas ? À tout le moins, ce choix montre une nouvelle fois que, même là où la distinction de l'arrêt *Keck* est d'application douteuse, il fait l'objet d'une fidélité jurisprudentielle de longue durée, quitte à se faire plus discrète dans les cas difficiles.

La même remarque vaut pour l'arrêt *Deutsche Parkinson Vereinigung*. Tout comme la sixième chambre dans l'arrêt *Colruyt*, la première chambre applique *Keck* sans le citer et sans se demander si la réglementation est bien relative à des modalités de vente⁽⁸²⁾. Selon un raisonnement à la *Gourmet*⁽⁸³⁾, la Cour relève que, pour les pharmacies établies dans d'autres États membres, la concurrence en prix est essentielle pour pouvoir accéder au marché allemand et s'y maintenir. La réglementation les prive donc d'un moyen essentiel d'accéder au marché et constitue donc une mesure d'effet équivalant au sens de l'article 34 TFUE.

Au-delà du fait que ces deux arrêts illustrent un attachement à *Keck* dans des circonstances où il aurait été très facile de motiver la solution uniquement en termes d'accès au marché sur la base de la formule *Dassonville*, quelle leçon en tirer sur les réglementations relatives aux prix ?

Quel que soit le secteur concerné, médicaments, cigarettes, livres⁽⁸⁴⁾ ou whisky⁽⁸⁵⁾, une réglementation relative

aux prix est toujours susceptible d'affecter à la fois la concurrence et la libre circulation des marchandises⁽⁸⁶⁾. Leur régime au regard du droit de l'Union est empreint de cette double perspective. En effet, même lorsqu'elle applique les dispositions sur la libre circulation des marchandises, la Cour a avant tout égard aux possibilités que les réglementations en cause laissent aux opérateurs d'exercer la concurrence en prix pour pénétrer sur un marché.

Dans l'affaire *Colruyt*, la réglementation est jugée conforme à l'article 34 TFUE, car elle laisse subsister la concurrence en prix entre producteurs (comme la directive d'harmonisation des accises sur les cigarettes en fait obligation à l'État). Dans l'affaire *Deutsche Parkinson Vereinigung*, la réglementation allemande est jugée contraire à l'article 34 TFUE, car elle prive les pharmaciens en ligne (DocMorris, encore)⁽⁸⁷⁾ de la possibilité d'exercer une concurrence en prix alors même que c'est la seule stratégie disponible pour entrer sur le marché (les pharmacies en ligne étant moins bien placées que les officines pour offrir des services de conseils de proximité ou des services d'urgence).

Notons que c'est dans l'exacte mesure où la concurrence en prix sert l'accès au marché qu'elle est protégée dans le contexte des libertés de circulation. En effet, toute réglementation imposant un prix unique de vente, que ce soit pour

(82) *Deutsche Parkinson*, préc. pts 24-26.

(83) CJCE 8 mars 2001, aff. C-405/98, *Gourmet*, EU:C:2001:135.

(84) V. réf. citées *infra*, note 110.

(85) CJUE 23 déc. 2015, aff. C-333/14, *Scotch Whisky Association*, EU:C:2015:845, cette chronique, RTD eur. 2016. 181.

(86) Dans les affaires françaises sur le prix unique du livre, les questions posées à la Cour portaient avant tout sur le droit de la concurrence.

(87) L'Avocat général le souligne dans ses conclusions : « Il faut appeler un chat un chat : c'est la troisième fois que la Cour est appelée à apprécier la compatibilité d'une mesure allemande avec les dispositions du traité relatives aux libertés de circulation alors que la pharmacie néerlandaise DocMorris tente d'accéder au marché allemand », concl. préc., pt. 4.

(88) Dans ses concl. préc. ss l'aff. *Colruyt*, l'av. gén. Wahl s'émue tout de même de cet aspect (pt 56) et éprouve le besoin de faire valoir que « bien que la capacité des détaillants à fixer les prix des produits du tabac soit sérieusement réduite, cette capacité n'est pas complètement éliminée. En effet, du moins en théorie, rien n'empêche les détaillants (en particulier les gros détaillants) de négocier avec les fabricants ou les importateurs (y compris les importateurs parallèles) en vue de fixer un prix pour les produits inférieur à celui généralement pratiqué. À condition que le fabricant ou l'importateur accepte d'apposer un timbre fiscal avec un prix inférieur, la vente des produits du tabac à ce prix inférieur est, et devrait être, permise » (notes omises).

un livre, un médicament ou un paquet de cigarettes, supprime par définition toute possibilité de concurrence en prix entre distributeurs. Ceci n'est pas déterminant – sans quoi les deux réglementations auraient été condamnées⁸⁸.

Dans le contexte de l'article 34 TFUE, la liberté pour les producteurs ou les distributeurs de fixer les prix est prise en considération dans deux hypothèses : 1^o lorsque la réglementation discrimine entre les marchandises nationales et

importées au regard de la liberté qu'ont les opérateurs nationaux de fixer le prix de ces marchandises (aff. *Libro*) ; 2^o lorsque la réglementation prive également les opérateurs nationaux et ceux des autres États membres de la liberté de fixer les prix alors que les seconds en ont un besoin plus impérieux pour accéder au marché. Discrimination et accès au marché continuent d'être intimement liés.

A.-L. S.

8. La Cour intensifie les exigences probatoires en matière de justification des entraves

[CJUE 19 oct. 2016, aff. C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung eV c/ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*, EU:C:2016:776, RDSS 2017. 85, note M. Aulois-Griot]

La concurrence en prix peut être bonne pour la santé des patients, du moins, le juge national ne peut pas l'exclure et il lui appartient de vérifier au moyen de statistiques ou d'autres données l'aptitude et la proportionnalité d'une réglementation sur le prix unique des médicaments à atteindre les objectifs allégués de protection de la santé.

On le sait, c'est sur l'examen des justifications que se jouent la plupart des affaires en matière de libertés de circulation. Dans ce contexte, les exigences probatoires posées par la Cour constituent un déterminant crucial du contrôle juridictionnel qui pèse sur les législations nationales. À propos de l'arrêt *Scotch Whisky* de décembre 2015⁸⁹, nous avons noté que la Cour invitait la juridiction de renvoi à un contrôle approfondi de la proportionnalité de la mesure⁹⁰. Nous avons fait l'hypothèse que l'intensité de ce contrôle est liée au

principe du contradictoire : une mesure alternative avait été longuement débattue devant le juge national. Dès lors, celui-ci devait se livrer à un examen comparé de l'efficacité de ces mesures au regard du but poursuivi par l'État et des entraves qu'elles engendrent pour la libre circulation des marchandises.

Dans l'arrêt *Deutsche Parkinson Vereinigung*, ce n'est pas d'alcool, mais de médicaments qu'il est question⁹¹. Toutefois, comme dans l'arrêt *Scotch Whisky*, il s'agit d'une réglementation des prix, plus précisément ici d'un prix de vente imposé aux pharmacies en Allemagne. Ce type de réglementation, restrictive de concurrence par hypothèse, est (presque) toujours vu avec suspicion par la Cour⁹². La charge de la justification qui pèse sur le gouvernement (dans une affaire en manquement) est donc lourde. Devant le juge national qui se demande s'il doit écarter une règle nationale au motif

(89) CJUE 23 déc. 2015, aff. C-333/14, *Scotch Whisky Association*, EU:C:2015:845.

(90) Cette chronique, RTD eur. 2016. 181, spéc. p. 183, L'intensité du contrôle de proportionnalité.

(91) V. *supra*, p. 835.

(92) Pour un contre-exemple, v. CJUE 21 sept. 2016, aff. C-221/15, *Colruyt*, EU:C:2016:704.

qu'elle serait contraire avec les libertés de circulation, la question cruciale est celle du standard qu'il doit appliquer pour peser les justifications qui lui sont soumises. À cet égard, l'arrêt *Deutsche Parkinson Vereinigung* se situe bien dans la lignée de l'arrêt *Scotch Whisky*, qui y est abondamment cité.

En trois paragraphes assez peu charitables pour le gouvernement allemand, la Cour indique combien sont insuffisantes les allégations dépourvues de tout fondement empirique lorsqu'il s'agit de justifier une réglementation aussi restrictive que l'imposition d'un prix unique⁹³. Elle rappelle tout d'abord que la charge de la preuve des justifications pèse sur l'État membre et qu'il lui appartient d'apporter « des éléments précis permettant d'étayer son argumentation ». Elle s'attache ensuite au devoir de la juridiction nationale, qui « est tenue d'examiner de manière objective, à l'aide des données statistiques, ponctuelles ou par d'autres moyens, si les éléments de preuve fournis par l'État membre concerné permettent raisonnablement d'estimer que les moyens choisis sont aptes à réaliser les objectifs poursuivis ainsi que s'il est possible d'atteindre ces derniers par des mesures moins restrictives de la libre circulation des marchandises »⁹⁴.

Donnant l'exemple, la Cour, à qui la juridiction nationale avait transmis les éléments dont elle disposait, estime qu'« en ce qui concerne l'aptitude de la réglementation nationale en cause au principal à atteindre les objectifs invoqués, il y a lieu de constater que l'argument tiré de la nécessité d'assurer un approvisionnement uniforme de médicaments soumis à prescription sur tout le territoire allemand n'est étayé par aucun élément qui satisfasse aux conditions [rappelées

ci-dessus]. En particulier, par les affirmations de nature générale qui ont été avancées à ce sujet dans le cadre de la présente affaire, il n'a pas été démontré [...] en quoi le fait d'imposer des prix uniformes pour de tels médicaments permet d'assurer une meilleure répartition géographique des pharmacies traditionnelles en Allemagne »⁹⁵. Pour faire bonne mesure, la Cour esquisse un raisonnement économique en se référant à l'argumentation de la Commission, qui s'appuyait sur « des éléments tendant à suggérer qu'une concurrence accrue par les prix entre les pharmacies serait bénéfique à l'approvisionnement uniforme en médicaments, en incitant à l'implantation de pharmacies dans des régions dans lesquelles le faible nombre d'officines permettrait la facturation de prix plus élevés »⁹⁶.

Les gouvernements qui veulent continuer à protéger les pharmacies traditionnelles de la concurrence en prix des pharmacies en ligne vont devoir se pencher plus précisément sur les risques que représente la concurrence pour le maintien des services que rendent les pharmacies aux patients. La simple allégation selon laquelle les pharmacies sont mieux placées pour conseiller les patients ou pour assurer l'approvisionnement d'urgence en médicament ne suffit plus.

Les conclusions de l'Avocat général Szpunar contiennent des précisions importantes à cet égard. Visiblement agacé par un usage abusif des références au principe de précaution dans certains arrêts de la Cour relatifs à des législations protectionnistes concernant les pharmacies⁹⁷, il saisit l'occasion d'offrir une clarification. Après avoir rappelé l'historique de ce principe, il insiste sur

(93) Pts 35 à 37, dont sont extraites les citations qui suivent. Les références (à l'arrêt *Scotch Whisky Association*) sont omises.

(94) Pt 36.

(95) Pt 37.

(96) Pt 38.

(97) CJCE 19 mai 2009, aff. C-171/07 et C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, EU:C:2009:316, pt 30 ; CJUE 1^{er} juin 2010, aff. C-570/07 et C-571/07, *Blanco Pérez et Chao Gómez*, EU:C:2010:300, pt 74.

son champ d'application⁹⁸. Ce principe peut justifier l'interdiction de mise sur le marché de substances ou d'aliments dont on craint, mais sans en avoir de certitude, qu'elles présentent un danger pour la santé des personnes. En revanche, c'est selon lui à tort que la Cour a, à plusieurs reprises sorti de son contexte la formule consacrée relative au principe de précaution⁹⁹ et l'a appliquée dans le contexte de réglementations relatives aux pharmacies. Ce faisant, la Cour a laissé aux États la possibilité de défendre des réglementations qui restreignaient l'accès à leur marché simplement en faisant valoir que la concurrence dans le secteur des pharmacies pouvait créer un risque pour la santé des personnes.

À juste titre, l'avocat général dit tout le mal qu'il pense de cet usage laxiste du principe de précaution. Il invite la Cour à ne plus s'y référer à propos des incertitudes relatives aux effets d'une réglementation. La Cour l'a entendu, puisqu'on ne trouve dans l'arrêt aucune

référence au principe, ni aux arrêts qui en ont fait l'usage critiqué par l'avocat général. L'arrêt se rattache au contraire à une ligne jurisprudentielle relativement exigeante en matière de preuve, rappelant que « l'existence d'un risque réel pour la santé humaine doit être mesurée, non à l'aune de considérations d'ordre général, mais sur la base de recherches scientifiques pertinentes » et précisant que « les considérations aussi générales [que celles] soulevées [par le gouvernement allemand] ne suffisent aucunement à démontrer le véritable risque, pour la santé humaine, que représenterait la possibilité pour le consommateur de chercher à se procurer des médicaments soumis à prescription à un prix plus bas »¹⁰⁰. La Cour va même jusqu'à dire que la concurrence peut être bonne pour la santé¹⁰¹. Il faudra donc trancher, dans chaque espèce sur la base d'indications relatives à l'impact réel des réglementations.

A.-L. S.

9. Les jeux et paris entre régulation nationale et libertés de circulation : de la libéralisation à titre transitoire

[CJUE 4 févr. 2016, aff. C-336/14, *Sebat Ince*, EU:C:2016:72 ; CJUE 28 janv. 2016, aff. C-375/14, *Laezza*, EU:C:2016:60 ; CJUE 30 juin 2016, aff. C-464/15, *Admiral Casinos & Entertainment*, EU:C:2016:500 ; CJUE 8 sept. 2016, aff. C-225/15, *Politanò*, EU:C:2016:645]

Après les arrêts sur la compatibilité de législations nationales sur les jeux et paris avec le droit de l'Union, la Cour élabore à travers une seconde vague jurisprudentielle le régime juridique transitoire des jeux et paris en

attendant la mise en conformité des droits nationaux avec le droit de l'Union – d'où il ressort que les États membres ont intérêt à légiférer soigneusement s'ils veulent éviter une libéralisation par défaut du secteur.

(98) Concl. ss CJUE 19 oct. 2016, aff. C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung eV / Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*, EU:C:2016:394, pts 58 s.

(99) « Lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à l'importance de risques pour la santé des personnes, il importe que l'État membre puisse prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité de ces risques soient pleinement démontrée. En outre, l'État membre peut prendre les mesures qui réduisent, autant que possible, un risque pour la santé publique », v. arrêts préc. note 125.

(100) Pt 42.

(101) Pt 43 : « Une concurrence par les prix pourrait être de nature à profiter au patient, dans la mesure où elle permettrait, le cas échéant, d'offrir, en Allemagne, les médicaments soumis à prescription à des prix plus favorables que ceux actuellement imposés par cet État membre » (citations omises).

Parmi les quatre arrêts rendus en 2016 sur les jeux et paris, le plus emblématique est l'arrêt *Sebat Ince*, rendu par la première chambre sur question préjudicielle d'une juridiction allemande⁽¹⁰²⁾. L'exploitant d'un établissement situé en Bavière et où il était possible de placer des paris sur des événements sportifs se voyait reprocher de se livrer à cette activité d'intermédiation de paris sans autorisation des autorités compétentes du Land. Elle encourait de ce fait des sanctions pénales. Le juge bavarois s'interrogeait toutefois sur la compatibilité de telles sanctions avec le droit de l'Union, et ce à juste titre.

La législation applicable résultait en effet des suites quelque peu compliquées réservées en Allemagne aux arrêts *Stoß* et *Carmen Media Group*⁽¹⁰³⁾, par lesquels la Cour avait indiqué que les juridictions nationales pouvaient considérer comme incompatible avec le droit de l'Union le monopole public des jeux de hasard existant en Allemagne au motif qu'il n'était pas propre à garantir les objectifs d'intérêt général invoqués par le législateur allemand d'une manière cohérente et systématique, en raison notamment des campagnes publicitaires intensives menées par les concessionnaires publics pour promouvoir des jeux de hasard relevant du monopole, y compris des jeux entraînant un risque d'assuétude particulièrement élevé⁽¹⁰⁴⁾. Suite à ces arrêts, toutes les juridictions allemandes appelées à appliquer les dispositions allemandes établissant ce monopole les avaient écartées.

Il existait toutefois des divergences de jurisprudence sur les conséquences pratiques de la lacune ainsi créée dans l'ordre juridique interne. En droit national, la situation était d'autant moins simple que les dispositions en cause

étaient issues d'un traité entre *Länder*, qui aurait dû être révisé lorsqu'il venait à expiration, mais ne l'avait pas été, ce qui avait conduit les *Länder*, par souci de sécurité juridique, à reprendre ses dispositions dans leur droit régional. Certaines juridictions allemandes avaient considéré que le monopole était incompatible avec le droit de l'Union, mais que cela n'emportait pas pour autant une libéralisation complète du marché des jeux et paris et qu'il restait possible de soumettre les opérateurs à un régime d'autorisation préalable. Un tel régime n'avait évidemment pas été prévu pour les opérateurs privés, puisque le droit existant n'envisageait pas leur entrée sur le marché.

Pour combler cette lacune du droit interne – lacune qui perdurait en raison de la complexité que représente la compétence des États fédérés dans cette matière –, les administrations régionales compétentes, avec l'appui de certaines juridictions allemandes, avaient alors eu recours à une construction assez bancal : elles avaient appliqué *mutatis mutandis* aux opérateurs privés les conditions prévues initialement pour les opérateurs publics recevant une délégation du monopole. Ce régime d'autorisation mal taillé avait toutefois présenté des difficultés d'application et aucune autorisation « fictive » (c'est le terme utilisé dans l'arrêt) n'avait été accordée. Dans ces conditions, pouvait-on vraiment reprocher à M^{me} Ince de ne pas avoir obtenu une autorisation administrative qui n'était pas réellement disponible ?

La Cour répond par la négative en s'appuyant sur la jurisprudence qui impose aux régimes d'autorisation préalable d'être fondés sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance⁽¹⁰⁵⁾. En l'espèce, la Cour relève

(102) CJUE 4 févr. 2016, aff. C-336/14, *Sebat Ince*, EU:C:2016:72.

(103) CJUE 8 sept. 2010, aff. C-316/07, C-358/07 à C-360/07, C-409/07 et C-410/07, *Stoß e.a.*, EU:C:2010:504 ; *Carmen Media Group*, aff. C-46/08, EU:C:2010:505.

(104) CJUE 4 févr. 2016, aff. C-336/14, *Sebat Ince*, préc., pt 27.

(105) CJUE 4 févr. 2016, aff. C-336/14, *Sebat Ince*, préc., pts 56-59.

tout particulièrement que cette dernière condition n'est pas remplie, car on ne peut exclure que les opérateurs privés ne puissent connaître ni la procédure à suivre afin de solliciter une autorisation, ni les conditions dans lesquelles une telle autorisation leur sera accordée¹⁰⁶. En somme, le bricolage administratif qui avait conduit à un régime d'autorisation non prévu par la loi ne pouvait remédier à l'incompatibilité du droit allemand des jeux et paris avec le droit de l'Union.

Dans l'affaire au principal, la conséquence pratique est que M^{me} Ince doit être relaxée. Plus généralement, cela signifie que le marché est libéralisé. En effet, M^{me} Ince collectait des paris pour le compte d'une société établie en Autriche¹⁰⁷. Cette société autrichienne était titulaire d'une autorisation dans son État membre d'établissement. La solution à laquelle arrive la Cour, de manière tout à fait convaincante sur le plan juridique, aboutit donc à laisser un opérateur établi dans un État membre (l'Autriche) prester des services dans un autre État membre (l'Allemagne) sur la base du droit de son pays d'origine. Dans tout autre domaine que celui des jeux et paris, il n'y aurait là rien d'étonnant, sinon peut-être que l'application pure et simple du principe du pays d'origine est rare en pratique. Mais au regard de la jurisprudence particulière à ce secteur, qui admet la réglementation des activités d'organisation de jeux de hasard et de collecte de paris par l'État de la prestation, le résultat est pour le moins frappant. Faute d'avoir

mis son droit en conformité avec le droit de l'Union, l'Allemagne voit son secteur des jeux et paris *de facto* libéralisé. *De facto* et non *de jure*, puisque la Cour prend soin de préciser qu'il est loisible à l'État membre concerné de réformer le monopole existant pour le rendre compatible avec les dispositions du traité ou de libéraliser à condition que le régime d'autorisation réponde aux exigences rappelées ci-dessus¹⁰⁸. En quelque sorte, la libéralisation de fait constitue une forme de sanction du manquement constaté par ses juridictions.

L'État de la prestation (ici l'Allemagne) semble bien démuni. Le principe de reconnaissance mutuelle, lorsqu'il s'applique, permet d'aboutir à un constat de non-équivalence et donc de justifier l'application de la réglementation par l'État de la prestation à un opérateur autorisé dans son pays d'origine. Mais la Cour a écarté de manière non équivoque ce principe en matière de jeux et paris depuis l'arrêt *Liga Portuguesa*¹⁰⁹. Il y aurait là une belle question préjudicielle à poser à la Cour. Du reste, le problème ici n'est pas celui du droit applicable (en l'espèce autrichien ou allemand). Nul ne conteste l'applicabilité en principe du droit allemand. C'est la contrariété persistante de ce droit avec le droit de l'Union qui paralyse les autorités publiques. En dehors d'une bonne réforme – sur laquelle tous les *Länder* s'accordent – point de salut¹¹⁰.

A.-L. S.

(106) Pt 59.

(107) Incidemment, c'est ce qui établissait un lien de rattachement entre la situation et la liberté de prestation de services, car M^{me} Ince étant de nationalité turque n'aurait pu invoquer le bénéfice de la libre prestation de services : pt 42.

(108) Pt 55.

(109) CJCE 8 sept. 2009, aff. C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International*, EU:C:2009:519, pt 69.

(110) Deux autres arrêts rendus en 2016 illustrent que le salut est une affaire subtile dans cette matière aussi. La réforme adoptée en Italie suite à l'arrêt *Costa et Cifone* (aff. C-72/10 et C-77/10, EU:C:2012:80) fait l'objet de plusieurs questions préjudicielles. Dans l'arrêt *Politanò* (aff. C-225/15, EU:C:2016:645) est en cause l'exigence de deux attestations bancaires pour prouver la solidité financière d'une entreprise candidate à une licence. Cette exigence semble conforme au droit de l'Union, sous réserve du contrôle de proportionnalité, qui est renvoyé au juge national. Dans l'arrêt *Laezza* (aff. C-375/14, EU:C:2016:60), une autre disposition de la même réglementation est cette fois jugée non conforme au droit de l'Union, sous réserve d'un contrôle de proportionnalité formellement renvoyé au juge national. La disposition en cause prévoit que les preneurs de paris doivent, s'ils ne sont plus autorisés à pratiquer cette activité, céder à titre gratuit les biens matériels et immatériels servant à l'activité. Cette obligation d'abandonner les biens commerciaux peut être invoquée, de façon semble-t-il assez discrétionnaire, par une autorité publique non seulement à titre de sanction, en cas de révocation d'une autorisation, mais aussi dans le cas où l'autorisation vient simplement à expiration.

10. Les régimes d'autorisation en matière de liberté d'établissement à l'épreuve de la directive Services

[CJUE 14 juill. 2016, aff. jtes C-458/14 et C-67/15, *Promoimpresa*, EU:C:2016:558 ; CJUE 16 nov. 2016, aff. C-316/15, *Hemming* e.a., EU:C:2016:879]

Dans trois affaires portées devant elle en 2016, la Cour de justice apporte quelques éclaircissements utiles sur l'interprétation des dispositions de la directive 2006/123/CE, dite directive Services, relatives aux régimes d'autorisations en matière de liberté d'établissement.

Les affaires jointes *Promoimpresa* et *Melis*⁽¹¹¹⁾ concernent des autorisations sur le domaine maritime ou lacustre et destinées à l'exercice d'activités touristico-récréatives. Le droit italien applicable en la matière prévoit la prorogation *ex lege* de la date d'échéance des autorisations en cours et semble dès lors se heurter à l'article 12 de la directive Services⁽¹¹²⁾, qui impose expressément que les autorisations soient octroyées pour une durée limitée, à l'expiration de laquelle leur bénéficiaire ne peut jouir ni d'un renouvellement automatique ni de tout autre avantage⁽¹¹³⁾.

Laissant au juge national le soin de trancher la question de savoir si les autorisations en cause au principal relèvent du champ d'application de l'article 12 de la directive Services⁽¹¹⁴⁾, la Cour déclare, sans surprise, que, si tel est le cas, le texte même de cet article exclut une prorogation *ex lege* de la date d'échéance des autorisations, car elle équivaut à un renouvellement automatique de ces dernières⁽¹¹⁵⁾. En outre, une

telle prorogation ne permet pas l'organisation d'une procédure de sélection entre les candidats potentiels, telle que prévue par l'article 12, paragraphe 1, de la directive Services⁽¹¹⁶⁾.

Certes, poursuit la Cour, l'article 12, paragraphe 3, de la directive Services autorise les États membres à tenir compte de considérations liées à des raisons impérieuses d'intérêt général, mais uniquement lors de l'établissement des règles régissant la procédure de sélection des candidats potentiels⁽¹¹⁷⁾. En l'espèce, puisqu'aucune procédure de sélection n'a été organisée lors de l'octroi initial des autorisations concernées, l'État italien ne peut valablement invoquer de raison impérieuse d'intérêt général. Il ne peut dès lors faire valoir que la prorogation automatique des autorisations concernées est nécessaire afin de préserver la confiance légitime de leurs titulaires et d'amortir les investissements effectués par ces derniers⁽¹¹⁸⁾. Par ailleurs, le principe de protection de la confiance légitime suppose une appréciation au cas par cas, visant à démontrer que le titulaire de l'autorisation a pu légitimement s'attendre à ce que son autorisation soit renouvelée et qu'il a fait les investissements correspondants. Partant, ce principe ne peut justifier une prorogation automatique des autorisations qui soit générale et établie dans la loi⁽¹¹⁹⁾.

(111) CJUE 14 juill. 2016, aff. jtes C-458/14 et C-67/15, *Promoimpresa*, EU:C:2016:558.

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

(113) Dir. Services, art. 12, § 2.

(114) Arrêt commenté, pt 43.

(115) Arrêt commenté, pt 50. V. égal. concl. av. gén. Szpunar ss l'arrêt commenté, présentées le 25 févr. 2016, EU:C:2016:122, pt 83.

(116) Arrêt commenté, pt 51.

(117) Arrêt commenté, pts 53 à 54.

(118) Arrêt commenté, pt 55. V. égal. concl. av. gén., pts 85 à 91.

(119) Arrêt commenté, pt 56. V. égal. concl. av. gén., pts 92 à 93.

Dans une troisième affaire, *Hemming e.a.*¹²⁰, des détenteurs de licences pour des sex-shops au Royaume-Uni contestent devoir payer une redevance à verser lors de l'introduction d'une demande d'octroi ou de renouvellement d'une licence d'établissement de commerce de sexe. Cette redevance est destinée à couvrir le coût du traitement administratif de la demande, ainsi que celui de l'inspection des locaux après l'octroi de la licence afin d'identifier et de poursuivre les personnes qui exploitent sans licence des établissements de commerce de sexe. La partie relative au traitement administratif de la demande est non remboursable, tandis que celle relative à la gestion du régime de licence est récupérable en cas de rejet de la demande.

La Cour est ici amenée à se prononcer sur l'interprétation de l'article 13, paragraphe 2, de la directive Services, qui dispose que les charges pouvant découler des procédures d'autorisation pour les demandeurs doivent être « raisonnables et proportionnées aux coûts des procédures d'autorisation et ne pas dépasser le coût des procédures ». Elle procède à cette interprétation, conformément à sa jurisprudence, en tenant compte à la fois des termes de la disposition à interpréter, de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elle fait partie¹²¹.

Est sans importance, dans ce cadre, le fait que la redevance due par un demandeur lui soit remboursée en cas de rejet de sa demande de licence¹²². En effet, « le fait de devoir payer une redevance constitue une obligation financière, et donc une charge, dont le demandeur doit s'acquitter pour que sa demande soit prise en considération, indépen-

damment du fait que le montant puisse en être récupéré ultérieurement en cas de rejet de cette demande »¹²³. La Cour s'appuie également à cet égard sur l'objectif de l'article 13 de la directive Services, qu'elle déduit des considérants de cette directive, qui est d'empêcher que certains aspects des procédures d'autorisation ne découragent l'accès aux activités de services¹²⁴.

Ensuite, la Cour évite habilement – on peut le regretter – l'écueil de l'interprétation de la notion de « charges raisonnables et proportionnées aux coûts des procédures d'autorisation » contenue à l'article 13, paragraphe 2, de la directive Services, en déclarant que cet article proscriit en tout état de cause que ces charges dépassent le coût des procédures d'autorisation. La seule question qui demeure alors est celle de savoir si les coûts liés à la gestion et à la police du régime d'autorisation dans son ensemble, tels que ceux en cause en principal, sont susceptibles de relever de la notion de « coût des procédures »¹²⁵. La Cour y répond par la négative en se fondant à nouveau sur l'objectif de l'article 13, paragraphe 2, de la directive Services. En effet, cet objectif, qui est de faciliter l'accès aux activités de services, ne serait pas servi par une exigence de préfinancement des coûts de la gestion et de la police du régime d'autorisation concerné, comprenant notamment les coûts liés au contrôle du respect de cette police¹²⁶. Par conséquent, l'exigence du paiement, au moment de l'introduction d'une demande d'octroi ou de renouvellement d'autorisation, d'une redevance dont une partie correspond aux coûts liés à la gestion et à la police du régime d'autorisation concerné viole la directive Services.

A. Z.

(120) CJUE 16 nov. 2016, aff. C-316/15, *Hemming e.a.*, EU:C:2016:879.

(121) Arrêt commenté, pt 27 et jurisprudence citée.

(122) Arrêt commenté, pt 28.

(123) Arrêt commenté, pt 28.

(124) Arrêt commenté, pt 28.

(125) Arrêt commenté, pt 30.

(126) Arrêt commenté, pt 33.

11. Toujours trop tôt pour une libre circulation de l'énergie verte ?

[CJUE 29 sept. 2016, aff. C-492/14, *Essent Belgium*, EU:C:2016:732]

Des réglementations régionales qui accordent la gratuité de la distribution d'électricité verte à la seule électricité injectée directement par les producteurs sur le réseau de distribution régional et/ou national violent le droit du marché intérieur.

À la suite des arrêts *Ålands Vindkraft* et *Essent Belgium* rendus en 2014¹²⁷, la question de la compatibilité avec le marché intérieur de dispositions nationales relatives à l'électricité verte a de nouveau été déferée à la Cour de justice. Ne sont toutefois plus en cause des régimes nationaux de soutien à la production d'électricité verte moyennant l'octroi de certificats verts, mais des réglementations régionales qui accordent la gratuité de la distribution d'électricité verte à la seule électricité injectée directement par les producteurs sur le réseau de distribution régional et/ou national, à l'exclusion de l'électricité injectée d'abord dans un réseau de transport.

Rappelons que l'Avocat général Bot avait estimé en 2013 et en 2014 que les régimes nationaux de soutien à la production d'électricité verte étaient incompatibles avec la libre circulation des marchandises, en ce qu'ils ne pouvaient être valablement justifiés par l'objectif de protection de l'environnement¹²⁸. En effet, selon l'Avocat général, les limites territoriales sur lesquelles se fondaient ces régimes de soutien n'avaient pas lieu

d'être au vu de la dimension supranationale des questions environnementales. Ce raisonnement avait été écarté par la Cour, qui avait au contraire jugé que le secteur de l'électricité verte n'avait pas fait l'objet d'une harmonisation suffisante, de sorte que le rôle des États membres y demeurerait déterminant¹²⁹.

Dans ses conclusions sous le second arrêt *Essent Belgium*, présentées en 2016, l'Avocat général Bot déclare à plusieurs reprises regretter la position alors adoptée par la Cour, mais s'y conforme néanmoins, ne voulant pas livrer « un combat d'arrière-garde »¹³⁰. Il conclut ainsi que le raisonnement alors tenu par la Cour en matière de régime de soutien à l'électricité verte est transposable à un régime de distribution gratuite de l'électricité verte, si bien que le régime régional en cause au principal devrait être déclaré compatible avec la libre circulation des marchandises.

De nouveau, la Cour ne s'aligne pas sur les conclusions de l'Avocat général. Dans l'arrêt *Essent Belgium* rendu le 29 septembre 2016, la juridiction européenne considère que l'objectif légitime de promotion de la production d'électricité verte ne peut justifier que la gratuité de la distribution ne soit octroyée qu'à la seule électricité verte injectée directement dans le réseau de distribution régional et/ou national¹³¹. En effet, selon la Cour, une distinction doit être opérée

(127) CJUE 1^{er} juill. 2014, aff. C-573/12, *lands Vindkraft*, EU:C:2014:2037 et CJUE 11 sept. 2014, *Essent Belgium*, aff. jtes C-204 à C-208/12, EU:C:2014:2192. V. obs. A. Zians, Trop tôt pour une libre circulation de l'électricité verte, cette chronique, RTD eur. 2015. 265.

(128) Concl. av. gén. Bot ss l'arrêt *Essent Belgium*, aff. jtes C-204 à C-208/12, présentées le 8 mai 2013, EU:C:2013:294, pts 5 et 115, et sous l'arrêt C-573/12, *lands Vindkraft*, présentées le 28 janv. 2014, EU:C:2014:37, pts 6 et 110.

(129) CJUE 1^{er} juill. 2014, aff. C-573/12, *lands Vindkraft*, EU:C:2014:2037, préc., pt 94 ; et CJUE 11 sept. 2014, *Essent Belgium*, aff. jtes C-204 à C-208/12, EU:C:2014:2192, préc., pt 97.

(130) Concl. av. gén. Bot sous l'arrêt *Essent Belgium*, aff. C-492/14, préc., présentées le 14 avr. 2016, EU:C:2016:257, pt 4. V. égal. pt 83.

(131) CJUE 29 sept. 2016, aff. C-492/14, *Essent Belgium*, EU:C:2016:732, préc., pt 116.

entre les régimes nationaux de soutien à l'électricité verte sous forme d'obligations d'achat ou de certificats verts, qui ont pour objet d'accorder de manière certaine et effective un soutien direct aux producteurs d'électricité verte ¹³², et les régimes de gratuité de la distribution d'électricité verte, qui bénéficient au premier chef aux fournisseurs d'électricité verte ¹³³. Ces derniers régimes n'offrent « aucune certitude quant au fait que l'avantage économique qu'il[s] procure[nt] ainsi aux fournisseurs sera, *in fine*, effectivement et essentiellement appelé à bénéficier aux producteurs d'électricité verte » ¹³⁴.

Par conséquent, vu le « caractère ainsi tout à la fois indirect, incertain et aléatoire » du soutien pouvant résulter de la gratuité de la distribution pour le producteur d'électricité verte lui-même,

la Cour met en doute l'aptitude des régimes régionaux en cause au principal à atteindre l'objectif de promotion de la production d'électricité verte ¹³⁵. La Cour juge ainsi que les réglementations régionales en cause portent des atteintes disproportionnées et, partant, injustifiées au libre accès des tiers aux réseaux de distribution dans des conditions non discriminatoires, prévues par le droit dérivé ¹³⁶, ainsi qu'à la libre circulation des marchandises ¹³⁷.

Il faut en conclure que si une libre circulation complète de l'électricité verte au sein du marché intérieur ne semble pas encore être d'actualité, l'électricité verte importée doit à tout le moins pouvoir être distribuée dans les mêmes conditions que l'électricité verte nationale.

A. Z.

12. Blanchiment d'argent, financement du terrorisme et transfert de fonds

(CJUE 10 mars 2016, aff. C-235/14, *Safe Interenvios*, EU:C:2016:154)

Les États membres peuvent prévoir des mesures de vigilance renforcées à l'égard des établissements de paiement, à condition de fonder celles-ci sur une évaluation du niveau de risque de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, évaluation qui doit par ailleurs exclure toute présomption irréfragable.

Dans l'arrêt *Safe Interenvios*, la Cour connaît d'un litige portant sur la transposition en droit espagnol de la directive 2005/60/CE sur le blanchiment de capitaux ¹³⁸. Cette directive prévoit que certains établissements ou personnes doivent, dans une série de situations identifiées comme présentant des

(132) Arrêt commenté, pts 109 à 111 et 116.

(133) Arrêt commenté, pts 61 et 112.

(134) Arrêt commenté, pt 113. V. égal. pt 114.

(135) Arrêt commenté, pt 115.

(136) V. not. art. 20, § 1, de la Dir. 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, JOUE n° L 176, p. 37-56. Cette directive a été depuis lors abrogée par la Dir. 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juill. 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.

(137) Arrêt commenté, pt 116.

(138) Dir. 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 oct. 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, JOUE n° L 309, p. 15-36 (3^e directive). Cette directive a été depuis lors abrogée par la Dir. (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (4^e directive). Une modification de cette dernière directive est actuellement à l'étude au sein des institutions européennes, v. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1732_fr.htm?locale=FR.

risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, appliquer à l'égard de leur clientèle des mesures de vigilance. Ces mesures peuvent être de trois types – renforcées, normales ou simplifiées – selon que la situation en l'espèce comporte un risque plus ou moins grand de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme. Ainsi, des obligations simplifiées de vigilance s'appliquent lorsque le client d'un établissement ou d'une personne soumis à la directive est un établissement de paiement, étant lui-même soumis à la directive. La législation espagnole transposant la directive sur le blanchiment de capitaux liste une série de situations qui, par leur nature, peuvent présenter un risque élevé de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme et qui appellent dès lors l'application de mesures de vigilance renforcées à l'égard de la clientèle. Parmi de telles situations figurent notamment les services de transfert de fonds.

Safe Interenvios est un établissement de paiement qui gère le transfert de fonds vers d'autres États membres ou vers des États tiers par l'intermédiaire de comptes dont il est titulaire auprès d'établissements de crédit. Après que Safe Interenvios a refusé de fournir les informations demandées par trois établissements de crédit qui le suspectaient de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme, ces établissements ont clôturé les comptes dont Safe Interenvios était titulaire auprès d'eux. Safe Interenvios a contesté en justice les clôtures de ses comptes, soutenant qu'il s'est agi de pratiques commerciales déloyales.

Est alors déférée à la Cour de justice la question du respect, par la législation

espagnole, de la directive sur le blanchiment de capitaux. En effet, tandis que la directive pose comme principe que les établissements de paiement font l'objet de mesures de vigilance simplifiées, la législation espagnole autorise l'adoption de mesures de vigilance renforcées à l'égard des établissements de paiement prestant des services de transfert de fonds. Après avoir établi que la législation espagnole s'inscrit dans la marge de manœuvre que la directive sur le blanchiment d'argent laisse aux États membres¹³⁹, la Cour de justice examine les conditions auxquelles est subordonné l'usage de cette marge de manœuvre.

La Cour considère ainsi que les libertés fondamentales garanties par les traités et singulièrement la libre prestation de services viennent préciser les contours de cette marge. En effet, si la prévention ou la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme constitue certes un objectif légitime permettant que des restrictions soient posées à la libre prestation des services¹⁴⁰, ces restrictions doivent être proportionnées audit objectif.

À cet égard, la Cour juge que si la réglementation nationale « identifie, selon une évaluation adéquate du risque, y compris à l'égard des clients qui sont des établissements de paiement, un risque élevé lié, notamment, à un type de client, de pays, de produit ou de transaction et [...], sur cette base, autorise ou même impose aux établissements et aux personnes soumis à la directive sur le blanchiment de capitaux d'appliquer, selon leur propre évaluation individualisée du risque, des mesures de vigilance adéquates à l'égard de la clientèle », elle est propre à garantir la réalisation

(139) Arrêt commenté, pts 58 à 80. Pour une analyse plus approfondie de ce point, v. A. Lecocq, Arrêt *Safe Interenvios* : quelle vigilance pour les transferts de fonds réalisés par des établissements financiers ?, JDE 2016/6, n° 230, p. 223-224 ; P. de Koster et A. El-Khoury, Quels enseignements tirer de l'arrêt C-235/14 rendu le 10 mars 2016 par la Cour de justice de l'Union européenne en cause de *Safe Interenvios SA contre Liberbank SA e.a.* ?, Rev. dr. pén. entr. 2016/4, p. 297-301.

(140) Arrêt commenté, pts 102 à 103 et jurisprudence citée.

de l'objectif de prévention et de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ¹⁴¹. Une évaluation de l'existence et du niveau de risque de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme lié à un client, un pays, un produit ou une transaction, selon les cas, est dès lors un préalable nécessaire à l'adoption de mesures de vigilance renforcées ¹⁴².

Il importe encore qu'il n'existe pas de moyens moins restrictifs pour les libertés fondamentales permettant d'atteindre le niveau de protection souhaité par l'État membre par rapport au niveau de risque de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme qui a été identifié ¹⁴³. En l'espèce, la Cour conclut que la législation espagnole, en présupposant que

les transferts de fonds transfrontaliers effectués par un établissement de paiement présentent toujours un risque élevé de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme justifiant l'adoption de mesures de vigilance renforcées, sans prévoir la possibilité de réfuter cette présomption de risque pour des transferts de fonds ne présentant objectivement pas un tel risque, n'est pas proportionnée à l'objectif poursuivi de lutte contre le blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme ¹⁴⁴. La Cour finit dès lors par poser quelques balises au pouvoir réglementaire dont disposent les États membres en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

A. Z.

(141) Arrêt commenté, pt 104.

(142) Arrêt commenté, pt 107.

(143) Arrêt commenté, pt 110.

(144) Arrêt commenté, pts 110 à 111.