

LES FONDAMENTAUX DU DROIT DU MARCHÉ INTÉRIEUR

Louis Vogel

Vogel Édition - 30 avenue d'Iéna, 75116 Paris

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

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constitue une contrefaçon au sens des articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

ISBN 978-2-37768-050-4

© - LawLex / Bruylant - 2023

LES PRODUITS LAWLEX

Des ouvrages de synthèse - Juriscience

Traité de droit économique	trations
Tome 1/1 Droit de la concurrence-droit européen	Commentaire Concurrence II
Tome 1/2 Droit de la concurrence-droit français	- Commentaire article par article du Livre IV du Code de commerce
Tome 2 Droit de la distribution	European Competition Law
Tome 3 Droit de la consommation	European Distribution Law
Tome 4 Droit européen des affaires	European Business Law
Concurrence : 10 leçons	French Competition Law
Les métamorphoses du droit de la concurrence	French Distribution Law
Commentaire Concurrence I	French Consumer Law
- Commentaire article par article du TFUE et des règlements procédure et concen-	Metamorphosis of Competition Law
	Französisches Wettbewerbs- und Kartellrecht

Des guides pratiques - Juristrateg

Droit de la négociation commerciale	Droit antidumping
Contrôle européen des concentrations	Compétence judiciaire et reconnaissance des décisions
Contrôle français des concentrations	Le droit économique en 500 conseils
Contrôle européen des aides d'État	Le droit économique de A à Z
Droit de la distribution exclusive	Les grands textes du droit de la concurrence
Droit de la distribution sélective	European Merger Control
Droit de la distribution automobile	French Merger Control
Droit de la franchise	State Aid Law
Droit des agents commerciaux	Global Competition Law
Droit des pratiques commerciales déloyales	Motor Vehicle Distribution Law
Droit de l'après-vente	Law of the Internal Market
Droit du marché intérieur	Anti-Dumping Law
	Jurisdiction and Recognition of Judgments
	Competition Law Digest

Des manuels pour les professionnels - Les Fondamentaux

Les Fondamentaux du droit de la concurrence I	Les Fondamentaux du droit de la distribution
- Pratiques anticoncurrentielles	Les Fondamentaux du droit de la consommation
Les Fondamentaux du droit de la concurrence II	Les Fondamentaux du droit du marché intérieur
- Pratiques déloyales et abusives	

Des dossiers thématiques - Les Dossiers CDC

La rupture brutale de relations commerciales établies	L'enquête de concurrence
Le déséquilibre significatif	- droit européen
La convention écrite	L'action civile de concurrence
L'enquête de concurrence	La réforme du droit des contrats
- droit français	L'expertise

Un code annoté

Code de la concurrence	- droits européen et français
------------------------	-------------------------------

SOMMAIRE

TITRE I

Libre circulation des marchandises

CHAPITRE I Champ d'application

CHAPITRE II Prohibition des mesures d'effet équivalent

CHAPITRE III Limites à la prohibition

TITRE II

Libre circulation des personnes et des services

CHAPITRE I Champ d'application

CHAPITRE II Prohibition des restrictions à la liberté d'établissement et de prestation de services

CHAPITRE III Limites à la prohibition

CHAPITRE IV Directives de libération

CHAPITRE V Directives d'harmonisation

TITRE III

Libre circulation des capitaux

CHAPITRE I Champ d'application

CHAPITRE II Prohibition des restrictions à la liberté de circulation des capitaux

CHAPITRE III Limites à la prohibition

Du point de vue de la liberté des échanges, l'Union européenne représente une **union douanière**, forme d'intégration régionale dont la licéité est reconnue par l'article XXIV du GATT (*General Agreement On Tariffs And Trade*), repris par le Traité instituant l'OMC (Organisation mondiale du commerce) : **les États membres non seulement suppriment toute restriction aux échanges entre eux (zone de libre échange), mais aussi ajoutent à cet aspect interne une composante externe en établissant à leurs frontières un tarif extérieur commun (TEC).**

Mais l'Union européenne n'est pas seulement une union douanière. Dès l'origine, les rédacteurs du Traité de Rome ont voulu créer une union économique, politique et sociale entre les États membres. **Introduit par l'Acte unique européen, l'actuel article 26 TFUE souligne que «le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée».**

A RETENIR

Le marché intérieur, qui a pour but d'abolir les obstacles et de simplifier les réglementations, repose sur quatre piliers - libre circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux - qui doivent assurer aux ressortissants des États membres, personnes morales ou physiques : le droit de vivre, de travailler, de faire des études ou de prendre sa retraite dans un autre pays de l'Union ; une concurrence accrue qui s'accompagne d'une baisse des prix, d'une diversification de la gamme des produits commercialisés et qui assure un meilleur niveau de protection ; la possibilité de faire des affaires dans d'autres États membres.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- la liberté de circulation des marchandises (Titre 1) ;
- la liberté de circulation des personnes et des services (Titre 2) ;
- la liberté de circulation des capitaux (Titre 3).

TITRE I

Libre circulation des marchandises

A RETENIR

Le principe de libre circulation des marchandises représente un élément essentiel de la construction européenne puisque celle-ci a pour objet, selon l'article 3 TUE, l'établissement d'un marché intérieur. Il constitue l'une des quatre libertés fondamentales de l'Union.

L'objectif des rédacteurs du **Traité de Rome n'était pas seulement d'éliminer les obstacles directs aux échanges** (les droits de douane ont été supprimés entre les six États membres d'origine dès le 1er juillet 1968) mais aussi d'empêcher les États de restaurer de façon déguisée des barrières tarifaires ou fiscales ou des contingentements.

Le droit douanier (art. 30 et s. TFUE) prohibe ainsi toute taxe d'effet équivalant à un droit de douane. De même, l'article 110 TFUE interdit les impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, qui frappent plus lourdement les produits des autres États membres que les produits nationaux similaires.

L'élimination des restrictions quantitatives aux échanges est envisagée par les articles 34 TFUE et suivants. L'article 37 TFUE impose une obligation spécifique d'aménagement des monopoles nationaux présentant un caractère commercial. Les articles 34 et 35 TFUE prévoient l'élimination (obligation de suppression et de «standstill») de toute mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation ou à l'exportation. Ces textes sont directement applicables et peuvent donc être invoqués par les particuliers devant le juge national. Cependant, un certain nombre d'exceptions à la libre circulation des marchandises ont été maintenues.

Le règlement 2679-98 du 7 décembre 1998 a doté la Commission d'instruments de lutte contre les atteintes graves à la libre circulation des marchandises. Le texte s'applique à toute entrave à la libre circulation des marchandises entre les États membres, imputable à un État membre du fait de son action ou de son inaction, susceptible de constituer une violation des articles 34 à 36 TFUE (art. 1er). L'entrave doit provoquer une perturbation grave à la libre circulation, causer des dommages sérieux aux particuliers lésés et rendre nécessaire une action immédiate pour mettre fin à ses effets. L'inaction de l'État membre consiste dans le fait de ne pas prendre les mesures nécessaires pour faire cesser l'entrave résultant des actions menées par des personnes privées, à l'exclusion de l'exercice de droits fondamentaux comme le droit de grève (art. 3 TUE).

A RETENIR

Le règlement 2679-98 met en place une procédure d'alerte. L'État membre, concerné ou non, qui constate une entrave ou un risque d'entrave à la libre circulation doit en informer la Commission, laquelle transmet ces informations, ainsi que toute information, quelle qu'en soit l'origine, qu'elle juge pertinente, à l'État concerné et aux autres États membres : l'État membre concerné doit en outre répondre à la demande d'informations de la Commission ou d'autres États membres dans les meilleurs délais ;

lorsque l'entrave se produit, l'État membre est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires et proportionnées de manière à assurer la libre circulation des marchandises sur son territoire ainsi que d'informer la Commission des mesures projetées, laquelle transmet ces informations aux États membres.

Le texte n'accorde à l'autorité européenne qu'un faible pouvoir d'action, puisque la notification prévue n'est assortie d'aucune sanction. Toutefois, la Commission n'est pas désarmée dès lors que la mise en œuvre de la procédure du règlement ne constitue pas une condition préalable à une action au titre de l'article 258 TFUE.

PLAN

Nous envisagerons successivement :

- le champ d'application du principe de libre circulation des marchandises (Chapitre I) ;
- la prohibition des mesures d'effet équivalent (Chapitre II) ;
- les limites à la prohibition (Chapitre III).

CHAPITRE I Champ d'application

SECTION 1

Champ d'application *rationae materiae*

I. Marchandises européennes

- A. Notion de marchandises
- B. Produits originaires et produits en libre pratique
- C. Produits licites

II. Transit européen

III. Relations avec les autres règles du traité

- A. Libre prestation de services
- B. Liberté d'établissement

SECTION 2

Champ d'application *rationae loci*

I. États tiers

II. Territoire européen

III. Pays et territoires d'outre-mer

IV. Départements d'outre-mer

CHAPITRE I Champ d'application

PLAN

Le champ d'application de la libre circulation des marchandises peut être défini dans deux dimensions :

- *ratione materiae* ;
- *ratione loci*.

SECTION 1

Champ d'application *rationae materiae*

PLAN

Pour déterminer le champ d'application matériel de la libre circulation des marchandises, il convient de :

- définir la notion de marchandises européennes ;
- déterminer la notion de transit européen ;
- préciser son articulation avec les autres règles du Traité.

I. Marchandises européennes

PLAN

Les marchandises européennes visées à l'article 28 TFUE se définissent :

- par leur nature ;
- leur origine ou leur provenance ;
- la licéité de leur objet.

A. Notion de marchandises

A RETENIR

L'article 28 TFUE précise que l'Union est fondée sur une union douanière qui « s'étend à l'ensemble des échanges de marchandises ». La notion de marchandises est comprise largement par les autorités européennes. Elle recouvre toutes les catégories de biens ou marchandises importés ou exportés, dès lors qu'il s'agit de « produits appréciables en argent et susceptibles, comme tels, de former l'objet de transactions commerciales ». Les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises s'appliquent non seulement aux produits finis mis en circulation par les fabricants mais aussi aux matières premières et produits intermédiaires importés ainsi qu'aux réimportations.

Il en est ainsi des biens de nature artistique, historique, archéologique ou ethnographique, des produits agricoles et de la pêche, des produits industriels, de l'électricité, des pièces de monnaie qui n'ont plus cours légal, des produits stupéfiants utilisés à des fins médicales ou pharmaceutiques ou des déchets, même non recyclables et non réutilisables, qui, bien que dépourvus de valeur commerciale, peuvent faire l'objet de transactions commerciales pour

leur élimination ou leur mise en décharge.

Les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises s'appliquent non seulement aux produits finis mis en circulation par les fabricants mais aussi aux matières premières et produits intermédiaires importés ainsi qu'aux réimportations.

B. Produits originaires et produits en libre pratique

A RETENIR

Selon l'article 28 TFUE, le principe de libre circulation s'applique non seulement aux produits originaires des États membres, mais encore aux produits en provenance de pays tiers qui se trouvent en libre pratique dans les États membres.

La notion de marchandise de l'Union est définie par le Code des douanes de l'Union (Règl. 952-2013 du 9 octobre 2013). Une marchandise constitue une marchandise originaire d'un État membre lorsqu'elle a été entièrement obtenue dans cet État. Les marchandises dans la production de laquelle sont intervenus plusieurs pays ou territoires sont considérées comme originaires de celui où elles ont subi leur dernière transformation substantielle (C. douanes, art. 60). Lorsqu'elle ne présente aucune de ces qualités, la marchandise est dite «non Union».

Pour circuler au sein de l'Union, une marchandise non européenne doit être mise en libre pratique (art. 201, C. douanes). La mise en libre pratique suppose l'accomplissement des formalités d'importation prévues et l'acquiescement des droits de douane et taxes d'effet équivalent exigibles, sans aucune ristourne totale ou partielle de ces droits et taxes (art. 29 TFUE ; art. 201 C. douanes). Le produit doit avoir été soumis à la procédure administrative de dédouanement lors de son importation au sein de l'Union (classement dans la nomenclature tarifaire, identification de son origine, calcul de sa valeur douanière et établissement des droits dus). La seule introduction matérielle des produits sur le territoire douanier de l'Union européenne ne suffit pas à caractériser une première mise dans le commerce de l'Union car l'importateur peut préférer à l'option de la mise en libre pratique celle du transit externe des marchandises non européennes ou de l'entrepôt douanier. La procédure classique de dédouanement consiste pour l'importateur à faire une déclaration de mise en libre pratique dans un bureau compétent ou, s'il y est autorisé, dans ses propres locaux ou d'autres lieux désignés ou agréés par les autorités douanières au moyen d'une procédure de domiciliation. Il peut aussi recourir à une procédure simplifiée consistant à ne remplir qu'une déclaration.

La marchandise mise en libre pratique dans l'Union bénéficie de la règle de l'égalité de traitement, qui permet de l'assimiler aux produits originaires des États membres, notamment en cas de réimportation dans un autre État membre, quelle que soit son origine première. Le produit importé d'un État tiers jouit des mêmes avantages que les produits originaires de l'Union européenne et ne peut plus faire l'objet de nouveaux contrôles ou de nouvelles exigences douanières au sein de l'Union.

Tout procédé administratif établissant une différence de régime de circulation entre les produits originaires de l'Union européenne et ceux originaires des pays tiers est illicite.

L'application pleine et entière du principe d'assimilation suppose cependant l'existence d'une réglementation européenne harmonisant les conditions de commercialisation des produits en libre pratique. À défaut, un État membre peut s'opposer à la commercialisation d'un produit en libre pratique qui ne remplit pas les conditions nationales de mise sur le marché.

C. Produits licites

A RETENIR

Le principe de libre circulation s'applique à toute marchandise introduite sur le territoire européen afin d'y être mise dans le commerce ou d'être intégrée dans le circuit économique. Selon la Cour, tout objet susceptible d'être transporté par-delà une frontière pour donner lieu à des transactions commerciales est soumis à l'article 34 TFUE, quelle que soit la nature de ces transactions. En revanche, les produits dont le commerce est interdit, tels les stupéfiants ou la fausse monnaie, en sont en principe exclus.

Une distinction doit toutefois être faite entre l'importation en contrebande de produits illicites et celle de produits intrinsèquement licites, tels que l'alcool éthylique ou les stupéfiants utilisés à des fins médicales ou pharmaceutiques. Aucune dette douanière ne peut prendre naissance pour l'importation des premiers, alors que l'importation en contrebande des seconds relève du champ d'application de la libre circulation des marchandises : le caractère illicite de la transaction ne saurait les exonérer des taxes normalement dues car il existe un marché licite.

II. Transit européen

A RETENIR

Le transit se définit comme l'acheminement d'une marchandise d'un bureau de douane à un autre, à travers un ou plusieurs États membres ou une portion de territoire, sans mise sur le marché dans l'État de transit.

Le transit, qui n'implique aucune mise sur le marché, ne permet pas à l'État de transit de retenir des marchandises légalement fabriquées dans un État membre et destinées à être mises en circulation dans un État tiers. L'Union douanière caractérisée par la libre circulation des marchandises implique en effet la liberté du transit européen.

Le Code des douanes de l'Union distingue deux formes de transit européen : le transit externe ou interne. **Le transit externe concerne les marchandises «non Union» qui circulent d'un point à un autre du territoire douanier de l'Union sans être soumises aux droits à l'importation, aux autres impositions ou aux mesures de politique commerciale** (art. 226 C. douanes). Ainsi, le titulaire d'une marque ne peut interdire le transit de produits placés sous le régime du transit externe d'un État membre dans lequel sa marque est protégée vers un autre État membre dans lequel une telle protection n'existe pas à moins que ces produits ne fassent l'objet d'une mise dans le commerce dans l'État membre de transit. Le régime de transit externe repose, en effet, sur une fiction juridique selon laquelle les marchandises, importées d'un pays tiers, parcourent un ou plusieurs

États membres avant d'être exportées vers un autre pays tiers, comme si elles n'avaient jamais accédé au territoire européen. Un document administratif unique (DAU), utilisé pour les échanges avec les pays tiers et pour les mouvements de marchandises non européennes au sein de l'UE, permet à la marchandise de traverser différents États sans accomplir de nouvelles formalités avant de parvenir à sa destination finale.

Le transit interne permet la circulation de marchandises de l'Union d'un point à un autre du territoire douanier de l'Union, avec emprunt du territoire d'un pays tiers, sans modification de leur statut douanier (art. 227 C. douanes).

Si chaque État membre doit garantir la libre circulation des marchandises en prenant les mesures nécessaires et appropriées aux fins d'empêcher toute entrave due à des actes de particuliers relatifs au simple transit de marchandises, l'article 36 TFUE autorise les interdictions ou restrictions de transit pour des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale.

III. Relations avec les autres règles du Traité

La notion de marchandises se définit également par rapport aux notions voisines de services ou d'établissement.

A. Libre prestation de services

A RETENIR

La notion de marchandises concerne des biens susceptibles de faire l'objet d'une mise en circulation ou d'un échange sur le territoire de l'Union. La qualité de service est attribuée par défaut aux prestations fournies normalement contre rémunération, qui ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes (art. 57 TFUE).

Mais la frontière entre les deux notions n'est pas toujours aisée à tracer. Si les matériels, supports de son, films et autres produits utilisés pour la diffusion des messages télévisés, les œuvres littéraires et artistiques lorsque leur mise à disposition du public se confond avec la circulation du support matériel de l'œuvre, livre ou disque, les machines à sous, les marchandises d'occasion mises en vente aux enchères publiques et les travaux d'imprimerie constituent des marchandises, les œuvres littéraires et artistiques mises à disposition du public par voie de représentations qui peuvent se répéter à l'infini, la publicité commerciale télévisée, les voyages et les envois internationaux de la poste aux lettres caractérisent des prestations de services.

Lorsqu'une mesure nationale restreint tant la libre circulation des marchandises que la libre prestation des services, la Cour l'examine, en principe, au regard de l'une seulement de ces deux libertés fondamentales s'il s'avère que, dans les circonstances de l'espèce, l'une de celles-ci est tout à fait secondaire par rapport à l'autre et peut lui être rattachée. Selon la règle «l'accessoire suit le principal», la fourniture de marchandises, à l'occasion d'une

prestation de services, est accessoire à celle-ci et relève donc de la liberté de prestation de services. Ainsi, une activité dans le secteur des télécommunications caractérisée par les services fournis par les opérateurs économiques, alors que la livraison d'équipements de télécommunications ne s'y attache que de façon secondaire, qui ne constitue qu'une modalité concrète de fonctionnement du service et n'a d'autre objet que de permettre d'y accéder, doit être examinée au regard de la seule liberté de prestation de services. **Toutefois, lorsqu'il est impossible de déterminer quel aspect de la libre circulation prévaut, la question est examinée simultanément au regard des deux règles.**

B. Liberté d'établissement

A RETENIR

La Cour de justice est plus rarement amenée à concilier les règles relatives à la libre circulation des marchandises avec celles relatives à la liberté d'établissement : une même mesure justifiée au regard de la liberté d'établissement ne peut avoir d'effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises, sauf si des effets autres que ceux découlant indirectement de cette restriction à la liberté d'établissement ne sont identifiés.

Une disposition nationale qui interdit, en raison d'un risque de confusion, l'utilisation d'un nom commercial en tant que désignation spécifique d'une entreprise constitue une restriction à la liberté d'établissement et ne relève pas de l'article 34 TFUE dès lors qu'elle ne produit pas d'autres effets restrictifs que ceux découlant de façon indirecte de la restriction à la liberté d'établissement. Les effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises d'une réglementation nationale susceptible de constituer une entrave à la liberté d'établissement doivent être acceptés au regard de l'article 36 TFUE lorsque cette réglementation est elle-même justifiée au titre de l'article 52 TFUE.

SECTION 2

Champ d'application *rationae loci*

A RETENIR

La réglementation européenne, qui repose sur le principe d'une union douanière, s'applique sur l'ensemble du territoire douanier de l'Union.

Toutefois, le commerce intracommunautaire relève seul des articles 34 et suivants TFUE, car les restrictions aux importations en provenance des États tiers sont appréhendées par les dispositions relatives à la politique commerciale commune ou par les mesures unilatérales ou conventionnelles prises par l'Union sur la base de ces dispositions. En outre, la prohibition ne concerne pas, en raison de son champ d'application limité, les situations purement nationales.

I. États tiers

Dans leurs relations avec les États tiers, les États membres sont tenus d'appliquer le tarif douanier commun et la politique commerciale commune. Ils **ne peuvent ajouter**

unilatéralement des redevances nationales aux droits dus en vertu de ce tarif commun. Seules les disparités fiscales et commerciales nationales, qui existaient à la date d'introduction du tarif douanier commun le 1er juillet 1968, demeurent applicables, à défaut d'intervention des autorités européennes.

II. Territoire européen

Les dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne s'appliquent aux territoires des États membres tels que précisés par l'article 355 TFUE. Outre les vingt-huit États membres et leurs possessions insulaires, le territoire européen comprend les territoires européens dont un État membre assure les relations extérieures ou ceux, qui, comme Monaco, sont considérés par le Code des douanes de l'Union comme faisant partie du territoire douanier de l'Union.

III. Pays et territoires d'outre-mer

Les États membres ont convenu d'associer à l'Union les pays et territoires d'outre-mer (art. 198 TFUE). Ces territoires font partie de l'union douanière : conformément aux dispositions de l'article 30 TFUE, **les droits de douane appliqués dans ces pays et territoires et frappant les marchandises importées d'un autre État membre ou d'un autre de ces pays et territoires sont interdits, excepté lorsque leur perception répond aux nécessités de leur développement et aux besoins de leur industrialisation ou, pour les droits de caractère fiscal, a pour but d'alimenter leur budget** (art. 200 TFUE). La dérogation concerne tant les droits de douane que les taxes d'effet équivalent à des droits de douane.

En outre, l'établissement ou la modification de taxes frappant les marchandises importées dans les pays et territoires ne doit pas donner lieu, en droit ou en fait, à une discrimination directe ou indirecte entre les importations en provenance des divers États membres (art. 200, paragr. 5, TFUE). Même s'ils se présentent comme des pays et territoires associés ayant des liens particuliers avec l'Union européenne, les pays et territoires d'outre-mer se trouvent à son égard dans la même situation qu'un État tiers mais bénéficient d'un régime spécial, défini aux articles 198 à 203 TFUE, qui implique la non-application des dispositions générales du Traité en l'absence de référence expresse. Enfin, certaines possessions des États membres qui ne figurent pas à l'annexe II et ne bénéficient donc pas de ce régime spécial dérogatoire, ne sont pas soumises à la réglementation douanière et à la libre circulation des marchandises.

Seuls les produits originaires, à savoir ceux obtenus ou suffisamment transformés dans ces territoires, bénéficient, en cas d'importation, de l'exemption des droits de douane et taxes d'effet équivalent. Une dérogation peut toutefois être accordée pour des produits non originaires lorsque le développement d'industries existantes ou l'implantation d'industries nouvelles le justifient. Les dispositions relatives à la définition de la notion de produits originaires au sens de l'article 200 TFUE, paragraphe 1, doivent être interprétées à la lumière de l'attitude fondamentalement favorable de l'Union à l'égard des pays et territoires d'outre-mer.

IV. Départements d'outre-mer

A RETENIR

Les dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne s'appliquent, aux termes de l'article 349, aux départements français d'outre-mer, aux Açores, à Madère et aux îles Canaries.

Comme pour les pays et territoires d'outre-mer, le Conseil peut adopter des mesures spécifiques tenant compte de l'aggravation de la situation économique et sociale structurelle de ces départements. Ainsi, les exonérations de l'octroi de mer peuvent être déclarées licites lorsqu'elles s'appliquent indistinctement aux produits introduits et aux produits obtenus dans les départements d'outre-mer, en perturbant le moins possible le fonctionnement du marché intérieur, en contribuant à la promotion ou au maintien d'une activité économique et sociale dans les DOM et en s'insérant dans une stratégie de développement économique et social.

CHAPITRE II Prohibition des mesures d'effet équivalent

SECTION 1

Domaine de la prohibition

I. Existence d'autres règles européennes

- A. Harmonisation européenne
- B. Organisation commune de marché
- C. Rapports avec d'autres dispositions du Traité

II. Mesure étatique ou européenne

- A. Origine de la mesure
- B. Caractéristiques/forme de la mesure

III. Situations purement internes

- A. Notion
- B. Discriminations à rebours

IV. Reconnaissance mutuelle

- A. Fondement
- B. Procédure relative à l'application de certaines règles techniques nationales

SECTION 2

Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation

I. Mesures discriminatoires

II. Mesures indistinctement applicables

- A. Principe
- B. Mesures concernant les caractéristiques du produit
- C. Mesures concernant l'usage du produit
- D. Mesures concernant les modalités de vente

SECTION 3

Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'exportation

CHAPITRE II Prohibition des mesures d'effet équivalent

A RETENIR

Les articles 34 et 35 TFUE interdisent les restrictions quantitatives à l'importation, à l'exportation ou au transit et toutes les mesures d'effet équivalent entre tous les États membres.

Toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce entre États membres doit être considérée comme une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives. Peu importe l'objet de la mesure dès lors qu'elle présente un risque d'entrave par ses effets. La prohibition couvre toute entrave, même d'importance mineure, à la libre circulation des marchandises.

Contrairement au droit de la concurrence, l'article 34 TFUE ne fait pas de distinction entre les mesures qui peuvent être qualifiées de mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative selon l'intensité des effets qu'elles ont sur les échanges au sein de l'Union. Ainsi, une mesure nationale susceptible d'entraver les importations doit être qualifiée de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative même si l'entrave est faible et s'il existe d'autres possibilités d'écoulement des produits importés. De même, une réglementation nationale réservant un tarif postal préférentiel aux publications imprimées sur le territoire national ou remplissant les conditions requises pour être considérées comme des publications nationales, constitue une mesure d'effet équivalent au sens de l'article 34 TFUE même si l'entrave à l'importation est faible au regard de l'influence de la réduction des coûts d'abonnement sur le choix du lecteur.

SECTION 1

Domaine de la prohibition

Le principe de libre circulation implique de supprimer tous les obstacles nationaux à la libre circulation des marchandises au sein du marché intérieur.

PLAN

La prohibition des mesures d'effet équivalent :

- est indissociable de l'existence d'autres règles européennes ;
- s'applique aux mesures d'origine étatique ou européenne ;
- ne couvre pas les mesures nationales régissant une situation purement interne à un État membre ;
- repose sur le principe de reconnaissance mutuelle en l'absence d'harmonisation européenne.

I. Existence d'autres règles européennes

A. Harmonisation européenne

A RETENIR

L'applicabilité des articles 34 à 36 TFUE dépend du degré d'harmonisation européenne, qui, en levant certains obstacles, permet de prévenir, avant tout contentieux, les entraves techniques aux échanges. Dans les cas qui ne sont ni encadrés ni définis par des mesures d'harmonisation, les articles 34 à 36 TFUE conservent leur empire et permettent de combler les lacunes de l'harmonisation. Le principe de reconnaissance mutuelle joue alors tout son rôle, car il oblige, dans tout secteur non harmonisé, chaque État membre à accepter sur son territoire des marchandises commercialisées légalement dans un autre État membre.

En l'absence de règles communes ou harmonisées, il appartient aux États membres d'adopter, chacun pour son territoire, les règles concernant les caractéristiques de composition, fabrication et commercialisation de produits, à condition qu'elles ne soient pas de nature à créer des discriminations au détriment de produits importés ni à entraver l'importation de produits provenant d'autres États membres.

En l'absence d'harmonisation exhaustive, les États membres sont en droit de fixer les normes auxquelles les produits doivent satisfaire sur leur territoire respectif mais leurs réglementations nationales n'échappent pas au champ d'application des articles 34 à 36 TFUE.

Au contraire, lorsqu'une directive technique opère une harmonisation exhaustive, les États membres sont tenus d'accepter la mise sur le marché national d'un produit importé d'un autre État membre dès lors qu'il remplit les conditions visées dans le texte européen, sans pouvoir imposer d'autres conditions. De même, les restrictions d'importations admises au titre de l'article 36 TFUE ne peuvent recevoir application lorsque des directives européennes prévoient l'harmonisation des mesures nécessaires à la réalisation de l'objectif spécifique que poursuit cet article. En outre, lorsqu'une directive européenne d'harmonisation exhaustive définit les mesures qui doivent être prises par les États membres en vue de la protection d'exigences impératives d'intérêt général ou au titre des exceptions prévues à l'article 36 TFUE, ces mesures doivent respecter le principe de proportionnalité.

L'appréciation de la conformité d'une réglementation nationale peut donner lieu à une application distributive des dispositions européennes. Ainsi, l'interdiction de la vente par internet relève de la directive 2000-31 du 8 juin 2000, alors que les conditions de livraison sont soumises à l'article 34 TFUE. De même, des articles de sport permettant de mesurer, en dehors de toute utilisation médicale, le fonctionnement de certains organes du corps humain, qui ne sont pas conçus par leur fabricant pour être employés à des fins médicales, ne doivent pas être soumis à l'obligation de certification requise par la directive 93-42, relative aux dispositifs médicaux, dès lors que dans ce domaine, la protection de la santé des patients et les exigences de la libre circulation des marchandises doivent être conciliées.

Lorsqu'après l'adoption d'une mesure d'harmonisation, un État membre estime né-

cessaire (i) de maintenir des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l'article 36 TFUE ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail ou (ii) d'introduire des dispositions nationales fondées sur des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail en raison d'un problème spécifique surgi après l'adoption de la mesure d'harmonisation, l'article 114 TFUE lui permet de notifier ces mesures à la Commission, en indiquant les raisons de leur maintien ou de leur adoption. La Commission doit se prononcer dans les six mois de la notification. Avant d'approuver ou rejeter les dispositions nationales en cause, elle vérifie que celles-ci ne constituent pas une discrimination arbitraire, une restriction déguisée ou une entrave au fonctionnement du marché intérieur. L'absence de décision dans ce délai vaut approbation. Toutefois, la notification d'un État membre, conformément à l'article 114 TFUE, paragraphes 4 à 9, tendant à la confirmation de dispositions nationales dérogatoires à une directive n'affecte pas l'effet direct de celle-ci, quand bien même la Commission s'est abstenue de réagir à une telle notification.

Un État membre conserve, également, la possibilité de prendre une mesure provisoire pour une ou plusieurs des raisons non économiques visées à l'article 36 TFUE, soumise à une procédure européenne de contrôle, lorsque les mesures d'harmonisation comportent une clause de sauvegarde (art. 114, paragr. 10, TFUE).

Enfin, le juge européen peut permettre aux États membres d'adopter ou de maintenir des dispositions encore plus protectrices.

B. Organisation commune de marché.

A RETENIR

Lorsqu'il existe une organisation commune de marché, les États membres sont tenus de s'abstenir de toute mesure unilatérale même si celle-ci est de nature à servir de soutien à la politique commune de l'Union ou ne concerne que les produits nationaux.

En effet, les dispositions du Traité relatives à la politique agricole commune (art. 38 à 44 TFUE) l'emportent, en cas de divergence, sur les autres règles relatives à l'établissement du marché intérieur telles que le régime prévu par l'article 37 TFUE eu égard aux monopoles nationaux de caractère commercial. Toutefois, les États membres retrouvent leur compétence pleine et entière pour les domaines non couverts par la politique commune, à condition de ne pas mettre en danger les objectifs ou le fonctionnement de l'organisation commune des marchés. Ainsi, lorsqu'un règlement portant organisation commune de marché ne prévoit aucune règle sur la qualité des produits, un État membre peut imposer les mesures nécessaires pour la protection du consommateur ou de la santé publique et la promotion de la qualité de la production nationale. Il peut également être tenu compte des exigences de la politique agricole commune lors de l'appréciation de la licéité des droits de douane perçus par les pays et territoires d'outre-mer.

C. Rapports avec d'autres dispositions du Traité.

Indépendamment de sa coexistence avec les autres libertés fondamentales, la libre circulation des marchandises doit être conciliée avec certaines dispositions spécifiques du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Une application concurrente peut,

dans d'autres cas, se révéler utile à la poursuite des objectifs du Traité.

1. Principe général de non-discrimination

Le principe général de non-discrimination en raison de la nationalité (art. 18 TFUE) n'a vocation à s'appliquer de façon autonome que dans des situations régies par le droit européen qui ne sont pas visées par une règle spécifique de non-discrimination. Toutefois, la portée générale de l'article 18 TFUE peut primer les dispositions spécifiques des articles 34, 36, 56 et 62 TFUE, lorsque la mesure litigieuse affecte indifféremment les échanges de biens et de services.

2. Entraves de nature fiscale

L'article 34 TFUE s'applique de manière générale à toutes les mesures entravant les importations qui ne sont pas déjà spécifiquement visées par d'autres dispositions du Traité, à l'exclusion, donc, des entraves visées à l'article 110 TFUE : une taxe ne peut constituer à la fois une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative aux importations et une imposition intérieure.

3. Aides d'État/Entreprises chargées d'une mission de service public

Si l'aide d'État en cause ne relève pas en elle-même de l'article 34 TFUE, ses modalités peuvent être appréciées au regard de ce texte lorsqu'il est possible, dans l'analyse du régime d'aides, d'isoler des conditions ou éléments qui, bien que faisant partie de ce régime, peuvent être considérés comme n'étant pas nécessaires à la réalisation de son objet ou à son fonctionnement. En revanche, les règles relatives à la libre circulation des marchandises doivent être écartées si elles font échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, des obligations particulières qui incombent à une entreprise chargée d'un service d'intérêt économique général, même si sa survie n'est pas menacée. L'article 106 TFUE, paragraphe 2, peut donc être invoqué pour justifier l'octroi par un État membre à une entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique général de droits exclusifs contraires à l'article 37 TFUE si l'accomplissement de la mission particulière qui incombe à celle-ci ne peut être assuré que par l'octroi de tels droits, à condition que le développement des échanges entre États membres ne soit pas affecté.

4. Obligation de coopération des États membres

Il incombe aux États membres, au titre de l'article 4, paragraphe 3, TUE de prendre toutes les mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Un État membre doit donc prendre les mesures suffisantes pour assurer le respect de la libre circulation des marchandises. Son abstention s'interprète comme une violation de son obligation de coopération loyale.

II. Mesure étatique ou européenne

A. Origine de la mesure.

A RETENIR

La prohibition édictée par les articles 34 et 35 TFUE concerne les États membres, qui doivent s'abstenir de prendre des mesures unilatérales restrictives ou d'effet équivalent. Comme en matière d'aides d'État, la mesure doit être imputable à l'État. En principe, seules les mesures étatiques sont donc visées par la prohibition, à l'exclusion des actes ou comportements imputables à des personnes privées ou des groupements professionnels, sauf si l'organisation professionnelle en cause dispose de prérogatives de puissance publique.

La notion d'État s'interprète toutefois largement, car elle inclut l'ensemble des autorités des États membres, tels que les autorités du pouvoir central, d'un État fédéré ou d'autres autorités territoriales, les organismes publics habilités à édicter des normes, les organismes de certification ou encore les établissements d'intérêt public placés sous la tutelle de l'État, voire une juridiction nationale. De même, si les articles 34 et 35 TFUE ne visent en principe que les mesures publiques et non des comportements d'entreprises, une mesure émanant d'un opérateur privé peut être imputée à l'État, dès lors que ce dernier a parrainé sa création, couvre ses dépenses, nomme les membres de son comité directeur et définit son programme, ou lorsque la société instituée par une législation nationale a pour objet statutaire d'axer son activité sur l'intérêt général du secteur et est financée par un prélèvement obligatoire auprès de toutes les entreprises du secteur.

Les actes des autorités européennes relèvent également des articles 34 et 35 TFUE.

En effet, un texte européen ne peut couvrir l'application par un État membre de restrictions dérogeant aux règles européennes fondamentales relatives à la libre circulation des marchandises. En présence d'une difficulté d'interprétation, le texte de droit dérivé doit toujours être interprété dans un sens conforme à la libre circulation des marchandises. Des effets restrictifs résultant d'un règlement européen peuvent toutefois être admis si les moyens mis en œuvre sont aptes à réaliser l'objectif visé consistant à favoriser la réalisation du marché intérieur, sans aller au-delà de ce qui est nécessaire.

B. Caractéristiques/forme de la mesure.

A RETENIR

L'article 34 TFUE crée une obligation de résultat. Le non-respect de cette obligation peut résulter tant d'actes positifs que de l'attitude passive de l'État membre, qui s'abstient d'agir ou mène une action insuffisante.

La directive 70-50, aujourd'hui abrogée, mais fréquemment utilisée par les autorités européennes, précise qu'il faut entendre par mesures au sens de l'article 34 TFUE les «dispositions législatives, réglementaires et administratives, les pratiques administratives, ainsi que tous actes émanant d'une autorité publique, y compris les incitations». Il importe peu que la mesure soit revêtue ou non d'une force obligatoire, ou qu'elle soit ou non appliquée. La qualification de mesure d'effet équivalent nécessite cependant un certain degré de constance et de généralité.

III. Situations purement internes

A. Notion

A RETENIR

Une législation nationale relative à la libre circulation des marchandises sur le territoire national ne relève pas de l'interdiction des articles 34 et 35 TFUE dès lors qu'elle n'a pas de lien avec l'importation ou l'exportation des produits et n'est donc pas de nature à entraver le commerce intracommunautaire.

L'article 34 TFUE ne peut, cependant, pas être écarté au seul motif que tous les éléments sont cantonnés à l'intérieur d'un seul État membre. En effet, les règles relatives à la libre circulation des marchandises s'appliquent dès lors que la réglementation en cause, qui vise indistinctement les produits nationaux et les produits importés, est susceptible de constituer une entrave potentielle au commerce entre États membres ou qu'il existe un lien de rattachement avec l'importation de marchandises dans le commerce intracommunautaire. Ainsi, une réglementation nationale réservant l'emploi du label «montagne» pour des produits fabriqués et commercialisés uniquement dans des régions montagneuses de cet État, est susceptible d'être qualifiée de mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives dans la mesure où elle présente un risque de discrimination des produits importés par rapport aux produits d'origine nationale.

B. Discriminations à rebours.

A RETENIR

L'article 34 TFUE ne prohibe que les mesures nationales qui appliquent un traitement discriminatoire aux produits importés d'autres États membres. Il n'a pas pour objet d'assurer que les marchandises d'origine nationale bénéficient du même traitement que les marchandises importées. Les discriminations à rebours sont donc admises en matière de libre circulation des marchandises : les États membres peuvent prendre des mesures moins favorables aux produits nationaux qu'à ceux provenant d'autres États membres.

EXEMPLES

Quand une législation nationale implique-t-elle une discrimination à rebours ?

- lorsqu'elle impose l'utilisation d'une dénomination de vente aux seuls produits nationaux et non aux produits importés légalement fabriqués et commercialisés sous une autre dénomination dans un autre État membre ;
- lorsqu'elle interdit aux seuls navires nationaux de déverser certaines substances même en dehors des eaux territoriales ;
- lorsqu'elle soumet tant les produits destinés au marché national que ceux destinés à l'exportation à un agrément administratif mais ne prévoit une dispense d'agrément que pour ces derniers.

IV. Reconnaissance mutuelle

A. Fondement

A RETENIR

Le principe de libre circulation des marchandises oblige chaque État membre à accepter les produits légalement fabriqués et/ou commercialisés dans les autres États membres et qui ne font pas l'objet d'une mesure d'harmonisation européenne, même si les prescriptions techniques ou qualitatives diffèrent de celles imposées à ses propres produits, dès lors qu'un niveau équivalent de protection des divers intérêts légitimes en jeu est assuré. Le principe de reconnaissance mutuelle découle de l'arrêt *Cassis de Dijon* (CJCE, 20 fevr. 1979, «Cassis de Dijon», aff. 120-78, LawLex055788), qui a fait l'objet d'une communication interprétative de la Commission.

Il constitue, selon la Commission, «un puissant facteur d'intégration économique qui s'inscrit dans le respect de la subsidiarité», car il permet d'assurer la libre circulation dans les secteurs non harmonisés ou partiellement harmonisés, évitant ainsi la mise en place systématique d'une réglementation détaillée au niveau européen tout en favorisant le respect des traditions locales, régionales et nationales et le maintien de la diversité des produits. **Les seules exceptions à ce principe consistent dans des restrictions justifiées par les motifs énoncés à l'article 36 TFUE ou d'autres raisons impérieuses d'intérêt public et proportionnées à l'objectif qu'elles poursuivent.**

Autrement dit, un État membre ne peut refuser la commercialisation d'un produit en l'état que s'il établit que cette mesure est justifiée pour des raisons de sécurité publique, de santé ou de protection de l'environnement, conformément à l'article 36 TFUE ou si la réglementation nationale en cause est nécessaire, poursuit un but d'intérêt général et est essentielle pour atteindre ce but. Ainsi, un État membre peut soumettre un produit fabriqué dans un autre État membre à un contrôle de conformité, dès lors que ces contrôles sont appliqués d'une manière non discriminatoire, respectent le principe de proportionnalité et tiennent compte des contrôles déjà effectués dans l'État d'origine. De même, une réglementation nationale peut subordonner à autorisation préalable la mise sur le marché d'un produit ayant déjà fait l'objet d'une autorisation dans un autre État membre à condition que ne soient pas exigés sans nécessité des analyses techniques ou chimiques ou des essais en laboratoire.

B. Procédure relative à l'application de certaines règles techniques nationales

A RETENIR

Les règles techniques nationales appliquées préalablement à la mise sur le marché sont susceptibles de limiter la libre circulation des produits. Elles ne sont justifiées que si elles répondent à un objectif d'intérêt public reconnu par le droit européen, sont non discriminatoires et proportionnées, et conformes à l'objectif poursuivi sans aller au-delà. Le règlement 764-2008 du 9 juillet 2008 a pour objet de mettre en place des procédures permettant de limiter la possibilité que des règles techniques créent des obstacles illégaux à la libre circulation des marchandises entre les États membres.

Le règlement définit la règle technique comme celle qui précise :

«i) les caractéristiques requises pour le produit ou le type de produit telles que les niveaux de qualité, de performance ou de sécurité ou les dimensions, y compris les exigences applicables au produit ou au type de produit en ce qui concerne le nom sous lequel il est vendu, la terminologie, les symboles, les essais et les méthodes d'essai, le conditionnement, le marquage ou l'étiquetage, ou

ii) toute autre exigence qui est imposée pour le produit ou le type de produit en vue de protéger les consommateurs ou l'environnement et qui a une incidence sur le cycle de vie du produit après sa mise sur le marché, telle que les conditions d'utilisation, de recyclage, de réutilisation ou de retraitement, lorsque ces conditions peuvent influencer sensiblement sur la composition, la nature ou la commercialisation du produit ou du type de produit» (Règl. 764/2008, art. 2, paragr. 2).

Les autorités compétentes des États membres sont tenues de notifier à l'opérateur économique concerné leur intention de prendre, sur la base d'une règle technique, toute mesure - à l'exception des décisions judiciaires - faisant obstacle à la libre circulation d'un produit ou d'un type de produit légalement fabriqué ou commercialisé dans un autre État membre, qui a pour effet, direct ou indirect, l'interdiction de sa mise sur le marché, sa modification ou la réalisation d'essais supplémentaires avant sa mise, son maintien ou son retrait du marché. L'opérateur dispose d'un délai minimum de vingt jours ouvrables pour soumettre des observations. La décision adoptée est ensuite notifiée à l'opérateur en cause et à la Commission. En l'absence d'un risque grave pour la sécurité et la santé des utilisateurs ou de raisons de moralité ou de sécurité publique, la commercialisation du produit visé ne sera pas suspendue au cours de cette procédure.

Un contrôle préventif des projets de règles techniques est également mis en place par la directive 2015-1535, qui soumet les États membres à une obligation de notification préalable. L'adoption du projet est suspendue pendant un délai minimum de trois mois à compter de la notification (Dir. 2015-1535, art. 6), qui peut être porté à six mois si la Commission, ou un autre État membre, émet un avis circonstancié selon lequel la mesure envisagée présente des aspects pouvant éventuellement créer des obstacles à la libre circulation des marchandises. L'avis circonstancié émis par la Commission dans le cadre de la procédure de notification des projets de réglementations techniques ne constitue pas une mise en demeure, au sens de l'article 258 TFUE, dès lors que l'État destinataire ne s'est pas rendu coupable d'une violation du droit européen s'agissant d'un acte n'existant qu'à l'état de projet.

SECTION 2

Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation

L'article 34 TFUE, d'application directe, prohibe tant les restrictions quantitatives à l'importation, que les mesures d'effet équivalent.

A RETENIR

Les restrictions quantitatives sont définies comme des limitations totales ou partielles d'importation ou de transit. Il en est ainsi d'une interdiction pure et simple ou d'un système de contingentement, c'est-à-dire de l'application de restrictions lorsque certains plafonds d'importation ou d'exportation ont été atteints. Cette définition englobe toute mesure d'origine nationale susceptible d'entraver les importations, même si elle s'applique indistinctement aux produits nationaux. Elle recouvre ainsi en partie la notion de mesure d'effet équivalent.

La directive 70-50 du 22 décembre 1969, aujourd'hui abrogée, définit les mesures d'effet équivalent comme «les dispositions législatives, réglementaires et administratives, les pratiques administratives, ainsi que tous actes émanant d'une autorité publique, y compris les incitations [...] qui rendent les importations soit impossibles soit plus difficiles ou onéreuses que l'écoulement de la production nationale» (1er et 4e considérants).

A RETENIR

Depuis l'arrêt *Dassonville* (CJUE, 11 juill. 1974, aff. 8-74, LawLex043083), la Cour de justice adopte une définition très large de la notion de mesure d'effet équivalent qu'elle applique à «toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire». La notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative au sens de l'article 34 TFUE vise tant les restrictions que les interdictions d'importation. Pour être interdite, il n'est pas nécessaire que la mesure affecte immédiatement le commerce entre États membres, il suffit qu'elle soit susceptible d'entraver les courants d'échange au sein de l'Union. Il importe peu qu'une mesure n'ait pas pour objet de régler les échanges de marchandises entre les États membres ; ce qui est déterminant c'est son effet, actuel ou potentiel, sur le commerce au sein de l'Union. Il doit en revanche exister un lien de causalité entre la mesure et son effet restrictif. Des effets trop indirects ou aléatoires excluent la prohibition.

PLAN

On peut distinguer deux types de mesures d'effet équivalent :

- les mesures discriminatoires qui frappent spécifiquement les produits importés et constituent des mesures illicites par nature ;
- les mesures indistinctement applicables à tous les produits, telles que celles concernant les caractéristiques du produit, l'utilisation du produit ou ses modalités de vente, qui ne sont pas nécessairement illicites.

I. Mesures discriminatoires

A RETENIR

Les mesures nationales, qui ont pour objet de frapper spécifiquement ou au moins plus lourdement les produits importés que les produits nationaux, sont par nature discriminatoires. Elles ne peuvent être justifiées que par les exceptions, d'interprétation stricte, prévues à l'article 36 TFUE et non par des exigences impératives d'origine prétorienne.

EXEMPLES

Quelles sont les mesures spécifiquement applicables aux produits importés qui sont généralement jugées discriminatoires ?

- l'exigence d'un titre particulier pour l'importation ;
- le contrôle sanitaire ou phytosanitaire ;
- l'exigence de conditions financières particulières ;
- l'indication d'origine spécifique aux produits importés ;
- les mesures ayant pour objet ou pour effet d'avantager ou de limiter la production nationale.

Quelles sont les mesures, en apparence restrictives, qui ne sont pas considérées discriminatoires ?

- l'interdiction d'entreposer, de déposer ou de déverser, dans une région particulière, les déchets provenant d'un autre État membre, ou d'une autre région, car les déchets sont soumis aux principes d'autosuffisance et de proximité selon lesquels chaque entité locale doit assurer la réception, le traitement et l'élimination de ses propres déchets afin qu'ils soient éliminés aussi près que possible du lieu de leur production ;
- la législation nationale qui soumet l'immatriculation d'un véhicule importé à une procédure d'identification, dès lors que cette simple formalité n'introduit aucun contrôle supplémentaire et ne présente pas un caractère dissuasif pour le propriétaire du véhicule au regard de son coût, de sa durée et des délais de mise en œuvre.

II. Mesures indistinctement applicables

PLAN

Nous distinguerons :

- le principe d'appréciation des mesures indistinctement applicables ;
- les mesures concernant les caractéristiques du produit ;
- les mesures concernant l'usage du produit ;
- les mesures concernant les modalités de vente.

A. Principe

A RETENIR

Selon la Cour de justice, depuis l'arrêt du 20 février 1979 «Cassis de Dijon» (aff. 120-78, LawLex055788), la prohibition de l'article 34 TFUE s'applique à toute réglementation commerciale susceptible d'entraver le commerce entre États membres, qu'elle soit ou non indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés, dès lors qu'elle n'est pas nécessaire pour satisfaire à des exigences impératives «tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs» ou ne peut être justifiée au titre de l'article 36 TFUE.

L'arrêt Keck et Mithouard (CJCE, 24 nov. 1993, aff. C-267-91, LawLex02141) a opéré un revirement de jurisprudence en limitant la prohibition aux caractéristiques du produit : une réglementation qui concerne les modalités de vente - et non les conditions relatives au produit - et qui s'applique de façon non discriminatoire à tous les opérateurs et opérations, n'est pas susceptible de constituer une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative.

La méthode d'appréciation classique, héritée de l'arrêt Cassis de Dijon aurait exigé que le juge se posât deux questions : la réglementation en cause, bien qu'indistinctement applicable aux produits importés et aux produits nationaux, est-elle susceptible de faire obstacle à la libre circulation des marchandises et, si tel est le cas, peut-elle être justifiée par un but d'intérêt général excluant le jeu de la prohibition ? Avec l'arrêt Keck et Mithouard, la Cour préfère au contrôle substantiel imposant une appréciation des effets et une mise en balance des intérêts étatique et européen, un contrôle de qualification fondé sur la nature de la mesure étatique.

Le domaine d'application du «test» nouveau se déduit de sa définition : la jurisprudence Cassis de Dijon ne vaut plus que pour les règles nationales concernant directement les produits et est inapplicable à celles relatives à leur mise sur le marché. Ainsi, une mesure relative à la vente des produits et non discriminatoire ne constitue pas une mesure d'effet équivalent, car «elle n'est pas de nature à empêcher l'accès au marché des produits importés ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux». Toutefois, en se référant à une simple gêne à l'importation au lieu de requérir dans tous les cas un véritable cloisonnement, le juge a ouvert une brèche dans laquelle auraient pu s'engouffrer nombre d'actions tendant à la contestation de réglementations purement commerciales. Toute législation relative à la commercialisation d'un produit, même lorsqu'elle est non discriminatoire, est susceptible de constituer une gêne aux échanges dans la mesure où l'importateur concerné peut «être contraint soit d'adopter des systèmes différents (de commercialisation) en fonction des États membres concernés, soit d'abandonner un système qu'il juge particulièrement efficace».

La hiérarchisation des critères signifie qu'une telle gêne ne serait plus considérée comme suffisante pour que la mesure en cause puisse être qualifiée de mesure d'effet équivalent et que la discrimination requise ne peut plus résulter, dans le domaine de la réglementation commerciale, de la seule différence existant entre les législations des États membres. La solution paraît justifiée. L'intervention des autorités de contrôle est en effet exclusivement légitimée par l'objectif de libre circulation. Dans la mesure où les réglementations concer-

nant la commercialisation ont des liens plus ténus avec cet objectif que celles s'appliquant directement aux produits, il est logique que les conditions de constatation de la discrimination soient plus sévères dans un cas que dans l'autre. Alors que dans la première hypothèse, la discrimination peut toujours être la conséquence de la seule différence entre deux législations nationales, elle ne devrait plus pouvoir être constatée, dans la seconde, qu'à la condition que la mise en œuvre d'une même législation nationale conduise à l'application d'un traitement juridique défavorable dans le cas où les produits sont importés d'un autre État membre.

Le système consacré par l'arrêt Keck a l'avantage de maintenir l'efficacité de la jurisprudence Dassonville à l'égard de toute restriction quantitative déguisée tout en faisant échapper les législations commerciales en général à son emprise. Les limites au caractère expansionniste du contrôle ne sont plus déterminées a posteriori, à la suite d'une appréciation casuistique, mais fixées a priori, par une règle susceptible d'être connue à l'avance par tous les opérateurs. Surtout, le juge renonce à exercer en dehors de tout contrôle une fonction d'harmonisation des législations des États membres qui relève de la compétence législative.

B. Mesures concernant les caractéristiques du produit

A RETENIR

On entend traditionnellement par «caractéristiques» du produit sa dénomination, sa forme, ses dimensions, son poids, sa composition, sa présentation ou son conditionnement (lieu de conditionnement, normes d'emballage, d'étiquetage, poinçonnage, etc.). Depuis l'arrêt Cassis de Dijon, même indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés légalement fabriqués dans un autre État membre, les législations nationales concernant directement les produits sont de nature à entraver le commerce entre États membres si elles ne sont pas justifiées par des exigences impératives.

EXEMPLES

Constitue une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative la mesure qui :

- réserve au gouvernement d'un État membre la fixation du prix des tabacs manufacturés ou oblige les détaillants à respecter certains prix pour la vente au détail,
- interdit au pharmacien de remplacer le médicament prescrit par le médecin traitant par un autre ayant le même effet thérapeutique ;
- prohibe la commercialisation du pain comportant un degré d'humidité supérieur ou une teneur en cendres inférieure à certains taux ou contenant certains ingrédients ;
- interdit la vente de revues comportant des jeux dotés de prix ou des concours ;
- prévoit une date limite de consommation de quatre jours pour le lait pasteurisé à haute température ;
- exclut une marchandise d'une liste de produits dont l'achat est remboursé par la sécurité sociale ;

- met en place un régime d'autorisation préalable pour les importations en exposant les produits importés à des coûts supplémentaires ;
- impose aux véhicules de démonstration, quelle que soit leur provenance, la production d'un certificat d'immatriculation comportant la mention «véhicule de démonstration» pour bénéficier du bonus écologique, en affectant de manière différente les véhicules selon que l'État membre d'origine exige ou non une telle mention sur les certificats d'immatriculation ;
- pose des conditions strictes pour la reconnaissance des certificats de qualité délivrés par les organismes des autres États membres, dissuadant ainsi les entreprises nationales d'importer le produit fabriqué dans ces États ;
- interdit l'immatriculation des voitures particulières dont le volant est positionné à droite et/ou exige, pour immatriculer ces voitures, neuves ou immatriculées dans un autre État membre, que le volant soit déplacé sur le côté gauche ;
- subordonne d'office la commercialisation de produits à l'apposition du marquage CE, dès lors que cette obligation empêche l'application du principe de reconnaissance mutuelle pour les produits pour lesquels le législateur n'a pas procédé à une pleine harmonisation.

C. Mesures concernant l'usage du produit

A RETENIR

La jurisprudence distingue depuis peu les caractéristiques du produit de son usage. La réglementation qui n'a ni pour objet ni pour effet de traiter moins favorablement des produits en provenance d'autres États membres, mais qui restreint l'utilisation d'un produit sur le territoire national, est contraire à l'article 34 TFUE, dans la mesure où elle peut, en fonction de sa portée, avoir une influence considérable sur le comportement du consommateur qui n'aura qu'un intérêt réduit à acheter le produit en cause : en rendant l'utilisation d'un produit marginale, voire hypothétique, sur son territoire, la mesure nationale dissuade sa consommation et donc son importation.

Tel est le cas de la législation qui limite l'usage des véhicules nautiques à moteur aux couloirs publics de navigation ou qui interdit d'utiliser un motorcycle avec une remorque spécialement conçue pour celui-ci ou d'apposer des films colorés sur le pare-brise et les vitrages correspondant aux sièges des passagers des véhicules automobiles.

D. Mesures concernant les modalités de vente.

A RETENIR

Depuis l'arrêt Keck et Mithouard, la jurisprudence établit une distinction entre modalités de vente et caractéristiques du produit, les premières bénéficiant d'une présomption de légalité en raison des liens plus lâches qu'elles entretiennent avec la libre circulation des marchandises. La notion de modalités de vente du produit englobe les modes de promotion, de distribution et plus généralement les conditions de commercialisation du produit.

Il en est ainsi des mesures nationales qui réservent la vente des laits transformés du premier âge aux seules pharmacies, qui établissent les circonstances de temps et de lieu dans lesquelles les marchandises peuvent être vendues aux consommateurs ou de celles qui interdisent : la revente à perte, ou à marge bénéficiaire extrêmement réduite, la publicité en dehors des officines pour les produits parapharmaceutiques, la publicité télévisée dans le secteur de la distribution, la vente à domicile, la vente ambulante, la vente par correspondance ou par Internet, ou la vente au détail des tabacs manufacturés en dehors des débits autorisés. Peu importe que la méthode de commercialisation interdite se révèle plus efficace et plus économique ou que l'État membre ne produise pas lui-même les marchandises dont il interdit certaines modalités de vente.

La frontière entre modalités de vente et caractéristiques du produit n'est pas toujours aisée à tracer. La qualification de modalités de vente a été refusée à une législation nationale qui subordonne la vente de vidéos par correspondance au respect d'une procédure nationale de contrôle et de classification aux fins de la protection des mineurs qui implique de marquer les produits. Elle a, en revanche, de manière plus surprenante, été reconnue à l'exigence d'un conditionnement préalable pour la mise en vente de pain partiellement cuit, surgelé ou non, importé d'un autre État membre, même si, dans ce cas, la solution semble justifiée par la nature particulière de la marchandise - pain conditionné précuit - dont le processus de production - la cuisson - n'est finalisé qu'au moment de sa mise en vente.

La présomption de légalité dont bénéficient les modalités de vente n'est, toutefois, pas irréfragable. Le juge européen ne peut exclure d'emblée la prohibition de l'article 34 TFUE sans vérifier que la mesure nationale, bien qu'indistinctement applicable, n'affecte pas différemment et plus lourdement, en droit comme en fait, la commercialisation des produits importés.

Il vérifie ainsi si l'interdiction générale de vendre ainsi que de passer commande de bijoux en argent par voie de démarchage à domicile n'est pas, en fait, de nature à gêner davantage l'accès au marché des produits importés. À l'issue de ce contrôle, la prohibition a parfois été retenue.

SECTION 3

Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'exportation

A RETENIR

Toute mesure nationale qui établit une différence de traitement entre le commerce intérieur d'un État membre et son commerce d'exportation, de manière à assurer un avantage particulier à la production nationale ou au marché intérieur de l'État intéressé, constitue une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'exportation, quel que soit le but en vue duquel elle a été instituée.

L'article 35 TFUE vise tant les entraves dressées à la frontière ou à proximité immédiate de celle-ci que celles mises en œuvre à l'intérieur de l'État d'exportation lorsqu'un passage de frontière est envisagé. **Comme en matière de mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation (art. 34 TFUE), les discriminations à**

rebours ne sont pas prohibées : une mesure appliquant un traitement moins favorable aux produits destinés au marché national qu'aux produits destinés à l'exportation ne constitue pas une mesure d'effet équivalent. La discrimination doit s'opérer au détriment du produit destiné à l'exportation pour que la prohibition soit retenue. De même, les effets restrictifs sur le commerce entre États membres qui résultent d'une restriction quantitative à l'exportation ne doivent pas être trop aléatoires et indirects, mais peuvent n'être qu'implicites.

L'entrave à l'exportation peut, notamment, résulter d'une limitation des ventes à l'étranger ou de l'approvisionnement aux fins de l'exportation, d'une réservation du « droit d'exporter » à certains opérateurs, ou de discriminations opérées à l'occasion d'un contrôle des exportations ou concernant les conditions d'application d'une norme de qualité ou les conditions d'utilisation d'une appellation d'origine.

Dans son arrêt *Groenveld* (CJCE, 8 nov. 1979, aff. C-15-79, LawLex056691) la Cour de justice a soumis les mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'exportation à un régime spécifique bien que les articles 34 et 35 TFUE soient rédigés de manière identique. L'interdiction de l'article 35 TFUE ne s'applique pas, selon le juge de l'Union, aux mesures nationales qui ne comportent aucune différence de traitement entre produits destinés à l'exportation et produits commercialisés à l'intérieur de l'État membre concerné. En conséquence, ni la réglementation nationale qui interdit la fabrication avant quatre heures du matin dans le secteur de la boulangerie et de la pâtisserie, ni le règlement européen prévoyant un contrôle administratif préalable aux modalités d'octroi des aides concernant la fabrication d'une denrée alimentaire ne constituent une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'exportation, dès lors qu'elles n'engendrent pas de différence de traitement.

Dans un arrêt *Santurel Inter* (aff. 205-07, LawLex082231) du 16 décembre 2008 rendu en Grande Chambre, la Cour de justice est cependant revenue sur son interprétation en alignant le domaine d'application de l'article 35 TFUE sur celui de l'article 34 : l'interdiction, applicable à tous les opérateurs agissant sur le territoire national, qui affecte en fait davantage la sortie des produits du marché de l'État membre d'exportation que la commercialisation des produits sur le marché national de l'État membre en cause, constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'exportation. Désormais, **la prohibition de l'article 35 TFUE s'applique même si la mesure vise indistinctement les exportations et les ventes nationales, à moins qu'elle ne soit justifiée par des exigences impératives.**

CHAPITRE III Limites à la prohibition

SECTION 1

Règle de raison

I. Principe

- A. Mesures indistinctement applicables
- B. Exigences impératives

II. Applications

- A. Protection des consommateurs
- B. Loyauté des transactions commerciales
- C. Protection de l'environnement

SECTION 2

Exceptions légales

I. Le système de l'article 36

- A. Portée
- B. Principe d'interprétation stricte
- C. Test de proportionnalité

II. Typologie des exceptions

- A. Moralité publique
- B. Ordre public et sécurité publique
- C. Santé et vie des personnes
- D. Protection des animaux et des végétaux
- E. Trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique
- F. Protection de la propriété industrielle et commerciale

CHAPITRE III Limites à la prohibition

A RETENIR

En dehors des clauses de sauvegarde économique que les États peuvent invoquer en cas de circonstances exceptionnelles, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne institue, à l'article 36, de véritables exceptions à la libre circulation des marchandises. Le principe d'interprétation stricte des exceptions et le test de proportionnalité appliqués par les autorités européennes dans ce cadre limitent d'autant plus sensiblement le pouvoir des États que la charge de la preuve de la légitimité de la restriction repose sur eux.

Le mouvement, toutefois, n'est pas univoque : tout en encadrant les exceptions légales, le juge a procédé à un assouplissement du principe de prohibition qui l'a conduit à introduire, à côté des justifications de l'article 36 TFUE, un certain nombre de dérogations jurisprudentielles. À ces limites légales et jurisprudentielles s'ajoutent celles fondées, plus généralement, sur les principes généraux du droit ou la théorie de l'abus de droit.

Le principe de libre circulation des marchandises, liberté fondamentale consacrée par le Traité, doit être concilié avec les droits fondamentaux dont le respect s'impose tant à l'Union qu'à ses États membres. Partie intégrante des principes généraux du droit européen, ces droits fondamentaux correspondent aux droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et à ceux issus des traditions constitutionnelles communes aux États membres.

Si certains droits - droit à la vie, interdiction de la torture et de peines ou traitements inhumains ou dégradants - sont intangibles, d'autres tolèrent des restrictions, à condition qu'elles répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général et ne constituent pas, compte tenu du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable portant atteinte à la substance même de ces droits.

La protection de droits fondamentaux, tels que les libertés d'expression et de réunion (art. 10 et 11 CEDH), peut justifier une restriction à la libre circulation des marchandises. De même, le principe de précaution, qui figure expressément dans le TFUE parmi les règles encadrant la réalisation de la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement (TFUE, art. 191, paragr. 2), est susceptible de fonder l'adoption de mesures restrictives au regard des risques encourus, entre autres, pour la santé des personnes ou des animaux ou pour l'environnement. Ainsi, lorsqu'une incertitude scientifique subsiste quant au risque réel pour la santé, un État membre peut, en application de ce principe, interdire l'importation de certaines denrées alimentaires sans attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées, à condition que l'évaluation du risque ne soit pas seulement fondée sur de simples suppositions scientifiquement non encore vérifiées.

Selon la théorie de l'abus de droit, un État membre est en droit de prendre des mesures restrictives afin d'empêcher que certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire à l'emprise de sa législation nationale en se prévalant abusivement ou frauduleusement des normes européennes.

Plus fréquemment invoquée dans le cadre de la liberté de prestation des services ou

d'établissement, la théorie de l'abus de droit peut également justifier une restriction à la libre circulation des marchandises. Les juridictions nationales peuvent, au cas par cas, en se fondant sur des éléments objectifs, tenir compte du comportement abusif ou frauduleux des personnes concernées pour leur refuser le bénéfice des dispositions du droit européen, mais doivent également prendre en considération les objectifs poursuivis par les dispositions européennes concernées.

Ainsi, selon la Cour, l'interdiction de la législation française relative au prix du livre obligeant chaque réimportateur à fixer un prix de vente au moins égal au prix de base fixé par l'éditeur, qui a été jugée incompatible avec le principe de libre circulation des marchandises, ne couvre pas les cas où des éléments objectifs établiraient que les livres ont été exportés aux seules fins de leur réimportation dans le but de contourner les dispositions légales.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- la règle de raison ;
- les exceptions légales à la prohibition.

SECTION 1

Règle de raison

PLAN

Nous envisagerons la règle de raison :

- dans son principe ;
- et ses applications.

I. Principe

A. Mesures indistinctement applicables

A RETENIR

Comme en droit de la concurrence, le juge européen a développé un système d'interprétation favorable à certaines mesures restrictives de la libre circulation des marchandises. Cette règle de raison permet d'apprécier les mesures unilatérales adoptées par les États membres dans le seul cadre de l'article 34 TFUE, sans avoir recours aux exceptions énumérées à l'article 36 TFUE lorsque les mesures restrictives en cause peuvent être justifiées par une « exigence impérative ». Ce principe a été énoncé pour la première fois en 1979 par la Cour de justice dans son arrêt « Cassis de Dijon » : « Les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs ».

La portée de l'arrêt «Cassis de Dijon» a été précisée par la suite, dans la décision «Souvenirs d'Irlande» (CJCE, 27 juin 1981, 113-80, LawLex055787) qui relève que, s'agissant d'une mesure discriminatoire et non d'une réglementation indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés, seules les exceptions énumérées à l'article 36 TFUE peuvent être invoquées.

Pour bénéficier de la règle de raison, la mesure en cause doit satisfaire à des exigences impératives directement fondées sur l'article 34 TFUE, qui ne s'identifient pas à des cas supplémentaires d'exception et ne concernent que des mesures indistinctement applicables. Une mesure indistinctement applicable justifiée par une exigence impérative échappe à la prohibition de l'article 34 TFUE, car elle ne constitue pas une mesure d'effet équivalent. Dans le cas contraire, elle tombe sous le coup de l'interdiction mais pourra éventuellement être justifiée au titre des exceptions prévues à l'article 36 TFUE.

Avancées dans le cadre d'une règle de raison, les justifications de l'article 34 doivent satisfaire aux conditions de causalité, de nécessité et de proportionnalité inhérentes à cette dernière. Seules les dérogations «raisonnables» sont tolérées : pour qu'une réglementation restrictive soit compatible avec l'article 34, il faut qu'elle soit nécessaire pour satisfaire à l'exigence impérative en cause et proportionnée à l'objectif poursuivi.

Une mesure nationale est nécessaire lorsqu'elle met le consommateur en mesure de connaître d'une manière suffisamment précise la nature et la qualité du produit et de le distinguer d'autres produits avec lesquels il pourrait être confondu. Le critère de proportionnalité implique de vérifier que la protection de l'intérêt général n'aurait pas pu être réalisée par des mesures moins restrictives des échanges entre États membres. Tel n'est pas le cas de la législation nationale qui réserve certaines formes de bouteilles ou certains types de conditionnement à un nombre limité de boissons, alors que l'information du consommateur peut être assurée convenablement par un étiquetage approprié. De même, si la réglementation nationale limitant les émissions polluantes et le bruit provenant des véhicules constitue un moyen apte à lutter contre la pollution de l'air et la pollution sonore, elle n'est pas proportionnée à l'objectif de réduction du nombre de véhicules polluant sur le territoire de l'État membre concerné lorsqu'elle ne s'applique pas aux véhicules déjà autorisés à circuler sur ce territoire. L'interdiction générale de vendre et d'utiliser du matériel pour augmenter la puissance et/ou la vitesse des cyclomoteurs présente également un caractère disproportionné au regard de l'objectif de sécurité routière qui pourrait être atteint en permettant l'usage de ce matériel à des fins sportives en dehors de la circulation publique.

B. Exigences impératives

Dans l'arrêt Cassis de Dijon, la Cour n'a mentionné que quatre exigences impératives permettant de repousser la qualification de mesure d'effet équivalent : l'efficacité des contrôles fiscaux, la protection de la santé publique, la loyauté des transactions commerciales et la défense des consommateurs. Les décisions postérieures à l'arrêt Cassis de Dijon ont allongé la liste des justifications que les États peuvent faire valoir dans le cadre de l'article 34 TFUE.

EXEMPLES

Constituent des exigences impératives :

- la lutte contre la criminalité et l'insécurité routière ;
- le maintien de l'équilibre des systèmes de sécurité sociale ;
- l'efficacité des contrôles fiscaux ;
- la protection de la sécurité du réseau public de télécommunications ;
- la protection de l'environnement ;
- la protection d'un moyen culturel tel que le cinéma ;
- la préservation de la diversité de la presse ;
- la protection de l'ordre social ;
- la protection de l'enfant.

II. Applications

A. Protection des consommateurs

Souvent invoquée par les États membres pour justifier une entrave à la libre circulation des marchandises, **la protection des consommateurs est rarement retenue par le juge européen** car, dans la plupart des cas, l'objectif pourrait être atteint par des moyens moins restrictifs qu'une limitation directe ou indirecte des importations. Si une législation nationale peut réserver l'utilisation d'un terme générique à une seule variété nationale au détriment des autres variétés produites dans d'autres États membres afin de tenir compte des habitudes des consommateurs nationaux, cette mesure est injustifiée lorsqu'une telle protection peut être assurée par d'autres moyens permettant un traitement égal des produits nationaux et des produits importés tels que l'apposition obligatoire d'un étiquetage adéquat concernant la nature du produit vendu.

L'objectif de protection des consommateurs sert avant tout de justification aux réglementations prohibant les pratiques commerciales déloyales susceptibles d'induire en erreur un consommateur moyen normalement informé, raisonnablement attentif et avisé. Le risque de tromperie des consommateurs doit, toutefois, être suffisamment grave pour justifier l'entrave à la libre circulation de produits légalement commercialisés dans un autre État membre. Une législation nationale peut ainsi interdire d'offrir ou de remettre des primes en nature et exiger l'existence d'un rapport de consommation entre la prime en nature et le produit vendu, dès lors que cette pratique commerciale peut induire en erreur les consommateurs sur les prix réels des produits et fausser les conditions d'une concurrence fondée sur la compétitivité. Il est également possible d'exiger que les produits soient vendus dans la langue du consommateur ou dans une langue qui lui est aisément compréhensible. Cette obligation doit toutefois être limitée aux mentions auxquelles l'État membre attribue un caractère obligatoire et pour lesquelles l'emploi d'autres moyens que la traduction ne permettrait pas d'assurer une information appropriée.

L'apposition d'un étiquetage neutre et objectif concernant la nature et les caractéristiques du produit vendu suffit à assurer l'information du consommateur.

EXEMPLES

N'a pas été pas considérée comme justifiée au regard de l'objectif de protection des consommateurs une législation nationale :

- qui impose l'utilisation d'une forme de conditionnement spécial, d'un terme ou d'une dénomination générique ou d'un signe particulier ;
- qui prohibe la mention sur l'emballage «+ 10 %» ;
- qui interdit aux entreprises de vente par correspondance de faire des publicités comparatives sur les prix lorsque ceux-ci sont exacts, même si la publicité fait référence à un prix plus élevé figurant dans un catalogue ou un prospectus précédent, pour mettre en évidence le nouveau prix de façon à attirer le regard.

L'invocation de la protection des consommateurs devrait devenir moins fréquente, car l'harmonisation européenne a beaucoup progressé dans ce domaine, certaines directives étant même d'harmonisation totale.

B. Loyauté des transactions commerciales

La commercialisation de marchandises importées peut être interdite lorsque les conditions dans lesquelles leur mise en vente est réalisée constituent une infraction aux usages commerciaux considérés comme réguliers et loyaux dans l'État membre d'importation. Les exigences de loyauté des transactions commerciales et de protection des consommateurs qui sont souvent invoquées conjointement par les États membres, elles doivent cependant être distinguées. **La notion de loyauté des transactions commerciales renvoie à celle de concurrence déloyale et vise le comportement des opérateurs sur le marché.** Elle ne doit pas être confondue avec les pratiques commerciales déloyales susceptibles d'induire le consommateur en erreur. Dans tous les cas, la loyauté des transactions commerciales doit être assurée dans le respect mutuel des usages loyalement et traditionnellement pratiqués dans les différents États membres.

Selon la Cour, il n'est pas possible de légitimer au titre des exigences impératives une réglementation nationale fixant des règles particulières pour les produits importés d'un autre État membre lorsque ces derniers sont loyalement et traditionnellement fabriqués et commercialisés sous la même dénomination dans leur État membre d'origine et qu'une information convenable de l'acheteur est assurée, en particulier par un étiquetage adéquat. De même, une interdiction de commercialiser certains produits afin de protéger les producteurs et distributeurs contre une concurrence déloyale des opérateurs économiques utilisant des produits de moindre qualité à un coût inférieur n'est pas justifiée dès lors que l'apposition obligatoire d'un étiquetage précisant la nature du produit vendu rendrait ces différences de fabrication apparentes pour le consommateur, ou qu'une mesure moins contraignante, telle que la réservation d'une dénomination appropriée, permettrait que le consommateur puisse faire son choix en connaissance de cause.

C. Protection de l'environnement

La protection de l'environnement, qui constitue l'un des objectifs essentiels de l'Union, peut justifier l'adoption de mesures nationales susceptibles d'entraver le commerce entre États membres dès lors que celles-ci demeurent proportionnées à l'objectif visé.

L'article 191 TFUE précise les objectifs de l'Union en matière d'environnement :

- la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement,
- la protection de la santé des personnes,
- l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles,
- la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement.

La politique environnementale tient compte à la fois du développement économique et social de l'Union dans son ensemble et du développement équilibré des régions dans leur diversité. Elle est fondée sur les principes de précaution, d'action préventive, de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et de pollueur-payeur. Les textes d'harmonisation intervenus en matière de protection de l'environnement comportent une clause de sauvegarde qui permet aux États membres de prendre pour des motifs environnementaux, non économiques, des mesures provisoires.

EXEMPLES

Relèvent de la protection de l'environnement :

- la protection de la couche d'ozone ;
- la réduction des émissions de gaz à effet de serre ;
- la lutte contre la pollution sonore des avions ;
- les systèmes favorisant la prévention et la valorisation des déchets d'emballage ou le recyclage des déchets ;
- la protection de la santé publique dans la mesure où elle vise à limiter les dangers pour la santé liés à une dégradation de l'environnement.

Lorsque la protection de l'environnement est invoquée pour justifier une mesure nationale restrictive, le juge européen n'est pas tenu d'examiner les arguments tirés de la protection de la santé publique.

Pour être admise, la mesure restrictive ne doit pas aller au-delà du nécessaire. La réglementation nationale qui édicte une interdiction générale de circuler pour certains véhicules et en certains lieux sans apprécier au préalable la crédibilité du recours au ferroutage ou un système de consignation et de reprise individuelle, dont le délai de transition ne permet pas aux opérateurs de s'adapter, a été jugée disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

SECTION 2

Exceptions légales

PLAN

Nous examinerons successivement :

- le système de l'article 36 ;
- la typologie des exceptions mentionnées à l'article 36.

I. Le système de l'article 36**A. Portée**

A RETENIR

L'article 36 TFUE dispose : «Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres».

Pour être exempte de discrimination arbitraire, la mesure doit s'appliquer de la même manière aux produits nationaux ou en provenance d'un autre État membre. Tel est le cas de la réglementation nationale qui, pour des raisons de moralité publique, interdit toute importation de marchandises qui ne font pas l'objet d'un commerce licite sur le territoire national concerné. En revanche, une mesure nationale qui subordonne à un contrôle technique l'immatriculation d'un véhicule importé muni d'un certificat de conformité répondant aux normes de l'État d'importation et préalablement mis en circulation, n'est pas réellement inspirée par un souci de protection de la santé et de la vie des personnes si ce contrôle n'est pas imposé aux véhicules d'origine nationale présentés dans les mêmes conditions à l'immatriculation. De même, une législation nationale qui admet la publicité en faveur de certains produits nationaux et la restreint, voire l'interdit, pour des produits originaires d'autres États membres présentant des caractéristiques comparables, n'est pas en cohérence avec les préoccupations inhérentes à la sauvegarde de la santé publique.

La structure du texte a conduit les autorités de contrôle à mettre en œuvre deux principes d'interprétation. D'une part, dans la mesure où il constitue une exception à une règle fondamentale du Traité, l'article 36 TFUE a été interprété restrictivement. D'autre part, les exceptions énoncées n'étant pas pures et simples mais comportant elles-mêmes des limites, le juge européen a été progressivement conduit à leur appliquer un test de proportionnalité.

B. Principe d'interprétation stricte

A RETENIR

Le fait que l'article 36 TFUE soit d'interprétation stricte signifie concrètement que l'exception légale se limite aux hypothèses énoncées : seules les raisons figurant à l'article 36 TFUE peuvent être invoquées. Il ne peut s'agir que d'hypothèses de nature non économique, à moins que le fonctionnement, non seulement de l'économie de l'État, mais surtout de ses institutions et de ses services publics essentiels, et la survie de sa population en dépendent.

L'article 36 TFUE ne saurait donc être invoqué pour justifier des mesures qui visent à réduire les frais de fonctionnement d'un système d'assurance maladie, à soutenir la monnaie, à compenser un contexte socio-économique très difficile après l'adhésion d'un État membre ou encore à garantir la survie d'une entreprise. Il ne peut pas non plus s'appliquer à des mesures autres que celles envisagées aux articles 34 et 35 TFUE, telles que les droits de douane et taxes d'effet équivalent qui relèvent des articles 28 et 30 TFUE ou, le cas échéant, de l'article 110 TFUE.

La charge de la preuve pèse sur l'État qui invoque l'exception pour s'opposer à l'entrée d'un produit sur son territoire. Ainsi, une réglementation qui soumet la commercialisation d'un produit à l'autorisation préalable des autorités nationales pour un motif de protection de la santé publique ne peut faire supporter à l'importateur la charge de la preuve du caractère sain du produit.

C. Test de proportionnalité

A RETENIR

La dernière phrase de l'article 36 TFUE a permis au juge d'appliquer un test de proportionnalité comparable à celui mis en œuvre en droit de la concurrence dans le cadre de l'article 101 TFUE, paragraphe 3 : pour que la restriction ne constitue pas un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée, elle doit être à la fois directement liée à l'intérêt à protéger, indispensable et non disproportionnée.

Une relation directe doit exister entre la mesure restrictive et l'intérêt à protéger : un risque d'atteinte à l'intérêt général doit être établi. Ainsi, l'argument de la protection de la santé publique ne peut être invoqué pour justifier l'interdiction de l'importation et de la commercialisation d'un produit qui est dépourvu de substances nocives et normalement consommé dans les autres États membres. Il en va de même de la réglementation nationale qui réserve le droit d'utiliser la dénomination «yaourt» aux seuls yaourts frais sans interdire la commercialisation des yaourts surgelés ou qui impose de faire figurer un numéro de notification sur une denrée alimentaire lorsque cette mention ne présente pas une valeur informative suffisante alors que l'étiquetage comporte d'autres indications utiles à cet effet.

Le juge vérifie également que la protection recherchée est indispensable et ne peut pas être assurée par d'autres moyens. L'information du consommateur sur la qualité d'un produit peut être assurée par des moyens moins restrictifs que l'interdiction de commercialiser des produits similaires ou d'utiliser un terme générique, une dénomination, ou une forme traditionnelle de conditionnement, ou l'obligation de recourir à un condition-

nement spécial. De même, il est moins restrictif d'augmenter une taxe que de fixer les prix minimaux de vente au détail, de contrôler le numéro présent sur le conditionnement extérieur du médicament que d'obliger à la détention de manière permanente des documents concernant l'autorisation de mise sur le marché ou encore de prévoir un régime fiscal fondé sur l'âge des véhicules ou sur la pollution produite ou des incitations à la destruction que de soumettre les seuls véhicules anciens importés à certaines exigences en termes d'émission polluante et de bruit. Un régime d'autorisation préalable n'est pas non plus indispensable si l'alternative d'un contrôle a posteriori garantit une protection suffisamment efficace de l'intérêt général en cause ou si un allègement des contrôles est rendu possible grâce à la collaboration réciproque des autorités nationales. L'extension des classes euro interdites de circulation ou la généralisation de la limitation de vitesse à 100 km/h est moins restrictive que la mesure nationale interdisant à certains transporteurs une voie à la circulation pour des raisons de protection de la santé et de l'environnement.

Enfin, même admise dans son principe, la mesure restrictive en cause ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour assurer la protection des intérêts visés. Ainsi, le droit européen ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui interdit, sauf autorisation préalable, la commercialisation de denrées alimentaires, légalement commercialisées dans un autre État membre, auxquelles de la vitamine a été ajoutée, dès lors que la commercialisation est autorisée lorsque l'adjonction de vitamines répond à un besoin réel notamment d'ordre technologique ou alimentaire. La réglementation nationale qui soumet la commercialisation de certains produits à une procédure d'autorisation préalable pour un motif d'intérêt général doit, toutefois, répondre à certaines conditions cumulatives pour être jugée nécessaire. Le régime d'autorisation doit être fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance, être indispensable, ne pas faire double emploi avec des contrôles déjà effectués dans le cadre d'autres procédures dans le même État ou un autre État membre, ni dissuader, par sa durée et les frais qu'elle engendre, les opérateurs en cause de poursuivre leur projet.

II. Typologie des exceptions

PLAN

Sont énoncées par le texte :

- la moralité publique ;
- l'ordre public et la sécurité publique ;
- la santé et la vie des personnes ;
- la protection des animaux et des végétaux ;
- la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ;
- la protection de la propriété industrielle ou commerciale.

A. Moralité publique

A RETENIR

Les raisons de moralité publique sont largement admises par la Cour de justice, qui reconnaît que les États membres doivent pouvoir librement apprécier le niveau auquel ils entendent défendre la moralité publique sur leur territoire. Il leur appartient donc d'en déterminer les exigences selon leur propre échelle de valeurs et dans la forme qu'ils ont choisie, mais en respectant le principe de proportionnalité.

Une interdiction absolue d'importation revêt le caractère d'une discrimination arbitraire ou déguisée si aucune mesure de même intensité ne s'applique aux produits fabriqués et commercialisés sur le territoire national. Tel est le cas lorsque la commercialisation des produits nationaux est seulement soumise à une interdiction absolue d'expédition par la voie postale, à une restriction relative à l'étalage en public et, dans certaines régions, à un système d'autorisation des magasins habilités à vendre ces marchandises à des clients âgés de dix-huit ans ou plus.

B. Ordre public et sécurité publique

A RETENIR

Dotés d'une compétence exclusive pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure, les États membres jouissent d'une large marge d'appréciation pour déterminer, en fonction de la particularité des contextes sociaux et de l'importance qu'ils attachent à un objectif légitime au regard du droit européen, les mesures qui sont de nature à obtenir des résultats concrets. La notion d'ordre public est cependant encadrée et n'englobe ni la protection des intérêts économiques, ni la protection des consommateurs.

Il ne suffit pas, non plus, qu'une réglementation nationale soit assortie de sanctions pénales pour relever de l'ordre public. Enfin, l'État membre doit démontrer qu'il ne peut faire face aux troubles qu'il invoque par d'autres moyens à sa disposition.

Les États membres ont la possibilité de soumettre, en vertu de l'article 36 TFUE, leur transit à une autorisation spéciale pour contrôler les marchandises qualifiées de matériel stratégique. Le régime instauré doit cependant respecter le principe de proportionnalité et tenir compte notamment de la nature de la marchandise susceptible de mettre en péril la sécurité de l'État. Le maintien sur le territoire national d'un stock de produits pétroliers permettant de garantir la continuité de l'approvisionnement constitue également un objectif légitime de sécurité publique. L'État membre doit toutefois démontrer que, en l'absence du maintien de ses droits exclusifs en matière d'importation et de commercialisation de produits pétroliers, les raffineries du secteur public ne pourraient écouler leur production sur le marché à des prix compétitifs et assurer ainsi leur maintien en activité.

C. Santé et vie des personnes

A RETENIR

La protection de la santé publique permet de justifier les contrôles sanitaires aux frontières. Elle figure au premier rang des biens ou intérêts protégés par l'article 36 TFUE. Il appartient aux États membres, à défaut d'harmonisation, de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et la vie des personnes, tout en tenant compte des exigences de la libre circulation des marchandises à l'intérieur de l'Union.

L'existence d'une collaboration entre les autorités nationales de nature à faciliter et alléger les contrôles aux frontières tout en permettant aux autorités de l'État d'importation de s'assurer de la conformité des marchandises importées avec les exigences de la législation sanitaire nationale, ne saurait faire obstacle au droit de chaque État membre d'édicter et d'appliquer sa propre réglementation protectrice de la santé publique.

La mesure nationale doit être nécessaire pour diminuer le risque d'insalubrité des produits importés en provenance d'un autre État membre et pour assurer l'efficacité du contrôle sanitaire de ces produits à l'occasion de leur importation. Le fait qu'un État membre ait adopté des règles moins strictes que celles imposées par un autre État membre ne signifie cependant pas que ces dernières soient disproportionnées. En revanche, **si les autorités d'un État membre sont libres de soumettre un produit ayant déjà fait l'objet d'un agrément dans un autre État membre à une nouvelle procédure d'examen pour des raisons de santé publique, elles ne peuvent exiger, sans nécessité, des analyses techniques ou chimiques ou des essais de laboratoire déjà effectués dans l'autre État** et dont les résultats sont à leur disposition ou peuvent, sur leur demande, être mis à leur disposition.

EXEMPLES

L'impératif de protection de la santé peut justifier :

- la réservation de l'activité de vente de lentilles de contact aux détenteurs d'un diplôme d'opticien-lunetier ou d'un titre équivalent ;
- le refus d'octroi d'une licence pour l'importation de stupéfiants provenant d'un autre État membre afin d'assurer la viabilité de l'unique fabricant national et écarter des risques pour la sécurité de l'approvisionnement en diamorphe à des fins médicales ;
- le maintien d'une interdiction de principe du trichloréthylène à des fins professionnelles assorti d'un système de dérogations individuelles afin de tenir compte des exigences de continuité des entreprises ;
- l'interdiction de commercialiser sur le territoire national des machines dangereuses ou encore les mesures destinées à lutter contre les abus liés à la consommation d'alcool.

Les importations de **denrées alimentaires** ont donné lieu à une jurisprudence abondante, tant en ce qui concerne leurs caractéristiques que leurs modes de stockage, de transport,

de distribution ou de promotion. Les exigences de protection de la santé humaine s'apprécient compte tenu des habitudes alimentaires nationales et des données scientifiques internationales les plus récentes disponibles à la date d'adoption de la mesure. Lorsque, à l'issue de cette évaluation, une incertitude scientifique subsiste quant à l'existence ou la portée du risque allégué et que la probabilité d'un dommage réel - et non simplement hypothétique - pour la santé publique persiste, l'application du principe de précaution autorise l'adoption de mesures restrictives avant même que la réalité et la gravité de ces risques ne soient pleinement démontrées. Il en va ainsi pour les vitamines qui ne sont nocives qu'en cas de consommation excessive de denrées alimentaires dont la composition est imprévisible et incontrôlable. Dès lors, une réglementation nationale peut interdire pour des raisons de protection de la santé publique la commercialisation de denrées alimentaires, légalement commercialisées dans un autre Etat membre, auxquelles de la vitamine est ajoutée, pourvu que la commercialisation soit autorisée lorsque l'adjonction de vitamines répond à un besoin réel notamment d'ordre technologique ou alimentaire. En revanche, la réglementation qui prohibe de manière absolue les produits contenant des additifs, conduisant ainsi à une exclusion de tous les additifs autorisés dans les autres Etats membres, et non de certains d'entre eux seulement, justifiée concrètement par les dangers qu'ils comporteraient eu égard aux habitudes alimentaires de la population, ne peut être légitimée lorsqu'elle ne comporte aucune procédure permettant l'admission d'un additif par un acte de portée générale. Une valeur nutritive inférieure ou une teneur en matières grasses plus élevée que celle d'un autre produit qui se trouve déjà sur le marché concerné ou l'absence de besoin nutritionnel de la population ne saurait, à elle seule, justifier une interdiction de commercialisation de denrées alimentaires légalement fabriquées et/ou commercialisées dans d'autres Etats membres. Enfin, des connaissances scientifiques plus récentes sont susceptibles de remettre en cause une mesure d'interdiction et d'obliger l'Etat membre concerné à modifier sa réglementation.

Le principe de libre circulation s'applique également aux **médicaments** dont la commercialisation est en principe soumise par les Etats membres à une procédure d'autorisation de mise sur le marché. Une législation nationale ne peut ni imposer les mêmes exigences que celles applicables en cas de première mise sur le marché à un médicament qui bénéficie déjà dans un autre Etat d'une autorisation de mise sur le marché (AMM), ni prévoir une différence de traitement selon le lieu de résidence du pharmacien ou du médecin. En revanche, imposer la prescription du médecin plutôt que celle du pharmacien ou la vente du médicament exclusivement en pharmacie, est conforme à l'objectif de protection de la santé.

La circulation, dans le marché intérieur, des médicaments fait l'objet d'une harmonisation européenne partielle. Une directive fixe, dans un Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, l'ensemble des dispositions applicables en matière d'autorisation de mise sur le marché, de fabrication, d'étiquetage, de catégorisation, de distribution et de publicité des médicaments à usage humain. Ce texte ne constitue que la première étape d'une harmonisation des réglementations nationales en matière de production et de distribution des médicaments.

D. Protection des animaux et des végétaux

A RETENIR

La protection du bien-être des animaux constitue un objectif légitime d'intérêt général aujourd'hui consacré à l'article 13 TFUE.

La Cour de justice a ainsi admis l'instauration de zones de protection pour des populations d'animaux menacés tels que l'abeille brune de Laesø ou des contrôles phytosanitaires à l'importation des pommes.

Une mesure nationale est jugée disproportionnée par rapport à l'objectif de protection de la santé des animaux lorsque le risque de contamination est extrêmement faible ou lorsque des mesures moins restrictives existent. La réglementation ne peut être plus stricte qu'une directive d'harmonisation exhaustive. Le droit européen dérivé ayant pour objet d'assurer la conservation des espèces animales menacées d'extinction en application de la CITES ne fait cependant pas obstacle à ce qu'un État membre prenne des mesures plus strictes, sous réserve du contrôle de proportionnalité.

Les besoins de la production végétale doivent être, dans tous les cas, conciliés avec les impératifs de la protection de la santé humaine et animale compte tenu des progrès de la connaissance scientifique en la matière.

E. Trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique

A RETENIR

Les États membres peuvent définir leurs trésors nationaux et prendre les mesures nécessaires pour en assurer la protection dans le marché intérieur. On entend par trésors nationaux ceux qui ont une valeur artistique, historique ou archéologique. La règle est d'interprétation stricte : la protection de la diversité culturelle en général ne relève pas de la protection des trésors nationaux au sens de l'article 36 TFUE.

Un contrôle uniforme des exportations des biens culturels aux frontières extérieures de l'Union est organisé par le règlement 116-2009 et son règlement d'application. Le règlement s'applique non seulement aux trésors nationaux définis par les États membres, mais aussi à diverses catégories de biens culturels.

Afin de lutter contre les trafics illicites d'œuvres d'art, le contrôle préventif des exportations est complété par la directive 2014-60, qui organise la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre. La notion de bien culturel s'entend d'un bien classé comme trésor national de valeur artistique, historique ou archéologique, que ce soit avant ou après avoir quitté illicitement le territoire, d'un bien culturel au sens du règlement 116-2009 ou d'un bien faisant partie intégrante des collections publiques inscrites aux inventaires des musées, des archives, des fonds de conservation des bibliothèques ou des institutions ecclésiastiques. Le délai de prescription de l'action en restitution de trente ans est porté à soixante-quinze ans pour les collections publiques et les biens ecclésiastiques, voire au-delà si la législation nationale ou des accords bilatéraux entre États membres le prévoient.

F. Protection de la propriété industrielle et commerciale

De toutes les raisons que les États peuvent invoquer pour restreindre les échanges entre États membres, celles fondées sur la protection de la propriété industrielle et commerciale sont évidemment, d'un point de vue économique, les plus importantes. Droits exclusifs, les droits de propriété industrielle et commerciale sont aussi des droits consacrés nationalement et donc susceptibles de créer un obstacle à la libre circulation des marchandises au sein de l'Union. Les autorités européennes ont d'abord recouru aux seuls articles 101 et 102 TFUE pour vérifier la compatibilité des droits nationaux de propriété intellectuelle avec le droit européen. Mais, dès l'arrêt *Sirena* (CJCE, 18 févr. 1971, 40-70, LawLex02396), la Cour souligne que l'emprise du droit européen à l'égard des droits de propriété intellectuelle, qu'elle soit fondée sur le principe de libre circulation ou sur les articles 101 et 102 TFUE, ressortit à la même inspiration : «L'article 36, tout en relevant du chapitre concernant les restrictions quantitatives aux échanges entre États membres, s'inspire d'un principe susceptible de trouver aussi application en matière de concurrence en ce sens que, si les droits reconnus par la législation d'un État membre en matière de propriété industrielle et commerciale ne sont pas affectés dans leur existence par les articles 85 et 86 du traité [aujourd'hui 101 et 102 TFUE], leur exercice peut cependant relever des interdictions édictées par ces dispositions». Puis, dans l'arrêt *Deutsche Grammophon* (CJCE, 8 juin 1971, 78-70, LawLex02394), la Cour retient que, pour le cas où l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle échapperait aux éléments, contractuels ou de concertation, envisagés par l'article 101, il y a lieu d'examiner sa compatibilité avec d'autres dispositions du Traité, relatives notamment à la libre circulation des marchandises.

A RETENIR

Depuis les arrêts *Sirena* et *Deutsche Grammophon*, les articles 101 et 102 TFUE ne représentent donc plus les fondements exclusifs de la compétence européenne en la matière et les règles européennes de libre circulation des marchandises s'appliquent subsidiairement dès lors qu'elles poursuivent, comme les règles de concurrence, le même objectif de fusion des marchés nationaux dans un marché unique.

Ainsi, le titulaire d'une marque dans tous les États membres peut s'opposer à la vente de produits revêtus de la même marque, originaires d'un État tiers, sans affecter la libre circulation des marchandises, pour autant que l'exercice du droit de marque n'apparaisse pas comme le fait d'une entente ou de pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet de cloisonner le marché intérieur.

De même, dès lors que l'exercice du droit de marque est légitime au regard de l'article 36 TFUE, cet exercice n'est pas contraire à l'article 102 TFUE pour le seul motif qu'il est le fait d'une entreprise en position dominante.

Dans le cadre du droit de la concurrence, l'exercice du droit est illégal dès lors qu'il est anticoncurrentiel : les notions d'entente et d'abus de position dominante suffisent à fixer les limites du contrôle. En revanche, la propriété intellectuelle conférant par nature des droits exclusifs, les autorités européennes ont été conduites à introduire des critères supplémentaires dans le contexte des règles relatives à la liberté de circulation

des marchandises pour distinguer entre comportement licite et illicite : la notion d'objet spécifique complétée par celle de fonction essentielle du droit de propriété intellectuelle ont ainsi fait leur apparition dans la jurisprudence et permis de concilier droits exclusifs et principe de libre circulation.

A RETENIR

Seules les prérogatives du titulaire qui relèvent de l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle et correspondent à sa fonction essentielle sont considérées comme licites au regard de l'article 36 TFUE.

La prohibition des restrictions à la liberté de circulation des marchandises aboutit ainsi, indirectement, à définir le contenu des différents droits de propriété intellectuelle et les prérogatives de leurs titulaires. Les principes jurisprudentiels ont d'ailleurs largement inspiré l'harmonisation des législations nationales en matière de marques et de dessins et modèles. Les titulaires des droits de propriété intellectuelle disposent en outre de la possibilité de protéger leurs droits au niveau européen, grâce à la marque européenne ou aux dessins et modèles européens. Après de longues années de discussions entre les États membres, le Parlement européen et le Conseil sont parvenus à adopter le règlement 1257-2012 sur le brevet unitaire européen. Néanmoins, la mise en œuvre du texte ne sera effective qu'après la ratification par tous les États membres de l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, chargée d'arbitrer les litiges en matière de brevets unitaires.

PLAN

Nous envisagerons successivement :

- l'objet spécifique des droits de propriété intellectuelle ;
- la fonction essentielle des droits de propriété intellectuelle.

1. Objet spécifique des droits de propriété intellectuelle

Lorsqu'elle a été appelée à concilier la propriété intellectuelle avec les règles de concurrence, la Cour de justice a d'abord établi une distinction entre l'existence du droit, qui est légitime, et l'exercice du droit, qui peut éventuellement tomber sous le coup de la prohibition. Efficace dans le cadre des règles identifiant certains comportements jugés anti-concurrentiels, l'opposition existence/exercice était, en revanche, insuffisamment précise pour définir la portée des droits de propriété intellectuelle par rapport à la liberté de circulation des marchandises. Tout exercice d'un droit exclusif consacré nationalement porte atteinte, par nature, à la libre circulation des marchandises au sein de l'Union. C'est ainsi qu'est apparue la notion d'objet spécifique des droits de propriété intellectuelle.

La portée de l'objet spécifique - auquel le droit européen ne peut porter atteinte - se définit par référence à la théorie de l'épuisement des droits : le droit exclusif conféré au détenteur d'un droit de propriété intellectuelle s'épuise pour les produits visés après leur première mise en circulation sur le territoire du marché intérieur. En conséquence, «le titulaire d'un droit de propriété industrielle et commerciale protégé par la législation d'un État membre ne saurait invoquer cette législation pour s'opposer à l'im-

portation ou la commercialisation d'un produit qui a été écoulé licitement, sur le marché d'un État membre, par le titulaire du droit lui-même, avec son consentement ou par une personne unie à lui par des liens de dépendance juridique ou économique».

L'exercice des droits de propriété intellectuelle ne doit pas entraver la libre circulation des marchandises au-delà de ce qu'exige la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique d'une telle protection. Le contenu de l'objet spécifique dépend de la nature du droit protégé.

Pour le titulaire d'un droit de brevet, il consiste dans le droit exclusif d'utiliser une invention en vue de la fabrication et de la première mise en circulation de produits industriels sur le territoire européen, soit directement, soit par l'octroi de licences à des tiers, ainsi que le droit de s'opposer à toute contrefaçon. L'objet spécifique du droit de marque réside dans le droit exclusif pour son titulaire d'utiliser la marque pour la première mise en circulation d'un produit et de le protéger contre les concurrents qui voudraient abuser de la position et de la réputation de la marque en vendant des produits revêtus de celle-ci. Le titulaire du droit sur un modèle protégé a la faculté d'empêcher des tiers de fabriquer et de vendre ou d'importer, sans son consentement, des produits incorporant le modèle. La réglementation relative aux appellations d'origine protège contre une utilisation abusive des appellations par des tiers désirant tirer profit de la réputation qu'elles ont acquise.

Les autorités européennes ont ensuite affiné la définition de l'objet spécifique des droits de propriété intellectuelle en l'interprétant à la lumière de leur fonction essentielle.

2. Fonction essentielle des droits de propriété intellectuelle

A RETENIR

L'objet spécifique du droit, qui consiste notamment dans la première mise en circulation du produit, est licite au regard du droit européen, dès lors qu'il correspond à sa fonction essentielle. Comme l'objet spécifique, la fonction essentielle diffère selon les droits protégés.

Le brevet a pour fonction essentielle de garantir à son titulaire la récompense de son effort d'inventeur en lui permettant notamment d'empêcher la commercialisation de produits fabriqués dans un autre État membre par le bénéficiaire d'une licence obligatoire portant sur un brevet parallèle détenu par ce même titulaire. La fonction essentielle de la marque consiste à garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit, en lui permettant de distinguer, sans confusion possible, ce produit de ceux qui ont une autre provenance. Les appellations d'origine visent à garantir que le produit qui en est revêtu provient d'une zone géographique déterminée et présente certains caractères particuliers. Enfin, le droit d'auteur doit assurer à son titulaire la protection morale de l'œuvre et la rémunération de l'effort créateur.

Bien que l'article 36 TFUE ne vise expressément que la propriété industrielle et commerciale, le juge européen l'interprète très largement en l'appliquant au-delà des brevets, marques, et dessins et modèles, aux droits d'auteur et droits voisins, ainsi qu'aux appellations d'origine et indications de provenance.

PLAN

La fonction essentielle du droit de propriété intellectuelle varie selon qu'elle concerne :

- le droit de brevet ;
- le droit de marque ;
- le droit d'auteur ;
- les appellations d'origine.

a. Brevets

Le principe de libre circulation des marchandises empêche le titulaire d'un brevet de s'opposer à l'importation d'un produit breveté, licitement écoulé sur le marché d'un autre État membre par lui-même ou avec son consentement, même s'il s'agit d'un État où le produit n'est pas brevetable. En revanche, il ne peut être réputé avoir consenti aux actes accomplis par le titulaire d'une licence obligatoire octroyée par les autorités compétentes d'un État membre.

De même, un fabricant d'automobiles, titulaire d'un brevet pour modèle ornemental sur des pièces de rechange destinées aux voitures de sa fabrication, peut, sur le fondement de dispositions nationales, interdire à des tiers de fabriquer, aux fins de la vente sur le marché intérieur ou d'exportation, des pièces protégées ou empêcher l'importation d'autres États membres de pièces protégées qui y auraient été fabriquées sans son consentement. En revanche, une législation nationale ne peut limiter la concession de licence obligatoire au brevet exploité sous la forme de produits importés d'autres États membres et non sous la forme d'une production sur le territoire national, ou refuser au preneur d'une licence de droit l'autorisation d'importer le produit couvert par un brevet à partir de pays tiers lorsque le titulaire du brevet fabrique le produit sur le territoire national alors qu'elle accorde cette autorisation lorsque ce titulaire exploite son brevet en important le produit à partir d'autres États membres.

b. Marques

Au-delà de l'objet spécifique, le titulaire du droit de marque peut s'opposer à l'importation sur son territoire d'un produit qu'il aura lui-même mis en circulation dès lors que le tiers importateur aura adopté des comportements plaçant le consommateur dans l'impossibilité d'identifier avec certitude l'origine du produit marqué. Le titulaire de la marque peut ainsi empêcher la mise sur le marché d'un produit licitement pourvu de la marque dans un État membre, après avoir été conditionné dans un nouvel emballage sur lequel la marque a été apposée par un tiers, à condition qu'il n'ait pas été averti préalablement de la mise en vente du produit reconditionné, que l'utilisation du droit de marque ne conduise pas, compte tenu du système de commercialisation appliqué, à un cloisonnement des marchés entre États membres, que le reconditionnement affecte l'état originare du produit et qu'il ne soit pas indiqué sur le nouvel emballage par qui il a été effectué.

Il ne peut donc pas interdire à un importateur de commercialiser un produit reconditionné, lorsque le reconditionnement se limite au remplacement de l'emballage extérieur sans toucher au conditionnement intérieur, la marque apposée par le fabricant sur le

conditionnement intérieur demeurant visible à travers le nouvel emballage extérieur, qui indique clairement que le produit a été fabriqué par la filiale du titulaire et réemballé par l'importateur, à condition que la nouvelle présentation ne préjudicie pas à la réputation du produit ou du titulaire de la marque. Si le reconditionnement s'explique exclusivement par la recherche d'un avantage commercial et n'est pas objectivement nécessaire, le titulaire de la marque peut s'y opposer.

c. Droits d'auteur/Droits voisins

Le titulaire d'un droit d'auteur dans un État membre peut s'opposer à la vente de supports de son incorporant les mêmes œuvres musicales sur le territoire de cet État lorsque ces supports sont importés d'un autre État membre dans lequel leur commercialisation résulte de l'expiration du délai légal de protection, et non de son consentement.

De même, un État membre peut exercer des poursuites du chef de complicité de distribution sans autorisation de copies d'œuvres protégées par un droit d'auteur lorsque ces copies sont distribuées au public sur le territoire de cet État membre dans le cadre d'une vente le visant spécifiquement, mais conclue depuis un autre État membre où les œuvres ne sont pas protégées par un droit d'auteur ou bénéficient d'une protection qui ne peut être utilement opposée aux tiers. Dans tous les cas, les exigences résultant de la libre circulation des marchandises et de la libre prestation de services doivent être conciliées avec le respect dû aux droits d'auteur afin de permettre aux titulaires, ou aux sociétés qui sont leurs mandataires, d'invoquer leurs droits exclusifs pour demander le versement de redevances en cas de diffusion publique de musique enregistrée sur supports de son, alors que la commercialisation ne peut donner lieu au prélèvement d'aucune redevance.

d. Appellations d'origine/Indications de provenance

L'appellation d'origine a pour fonction spécifique de garantir la provenance géographique du produit. Après avoir été d'abord examinée par le juge européen sous l'angle des exigences impératives, la protection des appellations d'origine a été ensuite envisagée sous celui de la propriété intellectuelle. Dans tous les cas, l'appellation d'origine doit, pour bénéficier d'une protection au titre de la propriété intellectuelle, être délivrée sur la base de critères objectifs, définis à l'avance, permettant de garantir la haute qualité du produit.

Ainsi, une appellation d'origine ne peut être réservée aux vins mis en bouteille dans la région de production lorsque cette opération ne confère pas au vin des caractères particuliers ou n'est pas indispensable au maintien des caractéristiques spécifiques qu'il a acquises. Au contraire, l'obligation, pour utiliser une appellation d'origine, de réaliser les opérations de transformation et d'emballage dans la région de production est légitime lorsqu'elle permet aux bénéficiaires de conserver la maîtrise de la présentation du produit et de sauvegarder sa qualité et son authenticité, ainsi que la réputation de l'appellation.

TITRE II**Libre circulation des personnes et des services****A RETENIR**

La seconde partie du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne traite de «Non-discrimination et citoyenneté de l'Union». Est citoyen européen toute personne ayant la nationalité d'un État membre (art. 20). Le Traité prohibe toute discrimination à raison de la nationalité (art. 18 TFUE). L'article 21 ajoute que tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. La libre circulation des personnes a pour objectif de contribuer à l'établissement d'un marché intérieur, dans lequel les ressortissants des États membres ont la possibilité d'exercer leurs activités économiques en tout lieu du territoire de l'Union.

La libre circulation des personnes est entièrement dominée par la règle du traitement national, selon laquelle les ressortissants des autres États membres doivent recevoir le même traitement que les nationaux et ne subir aucune discrimination, ni directe ni indirecte, en raison de leur nationalité. Ce principe, qui constitue une disposition juridique fondamentale de l'Union, implique la reconnaissance à tous les ressortissants européens du droit d'entrée et de séjour sur le territoire de tout État membre. Le caractère impératif de la règle de non-discrimination s'impose pour tous les rapports juridiques localisés sur le territoire de l'Union.

PLAN

Nous envisagerons successivement :

- le champ d'application de la liberté de circulation des personnes et des services (Chapitre I) ;
- la prohibition des restrictions (Chapitre II) ;
- les limites à la prohibition (Chapitre III) ;
- les directives de libération (Chapitre IV) ;
- les directives d'harmonisation (Chapitre V).

CHAPITRE I Champ d'application

SECTION 1

Personnes

I. Personnes physiques

- A. Ressortissants d'un État membre
- B. Ressortissants d'un État tiers

II. Personnes morales

- A. Siège statutaire à l'intérieur de l'Union
- B. Établissement principal ou secondaire

SECTION 2

Activités

I. Activités économiques

II. Activités indépendantes

SECTION 3

Situations purement internes

SECTION 4

Relations avec les autres règles du Traité

I. Non-discrimination en raison de la nationalité

II. Libre circulation des travailleurs

III. Libre circulation des capitaux

CHAPITRE I Champ d'application

Au-delà d'un droit d'entrée et de séjour sur le territoire des États de l'Union, le principe de libre circulation confère la possibilité à tout ressortissant d'un État membre d'exercer une activité professionnelle, dans un autre État membre en s'établissant ou en exécutant des prestations de services. Toutes les activités économiques sont concernées par l'exercice de ce droit dès lors qu'elles sont exercées contre rémunération.

Deux libertés fondamentales composent la liberté de circulation des personnes : la liberté d'établissement ; la libre prestation de services.

Le droit d'établissement se situe au-delà de la libre circulation des marchandises car le jeu des échanges commerciaux n'est plus seul en cause. Liberté fondamentale, indispensable à la constitution du marché intérieur, la liberté d'établissement concerne le développement même des entreprises.

A RETENIR

Le droit d'établissement vise une installation stable dans un État membre autre que celui dont l'intéressé est originaire. Deux situations sont envisageables : la création d'une entreprise nouvelle dans l'État membre d'accueil et celle d'une activité secondaire, qui n'implique pas un transfert total d'activité. Ce droit implique la suppression des restrictions au déplacement et au séjour à l'intérieur de l'Union des ressortissants des États membres désireux de s'établir dans un autre État membre.

Il en résulte que le titre de séjour délivré ne peut être que déclaratif de droits. Au-delà de l'aspect purement professionnel, le principe de non-discrimination implique la reconnaissance de divers droits et avantages au profit des ressortissants européens destinés à favoriser leur intégration dans le pays d'accueil (droit de contracter, d'emprunter, d'ester en justice, de s'affilier à la sécurité sociale, etc.). L'établissement ne se confond pas avec le domicile en droit européen. Le ressortissant d'un État membre peut parfaitement s'établir pour l'exercice d'une activité professionnelle dans un État membre sans y avoir de résidence permanente.

Enfin, les dispositions relatives à la liberté d'établissement visent non seulement à assurer le bénéfice du traitement national dans l'État membre d'accueil, mais aussi à empêcher que l'État d'origine n'entrave l'établissement de l'un de ses ressortissants ou d'une société constituée en conformité avec sa législation, répondant à la définition de l'article 54 du Traité, dans un autre État membre.

L'exercice d'une activité indépendante peut également prendre la forme d'une simple prestation de services. Le Traité sur le fonctionnement de l'union européenne consacre des dispositions symétriques à la liberté d'établissement (art. 49 et s.) et de prestation de services (art. 56 et s.). Par renvoi de l'article 62, les mesures destinées à réaliser la liberté de prestation de services sont arrêtées sur le fondement de l'article 53 qui concerne la liberté d'établissement. Comme le droit d'établissement, celui de libre prestation de services constitue une disposition fondamentale de l'ordre juridique européen.

A RETENIR

À la différence de l'établissement, la prestation de services n'implique pas un transfert d'activité d'un État membre à un autre, mais exige seulement que le service soit effectué à partir d'un établissement situé dans un État membre à destination d'un autre État membre ou au profit d'un bénéficiaire établi dans un autre État membre.

En dépit de la symétrie des dispositions les régissant, droit d'établissement et libre prestation de services ne doivent pas être confondus.

A RETENIR

La stabilité et la durée de l'activité, caractéristiques de l'établissement, permettent de le distinguer de la prestation de services. La prestation de services se définit négativement par rapport à l'établissement : toutes les prestations qui ne sont pas offertes de manière stable et continue à partir d'un domicile professionnel dans l'État membre de destination constituent des prestations de services.

L'établissement implique de disposer dans l'État membre d'accueil d'un personnel propre et d'une structure présentant un degré suffisant de permanence, dans le cadre de laquelle des contrats sont établis ou des décisions administratives de gestion prises, en vue de rendre, de manière autonome, les services concernés. Il consiste dans la création du domicile professionnel dans l'État d'accueil, l'installation pour une durée indéterminée ou la réunion permanente de moyens humains et techniques nécessaires aux prestations de services.

Aucune disposition du Traité ne permet de déterminer, de manière abstraite, la durée ou la fréquence à partir de laquelle la fourniture d'un service ou d'un certain type de service dans un autre État membre ne peut plus être considérée comme une prestation de services. La notion de services peut ainsi couvrir des services dont la prestation s'étend sur une période prolongée, voire sur plusieurs années, telle que le recouvrement de redevances fiscales.

Le caractère temporaire des activités concernées s'apprécie non seulement compte tenu de la durée de la prestation, mais également de sa fréquence, périodicité ou continuité, mais il n'exclut pas la possibilité de se doter dans l'État membre d'accueil de l'infrastructure nécessaire à l'accomplissement de la prestation. De même que le droit d'acquérir, d'exploiter et d'aliéner des biens immobiliers sur le territoire d'un autre État membre constitue le complément nécessaire de la liberté d'établissement, l'accès à la propriété et à l'usage de biens immobiliers est garanti par l'article 56 TFUE en vue de l'exercice effectif de la libre prestation de services.

A RETENIR

La libre prestation de services qui implique la liberté de se rendre dans un autre État membre pour y recevoir ou bénéficier d'un service, sans être gêné par des restrictions, exige un élément d'extranéité qui est caractérisé par un franchissement de frontière : dès lors qu'un prestataire offre ses services sur le territoire d'un État membre autre que celui dans lequel il est établi, quel que soit le lieu d'établissement des destina-

taires de ces services, il bénéficie du principe de libre prestation de services. La notion de prestation de services vise tant l'hypothèse où le prestataire se rend dans l'État membre du destinataire que celle où il fournit les services transfrontaliers sans se déplacer de l'État membre dans lequel il est établi, même si le séjour du destinataire dans cet État a un autre motif que le service lui-même.

Tel est notamment le cas des services offerts par l'Internet à des destinataires établis dans un autre État membre, de la participation de ressortissants d'un État membre à des jeux de paris organisés dans un autre État membre, même si ceux-ci ont pour objet des événements sportifs organisés dans le premier État ou de l'organisation d'une loterie.

A RETENIR

Le droit d'établissement exclut en principe celui de la libre prestation de services, qui revêt un caractère subsidiaire. Pour être considérée comme un service au sens de l'article 57, la prestation fournie contre rémunération ne doit relever ni de la libre circulation des marchandises ou des capitaux, ni de la libre circulation des personnes.

Aussi le juge européen, appelé à statuer sur une mesure relative à l'activité professionnelle, recherche-t-il toujours, en premier lieu, si celle-ci ne relève pas du champ d'application de la liberté d'établissement.

PLAN

Pour définir le champ d'application de la liberté de circulation des personnes et des services, nous envisagerons successivement :

- les personnes concernées ;
- les activités concernées ;
- les situations purement internes ;
- les relations avec les autres règles du Traité.

SECTION 1

Personnes

PLAN

Il faut distinguer entre :

- les personnes physiques ;
- les personnes morales.

I. Personnes physiques

PLAN

Au sein de l'Union, les personnes physiques se voient réserver un traitement distinct au titre de la libre circulation selon qu'elles sont :

- ressortissantes d'un État membre ;
- ressortissantes d'État tiers.

A. Ressortissants d'un État membre

A RETENIR

Toute personne ayant la nationalité d'un État membre a la citoyenneté européenne qui lui confère un droit fondamental et individuel de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

Peu importe sa date et son mode d'acquisition, la citoyenneté européenne produit ses pleins effets dès lors que le ressortissant la possède à l'époque où il invoque les dispositions du droit européen. **Les conditions d'acquisition et de perte de la nationalité sont définies par chaque État membre dans le respect du droit de l'Union.** La législation d'un État membre ne peut pas restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales prévues par le Traité.

Le champ d'application personnel des règles européennes portant sur la liberté d'établissement est le même d'un État membre à l'autre. Ainsi, en cas de double nationalité, un État membre ne peut refuser le bénéfice des dispositions du droit de l'Union à ceux de ses ressortissants qui, établis dans un autre État membre dont ils ont également la nationalité, font usage des facilités offertes par le droit européen pour exercer, sur le territoire du premier État, leurs activités sous forme de prestations de services ou soumettre la reconnaissance de la qualité de ressortissant européen à une condition telle que la résidence habituelle de l'intéressé sur le territoire de l'État membre.

Certains territoires rattachés à un État membre ne sont pas soumis à l'ensemble des règles européennes. Tel est le cas des îles Anglo-Normandes et de l'île de Man. Si ces îles constituent aux yeux du juge de l'Union, avec le Royaume-Uni, un seul et même État membre en matière de libre circulation des marchandises, elles ne bénéficient pas des dispositions relatives à la libre circulation des personnes et des services, mais doivent néanmoins appliquer sur leur territoire le même traitement à toutes les personnes physiques ou morales de l'Union (art. 4 protocole n° 3 concernant les îles Anglo-Normandes et l'île de Man).

La législation de l'île de Man qui octroie un traitement plus favorable à ses ressortissants en ce qui concerne l'emploi que celui accordé aux autres ressortissants européens est donc licite. Il en va de même de la législation nationale qui prévoit l'expulsion de Jersey des ressortissants d'un État membre autre que le Royaume Uni : cette disposition n'est pas considérée comme contraire au principe de non-discrimination car la même inégalité de traitement existe entre les États membres. Le fait qu'il soit impossible de prononcer

une mesure d'expulsion à l'encontre des citoyens britanniques, y compris ceux qui ne sont pas des ressortissants des îles Anglo-Normandes, n'est pas non plus contraire au principe d'égalité de traitement car les ressortissants des îles Anglo-Normandes possèdent la nationalité britannique. La distinction entre ces ressortissants et les autres citoyens du Royaume-Uni ne peut donc être identifiée à une différence de nationalité entre les ressortissants de deux États membres.

S'agissant des **pays et territoires d'outre-mer**, l'Union applique en matière d'établissement et de prestation de services, et selon les termes de la décision d'association outre-mer en vigueur, les engagements pris dans le cadre de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS ou GATS) en application desquels les États membres ne pratiquent aucune discrimination entre les habitants, les sociétés et les entreprises des pays et territoires d'outre-mer. Les autorités de ces pays et territoires doivent traiter les sociétés, ressortissants et entreprises des États membres de manière non moins favorable que les sociétés, ressortissants et entreprises d'un pays tiers et ne pas discriminer entre les sociétés, ressortissants et entreprises des États membres.

Dans le but de promouvoir ou soutenir l'emploi local, elles peuvent, en outre, établir des réglementations en faveur de leurs habitants et des activités locales. Elles notifient dans ce cas les réglementations qu'elles adoptent à la Commission, qui en informe les États membres. La décision d'association outre-mer fait l'objet d'une interprétation stricte puisqu'elle constitue une exception au principe de l'inapplication du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux États tiers.

B. Ressortissants d'un État tiers

A RETENIR

Les ressortissants des États tiers ne peuvent, en principe, se prévaloir du principe de libre circulation des personnes, à moins qu'il ne s'agisse d'un État associé.

Un État membre doit cependant autoriser l'entrée et le séjour sur son territoire du conjoint, quelle que soit sa nationalité, de l'un de ses ressortissants qui s'était rendu, avec ce conjoint, sur le territoire d'un autre État membre pour y exercer une activité salariée et qui revient s'établir sur le territoire de l'État dont il a la nationalité car le conjoint doit, au moins, jouir des mêmes droits que ceux qui lui seraient consentis, par le droit de l'Union, si son époux ou épouse entrait et séjournait sur le territoire d'un autre État membre.

Le ressortissant d'un État tiers ne peut, en revanche, prétendre au bénéfice du droit d'établissement énoncé à l'article 49 TFUE en vertu d'un accord d'association dont une disposition est rédigée en termes identiques, dès lors que cet accord poursuit un objectif différent du Traité, à savoir l'intégration progressive d'un État tiers dans l'Union et non la création d'un marché intérieur. En effet, une simple similitude dans le libellé d'une disposition de l'un des traités de l'Union et d'un accord international entre l'Union et un pays tiers ne suffit pas pour donner aux termes de cet accord la même signification que celle qu'ils ont dans les traités. Enfin, les réfugiés et apatrides bénéficient, aux termes d'une directive de 2011, d'un droit d'exercer une activité non salariée dans l'Union.

II. Personnes morales

PLAN

Le principe de libre circulation s'applique aux personnes morales dès lors qu'elles disposent au sein de l'Union :

- soit d'un siège statutaire ;
- soit d'un établissement principal ou secondaire.

A. Siège statutaire à l'intérieur de l'Union

A RETENIR

Aux termes de l'article 54 TFUE, les sociétés constituées en conformité avec la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées aux personnes physiques ressortissantes des États membres.

Le siège des sociétés servant à déterminer, à l'instar de la nationalité des personnes physiques, leur rattachement à l'ordre juridique d'un État, une discrimination fondée sur l'un de ces critères de rattachement équivaut à une discrimination fondée sur la nationalité : un État membre ne peut ainsi appliquer un traitement différent aux succursales et agences établies sur son territoire du seul fait que le siège social de leur société mère est situé dans un autre État membre.

Lorsqu'une société constituée conformément à la législation d'un État membre sur le territoire duquel elle a son siège statutaire est réputée, selon le droit d'un autre État membre, avoir transféré son siège effectif dans cet État, ce dernier contrevient aux articles 49 et 54 TFUE en lui déniait la capacité juridique et celle d'ester en justice devant ses juridictions nationales pour faire valoir les droits tirés d'un contrat conclu avec une société établie dans cet État.

De même, impose une condition discriminatoire l'État membre qui soumet la reconnaissance de la personnalité civile ou juridique d'une association à la présence soit d'un associé ressortissant dans l'administration de cette structure soit au fait que trois cinquièmes des associés soient titulaires de nationalité.

À la différence des personnes physiques qui peuvent avoir un domicile personnel distinct de leur établissement, les personnes morales n'ont qu'un domicile professionnel : leur siège social. Aussi, une société qui transfère son siège de direction et son administration centrale dans un autre État membre ne peut-elle prétendre à la conservation de la forme sociale de l'État d'origine.

En effet, les sociétés sont créées en vertu d'un ordre juridique national. Elles n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement. En l'absence d'harmonisation parfaite des législations nationales relatives au droit des sociétés, notamment concernant le critère de rattachement au territoire national, la possibilité pour une société de transférer son siège, statutaire ou effectif, dans un autre État membre que celui de constitution sans perdre la personnalité juridique dont elle jouit dans cet État et, le cas échéant, les modalités de ce transfert

sont déterminées par la législation nationale de l'État membre de constitution, qui peut imposer des restrictions au transfert hors de son territoire du siège effectif afin qu'elle conserve sa personnalité juridique.

La liberté d'établissement ne concerne pas que le siège de la société. En effet, elle s'applique également aux transferts d'activités d'une société du territoire d'un État membre vers un autre État membre indépendamment de la question de savoir si la société transfère son siège statutaire et sa direction effective hors de ce territoire ou si elle transfère des actifs à l'occasion de ce transfert.

Les dispositions relatives à la liberté d'établissement ne peuvent, en revanche, être invoquées par une société établie dans un État tiers.

B. Établissement principal ou secondaire.

A RETENIR

Le droit d'établissement qui comporte pour les ressortissants des États membres l'accès aux activités non salariées dans les mêmes conditions que les nationaux de l'État membre d'établissement comprend pour les sociétés le droit d'exercer leur activité par l'intermédiaire d'une filiale, d'une succursale ou d'une agence. Le Traité envisage ainsi deux modes d'établissement : à titre principal et à titre secondaire (art. 49 TFUE). Les dispositions du Traité relatives à la liberté d'établissement visent tant à assurer le bénéfice du traitement national dans l'État membre d'accueil qu'à empêcher l'État membre d'origine d'entraver l'établissement de l'un de ses ressortissants ou d'une société constituée en conformité avec sa législation dans un autre État membre.

L'obligation, en vertu des articles 49 et 54 TFUE, de permettre une transformation transfrontalière d'une société ne porte cependant atteinte ni à la faculté d'un État membre d'accueil de définir tant le lien de rattachement exigé d'une société pour être considérée comme constituée selon son droit national et, à ce titre, susceptible de bénéficier du droit d'établissement, que celui requis pour maintenir cette qualité ultérieurement, ni à la détermination, par cet État membre, des règles de constitution et de fonctionnement de la société issue de la transformation. Toutefois, la réglementation nationale, qui prévoit pour les sociétés de droit interne la faculté de se transformer mais ne permet pas, de manière générale, la transformation d'une société d'un autre État membre en société de droit national au moyen de la constitution contrevient aux dispositions relatives à la libre circulation des personnes et des services.

En pratique, la forme courante d'établissement pour une personne morale sera donc l'établissement secondaire, l'entreprise exerçant son activité dans un autre État membre par l'intermédiaire d'une filiale, d'une succursale ou d'une agence. Est considérée comme établie dans un État membre une entreprise d'un autre État membre qui maintient dans le second État une présence permanente, même si cette présence n'a pas pris la forme d'une succursale ou d'une agence, mais s'exerce par le moyen d'un simple bureau, géré par le propre personnel de l'entreprise, ou d'une personne indépendante mais mandatée pour agir en permanence pour celle-ci comme le ferait une agence. Dans tous les cas, si chaque État membre est libre de régler l'exercice de la profession sur son territoire, une législation nationale ne peut obliger un professionnel à n'avoir qu'un seul établissement

sur l'ensemble du territoire européen, à moins que l'existence d'un deuxième domicile professionnel ne soit susceptible de nuire à l'exercice de sa profession.

SECTION 2

Activités

PLAN

Pour que les activités en cause relèvent de la liberté d'établissement ou de prestation de services, il faut que :

- elles présentent un caractère économique ;
- elles soient non-salariées ;

I. Activités économiques

A RETENIR

La notion d'activité économique, qui définit le champ d'application de libertés fondamentales garanties par le Traité, ne peut être interprétée restrictivement : elle s'entend largement et s'étend à l'ensemble des activités exercées normalement contre rémunération.

La fourniture d'une prestation contre rémunération ne requiert pas que le prestataire ait pour but de réaliser un bénéfice ou que le service soit payé par ceux qui en bénéficient. La rémunération a pour caractéristique essentielle de constituer la contrepartie économique de la prestation en cause, contrepartie qui est normalement définie entre le prestataire et le destinataire du service. Il importe peu qu'elle soit fixée selon un tarif arrêté par l'autorité publique. Les activités exercées doivent en outre être réelles et effectives et non purement marginales et accessoires.

Le principe de libre circulation s'applique notamment aux :

- Activités sportives : l'exercice d'un sport relève du droit européen dès lors qu'il constitue une activité économique. Il en est ainsi de l'activité de joueurs professionnels ou semi-professionnels de football ou de la participation d'un athlète à des tournois internationaux, lorsque les sportifs perçoivent une rémunération en contrepartie de leur prestation.
- Activités religieuses : les travaux d'une communauté religieuse sont soumis au droit de l'Union dès lors qu'ils font l'objet d'une contrepartie économique. Il en est ainsi lorsque les travaux garantissent l'indépendance économique de la communauté, qui rémunère indirectement ses membres par les prestations qu'elle leur accorde.
- Activités d'enseignement : l'enseignement dispensé dans des écoles financées principalement par des fonds privés constitue un service fourni contre rémunération même si les fonds n'émanent pas des bénéficiaires de la prestation. De même, la formation professionnelle qui est susceptible de favoriser la libre circulation des personnes en leur permettant d'obtenir une qualification dans l'État membre où elles se proposent

d'exercer leurs activités professionnelles relève du domaine d'application du Traité. En revanche, les cours dispensés dans le cadre du système d'éducation nationale ne relèvent pas de l'article 57 TFUE dans la mesure où l'État ne fait alors qu'accomplir sa mission éducative et où le financement est assuré pour l'essentiel par des fonds publics.

- Activités du secteur de l'audiovisuel : la diffusion, par l'intermédiaire d'exploitants de réseaux câblés établis dans un État membre, de programmes télévisés offerts par des émetteurs établis dans d'autres États membres constitue une prestation de services, même si les émetteurs de programmes télévisés ne paient pas eux-mêmes le service de transmission fourni par les exploitants de réseaux câblés.

- Loteries et jeux de hasard : les jeux et loteries sont qualifiés d'activités économiques dès lors qu'ils se caractérisent par la fourniture d'un service déterminé moyennant rémunération et par la perspective d'un gain en argent. Les paris ou l'utilisation contre rémunération de machines à sous sont considérés comme un jeu d'argent comparable aux loteries.

- Activités médico-sociales : Ni le fait qu'une réglementation nationale relève du domaine de la sécurité sociale, ni la circonstance qu'un traitement médical hospitalier soit financé directement par les caisses d'assurance maladie sur la base de conventions et de tarifs préétablis, ne sont de nature à exclure l'application des articles 56 et 57 TFUE.

II. Activités indépendantes

A RETENIR

La liberté d'établissement implique la faculté pour les ressortissants européens de participer, de manière effective, stable et durable, à la vie économique d'un État membre et de tirer profit de cette installation : elle comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, la création d'agences, de succursales ou de filiales (art. 49 et 54 TFUE).

La libre prestation de services permet également d'exercer une activité non salariée dans un autre État membre, pays où la prestation est fournie, mais à titre temporaire seulement, à partir de l'État d'établissement (art. 57 TFUE, al. 3). Le principe de non-discrimination s'applique à ces deux modes de l'activité non salariée. Selon l'article 57 TFUE, les services comprennent notamment les activités de caractère industriel, commercial ou artisanal et les activités des professions libérales.

Il en est ainsi des prestations d'assurances, du crédit-bail, des services bancaires et financiers, tels que l'activité d'octroi de crédits à titre professionnel, même si elle n'émane pas d'un établissement de crédit, ou de l'exécution par une banque d'ordres en bourse et d'opérations en compte courant liées à une ouverture de crédit, du placement de main-d'œuvre, du gardiennage ou des services du cabotage maritime, à l'exclusion du service de remorquage.

SECTION 3

Situations purement internes

A RETENIR

Le principe de la citoyenneté de l'Union qui inclut, selon l'article 21 TFUE, le droit de tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, n'a pas pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du Traité à des situations purement internes n'ayant aucun rattachement au droit européen.

L'article 49 ne prévoit la suppression des restrictions à la liberté d'établissement qu'au bénéfice des ressortissants européens désirant s'établir «dans un autre État membre» et l'article 56 interdit les restrictions à la libre prestation des services «à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de l'Union autre que celui du destinataire de la prestation».

Une interprétation littérale conduit donc à considérer que ces textes ne s'appliquent pas aux activités dont l'ensemble des éléments sont situés à l'intérieur d'un seul État membre, c'est-à-dire aux situations purement internes. Constitue ainsi, au regard du droit de l'Union, une situation dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre la prestation de services par des opérateurs établis à Gibraltar à des personnes établies au Royaume-Uni.

En outre, **les discriminations à rebours sont interdites**. Les ressortissants d'un État membre ne peuvent être exclus du bénéfice du droit européen lorsqu'ils ont, à la suite de leur résidence régulière sur le territoire d'un autre État membre, acquis une qualification professionnelle reconnue par les dispositions du droit européen. Ils se trouvent alors à l'égard de leur État membre d'origine dans une situation comparable à celle de tout autre sujet bénéficiant des droits et des garanties prévus par le Traité.

A RETENIR

Les discriminations à rebours sont soumises à un régime distinct selon qu'elles concernent la liberté de circulation des marchandises ou celle des personnes et des services. Admises, sous certaines conditions, dans le cadre de l'application des articles 34 et 35 TFUE, qui prohibent les restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent entre les États membres, elles sont en revanche prohibées en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services.

SECTION 4

Relations avec les autres règles du Traité

La liberté d'établissement et de prestations de services ne saurait se réaliser indépendamment des autres règles du Traité.

PLAN

Il convient d'examiner son articulation avec :

- le principe de non-discrimination ;
- la libre circulation des travailleurs ;
- la libre circulation des capitaux.

I. Non-discrimination en raison de la nationalité

A RETENIR

L'article 18 TFUE, qui consacre le principe général de non-discrimination en raison de la nationalité, n'a vocation à s'appliquer de façon autonome que dans des situations régies par le droit européen pour lesquelles le Traité ne prévoit pas de règles spécifiques relatives à la non-discrimination.

Une réglementation compatible avec les articles 49 et 56 TFUE l'est aussi avec l'article 18 TFUE puisque ces textes garantissent, dans leurs domaines respectifs, l'application du principe général de non-discrimination en raison de la nationalité. De même, l'article 21 TFUE, qui énonce de manière générale le droit, pour tout citoyen de l'Union, de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, trouve une expression particulière dans l'article 49 TFUE et ne s'applique donc que dans les situations non couvertes par celui-ci.

Toutefois, dans le cas particulier où les ressortissants d'un État membre sont tenus de constituer une *cautio judicatum solvi* lorsqu'ils entendent agir en justice contre l'un des ressortissants d'un autre État membre, alors que ceux-ci ne sont pas soumis à une telle exigence, le principe général de non-discrimination posé par l'article 18 TFUE prévaut sur les dispositions spéciales des articles 56 et 62 TFUE dès lors que la réglementation nationale concernée a une incidence, même indirecte, sur les échanges de biens et de services au sein de l'Union.

II. Libre circulation des travailleurs

Les dispositions de l'article 45 TFUE, relatives à la libre circulation des travailleurs au sein de l'Union, concernent exclusivement les activités salariées, celles relatives à la liberté d'établissement ou de prestation de services ne visant que les activités non salariées. La relation de travail au sens de l'article 45 se caractérise par l'existence d'un lien de subordination : une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous sa direction, des prestations en contrepartie desquelles elle perçoit une rémunération. Ce n'est donc pas dans la nature de la rémunération - salaire ou contrepartie économique - que réside le critère de distinction entre les deux situations, mais dans le

caractère indépendant ou non de l'activité exercée.

EXEMPLES

Relève de la liberté de prestation de services :

- le déplacement temporaire de travailleurs, envoyés vers un autre État membre pour y effectuer des travaux dans le cadre d'une prestation de services exécutée par leur employeur, dans la mesure où ces travailleurs retournent dans leur pays d'origine après l'accomplissement de leur mission, sans accéder à aucun moment au marché de l'emploi de l'État membre d'accueil ;
- l'activité qui consiste, pour une entreprise, à mettre à disposition, contre rémunération, de la main-d'œuvre qui reste au service de cette entreprise sans qu'aucun contrat de travail ne soit conclu avec l'utilisateur.

Relève de la libre circulation des travailleurs :

- l'activité d'une entreprise de mise à disposition de main-d'œuvre, bien que prestataire de services au sens du Traité, parce qu'elle a précisément pour objet de faire accéder des travailleurs au marché de l'emploi de l'État membre d'accueil ;
- la réglementation relative à l'imposition du travailleur salarié qui accomplit des prestations en faveur et sous la direction d'un employeur en contrepartie d'une rémunération et qui se trouve donc dans une relation de travail salarié, caractérisée par un rapport de subordination et le paiement d'une rémunération en contrepartie des prestations effectuées.

A RETENIR

En cas de conflit d'interprétation entre la directive 2006-123 du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur et la directive spécifique 96-71 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, la seconde prévaut.

Selon la Cour, pour établir si une relation contractuelle peut être qualifiée de mise à disposition de main-d'œuvre au sens la directive 96-71, il convient de tenir compte de tout élément indiquant que le déplacement du travailleur dans l'État membre d'accueil est ou non l'objet même de la prestation de services sur laquelle porte la relation contractuelle. Le fait que le prestataire de services supporte les conséquences de l'exécution non conforme de la prestation stipulée au contrat ou la circonstance que ce prestataire est libre de déterminer le nombre de travailleurs qu'il juge utile d'envoyer dans l'État membre d'accueil constituent, en principe, des indices qu'un tel déplacement n'est pas l'objet même de la prestation en cause. En revanche, la circonstance que l'entreprise bénéficiaire de cette prestation contrôle la conformité de la prestation avec le contrat ou puisse donner des consignes générales aux travailleurs employés par le prestataire ne permet pas de conclure à l'existence d'une mise à disposition de main-d'œuvre.

III. Libre circulation des capitaux

Les mouvements de capitaux comprennent les opérations par lesquelles des non-résidents effectuent des investissements immobiliers sur le territoire d'un État membre. Or, le droit d'acquérir, d'exploiter et d'aliéner des biens immobiliers sur le territoire d'un autre État membre, qui constitue le complément nécessaire de la liberté d'établissement, génère, par son exercice, des mouvements de capitaux.

Les règles relatives à la liberté d'établissement l'emportent sur celles relatives à la libre circulation des capitaux lorsque la disposition nationale concerne la détention d'une participation permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions de la société concernée et d'en déterminer les activités, la libre prestation de services et la libre circulation des capitaux présentant, dans ce cas, un caractère subsidiaire par rapport à la liberté d'établissement.

Tel est le cas de la législation nationale relative à l'imposition des bénéficiaires de filiales établies dans un autre État membre dans lesquelles une société résidente détient une participation lui assurant le contrôle de ces dernières. A contrario, les opérations, qui ne confèrent pas une influence déterminante, tombent dans le champ d'application de la libre circulation des capitaux.

A RETENIR

Les principes de libre établissement et libre circulation des capitaux peuvent s'appliquer concomitamment lorsque la disposition nationale concernée est susceptible de comporter une restriction autonome de la liberté de circulation des capitaux.

La liberté de circulation des capitaux s'applique seule lorsqu'est constatée une restriction qui prive d'intérêt un examen des mesures nationales à la lumière des règles relatives à la liberté d'établissement ou lorsque la restriction constitue la conséquence directe de l'obstacle à la libre circulation des capitaux, dont elle est indissociable. Tel peut être le cas d'une législation nationale relative à l'acquisition par une société de biens immobiliers dans un autre État membre.

En revanche, les dispositions relatives à la libre prestation de services ne s'appliquent pas de manière subsidiaire par rapport à celles régissant la libre circulation des capitaux, ces deux libertés pouvant être affectées simultanément.

CHAPITRE II Prohibition des restrictions à la liberté d'établissement et de prestation de services

SECTION 1

Domaine de la prohibition

I. Harmonisation européenne

II. Mesure étatique

SECTION 2

Mesures prohibées

I. Principe de non-discrimination

- A. Mesures discriminatoires
- B. Mesures indistinctement applicables

II. Mise en œuvre du principe de non-discrimination

- A. Assimilation au traitement national
- B. Entrée et séjour
- C. Accès à l'activité
- D. Exercice de l'activité

CHAPITRE II Prohibition des restrictions à la liberté d'établissement et de prestation de services

A RETENIR

Les articles 49 et 56 TFUE prohibent les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services des ressortissants des États membres. La liberté d'établissement et de prestation de services comporte le droit d'accéder à une activité non salariée et de l'exercer sur le territoire d'un État membre dans les mêmes conditions que ses propres ressortissants. Le droit européen s'oppose non seulement à toute discrimination directement fondée sur la nationalité ou la résidence, mais aussi à toute restriction, même indistinctement applicable aux ressortissants nationaux et à ceux des autres États membres, de nature à prohiber ou gêner les activités du prestataire établi dans un autre État membre où il fournit légalement des services analogues. Toute entrave, même d'importance mineure, à la libre circulation des personnes et des services, est prohibée. Il existe toutefois des exceptions et des dérogations au principe de prohibition.

Comme en matière de libre circulation des marchandises, les mesures discriminatoires peuvent bénéficier des exceptions légales figurant aux articles 51 et 52 TFUE. Les mesures indistinctement applicables aux ressortissants nationaux et aux autres ressortissants européens peuvent également, au titre de la règle de raison, être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général à condition que la restriction soit non discriminatoire, nécessaire et proportionnée.

Ces dispositions sont d'effet direct. Les États membres sont donc tenus de modifier les lois nationales qui restreignent la liberté d'établissement ou la liberté de prestation de services. Ils ne peuvent maintenir dans des circonstances spécifiques que les restrictions justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- le domaine de la prohibition ;
- les mesures prohibées.

SECTION 1

Domaine de la prohibition

PLAN

Pour déterminer l'étendue de la prohibition des entraves à la libre circulation des personnes et des services, il convient de prendre en considération :

- le degré d'harmonisation européenne ;
- l'origine étatique des mesures auxquelles elle s'applique.

I. Harmonisation européenne

A RETENIR

Pour réaliser la liberté de circulation des personnes et des services, le Conseil statue par voie de directive. En l'absence d'harmonisation des règles nationales applicables, chaque État membre demeure compétent pour réglementer, restreindre ou même interdire totalement sur son territoire, pour des raisons d'intérêt général, l'activité concernée, pourvu qu'il traite de façon identique toutes les prestations, quelle qu'en soit l'origine et quels que soient la nationalité ou le lieu d'établissement du prestataire.

Lorsque la directive ne réalise qu'une harmonisation partielle, une réglementation nationale peut prévoir des contrôles fondés sur la protection des consommateurs dès lors que ces contrôles ne sont pas déjà effectués par l'État membre d'où provient le prestataire. Ainsi, la directive Télévision sans frontières (devenue la directive Services de médias audiovisuels) ne s'oppose pas à ce qu'un État membre prenne, en application d'une réglementation générale relative à la protection des consommateurs contre la publicité trompeuse, des mesures à l'égard d'un annonceur en raison d'une publicité télévisée diffusée à partir d'un autre État membre, pourvu que ces mesures n'empêchent pas la retransmission proprement dite sur son territoire des émissions de radiodiffusion télévisuelle en provenance de cet autre État membre.

En revanche, dès lors que l'harmonisation est totale, un État membre ne peut adopter de mesures imposant des conditions supplémentaires à celles du texte européen. Les conditions préalables requises pour exercer à titre permanent la profession d'avocat dans un autre État membre faisant l'objet d'une harmonisation complète dans le cadre de la directive 98-5 du 16 février 1998, une législation nationale ne peut soumettre l'inscription d'un avocat à une condition supplémentaire telle qu'un contrôle préalable de la maîtrise des langues de l'État d'accueil.

II. Mesure étatique

A RETENIR

La prohibition des discriminations en matière de libre circulation des personnes et des services s'impose non seulement à l'action des autorités publiques mais aussi aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de services. Sont concernés les textes législatifs et réglementaires, les règles jurisprudentielles nationales, la pratique administrative, voire la réglementation émanant d'un organisme privé même juridiquement autonome.

L'abolition entre États membres des obstacles à la libre circulation des personnes serait, en effet, compromise si la suppression des barrières d'origine étatique pouvait être neutralisée par des restrictions résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations et organismes ne relevant pas du droit public. Les mesures édictées par une association sportive relèvent, ainsi, du domaine de la prohibition dès lors qu'elles visent à régler, de façon collective, l'activité sportive. Une mesure nationale, même non ouvertement discriminatoire, est contraire à la liberté de circulation, dès lors qu'elle est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice de cette liberté fondamentale.

Il n'est pas nécessaire de démontrer qu'elle a effectivement eu pour effet de restreindre la liberté de circulation des personnes et des services.

Le fait que les autorités d'un État membre n'appliquent pas les dispositions nationales contraires au droit européen aux ressortissants des autres États membres n'est, en outre, pas de nature à faire disparaître la violation du droit européen que constituent ces dispositions.

SECTION 2

Mesures prohibées

PLAN

Nous examinerons successivement :

- le principe de non-discrimination ;
- et sa mise en œuvre.

I. Principe de non-discrimination

Les articles 49 et 56 développent le principe général de non-discrimination posé à l'article 18 TFUE, qui prohibe toute discrimination exercée en raison de la nationalité. L'article 61 ajoute que tant que les restrictions à la libre prestation de services ne sont pas supprimées, elles s'appliquent sans distinction de nationalité ou de résidence. Chaque État membre est tenu non seulement d'assurer le bénéfice du traitement national aux ressortissants des autres États membres, mais aussi de ne pas s'opposer à l'établissement dans un autre État membre de l'un de ses ressortissants ou d'une société constituée en conformité avec sa législation. La preuve du traitement différent des résidents et des non-résidents incombe à la Commission, qui ne peut s'appuyer sur un calcul purement théorique sans établir sa conformité à la réalité économique.

PLAN

Le principe de non-discrimination s'applique à la fois :

- aux mesures discriminatoires ;
- aux mesures indistinctement applicables.

A. Mesures discriminatoires

A RETENIR

Toute disposition nationale qui réserve aux seuls ressortissants d'un État membre une activité entrant dans le champ des articles 49 et 56 TFUE relatifs au droit d'établissement et à la libre prestation des services est incompatible avec le droit européen. Le principe d'égalité de traitement prohibe non seulement les discriminations ostensibles fondées sur la nationalité ou le siège social, mais également toutes les formes dissimulées de discrimination qui, bien que fondées sur des critères en apparence neutres, aboutissent au même résultat.

Une réglementation nationale qui prévoit une distinction fondée sur le critère de la résidence risque de jouer principalement au détriment des ressortissants d'autres États membres dès lors que les non-résidents sont le plus souvent des non-nationaux. Pour la Cour de justice, l'exigence d'une résidence ou d'un établissement dans le pays d'accueil constitue la négation même de la liberté de prestation de services. Une différence de traitement entre contribuables résidents et contribuables non-résidents est contraire au principe de libre circulation lorsqu'il n'existe aucune différence de situation objective de nature à fonder cette différence de traitement.

EXEMPLES

Une réglementation nationale est discriminatoire lorsqu'elle :

- réserve le bénéfice d'un prélèvement libératoire aux contrats financiers ou d'assurance dont le débiteur est domicilié ou établi sur le territoire national ;
- attribue une compétence exclusive concernant la fourniture de services de conseil et d'assistance fiscale aux seuls centres d'assistance fiscale qui ne peuvent être créés que par des résidents ;
- soumet à un agrément préalable l'exercice de l'activité d'octroi de crédits à titre professionnel sur son territoire, par une société établie dans un État tiers, en refusant un tel agrément lorsque la société n'a pas sa direction générale ou une succursale sur ce territoire ;
- subordonne l'octroi d'une bonification d'impôt pour investissement à la condition que cet investissement soit effectué dans un établissement situé sur le territoire national dès lors que cette mesure est susceptible de décourager les entreprises nationales de fournir, dans un autre État membre, des services nécessitant l'utilisation de biens d'investissement situés dans ce dernier État ou de rendre cette fourniture de services transfrontaliers moins attrayante ou plus difficile que sur le territoire national ;
- instaure une différence de traitement entre les dividendes distribués par une filiale résidente et ceux distribués par une filiale non-résidente ;
- exige, pour l'organisation de vols commerciaux en ballon, d'une personne résidant ou établie dans un autre État membre où elle est titulaire d'une licence, de disposer d'une résidence sur le territoire national ou de s'y faire délivrer une nouvelle licence sans tenir compte de l'identité de conditions de délivrance de celle-ci ;
- impose aux destinataires de services de procéder à la retenue à la source sur les rémunérations versées aux prestataires de services non-résidents alors que cette obligation ne s'applique pas aux rémunérations payées aux prestataires de services résidents ;
- interdit aux entreprises fournissant des services de certification de déroger aux tarifs minimaux qu'elle fixe, privant ainsi les entreprises établies dans un autre État membre qui répondent aux conditions de la réglementation nationale, de la possibilité de livrer, par la demande d'honoraires inférieurs, une concurrence plus efficace aux entreprises établies de manière stable dans l'État membre concerné ;

- prive un couple résidant dans un État membre et percevant des revenus dans cet État et dans un autre État membre du bénéfice d'un avantage fiscal dont il bénéficierait si le conjoint ayant les revenus les plus importants ne percevait pas l'intégralité de ses revenus dans cet autre État ;
- oblige les entreprises établies dans un État membre qui recourent à des travailleurs employés et détachés par une agence d'interim établie dans un autre État membre, mais opérant dans le premier par l'intermédiaire d'une succursale, de retenir à la source et de verser à celui-ci un acompte sur l'impôt sur le revenu dû par les travailleurs intérimaires, alors que cette obligation n'incombe pas aux agences établies dans cet État membre ;
- permet à une société résidente de former une entité fiscale unique avec une sous-filiale dès lors qu'elle la détient par l'intermédiaire d'une ou plusieurs sociétés résidentes, mais ne l'autorise pas lorsque la société intermédiaire non résidente n'a pas d'établissement stable dans l'État membre.

A RETENIR

L'interdiction de posséder un établissement dans plus d'un État membre ou les limites posées au choix entre un établissement principal et un établissement secondaire constituent également des discriminations interdites per se : une société doit être libre de choisir la forme de son établissement : agence, succursale ou filiale.

Il est exclu qu'un État membre subordonne l'exécution d'une prestation de services sur son territoire à l'observation de toutes les conditions requises pour un établissement : l'exigence d'une résidence permanente du prestataire sur le territoire où la prestation est fournie ou de son établissement principal sur le territoire de l'État membre où il exerce son activité est illicite. Il ne peut pas non plus être imposé à des médecins et des praticiens établis dans un État membre, qu'ils radient leur inscription ou enregistrement dans cet État, pour pouvoir exercer leur activité dans un autre État sous forme d'établissement de cabinet ou de remplacement, à des opérateurs économiques d'autres États membres qu'ils s'établissent à titre principal dans l'État membre concerné pour exercer des activités de courtage, à des entreprises de fourniture de travail temporaire qu'elles aient leur siège social ou une succursale sur le territoire de l'État membre où la prestation est fournie, ou à un avocat établi dans un État membre qu'il crée un cabinet ou un siège principal ou secondaire dans une autre État membre pour y exercer son droit à la libre prestation de services.

B. Mesures indistinctement applicables**A RETENIR**

Des mesures indistinctement applicables aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, non discriminatoires en raison de la nationalité ou de la résidence, peuvent constituer des restrictions à la liberté d'établissement ou de prestation de services lorsqu'elles sont susceptibles d'interdire, de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice de ces libertés.

Subordonner l'exercice d'une activité à la détention de certaines qualifications professionnelles ou au paiement d'une redevance, la soumettre à une procédure d'autorisation préalable, ou encore la réserver aux seules personnes morales ou aux seuls travailleurs salariés constituent autant de pratiques susceptibles d'encourir la prohibition.

II. Mise en œuvre du principe de non-discrimination

Le principe de non-discrimination exige la parfaite égalité de traitement des personnes qui se trouvent dans une situation régie par le droit européen.

A RETENIR

Selon la Cour de justice, l'article 56 TFUE «impose, en matière de droit d'établissement, le respect de la règle de l'assimilation des ressortissants des autres États membres aux nationaux en interdisant toute discrimination fondée sur la nationalité résultant des législations, réglementations ou pratiques nationales. L'obligation de respecter cette règle concerne toutes les autorités publiques compétentes, comme les corporations professionnelles légalement reconnues et les collectivités décentralisées» [CJCE, 3 fév. 1982, SECO, aff. 62-81, LawLex057382].

La non-discrimination exige non seulement que les étrangers ne se voient pas imposer, pour accéder aux activités indépendantes ou pour les exercer, des restrictions, des limitations ou des conditions différentes de celles auxquelles doivent satisfaire les nationaux, mais implique aussi qu'il n'y ait pas, entre les étrangers et les nationaux, des différences juridiques de traitement quant à la jouissance et à l'exercice des droits ou des avantages liés à l'accès et à l'exercice d'une activité indépendante.

L'assimilation de la non-discrimination au traitement national n'est pas totale. Il se peut en effet que l'étranger bénéficie d'un traitement plus favorable que le national, mais nécessaire pour rendre effectif l'accès non discriminatoire aux activités.

PLAN

La règle de l'assimilation des ressortissants d'autres États membres aux nationaux s'applique à :

- l'entrée et au séjour sur le territoire ;
- l'accès à l'activité ;
- l'exercice de l'activité.

A. Entrée et séjour

Au-delà de la liberté d'établissement, les ressortissants européens doivent pouvoir se déplacer au sein de l'Union et séjourner dans les différents États membres. Le droit de séjour constitue, pour les personnes physiques, le corollaire du droit d'établissement. Selon l'article 21 TFUE, «tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application».

A RETENIR

Le droit des ressortissants européens d'entrer et de séjourner sur le territoire d'un autre État membre représente un droit directement conféré par le Traité. Il ne dépend pas de l'accomplissement de formalités administratives.

Les États membres n'ont pas non plus le pouvoir d'éloigner leurs propres ressortissants du territoire national ou de leur en interdire l'accès.

En revanche, la similitude entre les dispositions d'un accord international entre l'Union et un pays tiers et l'article 49 TFUE relatif au droit d'établissement ne permet pas en soi aux ressortissants de cet État tiers de prétendre à des droits d'admission et de séjour qui leur seraient conférés en tant que corollaires du droit d'établissement.

Afin de simplifier et renforcer le droit de libre circulation et de séjour de tous les citoyens de l'Union, le Parlement et le Conseil ont adopté la directive 2004-38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, qui codifie et modifie l'ensemble des textes européens existants visant séparément les travailleurs salariés, les non-salariés, les étudiants et les personnes sans emploi : tout citoyen de l'Union dispose du droit de séjour dans un autre État membre pour une durée maximum de trois mois sans aucune formalité (art. 6). Au-delà de trois mois, il doit justifier d'une activité justifiant ce séjour : activité salariée, non salariée (ou ressources suffisantes pour vivre sans peser sur le système social de l'État d'accueil), études (art. 7). L'État membre d'accueil peut imposer aux citoyens de l'Union de se faire enregistrer auprès des autorités compétentes, qui délivrent une attestation d'enregistrement (art. 8). Un titre de séjour peut être délivré aux membres de la famille d'un citoyen de l'Union qui n'ont pas la nationalité d'un État membre (art. 10). Selon la Cour de justice, la délivrance d'un titre de séjour n'est pas un acte constitutif de droits mais un acte destiné à constater la situation individuelle d'un ressortissant.

B. Accès à l'activité**A RETENIR**

L'accès à certaines activités non salariées peut être subordonné au respect de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, justifiées par l'intérêt général, telles que les règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité à condition qu'elles soient appliquées de manière non discriminatoire.

Dès lors, la législation nationale qui impose une condition de nationalité pour l'accès à la profession de notaire enfreint l'article 49 TFUE. Un régime d'autorisation administrative qui déroge à une liberté fondamentale doit cependant être fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance des entreprises concernées, de manière à encadrer l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités nationales afin que celui-ci ne soit pas utilisé de manière arbitraire. Pour être considéré comme nécessaire, le régime d'autorisation ne doit pas faire double emploi avec des contrôles déjà effectués dans le même État ou dans un autre État membre. L'obligation de s'inscrire au registre professionnel est justifiée lorsque la mesure ne place pas les sociétés d'autres États membres

dans une situation de fait ou de droit désavantageuse. Elle ne doit, toutefois, pas retarder, compliquer ou rendre plus onéreuse la prestation dans l'État d'accueil alors que sont remplies les conditions prévues par la directive de reconnaissance des qualifications professionnelles applicable pour l'exercice de l'activité concernée.

EXEMPLES

Constitue une restriction à la liberté de circulation, la réglementation nationale qui :

- sans justification, exige des ressortissants européens une inscription au registre professionnel auprès des chambres de commerce sous réserve d'une autorisation du ministère de l'Intérieur ;
- impose, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, un justificatif d'inscription du concepteur à l'ordre national des architectes ;
- subordonne l'exercice d'une activité artisanale par une entreprise établie dans un autre État membre à son inscription au registre national des métiers lorsque l'examen des conditions d'accès à cette activité a été effectué ;
- oppose un refus d'inscription au registre du commerce, qui empêche de manière générale la réalisation de certaines fusions transfrontalières ;
- impose l'immatriculation de véhicules de société appartenant à des sociétés établies dans un autre État membre où ils sont déjà immatriculés ;
- soumet l'octroi d'une licence pour exercer une activité, telle que l'activité de placement des artistes, aux besoins de placement des artistes ;
- subordonne la création d'un établissement de santé à la délivrance d'une autorisation préalable fondée sur une évaluation des besoins du marché ;
- met en place un système d'approbation préalable des augmentations tarifaires des primes d'assurance ;
- contraint les opérateurs établis dans un autre État membre désireux de poursuivre des activités de liquidation, d'établissement et de recouvrement de recettes et redevances des collectivités locales de cet État, à disposer d'un montant minimal de capital social entièrement libéré ;
- refuse l'accès partiel à une profession réglementée dans l'État d'accueil à un ressortissant de cet État qui a obtenu dans une autre État membre un titre l'autorisant à exercer dans ce dernier une partie des activités de la profession concernée.

C. Exercice de l'activité

A RETENIR

Une réglementation nationale, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, est susceptible de constituer une restriction dès lors qu'elle impose aux autres ressortissants européens une charge économique supplémentaire, qui les empêche de se trouver sur un pied d'égalité, du point de vue de la concurrence, avec les ressortissants établis dans l'État d'accueil.

Ainsi, aux termes du règlement 883-2004 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale, le travailleur indépendant auquel le règlement est applicable n'est soumis qu'à la législation d'un seul État membre. Lorsqu'une personne exerce une activité non salariée sur le territoire de deux ou plusieurs États membres, elle est soumise à la législation de l'État membre sur le territoire duquel elle réside, qui peut tenir compte, pour le calcul de la cotisation, des revenus perçus dans l'autre État membre où elle exerce une partie de son activité. En revanche, il ne peut être exigé d'une entreprise qui exerce temporairement son activité sur le territoire d'un État membre qu'elle paie des cotisations patronales alors qu'elle verse déjà des cotisations comparables pour la même activité dans l'État membre d'établissement. De même, il ne peut être imposé à l'employeur établi dans un autre État membre et déjà redevable de cotisations comparables, qui exécute temporairement, par le moyen de travailleurs ressortissants de pays tiers, des travaux dans un second État, de payer certaines cotisations de sécurité sociale, applicables aux prestataires établis sur ce territoire.

L'exercice de l'activité ne peut pas être soumis à des conditions spécifiques de capacité professionnelle par rapport aux nationaux, dès lors que le ressortissant, qui souhaite exercer dans l'État membre d'accueil, est titulaire dans le domaine concerné d'un titre délivré par son État membre d'origine. Dans certains domaines, cependant, il peut être admis que l'État d'accueil requière une autorisation déjà délivrée par l'État d'établissement. Il en est ainsi dans le secteur des jeux de hasard où la Cour de justice considère que le fait qu'un opérateur dispose dans l'État membre dans lequel il est établi d'une autorisation lui permettant d'offrir des jeux de hasard ne s'oppose pas à ce qu'un autre État membre subordonne, dans le respect des exigences du droit de l'Union, la possibilité d'offrir de tels services à la détention d'une autorisation délivrée par ses propres autorités. Toutefois, une législation nationale ne peut, sans prévoir de période transitoire, ni d'indemnisation des exploitants de salles de jeux, interdire l'exploitation des machines à sous hors des casinos.

Le droit d'établissement implique le libre choix par les opérateurs économiques de la forme juridique appropriée pour l'exercice de leurs activités dans un autre État membre. Des dispositions fiscales discriminatoires ne doivent pas restreindre ce choix.

EXEMPLES

Entrave la liberté d'établissement, la réglementation fiscale nationale qui :

- sans différence de situation objective, établit un traitement fiscal des sociétés qui varie selon qu'elles ont des succursales sur le territoire national ou dans un autre État membre ;
- applique à certains non-résidents un taux d'imposition plus élevé que celui applicable aux résidents et assimilés ;
- accorde des majorations de remboursement d'impôts indus aux sociétés ayant leur résidence fiscale dans cet État et les refuse aux sociétés ayant leur résidence fiscale dans un autre État membre ;
- subordonne le report de pertes antérieures demandé par un contribuable, qui a

une succursale sur le territoire national sans y avoir établi sa résidence, à la condition qu'il ait tenu et conservé, dans cet État, une comptabilité relative aux activités qu'il y a exercées conforme aux règles nationales en la matière ;

- réserve un avantage fiscal aux seules entreprises en relation avec un crédit-bailleur établi sur le territoire national et les en prive lorsque ce dernier est établi dans un autre État membre ;
- ne tient compte, pour le calcul de l'assiette de l'impôt des contribuables non-résidents, que des seuls frais professionnels ayant un lien direct avec l'activité exercée dans cet État et y ayant généré des revenus imposables ;
- refuse de tenir compte, pour le calcul d'une déduction accordée à une société entièrement assujettie à l'impôt dans un État membre, de la valeur nette des actifs d'un établissement stable situé dans un autre État membre, lorsque les bénéfices de cet établissement ne sont pas imposables dans le premier État en vertu d'une convention préventive de la double imposition, alors que les actifs attribués à un établissement stable situé sur le territoire de ce premier État sont pris en considération à cet effet.

En revanche:

- la législation nationale qui, afin d'éviter une double imposition des bénéfices distribués par une filiale résidente, octroie un crédit d'impôt à la seule société mère établie dans le même État membre, n'est pas discriminatoire à l'égard de la société mère non résidente, dès lors que l'État membre de résidence de la société mère est tenu d'accorder un traitement fiscal poursuivant le même objectif que le crédit d'impôt octroyé ;
- une réglementation nationale peut rendre obligatoire, pour les prestataires de services postaux ne relevant pas du service universel, une procédure externe de traitement des réclamations des utilisateurs de ces services, sans restreindre la liberté de circulation ;
- une réglementation nationale peut exclure l'application du principe de responsabilité solidaire des sociétés mères envers les créanciers de leurs filiales à une société mère qui a son siège sur le territoire d'un autre État membre sans rendre moins attrayant l'exercice par cette dernière de la liberté d'établissement garantie par le TFUE.

CHAPITRE III Limites à la prohibition

SECTION 1

Règle de raison

- I. Mesures indistinctement applicables
- II. Raisons impérieuses

SECTION 2

Exceptions légales

- I. Ordre public, sécurité publique et santé publique
- II. Participation à l'exercice de l'autorité publique

CHAPITRE III Limites à la prohibition

Ménageant la souveraineté des États, le Traité exclut lui-même du domaine de la liberté d'établissement les activités participant à l'exercice de l'autorité publique et autorise les États membres à appliquer un régime spécial aux étrangers - même ressortissants européens - pour assurer la sauvegarde de leur ordre public. Ces exceptions s'appliquent également, aux termes de l'article 62 TFUE, à la liberté de prestation de services ; celle visant les activités participant dans un État, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique, est rarement invoquée. Comme en matière de libre circulation des marchandises, la jurisprudence a ajouté des dérogations jurisprudentielles fondées sur l'existence de raisons impérieuses d'intérêt général aux exceptions légales.

A ces limites légales et jurisprudentielles spécifiques s'ajoutent celles tirées des principes généraux du droit et de la théorie de l'abus de droit.

A RETENIR

Le principe de libre circulation des personnes, liberté fondamentale consacrée par le Traité, doit être concilié avec les droits fondamentaux dont le respect s'impose tant à l'Union qu'à ses États membres. Partie intégrante des principes généraux du droit européen, ces droits fondamentaux correspondent aux droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et à ceux issus des traditions constitutionnelles communes aux États membres.

Ainsi, le principe de sécurité juridique exige que les règles de droit soient claires, précises et prévisibles dans leurs effets, en particulier lorsqu'elles peuvent avoir sur les individus et les entreprises des conséquences défavorables. Une réglementation peut, en application de ce principe, prévoir l'allongement de la durée de la période transitoire au terme de laquelle doit intervenir la cessation anticipée d'une concession de distribution du gaz naturel afin de permettre aux cocontractants de dénouer leurs relations contractuelles dans des conditions acceptables tant du point de vue des exigences du service public que du point de vue économique, même s'il en résulte indirectement une différence de traitement au détriment des entreprises susceptibles d'être intéressées par une telle concession, situées dans un État membre autre que celui dont relève le pouvoir adjudicateur.

A RETENIR

Selon la théorie de l'abus de droit, un État membre est en droit d'appliquer un traitement différencié aux ressortissants qui tentent de se soustraire à l'empire de sa législation nationale en se prévalant abusivement ou frauduleusement des normes européennes.

Une législation peut donc s'opposer à la création de sociétés commerciales à l'étranger, dans le but d'y effectuer des prestations de services à destination de l'État membre d'origine. Toutefois, **l'exception s'interprète strictement**. L'appréciation du comportement abusif ou frauduleux des personnes concernées doit prendre en considération les objectifs poursuivis par les dispositions européennes en cause. Ainsi, le fait, pour le ressortissant d'un État membre souhaitant créer une société, de la constituer dans un État

membre dont les règles du droit des sociétés lui paraissent les moins contraignantes et de créer des succursales dans d'autres États membres ne constitue pas en soi un usage abusif du droit d'établissement.

SECTION 1

Règle de raison

Le principe posé par l'arrêt *Cassis de Dijon* selon lequel une mesure nationale non discriminatoire échappe à la prohibition dès lors qu'elle répond à des exigences impératives a été étendu par le juge européen à la libre circulation des personnes et des services. Les limitations à la liberté d'établissement et de prestation de services que les États imposent indépendamment de la nationalité ne sont donc pas nécessairement contraires au Traité, mais doivent être appréciées à la lumière d'une règle de raison.

PLAN

La règle de raison ne s'applique qu'à la condition :

- que l'on soit en présence de mesures indistinctement applicables aux ressortissants nationaux et aux autres ressortissants européens ;
- qu'il existe une raison impérieuse d'intérêt général permettant d'exclure la prohibition.

I. Mesures indistinctement applicables

Pour être admises selon la Cour (CJCE, 25 juin 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-288-89, LawLex056589), «les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité doivent remplir quatre conditions : qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, qu'elles se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre».

A RETENIR

Étant donné que les justifications sont avancées dans le cadre d'une règle de raison, elles doivent satisfaire aux conditions de causalité/nécessité et de proportionnalité inhérentes à cette dernière. Seules les dérogations «raisonnables» sont tolérées.

La mesure doit être objectivement nécessaire. Elle doit tenir compte des obligations auxquelles le ressortissant est déjà soumis dans l'État membre dans lequel il est établi et ne pas dupliquer des contrôles déjà effectués dans le même État ou dans un autre État membre. Un besoin réel doit être démontré. La circonstance qu'un État membre ait choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre État membre est sans incidence sur l'appréciation du caractère nécessaire et proportionné des dispositions concernées, qui doivent seulement être examinées au regard des objectifs poursuivis par les autorités nationales de l'État membre intéressé et du niveau de protection qu'elles

entendent assurer. Une législation nationale ne peut ainsi fixer comme critère essentiel pour vérifier l'existence du besoin de création d'une nouvelle pharmacie une limite rigide de «personnes toujours à approvisionner», sans permettre aux autorités nationales d'y déroger pour tenir compte des particularités locales.

Seules les mesures nationales propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent peuvent être justifiées. Un lien de causalité entre la mesure restrictive et la raison impérieuse alléguée doit donc exister.

EXEMPLES

Une réglementation nationale est nécessaire lorsqu'elle :

- tend à protéger les destinataires de services juridiques contre le préjudice qu'ils pourraient subir du fait de conseils juridiques qui leur seraient donnés par des personnes dépourvues des qualifications professionnelles ou morales nécessaires ;
- soumet la délivrance d'autorisations d'établissement de nouvelles pharmacies dans une même zone géographique à des limites quantitatives par habitants pour assurer à l'ensemble de la population un accès approprié au service pharmaceutique et augmenter la sûreté et la qualité de l'approvisionnement de la population en médicaments ;
- impose le paiement d'une redevance pour un service nautique d'assistance à la navigation aux seuls navires qui en bénéficient afin de maintenir la sécurité publique dans les eaux côtières ainsi que portuaires ;
- fixe un niveau minimum d'honoraires des avocats afin d'assurer un niveau élevé de qualité des services, eu égard au nombre extrêmement élevé d'avocats inscrits et en activité, dès lors qu'une concurrence par les prix risquerait de détériorer la qualité des services rendus.

Enfin, même objectivement nécessaire, la mesure ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'objectif visé. Le critère de proportionnalité implique de vérifier que la protection de l'intérêt général n'aurait pas pu être assurée par des mesures moins restrictives de la liberté d'établissement ou de prestation de services.

EXEMPLES

Une réglementation nationale est proportionnée lorsqu'elle :

- interdit à une entreprise établie dans un autre État membre de procéder au recouvrement judiciaire de créances d'autrui en raison du fait qu'une telle activité, exercée à titre professionnel, est réservée à la profession d'avocat, même si des mesures moins strictes sont adoptées par d'autres États membres ;
- applique, pour l'ensemble des avocats fournissant des services sur son territoire, des tarifs maximaux à leurs honoraires dès lors qu'ils peuvent les dépasser dans plusieurs hypothèses et que la flexibilité de la mesure assure aux avocats des autres États membres un accès au marché national dans des conditions de concurrence normales

et efficaces ;

- contraint un opérateur à disposer à la fois d'une concession et d'une autorisation de police pour accéder au marché des jeux de hasard dès lors que cette obligation n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif de lutte contre la criminalité dans ce secteur ou d'extension contrôlée des activités de jeux de hasard ;
- interdit, dans un État membre à structure fédérale, à la majorité des entités fédérées, l'organisation et l'intermédiation des jeux de hasard sur internet, même si pendant une période limitée une entité fédérée a maintenu en vigueur une législation plus permissive.

En revanche:

- la vérification des antécédents d'une personne ou d'une entreprise peut être assurée par une mesure moins contraignante que l'obligation de résidence;
- l'interdiction, pour les établissements de crédit, de rémunérer les comptes de dépôts à vue est disproportionnée par rapport à l'objectif de protection des consommateurs contre une augmentation du coût des services bancaires de base ou de la facturation des chèques;
- la lutte contre la criminalité ne justifie pas de réserver l'exploitation des jeux de hasard dans les établissements aux opérateurs ayant leur siège sur le territoire national.

Lors du contrôle de la proportionnalité d'une réglementation restrictive, l'approche suivie par la juridiction nationale doit être non pas statique mais dynamique, en ce sens qu'elle doit tenir compte de l'évolution des circonstances postérieurement à l'adoption de ladite réglementation.

II. Raisons impérieuses

A RETENIR

La liberté d'établissement et de prestation de services, en tant que principe fondamental du Traité, ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par l'intérêt général et s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'État destinataire, dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi. Ces exigences ne sont donc considérées comme compatibles avec le droit européen que s'il est établi qu'il existe, dans le domaine de l'activité considérée, des raisons impérieuses liées à l'intérêt général qui justifient des restrictions. Il ne peut s'agir ni de justifications de nature économique, ni de considérations administratives.

EXEMPLES

Quelles sont les raisons impérieuses d'intérêt général reconnues par la Cour de justice ?

- la protection de l'ordre social, principalement dans le secteur des jeux de hasard

ou d'argent, paris et loteries ;

- la sécurité publique ;
- la sécurité routière ;
- la bonne administration de la justice ;
- les obligations de service public ;
- la santé publique ;
- la protection des travailleurs ;
- la protection du système de sécurité sociale ;
- le principe de territorialité de la fiscalité qui permet de justifier les réglementations nationales qui assurent l'efficacité des contrôles fiscaux ou la cohérence du régime fiscal, les mesures de lutte contre l'évasion fiscale ou la double imposition, ainsi que celles qui favorisent un recouvrement efficace de l'impôt ;
- la protection des consommateurs, notamment par des règles déontologiques ou professionnelles destinées à protéger le destinataire du service ;
- la protection de la propriété intellectuelle ;
- la politique culturelle, notamment la conservation du patrimoine historique et artistique national, la valorisation des richesses historiques, le maintien d'une certaine qualité des programmes de télévision ou la défense du pluralisme dans le secteur de l'audiovisuel ;
- la promotion de la recherche et du développement ;
- la protection de la réputation commerciale ;
- la protection de l'environnement ;
- le droit à l'information ;
- la politique d'aménagement du territoire.

SECTION 2

Exceptions légales

PLAN

Le Traité prévoit deux exceptions légales à la liberté de circulation des personnes et des services :

- l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique ;
- la participation à l'exercice de l'autorité publique.

I. Ordre public, sécurité publique et santé publique

A RETENIR

L'article 52, paragraphe 1, TFUE dispose : «Les prescriptions du présent chapitre [relatif à l'établissement] et les mesures prises en vertu de celles-ci ne préjugent pas l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique».

L'article 52 TFUE permet aux États membres de justifier des règles nationales discriminatoires à l'égard des ressortissants européens. L'ordre public, la sécurité publique et la santé publique sont des notions européennes, qui font l'objet d'une interprétation restrictive. Elles impliquent l'existence d'une menace réelle et grave affectant un intérêt fondamental de la société. Un comportement présente un degré suffisant de gravité, lorsqu'il donne lieu à des mesures répressives ou à d'autres mesures réelles et effectives dans l'État membre d'accueil.

Selon la Cour de justice (CJUE, 4 déc. 1974, C-41-74, Van Duyn c. Home Office, LawLex043478), la portée de la notion d'ordre public ne peut être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de l'Union, même si les circonstances spécifiques justifiant d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre.

Afin d'éviter que les États ne remettent en cause le principe de libre circulation en recourant à ces réserves, les rédacteurs du Traité ont prévu, à l'article 52 TFUE, paragraphe 2, l'intervention d'une directive de coordination. Arrêtée en dernier lieu par le Conseil le 29 avril 2004, la directive la directive 2004-38 s'efforce de poser des limites aux raisons d'ordre public que les États peuvent invoquer tout en définissant les garanties procédurales dont bénéficient les citoyens européens dans l'exercice de leur droit de libre circulation. La directive donne trois précisions d'importance quant au contenu de cet encadrement européen ; l'interprétation jurisprudentielle a sensiblement élargi leur domaine.

D'abord, les raisons d'ordre public et de sécurité publique « ne peuvent être invoquées à des fins économiques ». La volonté d'assurer à une fondation publique nationale l'intégralité des recettes provenant de messages publicitaires, une politique restrictive mise en place à l'égard des jeux de hasard et de paris qui vise à titre principal, et non accessoire, au financement d'activités sociales au moyen d'un prélèvement sur les recettes provenant des jeux autorisés, ou la diminution des recettes fiscales ne sont donc pas susceptibles de justifier un refus d'entrée et de séjour sur le territoire d'un État membre.

De même, la sécurité de l'approvisionnement en énergie ne peut pas fonder un régime d'autorisation préalable concernant l'acquisition de participations dans des sociétés anonymes stratégiques contrôlées par un État membre lorsqu'il a pour effet d'empêcher ou de restreindre l'exercice des droits de vote afférents aux actions détenues, puisque ceux-ci constituent l'un des principaux moyens pour un actionnaire de participer activement à la gestion d'une entreprise ou à son contrôle.

En revanche, une autorité administrative peut être autorisée à interdire à un ressortissant

de quitter l'État membre concerné en raison du défaut de paiement d'une dette fiscale par la société dont il est le gérant, dès lors que cette interdiction répond à une menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société (en l'occurrence, la nature et l'importance de la dette fiscale) et ne poursuit pas des fins économiques.

Ensuite, les raisons d'ordre public ou de sécurité publique doivent être exclusivement fondées sur le «comportement personnel» de l'individu auquel elles sont opposées ; des motifs de prévention générale ou des raisons détachées du cas individuel ne peuvent servir de justification.

Enfin, «la seule existence de condamnations pénales antérieures ne saurait automatiquement motiver ces mesures».

Les mesures d'ordre public ou de sécurité publique doivent, en outre, respecter le principe de proportionnalité : elles doivent être propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre. Le contrôle de proportionnalité doit se fonder non seulement sur l'objectif de la réglementation nationale discriminatoire, tel qu'il se présentait au moment de l'adoption de celle-ci, mais également sur ses effets, appréciés postérieurement à son adoption.

Satisfont au principe de proportionnalité la garantie d'un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous afin de contribuer à la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé, le maintien d'un service universel de lamanage essentiel à la sécurité dans les eaux portuaires, ou l'interdiction de la retransmission télévisée en France d'événements sportifs binationaux comportant de la publicité pour l'alcool. Tel n'est pas le cas, en revanche, du régime national qui interdit, sur les chaînes nationales de télévision, la publicité concernant les traitements médicaux et chirurgicaux dispensés par les établissements médicaux privés, alors qu'il l'autorise sur les chaînes locales, de la législation qui exclut tout remboursement, par un organisme national de sécurité sociale, des frais occasionnés par l'hospitalisation de ses assurés dans les établissements de soins privés situés dans un autre État membre ou qui soumet l'autorisation d'exercer des activités de sécurité privée à la condition que les administrateurs et directeurs des entreprises privées aient leur résidence sur le territoire national, dès lors que des mesures moins restrictives permettraient d'atteindre le même but.

La directive ne se contente pas de définir des règles de fond mais coordonne également les procédures nationales afin de garantir les droits de la défense des personnes faisant l'objet de mesures d'ordre public. Selon le texte, les raisons d'ordre public doivent être portées à la connaissance de l'intéressé, à moins que des motifs intéressant la sûreté de l'État ne s'y opposent. Cette communication doit être précise et complète et effectuée au moment même où la mesure restrictive est notifiée. Sauf urgence, l'intéressé doit disposer d'un délai minimum d'un mois pour quitter le territoire. La Cour précise qu'une décision d'éloignement ne saurait être exécutée avant que la personne concernée ait été en mesure d'épuiser les recours nationaux dont l'exercice lui est assuré par l'article 31 de la directive. Les recours juridictionnels et, le cas échéant, administratifs ouverts aux nationaux contre les actes administratifs doivent également bénéficier aux personnes protégées par la directive. Dans l'hypothèse où le recours est accompagné d'une action en référé demandant le sursis, l'éloignement effectif ne peut avoir lieu tant que l'ordonnance de référé n'a pas été

prise. Devant l'autorité administrative, qui n'est pas nécessairement une juridiction, mais qui doit être différente de celle ayant adopté la mesure, l'intéressé doit faire l'objet d'un «procès équitable» au cours duquel la mesure projetée à son encontre doit faire l'objet d'un «examen exhaustif».

II. Participation à l'exercice de l'autorité publique

A RETENIR

L'article 51 TFUE excepte du champ d'application de la liberté d'établissement «les activités participant dans [un] État, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique». Exception générale aux articles 49 et 52, l'article 51 s'applique tant aux discriminations directes qu'aux restrictions rendant moins attrayant l'exercice de la libre circulation.

Le texte permet d'exclure l'accès des non-nationaux à certaines fonctions non salariées qui impliquent la participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique. L'extension de l'exception à une profession entière est admise dans le cas où la libération de l'établissement imposerait à l'État membre intéressé l'obligation d'admettre l'exercice, même occasionnel, par des non-nationaux, de fonctions relevant de l'autorité publique.

Toutefois, si les activités participant à l'exercice de l'autorité publique sont détachables de l'ensemble de l'activité en cause, l'article 51 ne s'applique pas. La question s'est, notamment, posée pour la profession d'avocat. Si la consultation, l'assistance juridique et même le monopole de la représentation en justice ne constituent pas indubitablement des actes de puissance publique, d'autres prérogatives telle qu'en France (mais les droits des autres États membres comportent des règles similaires), la possibilité d'appartenir à un conseil de l'ordre ou de suppléer un magistrat pour compléter un tribunal semblent bien faire de l'avocat un participant au moins occasionnel à l'exercice de l'autorité publique. Toutefois, selon la Cour de justice (CJUE, 21 juin 1974, C-2-74, *Reyners c. Belgique*, LawLex043482), **les activités de consultation, d'assistance juridique, de représentation et de défense des parties, même si elles font l'objet d'une obligation ou d'une exclusivité établies par la loi, ne relèvent pas du champ d'application de l'article 51 TFUE, dès lors qu'elles ne comportent pas, par elles-mêmes, une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique.**

EXEMPLES

Quelles sont les professions en principe exclues du domaine de l'exception ?

- notaires ;
- enseignants ;
- experts ;
- commissionnaires ;
- gardiennage ;
- assistance fiscale ;

- contrôle des produits issus de l'agriculture biologique ;
- certification du contrôle technique.

Le juge européen souligne que si les restrictions apportées à la liberté de circulation doivent être appréciées au regard des dispositions nationales applicables, cette appréciation doit cependant s'effectuer en fonction du «caractère communautaire» des limites posées à l'exception fondée sur l'article 51 TFUE.

CHAPITRE IV Directives de libération

SECTION 1

Directive Reconnaissance

SECTION 2

Directive Services

I. Champ d'application

II. Relations avec les autres dispositions européennes

III. Simplification administrative

IV. Régime d'autorisation

V. Exigences et dérogations

- A. Exigences interdites *per se*
- B. Exigences soumises à évaluation
- C. Dérogations et limites

SECTION 3

Directives Banque

I. Conditions d'accès à l'activité et de son exercice

II. Libre établissement et libre prestation de services

- A. Liberté d'établissement
- B. Liberté de prestation de services
- C. Surveillance prudentielle

SECTION 4

Directives Avocats

I. Libre prestation de services

II. Liberté d'établissement

- A. Inscription
- B. Exercice sous le titre professionnel d'origine
- C. Règles déontologiques et procédure disciplinaire
- D. Exercice en groupe
- E. Assimilation à l'avocat de l'État d'accueil

CHAPITRE IV Directives de libération

La suppression des restrictions passe d'abord par une reconnaissance mutuelle des diplômes et le développement des opérations transfrontalières.

A RETENIR

Pour éliminer les obstacles aux échanges de services et permettre le développement des opérations transfrontalières, le Conseil a aussi adopté la directive Services, qui consacre une harmonisation horizontale en matière de liberté d'établissement des prestataires et de libre circulation des services dans les États membres et constitue le premier texte contraignant de portée générale applicable dans ce domaine.

La directive Services a pour objectif de supprimer les barrières discriminatoires, de réduire la bureaucratie, de moderniser et de simplifier le cadre juridique et administratif - notamment par le recours aux technologies de l'information -, et de systématiser la coopération administrative entre les administrations des États membres (art. 28 à 36). Les États membres doivent notamment supprimer les interdictions totales visant les communications commerciales des professions réglementées (art. 24).

La directive Services n'abroge pas les directives sectorielles, telles que les directives Banque ou Avocat, applicables dans des domaines ou pour des professions spécifiques.

PLAN

Nous étudierons principalement :

- la directive Reconnaissance ;
- la directive Services ;
- les directives Banque ;
- les directives Avocat.

SECTION 1

Directive Reconnaissance

A défaut de reconnaissance mutuelle des diplômes, la libération de l'établissement ou de la prestation de services n'aurait sinon aucun sens pour les professions dites fermées qui exigent une qualification technique ou professionnelle élevée. Aussi, l'article 53 TFUE impose-t-il, afin de faciliter l'accès aux activités non salariées, au Parlement européen et au Conseil d'adopter des directives relatives à la reconnaissance des diplômes et à la coordination des dispositions nationales concernant cet accès et l'exercice des professions concernées. Après avoir, dans un premier temps, adopté des directives spécifiques prévoyant les conditions d'octroi des titres dans chaque État membre, l'Union a opté pour un principe général de reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres.

A RETENIR

La directive 2005-36 du 7 décembre 2005 permet à tout ressortissant d'un État membre qui souhaite exercer une profession réglementée dans un autre État membre que celui où il a obtenu ses qualifications professionnelles d'accéder à la même profession et d'exercer celle-ci avec les mêmes droits que les nationaux (art. 4). Elle codifie les directives précédemment adoptées - directives relatives aux professions médicales et paramédicales, aux architectes - ainsi que la directive 99-42 concernant le système général de reconnaissance des qualifications professionnelles. Les États membres conservent cependant la possibilité d'imposer des conditions d'exercice, dès lors qu'elles ne sont pas discriminatoires, et qu'elles sont objectivement justifiées et proportionnées (cons. 3). Le texte pose des conditions différentes selon que le ressortissant souhaite s'établir ou simplement effectuer une prestation de services, dans un autre État membre, eu égard au caractère occasionnel et temporaire de celle-ci.

En cas d'établissement, pour les professions réglementées dont l'accès et l'exercice dépendent de la possession de qualifications professionnelles déterminées, l'État membre d'accueil doit permettre l'accès et l'exercice de cette profession dans les mêmes conditions que les nationaux au candidat à l'établissement qui possède l'attestation de compétence ou le titre de formation prescrit par l'autre État membre pour accéder à cette profession et l'y exercer (art. 13). **Il peut toutefois être exigé du candidat qu'il effectue un stage d'adaptation, qui ne peut excéder trois ans, ou passe une épreuve d'aptitude**, (1) lorsque la durée de formation qu'il a reçue est inférieure d'un an au moins à celle de l'État membre d'accueil, (2) lorsque les matières couvertes par sa formation sont substantiellement différentes de celles du titre du pays d'accueil, (3) lorsque la profession réglementée dans l'État d'accueil comporte une ou des activités professionnelles qui n'existent pas dans l'État membre d'origine et que cette différence requiert une formation spécifique dans l'État d'accueil et porte sur des matières substantiellement différentes (art. 14). La mise en place de plates-formes communes, qui ont pour objet de définir un ensemble de critères de qualifications professionnelles aptes à combler les différences substantielles constatées entre les exigences de formation dans les différents États membres pour une profession déterminée, est cependant prévue par l'article 15. **Pour les professions médicales et paramédicales, notamment, la directive pose un principe de reconnaissance automatique sur la base de la coordination des conditions minimales de formation** (art. 21 s.).

Lorsqu'un ressortissant envisage d'exercer son activité dans un autre État membre que celui où il est établi, l'article 5 de la directive dispose que **la libre prestation de services ne peut être restreinte pour des raisons relatives à la qualification professionnelle si le prestataire est légalement établi dans un État membre pour y pratiquer la même profession et, en cas de déplacement du prestataire, s'il a exercé la profession concernée dans l'État membre d'établissement pendant deux ans minimum au cours des dix années qui précèdent la prestation lorsque la profession n'y est pas réglementée**. Le prestataire qui se déplace est soumis aux règles de conduite professionnelles, réglementaires ou administratives directement applicables à la profession exercée - définition de la profession, usage des titres, fautes professionnelles en lien avec la protection et la sécurité des consommateurs -, ainsi que disciplinaires applicables dans l'État membre d'accueil.

Les prestataires de services établis dans un autre État membre sont en revanche dispensés, aux termes de l'article 6, des exigences imposées aux professionnels installés sur le territoire de l'État membre d'accueil, telles que l'autorisation, l'inscription ou l'affiliation à une organisation professionnelle ou un organisme professionnel.

Le prestataire qui envisage pour la première fois de se déplacer d'un État membre à l'autre pour y exercer son activité peut cependant être contraint d'en faire la déclaration préalable par écrit à l'autorité compétente de l'État membre d'accueil, renouvelable une fois par an si le prestataire fournit des services d'une manière temporaire ou occasionnelle dans cet État membre au cours de l'année concernée (art. 7). La déclaration doit être accompagnée d'un certain nombre de documents apportant en particulier la preuve de la nationalité du ressortissant, de son établissement dans un autre État membre, de ses qualifications professionnelles.

SECTION 2

Directive Services

PLAN

Nous examinerons successivement :

- le champ d'application matériel de la directive ;
- son articulation avec les autres textes européens ;
- le but de simplification administrative qu'elle poursuit ;
- le régime d'autorisation qu'elle définit ;
- les exigences et les dérogations qu'elle prévoit.

I. Champ d'application

La directive Services s'applique à un large éventail de services tout en prévoyant quelques exceptions (art. 2). Le manuel de mise en œuvre de la directive, publié par la Commission en 2007, précise que le texte s'applique à tous les services qui ne sont pas explicitement exclus.

Les notions d'«établissement», de «service», de «prestataire» ou de «destinataire» sont fixées à l'article 4.

A RETENIR

La notion de «services» est définie a minima comme «toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération», visée à l'article 57 TFUE. Le texte ne couvre ni les services d'intérêt général non économiques, ni les domaines régis par un texte européen relatif aux aspects de l'accès à une activité de services ou à son exercice dans des secteurs ou pour des professions spécifiques (art. 2). La directive Services ne s'applique qu'«aux services fournis par les prestataires ayant leur établissement dans un État membre» (art. 2).

L'accès ou la fourniture d'une activité de services ou son exercice sur le territoire de l'État

membre sont soumis au même régime juridique mais l'établissement est clairement distingué de la prestation de services transfrontaliers. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, le texte définit l'établissement comme «l'exercice effectif d'une activité économique visée à l'article 43 du traité [aujourd'hui 49 TFUE] par le prestataire pour une durée indéterminée et au moyen d'une infrastructure stable à partir de laquelle la fourniture de services est réellement assurée», le «prestataire» comme toute personne physique ressortissante d'un État membre, ou toute personne morale visée à l'article 54 du Traité et établie dans un État membre, qui offre ou fournit un service, et le «destinataire», comme toute personne physique ressortissante d'un État membre ou qui bénéficie de droits qui lui sont conférés par des actes européens, ou toute personne morale visée à l'article 54 du Traité et établie dans un État membre, qui, à des fins professionnelles ou non, utilise ou souhaite utiliser un service. Les activités de services peuvent concerner à la fois des services qui nécessitent une proximité entre prestataire et destinataire des services, qui impliquent un déplacement du destinataire ou du prestataire, et des services qui peuvent être fournis à distance, y compris via l'Internet.

Interrogée sur le champ d'application de la directive, la Cour de justice a précisé l'étendue de certaines exclusions prévues par l'article 2, parmi lesquelles figurent les services sociaux et les services de transport. Les services sociaux s'entendent ainsi de toute activité destinée à évaluer, maintenir ou rétablir l'état de santé des patients exercée par des professionnels reconnus par la législation de l'État membre concerné, ainsi que de toute activité relative à l'assistance et à l'aide des personnes âgées assurée par un prestataire de services privé mandaté par l'État au moyen d'un acte confiant de manière claire et transparente l'obligation d'assurer ces services dans des conditions spécifiques. Selon la Cour, la notion de service dans le domaine des transports recouvre l'activité accessoire de contrôle technique des véhicules qui intervient préalablement à l'exercice de l'activité principale que constitue le transport.

L'activité qui consiste à fournir, à titre onéreux, un service de prise en charge de passagers sur un bateau en vue de leur faire visiter une ville par voie d'eau à des fins événementielles ne relève pas de la directive Services, dès lors que ce service vise davantage à procurer à ses bénéficiaires le plaisir d'un événement festif que le transport d'un point à l'autre de la ville en cause. Il en va de même d'un service d'intermédiation qui a pour objet, au moyen d'une application pour smartphone, de mettre en relation, contre rémunération, des chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule avec des personnes qui souhaitent effectuer un déplacement urbain.

Entrée en vigueur le 28 décembre 2006, la directive devait être transposée au 28 décembre 2009, les États membres ayant l'obligation de supprimer les discriminations interdites per se et d'adresser un rapport à la Commission - et aux autres États membres - concernant les exigences soumises à évaluation qu'ils souhaitent sauvegarder. Par ce mécanisme de coopération, la Commission devrait être en mesure de proposer des dispositions complémentaires d'harmonisation.

II. Relations avec les autres dispositions européennes

A RETENIR

La directive Services crée un cadre juridique destiné à garantir tant aux prestataires de services, qu'aux consommateurs, les libertés fondamentales inscrites aux articles 49 et 56 TFUE. Elle ne se substitue pas aux textes européens existants, mais les complète.

Ainsi, lorsque les dispositions de la directive sont en conflit avec une disposition d'un autre acte européen régissant des aspects spécifiques de l'accès à une activité de services ou son exercice dans des secteurs spécifiques ou pour des professions spécifiques, la disposition de l'autre acte prévaut et continue de s'appliquer à ces secteurs ou professions spécifiques.

Les États membres doivent, en outre, appliquer la directive conformément aux règles du Traité régissant le droit d'établissement et la libre circulation des services (art. 3).

III. Simplification administrative

A RETENIR

La directive Services vise à simplifier les modalités d'établissement d'une entreprise dans un État membre : les États membres doivent mettre en place des guichets uniques.

Ces guichets ont pour objet de permettre aux prestataires d'accomplir les formalités nécessaires à l'accès aux activités de services, telles que déclarations, notifications ou demandes nécessaires, y compris les demandes d'inscription dans les registres, rôles, bases de données ou à un ordre ou à une association professionnels, ainsi que déclarations, notifications ou demandes nécessaires, aux fins d'autorisation auprès des autorités compétentes (art. 6). Ces formalités et procédures doivent pouvoir être effectuées à distance et par voie électronique (art. 8).

La mise en place de guichets uniques doit également faciliter l'accès à un certain nombre d'informations : exigences applicables aux prestataires ayant leur établissement sur leur territoire ; coordonnées des autorités compétentes ; moyens et conditions d'accès aux registres et bases de données publics ; voies de recours normalement disponibles en cas de litige entre les autorités compétentes ; coordonnées des associations ou organisations susceptibles de les assister. Il s'agit d'informations d'ordre général sur la façon dont les exigences sont normalement interprétées ou appliquées, et non de conseils juridiques individuels. Les informations doivent être formulées de manière claire et intelligible, être facilement accessibles, notamment à distance, et mises à jour (art. 7).

IV. Régime d'autorisation

A RETENIR

La directive Services permet aux États membres, dans certaines conditions, de soumettre à autorisation l'accès à une activité et son exercice (art. 9 à 13). Le régime d'autorisation doit être non discriminatoire, nécessaire, c'est-à-dire justifié par une raison impérieuse d'intérêt général, et proportionné à l'objectif poursuivi. En outre, les critères de sélection doivent être clairs et non ambigus, objectifs, rendus publics à l'avance, transparents et accessibles, afin de permettre aux autorités compétentes d'en apprécier la validité.

Les conditions d'octroi ne doivent pas faire double emploi avec celles auxquelles le prestataire est déjà soumis dans un autre État membre ou dans le même État. L'autorisation doit permettre l'accès à l'activité et son exercice sur l'ensemble du territoire national. Elle est donnée pour une durée illimitée, sauf si une raison impérieuse justifie d'en limiter la durée. La procédure d'autorisation ne doit pas être dissuasive, ni retarder ou compliquer la prestation de services. Tout refus ou retrait de l'autorisation doit être motivé. La directive Services s'oppose à 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, même si cette partie est récupérable en cas de rejet de la demande.

V. Exigences et dérogations

La directive pose, dans l'intérêt des destinataires de services, un certain nombre d'exigences en matière de qualité des services qui concernent tout aussi bien les États membres que les prestataires.

Les États membres sont tenus de mettre à disposition des destinataires les informations relatives aux prestataires de services afin qu'ils puissent exercer leur choix en connaissance de cause. Ces informations concernent entre autres, outre les coordonnées du prestataire, les renseignements relatifs à son immatriculation, à son régime TVA, à son assurance, aux conditions générales, aux prix ou garanties après-vente (art. 22).

La souscription à une assurance de responsabilité professionnelle peut être imposée aux prestataires dont les services présentent un risque direct et particulier pour la santé ou la sécurité du destinataire ou d'un tiers ou pour la sécurité financière du destinataire (art. 23).

Les États membres doivent non seulement supprimer toutes les interdictions totales visant les communications commerciales des professions réglementées (art. 24, paragr. 1), mais aussi veiller à ce que les communications commerciales faites par les professions réglementées respectent les règles professionnelles conformes au droit européen (art. 24 paragr. 2). Selon la Cour de justice, le démarchage, qui constitue une forme de communication d'informations destinées à trouver de nouveaux clients et implique un contact personnalisé entre le prestataire et le client potentiel afin de présenter à ce dernier une offre de services, relève de la notion de communication commerciale.

Il ne peut être imposé aux prestataires de services qu'ils exercent exclusivement une activité spécifique ou n'exercent pas conjointement ou en partenariat des activités dif-

férentes, à moins qu'il ne s'agisse de professions réglementées dans les conditions énumérées à l'article 25.

La certification ou l'élaboration de chartes de qualité doivent être encouragées par les États membres et l'Union (art. 26).

A RETENIR

Les États membres ne doivent pas subordonner l'accès à une activité de services ou son exercice sur leur territoire au respect d'exigences définies par la directive Services comme « toute obligation, interdiction, condition ou limite prévue dans les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres ou découlant de la jurisprudence, des pratiques administratives, des règles des ordres professionnels ou des règles collectives d'associations professionnelles ou autres organisations professionnelles adoptées dans l'exercice de leur autonomie juridique » (art. 4, parag. 7).

L'article 14 prohibe, en matière d'établissement, une série d'exigences qui, en raison de leur caractère discriminatoire ou particulièrement contraignant, sont ainsi interdites. L'article 15 vise une série d'exigences indistinctement applicables qui peuvent constituer un obstacle sérieux au libre établissement et être remplacées par des mesures moins contraignantes. Elles ne sont, toutefois, pas purement et simplement interdites. Le texte les qualifie d'exigences à évaluer. Pour être admises, ces restrictions devront être non discriminatoires, nécessaires et proportionnées. Sont également prohibées les exigences contraires au principe de libre prestation de services énumérées au paragraphe 2 de l'article 16, qui pose des limites aux dérogations. Enfin, les États membres ne peuvent pas imposer au destinataire des exigences qui restreignent l'utilisation d'un service fourni par un prestataire ayant son établissement dans un autre État membre (art. 19).

Il en est ainsi de l'obligation d'obtenir une autorisation des autorités compétentes ou de faire une déclaration auprès de celles-ci, ou de l'imposition de limites discriminatoires à l'octroi d'aides financières au motif que le prestataire est établi dans un autre État membre ou à raison de l'emplacement du lieu où le service est fourni.

PLAN

La directive définit :

- des exigences discriminatoires interdites *per se* ;
- des exigences non discriminatoires soumises à évaluation ;
- des dérogations et limites à l'interdiction des restrictions.

A. Exigences interdites *per se*

A RETENIR

Aux termes de l'article 14 de la directive Services, sont interdites *per se*, en matière d'établissement, les « exigences discriminatoires fondées directement ou indirectement sur la nationalité ou, en ce qui concerne les sociétés, l'emplacement du siège statutaire ».

L'interdiction des mesures discriminatoires au sens de la directive concerne l'exigence de nationalité ou de résidence pour le prestataire, son personnel, les personnes détenant son capital social ou les membres de ses organes de gestion ou de surveillance (art. 14, paragr. 1). Il en est de même de l'interdiction d'avoir un établissement dans plus d'un État membre ou d'être inscrit dans les registres ou dans les ordres ou les associations professionnels de plus d'un État membre (art. 14, paragr. 2), des limites à la liberté du prestataire de choisir entre un établissement à titre principal ou à titre secondaire (art. 14, paragr. 3), des conditions de réciprocité (art. 14, paragr. 4), des tests économiques (art. 14, paragr. 5), de l'intervention directe ou indirecte d'opérateurs concurrents (art. 14, paragr. 6), de l'obligation de constituer ou de participer à une garantie financière ou de souscrire une assurance auprès d'un prestataire établi dans le même État membre (art. 14, paragr. 7), ou de l'obligation d'avoir été préalablement immatriculé ou d'avoir exercé précédemment l'activité pendant une période donnée dans le même État membre (art. 14, paragr. 8). Selon le Guide de mise en œuvre de la directive Services, ces exigences ont dans de nombreux cas été jugées incompatibles par la Cour de justice. Eu égard à leur caractère particulièrement restrictif, les États membres doivent les supprimer de leur législation de manière systématique pour les services couverts par le texte et envisager de les supprimer pour les secteurs non couverts.

B. Exigences soumises à évaluation

A RETENIR

L'article 15 de la directive permet aux États membres qui constatent la présence dans leur système juridique des exigences non discriminatoires d'un certain type qu'elle énumère d'adapter ces mesures afin de les rendre compatibles avec les conditions posées par le texte : une disposition nationale est compatible, au sens du paragraphe 3, lorsqu'elle obéit au principe de non-discrimination, qu'elle est nécessaire et proportionnée.

La condition de nécessité est satisfaite **en présence d'une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier la mesure concernée**. La mesure doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi qui ne doit pas pouvoir être réalisé par des mesures moins contraignantes. Le texte dresse une liste des exigences non discriminatoires concernées. La législation nationale qui impose aux sociétés émettrices d'une carte de loisirs, tant filiale que société mère, d'être constituées selon le droit de cet État membre, impliquant que leur siège statutaire soit situé sur le territoire national, est ainsi contraire à la directive Services.

L'État membre établit un rapport d'évaluation qui indique les exigences qu'il envisage de maintenir et les raisons fondant leur compatibilité, ainsi que les exigences supprimées ou allégées. Aucune nouvelle exigence ne peut être adoptée si elle ne satisfait pas aux conditions du paragraphe 3. Ces exigences nouvelles sont notifiées à la Commission, qui dispose d'un délai de trois mois pour examiner la compatibilité de ces nouvelles dispositions avec le droit européen. Elle prend, le cas échéant, une décision pour demander à l'État membre concerné de s'abstenir de les adopter, ou de les supprimer.

C. Dérogations et limites

L'accès à une activité de service ou son exercice peuvent être soumis à des restrictions. L'article 16 rappelle toutefois que le principe de libre prestation de services oblige chaque État membre à respecter le droit des prestataires de fournir des services dans un État membre autre que celui dans lequel ils sont établis et à garantir le libre accès à l'activité de service ainsi que son libre exercice sur le territoire où il est fourni.

A RETENIR

L'article 16 interdit de subordonner la libre prestation de services à des exigences qui ne sont pas justifiées par les raisons qu'il énumère aux paragraphes 1er et 3. Selon le paragraphe 1er, qui reprend les conditions posées par la Cour de justice, la restriction doit, pour être admise, être appliquée de manière non discriminatoire, nécessaire à la protection de l'intérêt général et non disproportionnée par rapport à l'objectif visé.

Le paragraphe 2 liste une série d'exigences, telles que l'obligation pour le prestataire d'avoir un établissement sur le territoire où la prestation est fournie, d'obtenir une autorisation ou une immatriculation ou l'interdiction de se doter d'une certaine forme ou d'un certain type d'infrastructure, de posséder un document d'identité spécifique ou, pour le prestataire et le destinataire, l'obligation d'adopter un régime contractuel particulier, qui empêche ou limite la prestation de services à titre indépendant, ou, enfin, les exigences affectant l'utilisation d'équipements et de matériel, qu'un État membre ne peut, en principe, imposer ni au prestataire ni au destinataire du service. Ces restrictions devraient toutefois, si l'on s'en tient à la structure du texte, pouvoir être justifiées par l'un des quatre objectifs d'intérêt général énumérés au paragraphe 3.

A RETENIR

Le paragraphe 3 laisse la possibilité aux États membres d'imposer des exigences concernant la prestation de l'activité de service lorsque ces exigences sont fondées sur des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement.

Ainsi, le financement d'activités ou d'œuvres sociales ne suffit pas à justifier une atteinte à la libre prestation de services au sens de la directive.

La liberté de prestation de services supporte des dérogations supplémentaires qui concernent notamment les services d'intérêt économique général, tels que le secteur postal, de l'électricité ou du gaz, ou les exigences en vigueur dans l'État de fourniture du service réservant une activité à une profession particulière, auxquels l'article 16 ne s'applique pas (art. 17), ou les mesures individuelles relatives à la sécurité des services justifiées par des circonstances exceptionnelles (art. 18).

SECTION 3

Directives Banque

Selon l'article 58 TFUE, paragraphe 2, «la libération des services des banques [...] qui sont liés à des mouvements de capitaux doit être réalisée en harmonie avec la libération de la circulation des capitaux». L'activité bancaire, élément essentiel de la politique européenne en matière de services financiers, a fait l'objet d'une première directive en 1973, qui se contentait d'appliquer le principe du traitement national au secteur bancaire. Un véritable marché intérieur du secteur bancaire implique cependant la mise en œuvre d'une reconnaissance mutuelle et d'un passeport unique, permettant aux prestataires de services légalement établis dans un État membre de s'établir ou de fournir leurs services dans d'autres États membres sans autorisation préalable.

Ces principes, posés dans le Livre blanc de la Commission du 14 juin 1985 sur l'achèvement du marché intérieur, ont été consacrés par plusieurs textes successifs. La directive 77-780 du 12 décembre 1977 avait pour ambition de coordonner les règles d'agrément, tout en reconnaissant aux États membres d'accueil de succursales la faculté de soumettre toute activité sur leur territoire à un second agrément ; la directive 89-646 du 15 décembre 1989, directive d'harmonisation minimale, a ensuite institué un système de licence unique accordée par l'État membre d'origine et posé le principe de reconnaissance mutuelle des agréments. L'ensemble de ces textes est codifié par la directive 2013-36 du 26 juin 2013 concernant l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, complétée par le règlement 575-2013 du même jour concernant les exigences prudentielles.

A RETENIR

La directive 2013-36 a pour objectif l'harmonisation nécessaire et suffisante pour assurer la reconnaissance mutuelle des agréments et des systèmes de surveillance prudentielle. Elle s'applique aux établissements de crédit, c'est-à-dire aux entreprises dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte (Dir. 2013-36, art. 3, paragr. 1, 1), à l'exclusion des banques centrales des États membres, des offices de chèques postaux et des organismes de certains États membres limitativement énumérés (Dir. 2013-36, art. 2).

PLAN

La directive 2013-36 :

- fixe les règles concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, en permettant l'octroi d'un agrément unique valable dans toute l'Union ;
- garantit le libre établissement et la libre prestation de services aux établissements de crédit ;
- repose sur le principe de la surveillance prudentielle par l'État membre d'origine.

I. Conditions d'accès à l'activité et de son exercice

A RETENIR

L'activité bancaire suppose, pour être exercée, l'obtention d'un agrément préalable de l'établissement de crédit (Dir. 2013-36, art. 8).

L'agrément, qui est délivré par les autorités compétentes de l'État membre d'origine, est soumis à un certain nombre de conditions. Aux termes de l'article 12, l'établissement de crédit doit posséder des fonds propres distincts et un capital initial (qui englobe le capital et les réserves) supérieur ou égal à 5 millions d'euro. En vertu de l'article 93 du règlement 575-2013, les fonds propres de l'établissement de crédit ne peuvent devenir inférieurs au montant du capital initial. Le cas échéant, les autorités compétentes peuvent, lorsque les circonstances le justifient, accorder un délai limité pour que l'établissement de crédit régularise sa situation ou cesse ses activités. L'agrément n'est, en outre, accordé que si au moins deux personnes, possédant l'honorabilité nécessaire ou l'expérience adéquate pour exercer ces fonctions, déterminent effectivement l'orientation de l'activité de l'établissement de crédit (art. 13). Afin d'éviter les pratiques de forum shopping, lorsque l'établissement de crédit est une personne morale, son siège statutaire et son administration centrale doivent être situés dans le même État membre. Pour les autres types d'établissements de crédit, l'administration centrale doit être située dans l'État membre qui a accordé l'agrément et dans lequel ils opèrent de manière effective. L'agrément est également subordonné à la communication aux autorités compétentes de l'identité des actionnaires ou associés, directs ou indirects, personnes physiques ou morales, qui détiennent une participation qualifiée, ainsi que du montant de cette participation (art. 14). Toute personne physique ou morale qui envisage de détenir, directement ou indirectement, une participation qualifiée dans un établissement de crédit ou d'accroître cette participation qualifiée doit en informer préalablement l'autorité de contrôle, qui dispose d'un délai de trois mois pour s'opposer à l'opération (art. 22). L'agrément peut être refusé si l'autorité de contrôle nourrit des doutes quant à la qualité des actionnaires ou des associés, ou s'il existe des liens étroits entre l'établissement de crédit et d'autres personnes physiques ou morales susceptibles d'entraver l'exercice de leur mission de surveillance.

La décision de refus d'agrément doit être motivée et notifiée au demandeur dans les six mois à compter de la réception de la demande, ou dans les six mois à compter de la fourniture d'informations complètes, et en toute hypothèse, jamais dans un délai supérieur à douze mois (art. 15).

Tout agrément est notifié à l'Autorité bancaire européenne (ABE), qui publie la liste des établissements agréés au JO (art. 20). Le retrait de l'agrément peut être prononcé lorsque l'établissement de crédit ne fait pas usage de l'agrément dans un délai de douze mois ou y renonce, a obtenu l'agrément grâce à de fausses déclarations ou par tout autre moyen irrégulier, ne remplit plus les conditions auxquelles l'agrément est subordonné, ne possède plus les fonds propres suffisants ou n'offre plus la garantie de pouvoir remplir ses obligations vis-à-vis de ses créanciers et, en particulier, n'assure plus la sécurité des fonds qui lui ont été confiés ou se trouve dans d'autres cas de retrait prévus par la réglementation nationale (art. 18).

II. Libre établissement et libre prestation de services

En application du principe de reconnaissance mutuelle, les États membres doivent permettre l'exercice sur leur territoire, tant au moyen de l'établissement d'une succursale que par voie de prestation de services d'un établissement de crédit agréé d'un autre État membre, des activités énumérées à l'annexe I, à condition qu'elles soient couvertes par l'agrément (Dir. 2013-36, art. 33). Les établissements financiers d'un autre État membre, lorsqu'ils sont filiales d'un établissement de crédit ou filiale commune de plusieurs établissements de crédit, bénéficient également de la liberté d'établissement ou de prestation de services (art. 34).

A. Liberté d'établissement

A RETENIR

L'intention d'établir une succursale sur le territoire d'un autre État membre doit être notifiée par l'établissement de crédit aux autorités compétentes de l'État membre d'origine, la notification étant accompagnée d'un certain nombre d'informations obligatoires (art. 35). Dans les trois mois de leur réception, les informations sont communiquées par les autorités compétentes de l'État d'origine à celles de l'État d'accueil.

Le principe de reconnaissance mutuelle ne prive, cependant, pas l'État d'accueil de tout pouvoir à l'égard de l'établissement de crédit qui établit une succursale sur son territoire. Ainsi, avant que la succursale ne commence à exercer ses activités, et dans les deux mois suivant la réception des informations accompagnant la notification d'établissement, les autorités compétentes de l'État membre d'accueil mettent en place les modalités d'une surveillance auxiliaire de l'établissement de crédit et précisent, le cas échéant, les conditions d'exercice de certaines activités imposées pour des raisons d'intérêt général. L'établissement peut avoir lieu et la succursale commencer ses activités dès réception d'une communication des autorités de contrôle de l'État membre d'accueil ou, en l'absence de communication, à l'expiration du délai de deux mois.

B. Liberté de prestation de services

A RETENIR

L'exercice de la liberté de prestation de services par un établissement de crédit sur le territoire d'un autre État membre est soumis à un formalisme allégé : il suffit que l'établissement bancaire notifie aux autorités compétentes de l'État membre d'origine les activités qu'il envisage d'exercer.

La notification est communiquée aux autorités compétentes de l'État membre d'accueil dans le mois de sa réception (art. 39). Avant que le principe de reconnaissance mutuelle des agréments ne soit posé par la deuxième directive, la Cour de justice (CJCE, 9 juill. 1997, Parodi SCI, C-222-95, LawLex056635) avait précisé les conditions d'exercice de la liberté de prestation de services. Ainsi, la législation d'un État membre qui impose à un établissement de crédit, déjà agréé dans un autre État membre, d'obtenir un agrément pour pouvoir accorder un prêt hypothécaire à l'un de ses nationaux, constitue une restriction à la liberté de prestation de services, à moins que cet agrément s'impose à toute

personne ou à toute société exerçant l'activité en cause sur son territoire, soit justifié par des raisons liées à l'intérêt général telles que la protection des consommateurs et soit objectivement nécessaire pour protéger les intérêts que cette législation a pour objet de sauvegarder. Prenant acte de la position du juge européen, les juridictions françaises sont revenues sur la jurisprudence considérant que l'agrément peut être imposé à un établissement de crédit situé dans un autre État membre qui souhaite exercer une activité de prêt hypothécaire sur son territoire selon le régime de la prestation de services, lorsque cet agrément est obligatoire pour toute personne exerçant cette activité sur le territoire en cause. Consacrant le principe de la libre prestation de services, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (Cass. Ass. Plén., 4 mars 2005, Langa c. SAIG, LawLex093492) a, en reprenant les motifs de la Cour de justice dans son arrêt Parodi du 9 juillet 1997, affirmé que l'exigence d'un agrément revient à imposer à l'entreprise seulement prestataire de services, un établissement sur le territoire de l'État membre sur lequel la prestation est rendue, et constitue la négation de la liberté de prestation de services. Une telle restriction va au-delà de ce qui est objectivement nécessaire pour atteindre le but poursuivi, lorsque dans son État membre d'origine, l'établissement de crédit prestataire est soumis à des règles prudentielles et à la surveillance d'une autorité de contrôle, elle-même tenue à une obligation de collaboration avec celles des autres États membres.

C. Surveillance prudentielle

A RETENIR

Selon l'article 49 de la directive 2013-36, la surveillance prudentielle des établissements de crédit incombe aux autorités compétentes de l'État membre d'origine, tant pour les activités exercées sur son territoire que pour celles exercées sur le territoire d'un autre État membre, par la voie de la liberté d'établissement ou celle de la libre prestation de services.

Cependant, dans l'attente d'une coordination ultérieure, l'État membre d'accueil reste chargé de la surveillance de la liquidité de la succursale d'un établissement de crédit, en collaboration avec les autorités compétentes de l'État membre d'origine (art. 50).

Lorsque cette surveillance concerne l'activité des établissements opérant, notamment par le biais d'une succursale, sur un territoire autre que celui de leur siège, les autorités compétentes des États membres concernés doivent collaborer étroitement, en se communiquant les informations relatives à la direction, à la gestion et à la propriété de ces établissements de crédit, susceptibles de faciliter leur surveillance et l'examen des conditions de leur agrément, ainsi que toutes les informations susceptibles de faciliter le contrôle de ces établissements en particulier en matière de liquidité, de solvabilité, de garantie des dépôts, de limitation des grands risques, d'organisation administrative et comptable et de mécanismes de contrôle interne. Les autorités compétentes et leurs personnels sont astreints au secret professionnel concernant les informations échangées (art. 53 s.).

L'établissement de crédit doit disposer de fonds propres suffisants pour couvrir les risques liés à l'exercice de l'activité bancaire. La surveillance prudentielle a pour objet de vérifier que cette condition est remplie. Le montant des fonds propres, dont les éléments constitutifs sont définis par l'article 92 du règlement 575-2013, se calcule sur une

base individuelle ou, le cas échéant, consolidée. S'inspirant du ratio défini par le Comité de Bâle, le règlement fixe au considérant 40 des exigences minimales de fonds propres pondérant les actifs et les éléments de hors bilan en fonction du degré de risque encouru. Ainsi, pour le risque de crédit, les fonds propres de l'établissement de crédit doivent être d'un montant en permanence supérieur ou égal à 8 % du total du montant des actifs ou éléments de hors bilan pondérés. Une exposition assumée par un établissement de crédit à l'égard d'un client ou d'un groupe de clients liés dont la valeur atteint ou dépasse 10 % de ses fonds propres constitue un grand risque (Règl. 575-2013, art. 392), qui doit être notifié aux autorités compétentes (art. 394). Un établissement de crédit ne peut assumer à l'égard d'un même client ou d'un même groupe de clients liés, des expositions dont le montant dépasse 25 % de ses fonds propres et, en tout état de cause, de grands risques dont le montant cumulé dépasse 100 % de ses fonds propres (art. 395). Outre la surveillance prudentielle exercée par les autorités compétentes de l'État membre d'origine, les établissements de crédit eux-mêmes doivent disposer de stratégies et processus sains, efficaces et exhaustifs pour évaluer et conserver en permanence le montant, le type et la répartition du capital interne qu'ils jugent appropriés pour couvrir la nature et le niveau des risques auxquels ils sont ou pourraient être exposés (Dir. 2013-36, art. 73). Si les autorités compétentes constatent une violation des exigences de la directive, elles peuvent, en vertu de l'article 104, outre demander à l'établissement qu'il arrête rapidement les actions ou prenne les mesures nécessaires pour redresser la situation, l'obliger à détenir des fonds propres d'un montant supérieur au minimum prescrit à ses articles 128 et suivants et au règlement 575-2013 ; demander le renforcement des dispositifs, procédures, mécanismes et stratégies mis en œuvre pour se conformer aux articles 73 et 74 ; exiger de l'établissement de crédit qu'il applique à ses actifs une politique spéciale de provisionnement ou un traitement spécial en termes d'exigences de fonds propres ; restreindre ou limiter les activités, les opérations ou le réseau de l'établissement de crédit ; et demander la réduction du risque inhérent aux activités, aux produits et aux systèmes de l'établissement de crédit.

SECTION 4

Directives Avocats

La réalisation effective de la « libre circulation » des avocats dans l'Union européenne rencontre principalement deux obstacles. Tout d'abord, si l'avocat peut, pour fournir une prestation de services hors du pays où il est établi et où il a généralement reçu sa formation et son diplôme, se dispenser de connaître de manière approfondie le droit du pays du destinataire de la prestation - car celle-ci concernera, le plus souvent, le droit de son pays d'origine, ou le droit international -, il ne peut en faire l'économie lorsqu'il utilise sa liberté d'établissement pour exercer dans un autre État membre les activités de représentation et d'assistance en justice. Or, si la formation d'un médecin, d'un architecte ou d'un ingénieur est semblable, quel que soit le pays, celle de l'avocat est nécessairement différente d'un pays à l'autre. Toutefois, exiger le diplôme national pour l'accès des avocats à l'établissement rendrait l'exercice de cette liberté quasi impossible. La difficulté est encore accrue dans le cas des avocats en raison des liens intimes entre l'exercice de leurs activités et le fonctionnement du service public de la justice. Aussi la libération ne

s'est-elle réalisée que très progressivement.

A RETENIR

La liberté de prestation des services a d'abord, en application de l'article 56 TFUE, été reconnue par la jurisprudence, avant d'être consacrée par la directive 77-249 du 22 mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats.

Le chemin a été plus long pour la liberté d'établissement.

Palliant un temps l'absence de texte, le juge européen a, par l'arrêt *Reyners* (CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2-74, LawLex043482), sur le fondement de l'article 49 TFUE, considéré que l'accès d'un avocat ressortissant d'un État membre à l'établissement dans un autre État membre ne peut lui être refusé même en l'absence de directives d'application prévue à l'article 49 TFUE. En outre, selon l'arrêt *Thieffry* (CJCE, 28 avril 1977, aff. 71-76, LawLex057852), l'exigence du diplôme national du pays d'établissement pour l'exercice de cette activité est contraire à la liberté d'établissement si le diplôme obtenu par l'intéressé dans le pays d'origine a fait l'objet d'une reconnaissance d'équivalence et lui a permis de passer avec succès l'examen d'aptitude à la profession d'avocat. En revanche, selon la Cour (CJCE, 19 janvier 1988, *Gullung*, aff. 292-86, LawLex056986), la soumission de l'accès à la profession d'avocat dans un État membre à une obligation d'inscription au barreau est justifiée car elle garantit la moralité et le respect des principes déontologiques ainsi que le contrôle disciplinaire de l'activité des avocats. Enfin, à propos du «double cabinet», le juge européen a précisé dans l'arrêt *Klopp* (CJCE, 12 juillet 1984, aff. 107-83, LawLex056981) que la liberté d'établissement confère aux professions libérales la faculté de créer et de maintenir, dans le respect des règles professionnelles, plus d'un centre d'activité sur le territoire de l'Union.

A RETENIR

Finalement, la liberté d'établissement des avocats, qu'ils soient indépendants ou salariés, a été consacrée par la directive 98-5 du 16 février 1998.

Selon la Cour, le choix du mode et du niveau de protection des consommateurs et de garantie d'une bonne administration de la justice opéré par le législateur européen lors de l'élaboration de la directive - qui consiste à préférer à un système de contrôle a priori de la qualification dans le droit national de l'État d'accueil, un dispositif alliant information du consommateur, limitations de l'étendue ou des modalités d'exercice de certaines activités, cumul des règles professionnelles et déontologiques à observer, obligation d'assurance, régime disciplinaire associant les autorités compétentes de l'État d'origine et de l'État d'accueil, sans supprimer l'obligation de connaissance du droit national applicable dans les dossiers traités par l'avocat en cause - ne dépasse pas les limites de son pouvoir d'appréciation.

La notion d'avocat reçoit en droit européen une interprétation uniforme. Que ce soit pour s'établir à titre permanent dans un autre État membre ou pour y effectuer des prestations de services, l'avocat est défini par les deux directives «Avocat» comme toute

personne habilitée à exercer cette activité dans les États membres sous l'une des dénominations qu'elles énumèrent (Dir. 77-249, art. 1, paragr. 2 et Dir. 98-5, art. 1, paragr. 2). Cette énumération étant limitative, le stagiaire en droit, l'avocat-stagiaire (praticante avocate) ou l'agent en brevets particulier (Patent Attorney Litigator) ne relèvent pas des directives «Avocat».

A RETENIR

La directive «Qualifications» 2005-36 du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, qui a regroupé de nombreuses directives sectorielles dans un seul texte, n'a pas affecté les directives «Avocat» qui ne concernent pas la reconnaissance de qualifications professionnelles mais l'autorisation d'exercer.

Toutefois, en raison de la généralité de son domaine d'application, le système de reconnaissance des qualifications professionnelles organisé par la directive 2005-36 **s'applique aussi aux avocats «aux fins de l'établissement immédiat»** sous le titre de l'État d'accueil (Dir. 2005-36, cons. 42) : **un avocat exerçant sous son titre professionnel d'origine peut donc accéder à la profession d'avocat dans un autre État membre au moyen de la reconnaissance de son diplôme selon le système général de reconnaissance qui prévoit une procédure d'évaluation fondée notamment sur la connaissance de la langue.**

Si la directive «Services» n'exclut pas expressément de son champ d'application la profession d'avocat, contrairement à celles d'huissier ou de notaires, les matières couvertes par la directive 77-249 ne relèvent pas de son article 16 relative à la libre prestation des services (Dir. 2006-123, art. 17), et les dispositions de la directive 98-5 relatives aux exigences liées à l'inscription auprès de l'autorité compétente de l'État d'accueil ne sont pas concernées par son article 5 relatif à la simplification des procédures.

PLAN

Nous étudierons successivement :

- la directive 77-249 applicable aux activités de prestations de services des avocats ;
- la directive 98-5 qui leur a reconnu la liberté d'établissement.

I. Libre prestation de services

A RETENIR

Limitée aux activités de prestation de services, la directive 77-249 du 22 mars 1977 se contente de poser un principe de reconnaissance mutuelle de la qualité d'avocat telle qu'elle est définie dans les différents États membres. Une personne habilitée à exercer ses activités professionnelles sous la dénomination «avocat» dans un État peut ainsi exercer cette activité dans un autre État membre (art. 2), en usant du titre professionnel de l'État membre de provenance, avec indication de son organisation professionnelle ou de sa juridiction (art. 3).

La directive tend en particulier à faciliter l'exercice de la profession d'avocat au regard des règles déontologiques en soumettant les activités de l'avocat à des régimes différents selon qu'elles revêtent un caractère judiciaire ou extrajudiciaire.

Les activités judiciaires (représentation et défense en justice) doivent être exercées dans les conditions prévues pour les avocats établis dans l'État membre d'accueil, à l'exclusion de toute condition de résidence ou d'inscription à une organisation professionnelle dans cet État (art. 4, paragr. 1). Constitue ainsi une restriction à la libre prestation de services le refus des autorités nationales compétentes de délivrer un boîtier de raccordement au réseau privé virtuel des avocats à un avocat dûment inscrit à un barreau d'un État membre, au motif qu'il n'est pas inscrit à un barreau de l'État membre dans lequel il souhaite exercer sa profession en qualité de prestataire de services alors même qu'aucune obligation d'agir de concert avec un autre avocat n'est imposée par la loi.

Soumis à une double déontologie dans l'exercice de ces activités, l'avocat non-résident est tenu de respecter tant les règles professionnelles de l'État d'accueil que celles de son État d'origine (art. 4, paragr. 2). Ainsi, l'avocat tenu, au titre des articles 4 et 7 de la directive 77-249 du 22 mars 1977, d'observer les règles déontologiques en vigueur dans l'État membre d'accueil, ne peut se prévaloir des dispositions de cette directive lorsque l'accès à la profession d'avocat lui a été interdit dans l'État d'accueil pour des raisons tenant à la dignité, à l'honorabilité et à la probité. L'État membre d'accueil peut imposer à l'avocat d'être introduit auprès du président de la juridiction et, le cas échéant, auprès du bâtonnier compétent dans cet État, selon les règles ou usages locaux, et d'agir de concert soit avec un avocat exerçant auprès de la juridiction saisie et qui serait responsable, s'il y a lieu, à l'égard de cette juridiction, soit avec un «avoué» ou «procuratore» exerçant auprès d'elle (art. 5). Une législation nationale ne saurait toutefois imposer à l'avocat prestataire d'agir de concert avec un avocat résident pour les actions judiciaires pour lesquelles l'assistance obligatoire par un avocat n'est pas requise. De même, lorsque le recours à un avocat exerçant auprès de la juridiction saisie est imposé, la disposition nationale qui exclut les frais afférents à la constitution de l'avocat européen du montant à rembourser par la partie ayant succombé, entrave la libre prestation de services. Les justiciables seraient en effet fortement découragés d'avoir recours à des avocats établis dans d'autres États membres s'ils en supportaient les frais quelle que soit l'issue du procès. Enfin, un État membre ne peut interdire aux avocats salariés d'exercer des activités de représentation et de défense en justice dans l'État d'accueil pour leur employeur que si la même interdiction existe à l'égard des avocats de cet État (art. 6).

Pour l'exercice de ses activités extrajudiciaires, l'avocat est soumis aux conditions et règles professionnelles de l'État d'origine. Il obéit également aux règles qui régissent la profession dans l'État d'accueil dès lors qu'elles peuvent être appliquées à un avocat non établi dans l'État membre d'accueil et que cette application est objectivement justifiée pour assurer, dans cet État, l'exercice correct des activités d'avocat, la dignité de la profession et le respect des incompatibilités (art. 4, paragr. 4).

II. Liberté d'établissement

La directive 98-5 du 16 février 1998 poursuit un double objectif : la reconnaissance mutuelle du titre professionnel de l'avocat migrant souhaitant exercer sous son titre professionnel d'origine à titre permanent et l'intégration de l'avocat migrant sous le titre professionnel de l'État d'accueil : tout avocat ressortissant d'un État membre dispose d'un droit d'exercer à titre permanent dans un autre État membre sous son titre professionnel d'origine (art. 2, paragr. 1).

PLAN

Nous examinerons successivement :

- les conditions d'inscription auprès de l'autorité compétente de l'État d'accueil ;
- les conditions d'exercice de la profession sous le titre professionnel d'origine ;
- les règles déontologiques et disciplinaires applicables ;
- les conditions d'exercice de la profession en groupe ;
- les conditions de l'assimilation à l'avocat de l'État d'accueil.

A. Inscription

A RETENIR

Pour pouvoir exercer son activité dans un État membre autre que celui de sa qualification d'origine, il suffit que l'avocat s'inscrive auprès de l'autorité compétente de l'État d'accueil, qui peut exiger que l'attestation d'inscription dans son État d'origine n'ait pas plus de trois mois, et informe l'autorité compétente de l'État membre d'origine de cette inscription (art. 3, paragr. 2).

Le ressortissant d'un État membre peut donc sans abus exercer la profession d'avocat sous le titre professionnel qu'il a obtenu dans un autre État membre où il a acquis la qualification professionnelle d'avocat à la suite d'épreuves universitaires . Au Royaume-Uni et en Irlande, les avocats d'un autre État membre doivent s'inscrire, soit auprès de l'autorité compétente pour la profession de «barrister» ou d'«advocate», soit auprès de l'autorité compétente pour la profession de «solicitor» (art. 3, paragr. 3). Les décisions de refus ou de retrait de l'inscription doivent être motivées et sont susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne (art. 9). En principe, l'instance appelée à connaître des recours contre les décisions de refus d'inscription doit correspondre à la notion de juridiction au sens défini par le droit européen afin de garantir une protection juridictionnelle effective des droits prévus par la directive 98-5. Toutefois, l'exercice préalable d'un recours devant un organe de nature non juridictionnelle n'est pas exclu, à condition toutefois qu'un recours effectif devant une juridiction dans un délai raisonnable soit prévu et permette un contrôle juridictionnel en droit et en fait.

L'avocat migrant est tenu d'indiquer de manière intelligible le titre professionnel d'origine sous lequel il exerce dans la ou les langues officielles de son État d'origine afin d'éviter toute confusion avec le titre professionnel de l'État d'accueil (art. 4). Selon la Cour de justice, la protection du consommateur est suffisamment assurée par cette obligation qui

permet au client d'être informé que la qualification de son défenseur n'a pas été obtenue dans l'État membre d'accueil et que sa formation initiale n'a pas nécessairement intégré le droit national.

B. Exercice sous le titre professionnel d'origine

A RETENIR

L'avocat qui exerce sous son titre professionnel d'origine pratique les mêmes activités professionnelles que l'avocat exerçant sous le titre professionnel de l'État membre d'accueil et peut notamment donner des consultations juridiques dans le droit de l'État d'origine, en droit de l'Union, en droit international et dans le droit de l'État d'accueil. Il doit respecter les règles de procédure applicables devant les juridictions nationales (art. 5, paragr. 1).

L'avocat migrant ne peut exercer les activités d'administration des biens des personnes décédées ou portant sur la création ou le transfert de droits réels immobiliers si ces actes sont réservés dans l'État d'accueil à des professions différentes de celle d'avocat (art. 5, paragr. 2). Une législation nationale ne peut cependant interdire à un avocat d'exercer des activités de domiciliation de sociétés alors que le texte ne le prévoit pas. Les activités de représentation et de défense d'un client en justice peuvent, en outre, être réservées aux avocats exerçant sous le titre professionnel de l'État d'accueil. Les avocats qui exercent sous leur titre professionnel d'origine pourront alors se voir imposer d'agir de concert soit avec un avocat exerçant auprès de la juridiction saisie et qui serait responsable, s'il y a lieu, à l'égard de cette juridiction, soit avec un «avoué» exerçant auprès d'elle. Dans le but d'assurer le bon fonctionnement de la justice, les États membres peuvent également établir des règles spécifiques d'accès aux cours suprêmes, telles que le recours à des avocats spécialisés (art. 5, paragr. 3). Enfin, les avocats migrants peuvent exercer à titre permanent dans l'État d'accueil sans être tenus à une obligation de formation préalable dans cet État.

C. Règles déontologiques et procédure disciplinaire

A RETENIR

L'avocat migrant est soumis à une double déontologie. Il doit respecter les règles professionnelles et déontologiques de son État d'origine et de son État d'accueil pour toutes les activités qu'il exerce sur le territoire de celui-ci. Les avocats exerçant sous leur titre d'origine doivent bénéficier d'une représentation appropriée dans les instances professionnelles de l'État d'accueil avec au minimum un droit de vote lors des élections.

La souscription d'une assurance de responsabilité professionnelle ou l'affiliation à un fonds de garantie professionnelle peut être imposée aux avocats migrants sauf s'ils bénéficient d'une couverture équivalente dans leur État d'origine (art. 6). L'avocat est en particulier tenu, selon le code de déontologie adopté par le Conseil des barreaux de l'Union européenne (CCBE), de ne pas traiter des affaires dont il sait ou devrait savoir qu'elles échappent à sa compétence, notamment par manque de connaissances linguistiques. Selon la Cour de justice (CJUE, 19 déc. 2006, Graham J. Wilson, C-506-04,

LawLex07561), qui s'oppose à tout contrôle linguistique a priori, l'inscription d'un avocat européen auprès de l'autorité compétente de l'État membre d'accueil ne saurait être subordonnée à un entretien permettant d'évaluer sa maîtrise de la ou des langues de cet État dès lors que la protection du client est suffisamment assurée par les règles déontologiques qui s'imposent à l'avocat dans le cadre de la directive. Lorsque l'avocat migrant ne respecte pas ces règles, il peut être poursuivi disciplinairement par les autorités compétentes de l'État membre d'accueil selon les règles de procédure de celui-ci. L'autorité compétente de l'État d'origine doit, dans les plus brefs délais, être informée par l'autorité de l'État d'accueil avant l'ouverture de la procédure disciplinaire.

La même obligation d'information pèse sur l'autorité compétente de l'État d'origine qui projette d'engager une procédure disciplinaire. Il appartient à l'autorité compétente de l'État d'origine de décider des suites à donner en application de ses règles de forme et de fond à la décision prise par l'autorité compétente de l'État d'accueil. Le retrait, temporaire ou définitif, de l'autorisation d'exercer la profession par l'autorité de l'État d'origine entraîne automatiquement l'interdiction temporaire ou définitive d'exercer dans l'État d'accueil (art. 7). Dans tous les cas, les autorités compétentes de l'État membre d'origine et de l'État membre d'accueil sont tenues de collaborer étroitement et de s'accorder une assistance mutuelle afin de faciliter l'application de la directive (art. 13). Cette collaboration étroite interdit d'imposer à l'avocat européen l'obligation de produire chaque année une attestation d'inscription auprès de l'autorité compétente de son État d'origine.

D. Exercice en groupe

A RETENIR

Les avocats membres d'un même groupe dans l'État d'origine disposent d'un droit d'exercer en groupe dans l'État d'accueil dans le cadre d'une succursale ou d'une agence sous leur titre professionnel d'origine. Toutefois, si les règles fondamentales qui régissent ce groupe dans l'État membre d'origine sont incompatibles avec celles de l'État d'accueil, ce sont les règles de ce dernier qui s'appliquent dès lors que leur respect est justifié par l'intérêt général consistant en la protection du client et des tiers (art. 11, 1)).

Les formes d'exercice en groupe prévues dans l'État d'accueil doivent être accessibles aux avocats migrants membres du même État d'origine ou d'un même groupe (art. 11, 2)). Le droit d'exercice en groupe est également reconnu aux avocats provenant d'États membres différents, y compris ceux de l'État d'accueil. Lorsque le groupe est composé de personnes extérieures à la profession d'avocat, l'exercice en groupe peut être refusé par l'État d'accueil (art. 11, 5)).

E. Assimilation à l'avocat de l'État d'accueil

A RETENIR

La directive 98-5 du 16 février 1998 offre la possibilité aux avocats européens exerçant sous leur titre professionnel d'origine, qui justifient d'une activité effective et régulière d'une durée d'au moins trois ans à la fois dans l'État d'accueil et dans le droit de cet État, y compris le droit européen, d'être assimilés à ceux de l'État d'accueil (art. 10). L'accès à la profession d'avocat de l'État membre d'accueil est ainsi quasi-automatique

à l'issue de ce laps de temps, après vérification de l'expérience professionnelle acquise dans cet État.

L'intégration à la profession n'est donc plus nécessairement subordonnée à l'accomplissement d'un stage d'adaptation pendant trois ans au maximum ou à une épreuve d'aptitude comme le prévoyait la directive 89-48 du 27 novembre 1991, abrogée et remplacée depuis par la directive générale 2005-36 du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, même si la possibilité de recourir à ce système de reconnaissance des qualifications professionnelles subsiste. L'avocat «intégré» utilise le titre professionnel de l'État d'accueil aux côtés duquel il peut faire usage de son titre d'origine dans la ou les langues officielles de son État d'origine (art. 10, paragr. 6).

L'«activité effective et régulière» est définie comme «l'exercice réel de l'activité sans interruption autre que celles résultant des événements de la vie courante» (art. 10, paragr. 1). L'avocat intéressé doit, pour établir l'activité effective et régulière, fournir toute information et tout document utiles, notamment sur le nombre et la nature des dossiers traités par lui. Il peut être invité à fournir oralement ou par écrit des clarifications ou des précisions additionnelles. La décision de l'autorité compétente de ne pas accorder la dispense si la preuve de l'exercice d'une activité effective et régulière n'est pas apportée, doit être motivée et est susceptible d'un recours juridictionnel de droit interne. S'il justifie d'une activité d'au moins trois ans dans l'État d'accueil mais d'une durée moindre dans le droit de cet État, l'avocat peut encore obtenir l'assimilation eu égard à sa connaissance et son expérience professionnelle en droit de l'État d'accueil et à sa participation à des cours ou des séminaires portant sur ce droit, y compris le droit professionnel et la déontologie. L'appréciation de son activité effective et régulière développée dans l'État d'accueil et de sa capacité à la poursuivre est effectuée dans le cadre d'un entretien avec l'autorité compétente de l'État d'accueil. La décision d'autorisation ou de refus doit également être motivée et est susceptible d'un recours juridictionnel de droit interne (art. 10, paragr. 3).

Enfin, pour des raisons d'ordre public, notamment en cas de poursuites disciplinaires, plaintes ou incidents de toute nature, l'autorité compétente de l'État d'accueil peut refuser l'assimilation par décision motivée susceptible de recours.

CHAPITRE V Directives d'harmonisation

SECTION 1

Directives Sociétés

I. Publicité légale

II. Validité des engagements sociaux et nullité de la société

III. Gouvernance de l'entreprise

- A. Comptes annuels
- B. Comptes consolidés
- C. Contrôle légal des comptes

IV. Augmentations et diminutions de capital

V. Société unipersonnelle

VI. Opérations de croissance externe

- A. Régime des fusions nationales et transfrontalières
- B. Régime des scissions

SECTION 2

Directives Consommation

I. Publicité trompeuse

II. Publicité comparative

- A. Champ d'application
- B. Conditions de licéité
- C. Appréciation de la publicité

III. Pratiques commerciales déloyales

- A. Champ d'application
- B. Pratiques commerciales trompeuses
- C. Pratiques agressives

IV. Clauses abusives

- A. Domaine d'application
- B. Définitions
- C. Action des associations
- D. Compétence du juge européen
- E. Appréciation du caractère abusif par le juge national

V. Contrats négociés à distance

VI. Vente et garantie des biens de consommation

VII. Responsabilité du fait des produits défectueux

- A. Principe de responsabilité du producteur
- B. Réparation du dommage
- C. Causes d'exonération

VIII. Sécurité générale des produits

- A. Champ d'application
- B. Mise en œuvre

CHAPITRE V Directives d'harmonisation

SECTION 1

Directives Sociétés

Le droit européen des sociétés trouve sa source dans l'article 54 TFUE : le principe de liberté d'établissement permet à toute société constituée en conformité avec la législation d'un État membre et ayant son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement à l'intérieur de l'Union, de s'établir dans un autre État membre. Par société, l'article 54 TFUE entend «les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif».

A RETENIR

Cependant, le principe général de reconnaissance mutuelle ne suffisant pas à assurer la coordination des réglementations nationales, le Conseil a adopté toute une série de directives sur le fondement de l'article 50, paragraphe 2, sous g, TFUE.

Ces textes tendent à réaliser une harmonisation limitée : les directives sociétés posent des exigences minimales en matière de publicité ou de contrôle tout en laissant aux États membres le choix des moyens, le principal objectif étant la protection des tiers et la sécurité juridique des relations nouées par la société avec ceux-ci ou ses associés.

Bien qu'elles réalisent un certain rapprochement des règles substantielles, l'objectif de liberté de circulation continue de jouer un rôle important à côté de la volonté d'intégration et d'imposition d'une norme commune.

A RETENIR

Il en va différemment des règlements adoptés pour unifier les règles applicables aux sociétés, tels que le règlement 2157-2001 du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE) et le règlement 2137-85 du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE).

En pratique, la portée de l'unification demeure toutefois limitée. Le règlement sur la société européenne vise à la création d'une société qui, au côté de celles qui relèvent du droit national, est régie par un droit européen uniforme. Le rattachement national domine cependant : les sociétés sont soumises à un contrôle national et non européen puisque la publicité et l'immatriculation ont lieu dans l'État du siège selon la loi de ce dernier. Véritable code de la société européenne, le règlement comporte de nombreux renvois à la loi de l'État du siège et reprend pour l'essentiel les règles matérielles contenues dans les directives d'harmonisation. De même, le GEIE a été créé afin de doter les personnes physiques, sociétés et autres entités juridiques, d'un instrument leur permettant de coopérer par-delà les frontières. Comme pour la société européenne, la loi applicable au contrat de GEIE est la loi interne de l'État du siège, sous réserve des dispositions du règlement. Autrement dit, la norme européenne l'emporte sur la règle nationale dans les matières couvertes par le règlement. Enfin, les rapports avec les tiers sont exclus du

domaine de la loi du siège et sont soumis à la loi désignée par la règle de conflit aux termes du règlement 593-2008 du 17 juin 2008 (Rome I).I.

PLAN

A l'heure actuelle, la législation européenne couvre des questions aussi diverses que :

- la publicité légale ;
- la validité des engagements et la nullité des sociétés de capitaux ;
- la gouvernance des sociétés de capitaux (comptes annuels, comptes consolidés et contrôles légaux de ces comptes) ;
- les augmentations ou diminutions de leur capital ;
- la constitution de société unipersonnelle ;
- les opérations de croissance externe (fusions nationales/ transfrontalières de sociétés anonymes, scissions nationales de sociétés anonymes).

I. Publicité légale

A RETENIR

La première directive du «paquet société» instaurait, à l'égard de toute société de capitaux, plusieurs mesures ayant pour objet de permettre aux tiers de prendre connaissance des actes essentiels de la société et de certaines indications la concernant et de limiter, autant que possible, les causes de non-validité des engagements pris au nom de la société ainsi que les cas de nullité. Après plusieurs modifications, cette directive a été codifiée par la directive 2017-1132 du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés.

L'article 14 de la directive dresse une liste non limitative des actes et indications qui font l'objet d'une publicité obligatoire : sont visés l'acte constitutif, les statuts s'ils en sont séparés, le capital souscrit, le bilan et le compte de profits et pertes de chaque exercice, le transfert du siège, toute décision judiciaire prononçant la nullité de la société, tout acte et toute décision concernant la durée, la dissolution et la liquidation de la société. La publicité obligatoire s'étend aussi à la nomination, à la cessation des fonctions ainsi qu'à l'identité des personnes qui, en tant qu'organe légalement prévu ou membre d'un tel organe, ont le pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers et de la représenter en justice. Le même régime est institué pour les personnes qui participent à l'administration, à la surveillance ou au contrôle de la société. Les mesures de publicité doivent préciser si les personnes qui ont le pouvoir d'engager la société peuvent le faire seules ou doivent le faire conjointement. L'obligation de publication est étendue aux comptes annuels régulièrement approuvés et au rapport de gestion, aux comptes consolidés régulièrement approuvés et au rapport consolidé de gestion (art. 30 et 31, dir. 2013-34).

Les formalités de publicité sont au nombre de trois. Un dossier doit tout d'abord être ouvert au nom de la société auprès d'un registre officiel - registre central, registre du commerce ou registre des sociétés - (Dir. 2017-1132, art. 16). Les actes et indications soumis à publicité peuvent être transmis sur support papier ou par voie électronique et

sont obligatoirement conservés sous cette forme. Les parties intéressées doivent pouvoir obtenir une copie de ces documents par l'un ou l'autre moyen. Ensuite, la publicité du dépôt est assurée par une publication, soit intégrale ou par extrait, soit sous forme de mention signalant le dépôt du document au dossier, dans un Bulletin officiel national, qui peut être tenu sous format électronique. Une société ne peut ainsi se prévaloir à l'égard des tiers d'informations qui n'ont pas fait l'objet de la publicité requise dans le bulletin national. Cette inopposabilité peut être écartée lorsque la société établit que les tiers avaient connaissance des informations omises. Inversement, la preuve par les tiers de leur impossibilité de connaître les informations publiées les leur rend inopposables. Enfin, aux termes de l'article 26 de la directive, les sociétés sont tenues d'indiquer, dans les documents commerciaux établis sous support papier ou tout autre support, leur forme, le lieu de leur siège social, du registre et du numéro d'inscription.

L'organisation des mesures de publicité relève de la compétence des États membres, notamment en ce qui concerne la détermination des personnes tenues d'effectuer les formalités (Dir. 2017-1132, art. 27). L'article 28 de la directive impose également aux États de définir les sanctions afférentes aux manquements à l'obligation de publicité.

Doivent être sanctionnés, tant le défaut de publicité que la publication de comptes annuels qui n'ont pas été établis en conformité avec les règles prescrites par la quatrième directive sociétés en ce qui concerne le contenu de ces comptes. Un État membre ne peut, pour justifier l'absence de mesures répressives, faire valoir qu'un très grand nombre de sociétés établies sur son territoire ne publient pas leurs comptes et que l'imposition de sanctions à chacune d'elles entraînerait des difficultés sensibles pour son administration, hors de proportion avec l'objectif poursuivi par le législateur de l'Union. Toute personne doit pouvoir agir pour faire constater le manquement d'une société à ses obligations en matière de publicité. Aussi, une disposition nationale qui réserve une procédure d'astreinte en cas de non-publication des comptes annuels aux seuls associés, aux créanciers, au conseil d'établissement commun ou au conseil d'établissement de la société, n'est-elle pas conforme à la directive. Toutefois, les dispositions de l'article 28 ne peuvent être invoquées à l'encontre de prévenus par les autorités d'un État membre dans le cadre de procédures pénales, dès lors qu'une directive, par elle-même et indépendamment d'une loi interne d'un État membre prise pour son application, ne peut pas avoir comme effet de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale des prévenus.

II. Validité des engagements sociaux et nullité de la société

A RETENIR

Afin d'assurer la protection des tiers, ainsi que la sécurité juridique des rapports de la société avec les tiers, ainsi qu'entre associés, les cas d'invalidité des engagements sociaux et de nullité des sociétés sont strictement limités par la directive 2017-1132 : en vertu de l'article 7, paragraphe 2, la société est tenue des engagements pris par ses organes au cours de sa formation et avant l'acquisition de la personnalité morale, si elle les reprend.

Aucune irrégularité dans la nomination de ses représentants ne peut être opposée aux tiers, à moins que la société ne prouve que ces derniers en aient eu connaissance (art. 8).

La société ne peut pas davantage se prévaloir du dépassement, par ses organes, de son objet social, à moins que les actes accomplis n'excèdent les pouvoirs que la loi permet de leur attribuer ou que la loi nationale n'accorde à la société la faculté de démontrer que les tiers avaient connaissance du dépassement de l'objet social ou ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances (art. 9). En cas de conflit d'intérêts entre la société représentée et ses organes, le litige relève de la compétence des autorités nationales, la directive ne réglant pas cette question.

Pour assurer la stabilité des situations acquises, toute nullité de plein droit est exclue, la nullité devant être constatée par voie judiciaire (art. 11, a)), et les cas de nullité sont limitativement énumérés : défaut d'acte constitutif ou inobservation, soit des formalités de contrôle préventif, soit de la forme authentique ; caractère illicite ou contraire à l'ordre public de l'objet de la société ; absence, dans l'acte constitutif ou dans les statuts, de toute indication au sujet soit de la dénomination de la société, soit des apports, soit du montant du capital souscrit, soit de l'objet social ; inobservation des dispositions de la législation nationale relatives à la libération minimale du capital social ; incapacité de tous les associés fondateurs ; nombre des associés fondateurs inférieur à deux. Ces dispositions étant d'interprétation stricte, les sociétés ne peuvent être soumises à aucune cause d'inexistence, de nullité absolue, de nullité relative ou d'annulabilité. Enfin, le régime des nullités ne s'applique pas lorsque les formalités de constitution exigées par le droit national n'ont pas été accomplies.

À l'instar de la dissolution, la nullité entraîne la liquidation de la société (art. 12). Elle n'a pas pour effet de libérer les porteurs de parts ou d'actions du versement du capital souscrit et non libéré. L'opposabilité au tiers est subordonnée à la publication de la décision de nullité, telle que prévue à l'article 16 de la directive. Les effets de la nullité entre associés relèvent du droit national. En cas de divulgation par une société émettrice d'informations inexactes en violation du droit des marchés de capitaux, l'annulation du contrat d'achat des actions peut être rétroactive.

III. Gouvernance de l'entreprise

PLAN

La réglementation européenne relative à la gouvernance de l'entreprise concerne :

- les comptes annuels ;
- les comptes consolidés ;
- le contrôle légal des comptes.

A. Comptes annuels

A RETENIR

La quatrième directive sociétés 78-660 et la septième directive 83-349, - toutes deux abrogées - qui formaient le paquet «directives comptables», ont été reprises par la directive 2013-34 du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports afférents de certaines formes d'entreprises. Ce texte

visé à coordonner les législations des États membres en matière de comptes annuels en fixant les exigences minimales concernant l'étendue des renseignements financiers qui doivent être portés à la connaissance du public par les sociétés de capitaux.

Parmi les éléments la publication est imposée figurent les comptes annuels, qui comprennent le bilan, le compte de profits et pertes ainsi que l'annexe (Dir. 2013-34, art. 4, paragr. 1). La présentation du bilan (Dir. 2013-34, art. 3 et annexe IV), ainsi que du compte de profits et de pertes (Dir. 2013-34, art. 13 et Annexes V et IV), peut se faire selon différents schémas laissés par la directive au choix des États membres.

Aux termes de l'article 6, paragraphe 1er, les postes figurant dans les comptes annuels doivent être évalués suivant six principes généraux : (i) la société doit être présumée continuer ses activités ; (ii) les modes d'évaluation ne peuvent pas être modifiés d'un exercice à l'autre ; (iii) le principe de prudence doit en tout cas être observé ; (iv) il doit être tenu compte des charges et produits afférents à l'exercice auquel les comptes se rapportent, sans considération de la date de paiement ou d'encaissement de ces charges ou produits ; (v) les éléments des postes de l'actif et du passif doivent être évalués séparément et (vi) le bilan d'ouverture d'un exercice doit correspondre au bilan de clôture de l'exercice précédent. **Les comptes annuels doivent, aux termes de l'article 4, paragraphe 3, donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière, ainsi que des résultats de la société. Ce principe prime toute autre considération.**

Aussi, des informations complémentaires doivent-elles être fournies lorsque l'application de la directive ne suffit pas pour donner une image fidèle (Dir. 2013-34, art. 4, paragr. 3). De même, il est possible de déroger à la disposition de la directive qui se révélerait contraire à l'objectif de fidélité. En consacrant les principes de fidélité et de prudence, la directive impose, dans l'évaluation des postes figurant dans les comptes annuels, de tenir compte de tous les risques qui ont pris naissance au cours de l'exercice ou d'un exercice antérieur, même si ces risques ne sont connus qu'entre la date de clôture du bilan et la date à laquelle il est établi. La prise en considération de l'ensemble des éléments qui sont réellement afférents à l'exercice en cause apparaît donc indispensable pour assurer le respect du principe de l'image fidèle. Il en résulte que les bénéfices réalisés par une filiale au cours d'un exercice et affectés à sa société mère au dernier jour de cet exercice, doivent être inscrits au bilan de la société mère pour l'exercice au titre duquel la filiale a procédé à leur affectation. Le respect des principes de prudence et d'image fidèle implique également qu'une provision destinée à couvrir les éventuelles pertes ou dettes résultant d'un engagement ne soit inscrite au passif du bilan que si celle-ci peuvent être qualifiées, à la date de clôture du bilan, de «probables ou certaines».

Le principe de l'image fidèle doit enfin guider le juge dans l'application de l'article 6, paragraphe 1er, point c) de la directive, qui impose une évaluation séparée des postes de l'actif et du passif du bilan. Ainsi, lorsqu'une évaluation séparée ne donnerait pas l'image la plus fidèle de la situation financière réelle de la société concernée, il y a lieu d'appliquer l'article 4, paragraphe 4, qui permet de déroger au paragraphe 1 dans des cas exceptionnels.

Le principe de l'image fidèle ne permet pas en revanche de déroger au principe de l'éva-

luation des actifs sur la base de leur prix d'acquisition ou de leur coût de revient, figurant à l'article 6, paragraphe 1er, point i) au profit d'une évaluation sur la base de leur valeur réelle lorsque le prix d'acquisition ou le coût de revient de ces actifs est manifestement inférieur à leur valeur réelle.

Le rapport de gestion qui doit accompagner les comptes annuels doit également respecter le principe de l'image fidèle de l'évolution des affaires et de la situation de la société. Ce rapport doit contenir des renseignements sur les événements importants survenus après la clôture de l'exercice, l'évolution prévisible de la société et les activités en matière de recherche et de développement de la société (Dir. 2013-34, art. 19). Si les États membres peuvent prévoir de ne pas le soumettre à l'obligation de publicité, il doit, cependant, être tenu à la disposition du public au siège de la société dans l'État membre concerné et une copie intégrale ou partielle doit pouvoir être obtenue sur simple demande (Dir. 2013-34, art. 47). Un contrôle des comptes annuels doit être effectué sous la supervision de personnes habilitées en vertu de la loi nationale à procéder au contrôle légal des comptes (Dir. 2013-34, art. 34). Outre la régularité des comptes publiés, ces personnes doivent vérifier la concordance du rapport de gestion avec les comptes annuels de l'exercice. Les obligations de publicité et de contrôle des comptes sont plus souples pour les petites et moyennes sociétés.

Aux termes de l'article 37, les États membres peuvent ne pas appliquer aux sociétés relevant de leur droit national qui sont des entreprises filiales les dispositions de la directive relatives au contenu, au contrôle ainsi qu'à la publicité des comptes annuels. Toutefois, le texte ne permet pas de subordonner l'exemption d'une entreprise filiale relevant du droit de cet État membre à la condition que l'entreprise mère relève du droit de cet État.

B. Comptes consolidés

A RETENIR

La septième directive sociétés 83-349 remplacée par la directive 2013-34 coordonne les législations des États membres en matière de comptes consolidés. La consolidation est rendue obligatoire dans certaines hypothèses.

Tel est le cas lorsque, conformément à l'article 22, paragraphe 1er, une entreprise (entreprise mère) :

- a la majorité des droits de vote des actionnaires ou associés d'une entreprise (entreprise filiale), ou
- a le droit de nommer ou de révoquer la majorité des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance d'une entreprise (entreprise filiale), et est en même temps actionnaire ou associé de cette entreprise, ou
- a le droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise (entreprise filiale) dont elle est actionnaire ou associé, en vertu d'un contrat conclu avec celle-ci ou en vertu d'une clause des statuts de celle-ci, ou
- est actionnaire ou associé d'une entreprise et i) que la majorité des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de cette entreprise (entreprise

filiale), en fonction durant l'exercice ainsi que l'exercice antérieur et jusqu'à l'établissement des comptes consolidés, ont été nommés par l'effet du seul exercice de ses droits de vote ou ii) qu'elle contrôle seule, en vertu d'un accord conclu avec d'autres actionnaires ou associés de cette entreprise (entreprise filiale), la majorité des droits de vote des actionnaires ou associés de celle-ci.

En outre, les États membres peuvent imposer à toute entreprise relevant de leur droit national l'établissement de comptes consolidés et d'un rapport consolidé de gestion lorsque l'entreprise mère détient une participation dans une autre entreprise et qu'elle exerce effectivement sur celle-ci une influence dominante ou qu'elle-même et l'entreprise filiale se trouvent placées sous sa direction unique.

Quel que soit le lieu du siège des entreprises filiales, l'entreprise mère et toutes ses entreprises filiales sont à consolider (art. 22, paragr. 6). L'obligation de consolidation ne s'impose cependant que si la société mère ou plusieurs de ses filiales sont des sociétés de capitaux au sens de l'article 21 de la directive. Les groupes ne dépassant les seuils fixés par la directive ou ceux composés de filiales ne présentant qu'un intérêt négligeable, tant individuellement que collectivement (art. 6, paragr. 1, pt j)) peuvent également être dispensés de l'obligation de consolidation.

Comme les comptes annuels, les comptes consolidés comprennent le bilan consolidé, le compte de profits et pertes consolidé, ainsi que l'annexe et doivent respecter le principe de l'image fidèle (art. 4). Ils sont également accompagnés d'un rapport de gestion consolidé, qui doit contenir un exposé fidèle sur l'évolution des affaires, les résultats et la situation de l'ensemble des entreprises comprises dans la consolidation, ainsi qu'une description des principaux risques et incertitudes auxquels elles sont confrontées (art. 19, paragr. 1). Ces comptes font l'objet d'un contrôle par une ou plusieurs personnes habilitées à procéder au contrôle légal des comptes par l'État membre dont les lois régissent l'entreprise mère. Ces personnes sont aussi chargées de donner un avis concernant le point de savoir si le rapport consolidé de gestion concorde ou non avec les comptes consolidés pour le même exercice.

C. Contrôle légal des comptes

A RETENIR

Le dispositif comptable institué par les quatrième et septième directives - remplacées par la directive 2013-34 - a été complété par la huitième directive, aujourd'hui abrogée et remplacée par la directive 2006-43. La huitième directive se bornait à fixer les conditions de l'agrément des personnes chargées d'effectuer le contrôle légal des comptes prévu par les directives comptables. La directive 2006-43 va plus loin en se donnant pour objectif d'harmoniser davantage la qualité du contrôle légal des comptes dans l'Union et de renforcer la confiance dans le contrôle, notamment par l'application d'un dispositif unique de normes comptables internationales, l'actualisation des exigences en matière de formation, la définition d'une déontologie, ainsi que la mise en œuvre pratique de la coopération entre les autorités compétentes des États membres, et entre ces autorités et celles des pays tiers.

La directive 2006-43 a été modifiée par la directive 2014-56 afin de tenir compte de

l'intérêt public. Les dispositions concernant les entités d'intérêt public ont été développées dans un règlement spécifique et celles prévues par la directive ne s'appliqueront que lorsque les contrôleurs légaux de comptes et les cabinets d'audit procéderont à des contrôles de comptes de ces entités.

Selon l'article 3 de la directive 2006-43, le contrôle légal des comptes ne peut être réalisé que par des contrôleurs légaux des comptes ou des cabinets d'audit agréés par l'État membre qui prescrit le contrôle légal des comptes. Chaque État membre désigne l'autorité compétente pour agréer les contrôleurs légaux des comptes et les cabinets d'audits. Les contrôleurs agréés doivent présenter des garanties d'honorabilité (art. 4), un niveau de formation défini par l'article 6 et sanctionné par un examen d'aptitude professionnelle, couvrant les matières énumérées à l'article 8, complété par une formation pratique d'au moins trois ans (art. 10). Aux termes de l'article 3 bis, un cabinet d'audit agréé dans un État membre peut effectuer des contrôles dans un autre État membre dès lors que l'associé d'audit principal remplit ces conditions et s'est enregistré auprès de l'autorité compétente de l'État membre d'accueil, qui vérifie que le cabinet est bien enregistré auprès de l'autorité compétente de son État d'origine. Aux termes de l'article 14, les États membres doivent organiser des procédures d'agrément des contrôleurs légaux des comptes qui ont été agréés dans d'autres États membres, qui ne peuvent aller au-delà de l'exigence d'effectuer un stage d'adaptation ou de réussir une épreuve d'aptitude portant uniquement sur la connaissance adéquate des lois et réglementations de l'État membre concerné, dans la mesure où cette connaissance est utile pour les contrôles légaux des comptes. Dans un souci de protection des tiers, tous les contrôleurs légaux des comptes et cabinets d'audit agréés doivent être inscrits sur un registre accessible au public et contenant les informations essentielles relatives aux contrôleurs légaux et aux cabinets d'audit (art. 15 à 20). Ils sont tenus au respect de normes déontologiques, couvrant, au minimum, leur fonction d'intérêt public, leur intégrité et leur objectivité, leur compétence professionnelle et leur diligence (art. 21), ainsi qu'à des règles strictes de confidentialité et de secret professionnel (art. 23). **La directive 2014-56 a ajouté à la déontologie, le scepticisme professionnel : le contrôleur légal ou le cabinet d'audit est tenu, lorsqu'il effectue le contrôle légal des comptes, de faire constamment preuve de scepticisme professionnel, en reconnaissant tout au long de l'audit la possibilité de l'existence d'anomalies significatives dues notamment à une fraude ou une erreur, quelle que soit son expérience antérieure de l'honnêteté de l'entité contrôlée.** Le scepticisme professionnel doit s'exercer lors de l'examen des estimations de la direction concernant les justes valeurs, la dépréciation des actifs et les flux de trésorerie futurs. En toute hypothèse, les contrôleurs légaux des comptes et les cabinets d'audit doivent présenter de solides garanties d'indépendance à l'égard de l'entité contrôlée et ne doivent pas être associés au processus décisionnel de cette dernière (art. 22 et 22 ter). L'article 22 bis encadre par ailleurs strictement les conditions de recrutement à des postes de direction ou d'administration d'anciens contrôleurs légaux ou d'employés de contrôleurs légaux des comptes ou de cabinets d'audit par les entités contrôlées. L'embauche n'est possible qu'après l'expiration d'un délai d'au moins un an à compter de la cessation des fonctions.

L'article 24 bis, inséré par la directive 2014-56, prévoit les règles d'organisation interne des contrôleurs légaux des comptes et des cabinets d'audit. Ces derniers doivent respec-

ter un certain nombre d'exigences organisationnelles. Le cabinet d'audit doit définir des stratégies et des procédures destinées à garantir que ni ses propriétaires ou actionnaires, ni les membres des organes d'administration, de direction et de surveillance du cabinet ou d'une entreprise affiliée n'interviennent dans la réalisation du contrôle légal des comptes de façon à compromettre l'indépendance et l'objectivité du contrôleur légal des comptes qui effectue le contrôle des comptes pour le compte du cabinet.

Doivent en outre être mis en place des procédures administratives et comptables saines, des mécanismes internes de contrôle qualité, des procédures efficaces d'évaluation des risques et des dispositifs de contrôle et de protection des systèmes de traitement de l'information. Les exigences organisationnelles portent également, entre autres, sur les connaissances et l'expérience des employés, leur formation, leur encadrement et le contrôle de leurs activités, l'externalisation des fonctions, la prévention des risques pesant sur l'indépendance du cabinet, la mise en place d'un contrôle qualité. Ces exigences doivent être consignées par écrit et communiquées aux membres du cabinet d'audit. L'organisation des travaux relève de l'article 24 ter, qui oblige le cabinet d'audit, lorsque le contrôle légal des comptes est effectué en son sein, à désigner au moins un associé d'audit principal auquel il fournit les ressources nécessaires pour exercer correctement ses fonctions. Le contrôleur des comptes est, quant à lui, tenu, lorsque le contrôle légal des comptes lui appartient, d'y consacrer suffisamment de temps et de ressources. Le contrôleur des comptes ou le cabinet d'audit doivent tenir un dossier des clients qui contient les données précisées par le texte, ainsi qu'un dossier d'audit pour chaque contrôle légal des comptes.

L'article 25 bis fixe l'étendue du contrôle légal des comptes : celui-ci ne comporte aucune assurance quant à la viabilité future de l'entité contrôlée, ni quant à l'efficacité ou l'efficacé avec laquelle l'organe de direction ou d'administration a mené ou mènera les affaires de l'entité. Pour assurer une qualité constante et élevée pour tous les contrôles légaux des comptes requis par le droit européen, ceux-ci doivent reposer sur les normes d'audit internationales, dont la définition est déléguée à la Commission (art. 26). L'article 29 impose également aux États membres de mettre en place un système d'assurance qualité, de manière à ce que chaque contrôleur individuel soit soumis à un examen au moins tous les six ans. Enfin, les États membres doivent prévoir un système efficace de supervision publique de l'activité des contrôleurs légaux des comptes et des cabinets d'audit, selon le principe du contrôle par l'État membre d'origine, et dirigé par des non-praticiens maîtrisant les matières touchant au contrôle légal des comptes (art. 32).

IV. Augmentations et diminutions de capital

A RETENIR

Pour tenir compte des multiples modifications de la deuxième directive sociétés 77-91, qui, pour garantir une équivalence dans la protection tant des actionnaires, en particulier minoritaires, que des créanciers de la société, fixait des exigences minimales relatives aux capitaux propres, aux distributions aux actionnaires, aux augmentations et réductions de capital, la Commission a procédé à sa refonte et a adopté la directive 2017-1132.

Sur le territoire de l'Union, les statuts ou l'acte constitutif d'une société anonyme

doivent permettre à tout intéressé de connaître les caractéristiques essentielles de cette société, et notamment la consistance exacte de son capital.

Ceux-ci doivent donc contenir des mentions obligatoires (art. 3 et 4), leur publicité devant être réalisée selon les modalités prévues par la première directive. L'article 45 fixe le capital minimum d'une société anonyme à 25 000 euro, qui ne peut être constitué que d'éléments d'actif susceptibles d'évaluation économique (art. 46).

A RETENIR

Le capital souscrit en numéraire doit être libéré à hauteur de 25 % dès la constitution de la société tandis que les apports autres qu'en numéraire doivent être entièrement libérés dans un délai de cinq ans à compter de la constitution (art. 48). Par ailleurs, la directive, qui entend préserver le capital social, gage des créanciers, interdit notamment d'entamer celui-ci par des distributions aux actionnaires rendant l'actif net inférieur au montant du capital souscrit (art. 56 et 57) ou en limitant la possibilité pour une société d'acquérir ses propres actions (art. 59 et s.).

En cas de perte grave du capital souscrit, l'assemblée générale doit examiner s'il y a lieu de dissoudre la société ou d'adopter toute autre mesure, comme l'augmentation du capital (art. 58). Il appartient également à l'assemblée générale, aux termes de l'article 68 de la directive, de prendre la décision d'augmenter le capital. Une telle mesure ne peut être décidée par les pouvoirs publics, sans intervention de l'assemblée générale, même si elle a pour objet d'assurer la survie et la continuation de l'activité d'une entreprise se trouvant, du fait de son surendettement, dans une situation exceptionnelle. Un actionnaire peut, sans abus de droit, contester la décision, même s'il ne sert que ses intérêts aux dépens de la viabilité de l'entreprise. L'abus n'est caractérisé que si l'actionnaire a choisi, parmi les voies de recours disponibles, celle qui cause un préjudice tellement grave aux intérêts légitimes d'autrui qu'elle s'avère manifestement disproportionnée.

Lors de chaque augmentation du capital par apports en numéraire, un droit de souscription préférentiel bénéficie aux actionnaires, proportionnel à la partie du capital représentée par leurs actions (art. 72). Un tel droit peut être étendu, par les États membres, aux apports en nature. L'offre de souscription à titre préférentiel, ainsi que le délai dans lequel ce droit doit être exercé, doivent être publiés dans un bulletin national, sauf lorsque toutes les actions de la société sont nominatives, tous les actionnaires devant dans ce cas en être informés par écrit. Le droit préférentiel ne peut être limité ou supprimé que par décision de l'assemblée générale, sur rapport écrit de l'organe de direction ou d'administration indiquant les raisons de limiter ou de supprimer le droit préférentiel et justifiant le prix d'émission proposé (art. 72, paragr. 4).

Comme les augmentations, les réductions de capital relèvent du pouvoir de décision de l'assemblée générale (art. 34). Une telle décision ne doit cependant pas nuire aux intérêts des créanciers de la société (art. 75), à moins qu'elle n'ait pour objet de compenser des pertes subies ou d'incorporer des sommes dans une réserve. Le montant de cette réserve ne peut cependant dépasser 10 % du capital souscrit réduit (art. 76). En toute hypothèse, le capital souscrit ne peut être réduit à un montant inférieur au capital minimal fixé

conformément à l'article 45 (art. 77).

Lorsque les sociétés sont autorisées à émettre des actions rachetables, le rachat est soumis à un certain nombre de conditions (art. 82). En particulier, les conditions de rachat doivent être précisées dans les statuts ou l'acte constitutif et le rachat ne peut concerner que des actions entièrement libérées. Le rachat, comme l'augmentation ou la réduction du capital, fait l'objet d'une publicité.

V. Société unipersonnelle

A RETENIR

La directive 2009-102 du 16 septembre 2009, qui codifie la directive 89-667 du 21 décembre 1989, concernant les sociétés à responsabilité à un seul associé, a pour objet de limiter la responsabilité de l'entrepreneur individuel à travers toute l'Union pour les formes de société énumérées à l'annexe I de la directive.

L'article 2 pose le principe selon lequel une société peut avoir un associé unique lors de sa constitution et par la réunion de toutes les parts en une seule main (entreprise unipersonnelle). La forme unipersonnelle peut être autorisée, au choix des États membres, pour la société anonyme (art. 6). Lorsque la société devient unipersonnelle par la réunion des parts en une seule main, il doit en être fait mention, ainsi que de l'identité de leur détenteur, dans le dossier ou registre tenu auprès de la société (art. 3). En l'absence d'harmonisation européenne du droit des groupes, les législations nationales peuvent prévoir des dispositions spéciales ou des sanctions lorsqu'une personne physique ou une entreprise unipersonnelle est l'associé unique de plusieurs sociétés.

L'associé unique exerce les mêmes pouvoirs que l'assemblée des associés. Ses décisions sont transcrites dans un procès-verbal ou établies par écrit (art. 4). Si les contrats conclus entre l'associé et la société doivent faire l'objet d'un procès-verbal ou d'un écrit, cette obligation peut ne pas être imposée aux opérations courantes conclues dans des conditions normales (art. 5). Lorsque la législation d'un État membre prévoit la possibilité pour les entrepreneurs individuels de constituer des entreprises à responsabilité limitée avec un patrimoine affecté à une activité déterminée, il n'est pas tenu de permettre la société unipersonnelle au sens de la directive, à condition toutefois que sa législation contienne des garanties équivalentes aux dispositions européennes (art. 7).

VI. Opérations de croissance externe

PLAN

Nous examinerons successivement le régime des :

- fusions nationales et transfrontalières ;
- scissions.

A. Fusions nationales et transfrontalières

A RETENIR

La troisième directive 78-855, codifiée par la directive 2017-1132, s'applique aux fusions de sociétés anonymes établies sur le territoire d'un même État membre, qui se traduisent soit par l'absorption d'une ou plusieurs sociétés par une autre, soit par la constitution d'une nouvelle société (Dir. 2017-1132, art. 88).

Quelle que soit la forme, le processus de fusion obéit à trois étapes.

Les organes d'administration ou de direction des sociétés parties à la fusion doivent, tout d'abord, établir par écrit un projet de fusion qui mentionne notamment la forme, la dénomination et le siège social des sociétés ainsi que le rapport d'échange des actions et, le cas échéant, le montant de la soulte. Le projet de fusion est publié selon les modes prévus par la législation de chaque État membre, au moins un mois avant la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer. Depuis l'entrée en vigueur de la directive 2009-109, cette publicité peut être effectuée sur le site Internet des sociétés concernées, à condition qu'elle soit accessible gratuitement sur une période continue d'un mois avant la réunion de l'assemblée générale, ou, si les États membres le préfèrent, sur la plateforme électronique centrale visée à l'article 3, paragraphe 4, de la première directive (Dir. 2017-1132, art. 92).

Ensuite, la fusion doit être approuvée à une majorité représentant au moins deux tiers soit des titres représentés, soit du capital souscrit représenté, par l'assemblée générale de chaque société. Les actionnaires sont informés du projet de fusion par les rapports établis tant par les organes d'administration ou de direction que par des experts indépendants (Dir. 2017-1132, art. 95 et 96). Afin de réduire les charges administratives qui pèsent sur la compétitivité des entreprises, la directive 2017-1132, a cependant rendu facultatif l'établissement de ces rapports, à condition que les actionnaires en aient décidé ainsi. Par ailleurs, tout actionnaire doit être mis en mesure de prendre connaissance des documents visés par la directive au moins un mois avant la fusion soit au siège de l'entreprise soit, sur son site Internet.

Enfin, après le vote des actionnaires, il est procédé à la fusion, qui emporte transmission universelle, entre les sociétés et à l'égard des tiers, du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, ou des sociétés fusionnées à la société nouvelle (Dir. 2017-1132, art. 105) et **cessation d'existence de la ou des sociétés absorbées.** Aux termes de l'article 104 de la directive, la fusion doit être publiée conformément à l'article 89 de la première directive.

Dans un souci de protection des associés et des tiers, la directive organise un régime très restrictif des nullités de la fusion. La nullité, qui ne peut être prononcée que par décision de justice (Dir. 2017-1132, art. 108, paragr. 1, a)), ne peut intervenir que pour des défauts du contrôle préventif administratif ou judiciaire de légalité, ou de l'acte authentique ou s'il est établi que la décision de l'assemblée générale est nulle ou annulable en vertu du droit national (Dir. 2017-1132, art. 108, paragr. 1, b)). En outre, l'action doit être exercée dans les six mois à compter de la date à laquelle la fusion est opposable à celui qui invoque la nullité (Dir. 2017-1132, art. 108, paragr. 1, c)). Si le vice est régu-

larisable, le juge doit accorder à l'entreprise un délai pour y procéder.

Le régime européen des fusions s'applique aux hypothèses de fusions transfrontalières, l'objectif poursuivi étant de faciliter les fusions entre les sociétés de l'Union européenne, en réduisant le coût de telles opérations, en garantissant la sécurité juridique et en permettant au plus grand nombre d'entreprises, surtout celles qui ne souhaitent pas constituer une société européenne, d'en bénéficier.

A RETENIR

La directive 2017-1132 s'applique aux fusions de sociétés de capitaux, constituées en conformité avec la législation d'un État membre, ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union, lorsque deux d'entre elles au moins relèvent de la législation d'États membres différents (Dir. 2017-1132, art. 118).

Sont exclues de son champ d'application, les sociétés dont l'objet est le placement collectif de valeurs mobilières (Dir. 2017-1132, art. 120, paragr. 3) et, si les États membres le souhaitent, les fusions transfrontalières auxquelles participe une société coopérative (art. 120, paragr. 2). La procédure et les conséquences de la fusion obéissent aux mêmes règles que celles applicables à la fusion-absorption simple. Une autorité nationale compétente pour la partie de la procédure relative à chacune des sociétés qui fusionnent et qui relèvent de sa législation nationale doit être désignée par chaque État membre. Cette autorité délivre un certificat préalable à la fusion attestant l'accomplissement correct des actes et des formalités nécessaires pour la fusion (art. 127). Est contrôlée la légalité de la fusion transfrontalière pour la partie de la procédure relative à la fusion transfrontalière et, le cas échéant, à la constitution d'une nouvelle société issue de la fusion transfrontalière lorsque la société issue de la fusion transfrontalière relève de sa législation nationale (Dir. 2017-1132, art. 128). L'autorité de contrôle devra vérifier l'approbation par les sociétés concernées par la fusion du projet commun de fusion transfrontalière dans les mêmes termes.

Une fois les contrôles exercés, la fusion prend effet et sa validité ne peut plus être remise en cause (Dir. 2017-1132, art. 134). La société issue de la fusion transfrontalière est soumise aux règles éventuelles relatives à la participation des travailleurs qui sont en vigueur dans l'État membre où son siège statutaire est établi (Dir. 2017-1132, art. 133). La participation des travailleurs dans les sociétés concernées par la fusion doit non seulement être maintenue, conformément à l'article 133, paragraphe 2, a), mais aussi étendue, en application de l'article 133, paragraphe 2, b), aux autres travailleurs concernés par la fusion et employés dans d'autres États membres que celui du siège statutaire de la société issue de la fusion. En outre, l'article 133 ne prévoit pas l'application d'un régime de participation plus léger aux petites entreprises, en vertu duquel les travailleurs employés dans des États membres autres que celui du siège de la société issue de la fusion pourraient être durablement privés de leurs droits de participation au sein de cette société.

B. Scissions

A RETENIR

La sixième directive 82-891, remplacée par la directive 2017-1132, qui régit les scissions par absorption, par constitution de nouvelles sociétés et la scission sous contrôle judiciaire entre sociétés anonymes d'un même État membre, a pour objet de garantir aux associés de ces sociétés ainsi qu'aux tiers des droits équivalents à ceux que leur accorde la troisième directive relative aux fusions.

La scission par absorption consiste pour une société, à la suite de sa dissolution sans liquidation, à transférer à plusieurs sociétés l'ensemble de son patrimoine, moyennant l'attribution aux actionnaires de la société scindée, d'actions des sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission (Dir. 2017-1132, art. 136, paragr. 1). Lorsqu'elle s'opère par constitution de nouvelles sociétés, l'ensemble de son patrimoine est transféré par la société dissoute aux sociétés nouvellement constituées, moyennant l'attribution, aux actionnaires de la société scindée, d'actions des sociétés bénéficiaires (Dir. 2017-1132, art. 155, paragr. 1).

Les scissions par absorption et par constitution de nouvelles sociétés répondent à un formalisme similaire à celui imposé aux fusions : rédaction d'un projet de scission par les organes d'administration ou de direction des sociétés participantes (Dir. 2017-1132, art. 137), soumis à une obligation de publicité (Dir. 2017-1132, art. 138), puis à l'approbation des assemblées générales de chacune des sociétés (Dir. 2017-1132, art. 139) ; établissement de rapports par les organes de direction ou d'administration de la société scindée (Dir. 2017-1132, art. 141), ainsi que par des experts indépendants (Dir. 2017-11, art. 142), destinés à l'information des actionnaires, à moins que ceux-ci en aient décidé autrement pour le rapport des experts indépendants ; mise à disposition des actionnaires de tous documents utiles à leur information soit au siège, soit sur le site Internet des sociétés concernées (Dir. 2017-11, art. 143). Pour les créances antérieures à l'opération, l'article 146 garantit le droit des créanciers en instituant une responsabilité solidaire des sociétés bénéficiaires lorsque l'une d'entre elles n'a pas exécuté une obligation qui lui est transférée par la scission. Par ailleurs, une responsabilité solidaire des sociétés bénéficiaires pour les obligations de la société scindée elle-même peut également être prévue par les États membres. Les irrégularités formelles de l'opération de scission sont sanctionnées par la nullité, conformément au modèle restrictif de la troisième directive (Dir. 2017-11, art. 153).

Enfin, la scission sous contrôle judiciaire constitue une opération particulière soumise au contrôle d'une autorité judiciaire qui a le pouvoir de convoquer l'assemblée générale des actionnaires de la société scindée, ainsi que toute assemblée de créanciers de chacune des sociétés afin de se prononcer sur la scission et d'approuver le projet (Dir. 2017-11, art. 157). Après s'être assurée que les actionnaires et créanciers ne subissent aucun préjudice, l'autorité judiciaire peut dispenser les sociétés participant à la scission de l'application de certaines règles prévues pour les scissions par absorption et par constitution de nouvelles sociétés en matière d'information.

SECTION 2

Directives Consommation

L'article 12 TFUE pose le principe selon lequel «les exigences de la protection des consommateurs sont prises en considération dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques et actions de l'Union». Aux termes de l'article 169 TFUE, l'Union est tenue, pour assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, de contribuer, notamment, à la protection de leurs intérêts économiques ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information. Il s'agit de leur assurer de véritables choix et de les protéger contre les professionnels malintentionnés, en garantissant l'ouverture, l'équité et la transparence du marché intérieur.

A RETENIR

Initialement, le législateur européen avait opté en matière de protection des consommateurs pour la technique de l'harmonisation minimale - comme en matière de clauses abusives avec la directive 93-13 -, qui permettait de coordonner les législations des différents États membres, tout en leur conservant le pouvoir d'adopter des règles plus protectrices. Cette faculté présente toutefois l'inconvénient de laisser coexister des législations nationales présentant des divergences importantes, qui dissuadent les exportations en raison de la nécessité d'adapter la commercialisation des produits aux spécificités réglementaires de chaque État membre et diminuent la confiance des consommateurs dans les transactions transfrontalières. Aussi, depuis 2002, peut-on observer un renversement de tendance en faveur d'une harmonisation totale des législations des États membres en matière de consommation.

En témoignent plusieurs textes, qu'ils soient spécifiques comme la directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs ou la directive concernant les contrats de crédit aux consommateurs, ou généraux, comme la directive sur les pratiques commerciales déloyales. Ce mouvement se confirme avec la directive 2011-83 du 25 octobre 2011 qui préconise une harmonisation maximale des règles qu'elle regroupe : contrats négociés en dehors des établissements commerciaux et contrats à distance.

Parmi les grandes directives transversales en matière de consommation, on compte aussi la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux et la directive sur la sécurité générale des produits. A la frontière de la protection du consommateur et de la protection de la santé publique, ces deux directives peuvent être rapprochées d'un certain nombre de directives sectorielles qui ont pour objet d'instaurer un équilibre entre la suppression des obstacles à la libre circulation des produits, la sauvegarde de la santé publique et l'information loyale du consommateur. Il en va ainsi de la directive sur les médicaments à usage humain, ainsi qu'auparavant, celle sur les produits cosmétiques refondue dans le règlement 1223-2009, ou encore celle sur les denrées alimentaires que remplace désormais le règlement 1169-2011, qui posent des règles strictes en matière d'étiquetage et de publicité, visant, notamment, à éviter que les consommateurs soient induits en erreur.

PLAN

Nous examinerons successivement la réglementation applicable à :

- la publicité trompeuse ;
- la publicité comparative ;
- les pratiques commerciales déloyales ;
- les clauses abusives ;
- les contrats négociés à distance ;
- la garantie et la vente des biens de consommation ;
- la responsabilité du fait de produits défectueux ;
- la sécurité générale des produits.

I. Publicité trompeuse

La directive 84-450 a fait au fil du temps l'objet de nombreuses modifications. La directive 97-55 y a notamment intégré la publicité comparative, désormais régie par la directive 2006-114.

Afin de clarifier certaines notions juridiques et de rapprocher les législations en la matière, les institutions européennes ont adopté la directive 2005-29, relative aux pratiques commerciales déloyales, y compris la publicité déloyale, portant atteinte directement aux intérêts économiques des consommateurs, et indirectement aux intérêts économiques des concurrents. Le texte, en limitant le champ d'application de la directive 84-450 aux professionnels (art. 14) et en ne visant que les consommateurs (art. 1er), a donné naissance à un double régime pour la publicité. La directive 2006-114, qui s'est substituée à la directive 84-450 à compter du 12 décembre 2007, apporte une dernière pierre à l'édifice et consacre cette dualité.

A RETENIR

Contrairement à la directive 2005-29, la directive 2006-114 procède à une harmonisation minimale des législations des États membres (art. 8, paragr. 1), qui demeurent libres de maintenir ou d'adopter des dispositions plus strictes, pour autant qu'elles ne s'étendent pas à la publicité comparative en ce qui concerne la forme et le contenu de la comparaison, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les différents éléments de la comparaison. Ce choix s'explique par son champ d'application limité aux professionnels.

La directive 2006-114 a pour objectif de protéger contre la publicité trompeuse et ses conséquences déloyales le professionnel que l'article 2 définit comme « toute personne physique ou morale qui agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale et toute personne agissant au nom et pour le compte d'un professionnel ». La directive 2006-114 vise la publicité trompeuse et la publicité comparative en tant qu'infractions autonomes, une publicité trompeuse pouvant être interdite et sanctionnée sans constituer simultanément une publicité comparative illicite.

La notion de publicité reçoit la même définition que sous l'empire de la directive de

1984 et comprend «toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations» (art. 2, a)). De même, la notion de publicité trompeuse couvre toujours «toute publicité qui, d'une manière quelconque, y compris sa présentation, induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche et qui, en raison de son caractère trompeur, est susceptible d'affecter leur comportement économique ou qui, pour ces raisons, porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un concurrent» (art. 2, b)). Selon la Cour de justice, cette notion s'étend à l'utilisation d'un nom de domaine ainsi que des balises méta dans les métadonnées d'un site Internet, qui ont pour objet de promouvoir la fourniture de produits ou services spécifiques et de suggérer aux consommateurs potentiels qu'ils trouveront sous ce nom un site Internet en rapport avec ces produits ou services, mais ne couvre pas l'enregistrement d'un nom de domaine, qui constitue un acte purement formel.

L'article 3 de la directive dresse une liste non exhaustive des éléments susceptibles de déterminer le caractère trompeur d'une publicité, tels que les caractéristiques des biens ou services (art. 3, a)), le prix ou son mode d'établissement et les conditions de fourniture des biens ou de prestation des services (art. 3, b)), la nature, les qualités et les droits de l'annonceur (art. 3, c)).

L'article 5, paragraphe 1er, de la directive exige que les personnes ou organisations qui ont un intérêt légitime à agir puissent introduire un recours soit devant un tribunal, soit devant un organe administratif compétent pour statuer sur les plaintes ou engager les poursuites judiciaires appropriées. Ces derniers doivent pouvoir ordonner ou obtenir la cessation d'une publicité trompeuse diffusée ou l'interdire avant que celle-ci ne soit portée à la connaissance du public, sans pour autant établir un contrôle a priori des publicités. Afin de faciliter la poursuite des infractions, la directive prévoit que les tribunaux ou les autorités administratives saisies doivent avoir la faculté d'exiger de l'annonceur qu'il fournisse la preuve de l'exactitude de ses allégations factuelles (art. 7).

II. Publicité comparative

PLAN

Nous examinerons successivement :

- le champ d'application de la réglementation ;
- les conditions de licéité de la publicité comparative ;
- les critères d'appréciation de la publicité comparative.

A. Champ d'application

La publicité comparative, introduite en droit européen par la directive 97-55, est désormais réglementée par la directive 2006-114, qui a codifié les dispositions relatives à la publicité trompeuse à destination des professionnels et les conditions de licéité de la publicité comparative contenues dans la directive de 1984, après adoption de la directive 2005-29.

A RETENIR

La directive, d'harmonisation minimale pour les dispositions relatives à la publicité trompeuse (art. 8, paragr. 1, al. 1er), interdit aux États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions nationales plus strictes en matière de publicité comparative (art. 8, paragr. 1, al. 2).

La notion de publicité comparative est définie comme «toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent» (art. 2). Elle requiert l'existence d'un rapport de concurrence, qui implique l'offre sur le marché de biens ou de services substituables, c'est-à-dire répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif.

Lors de l'appréciation de l'existence d'un rapport de concurrence entre l'annonceur et l'entreprise identifiée, le juge doit tenir compte de l'état actuel du marché et des habitudes de consommation ainsi que de leurs possibilités d'évolution, de la partie du territoire européen dans laquelle la publicité est diffusée, des caractéristiques particulières du produit que l'annonceur vise à promouvoir et de l'image qu'il entend lui imprimer.

Lorsque le concurrent n'est pas explicitement désigné, la seule référence à un type de produits peut être considérée comme une publicité comparative, dès lors qu'elle permet d'identifier une ou plusieurs entreprises ou les produits qu'elles offrent comme étant concrètement visés par l'annonce. Constituent ainsi des références implicites, susceptibles de conférer un caractère comparatif à une publicité, l'utilisation d'un signe similaire à la marque d'un concurrent de l'annonceur, lorsqu'elle peut être perçue par le consommateur moyen comme une référence à ce concurrent ou aux biens et aux services qu'il offre, ou l'indication, dans le catalogue d'un fournisseur de pièces de rechange et de consommables destinés aux produits d'un fabricant d'appareils, des numéros d'articles que ce dernier commercialise lui-même, dès lors qu'une telle mention constitue l'affirmation d'une équivalence quant aux caractéristiques techniques des deux produits.

B. Conditions de licéité

Pour être licite, une publicité comparative doit, aux termes de l'article 4 de la directive 2006-114, remplir trois conditions cumulatives.

A RETENIR

La publicité ne doit pas être trompeuse (Dir. 2006-114, art. 3 ; Dir. 2005-29, art. 6 et 7) : elle ne doit ni omettre un élément important dans le choix de l'acheteur, ni porter uniquement sur un échantillon de produits ou laisser entendre que la comparaison a été effectuée sur l'ensemble des produits de l'annonceur et de ses concurrents alors que tel n'est pas le cas.

Ainsi, l'information selon laquelle la comparaison a été effectuée entre les prix pratiqués dans les magasins de tailles ou de formats supérieurs de l'enseigne de l'annonceur et ceux relevés dans des magasins de tailles ou de formats inférieurs des enseignes concurrentes constitue un élément sans lequel la publicité risque de manquer à l'exigence d'objectivité

de la comparaison et présenter un caractère trompeur ; en outre, une telle information doit non seulement être fournie de façon claire, mais aussi figurer dans le message publicitaire lui-même.

Toutefois, les dispositions applicables au caractère trompeur de la publicité comportant un niveau d'intégration différent selon que la publicité s'adresse à des professionnels ou non, et la directive relative à la publicité comparative dans les Etats membres ayant procédé à une harmonisation exhaustive de ses conditions de licéité, les dispositions nationales plus strictes en matière de protection contre la publicité trompeuse ne s'appliquent pas à la publicité comparative en ce qui concerne la forme et le contenu de la comparaison.

A RETENIR

La publicité doit comparer des biens ou services qui répondent aux mêmes besoins ou ont le même objectif et porter sur une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives des biens ou services comparés, telles que le niveau général des prix et le montant des économies susceptibles d'être réalisées.

Toutefois, l'article 4 n'impose pas que le format ou la taille des magasins dans lesquels sont vendus les produits dont les prix sont comparés soient similaires. Les produits doivent présenter un degré d'interchangeabilité suffisant pour être comparés : la circonstance que des produits alimentaires diffèrent quant à leur comestibilité et au plaisir qu'ils procurent au consommateur, en fonction des conditions et du lieu de leur fabrication, de leurs ingrédients et de l'identité de leur fabricant, n'exclut pas la comparaison.

Lorsque la publicité concerne des produits bénéficiant d'une appellation d'origine, elle doit porter dans chaque cas sur des produits ayant la même appellation (art. 4, e)). Toutefois, une publicité peut comparer un produit revêtu d'une appellation d'origine contrôlée et un autre produit, dès lors qu'elle ne cherche pas à tirer indûment profit de la notoriété attachée à cette appellation (art. 4, f)).

A RETENIR

La publicité comparative doit être loyale. Elle ne doit ni entraîner le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activités ou situation d'un concurrent, ni présenter un bien ou un service comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service portant une marque ou un nom commercial protégés, ni être source de confusion parmi les professionnels, entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens ou services de l'annonceur et ceux d'un concurrent.

C. Appréciation de la publicité

La garantie d'une meilleure information des consommateurs, qui constitue l'un des principaux objectifs de la directive 2006-14, doit guider le juge lors de son appréciation des conditions de licéité de la publicité soumise à son examen. Lorsqu'elle est licite, la publicité comparative contribue à mettre en évidence de manière objective les avantages des produits comparés et stimule la concurrence entre les fournisseurs de biens et de services

dans l'intérêt des consommateurs (Dir. 2006-114, cons. 6).

Tout message comparatif doit donc être apprécié dans le sens le plus favorable à la publicité. Ainsi, le caractère indu ou non du profit que l'annonceur tire de la notoriété attachée à une marque, à un nom commercial ou à d'autres signes distinctifs d'un concurrent dépend de l'avantage que les consommateurs tirent de la comparaison.

La publicité doit également être appréciée compte tenu de l'attente présumée d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé et des indications figurant dans ladite publicité, en particulier celles concernant les magasins de l'enseigne de l'annonceur et ceux des enseignes concurrentes dont les prix ont été comparés, et, plus généralement, de tous les éléments de celle-ci. Le critère du consommateur moyen se définit *in concreto* par les juridictions nationales qui doivent prendre en considération la perception des consommateurs auxquels la publicité comparative s'adresse. Ainsi, une publicité destinée à un public de professionnels avertis s'apprécie avec moins de sévérité qu'une publicité destinée aux consommateurs finals.

Il appartient à la juridiction de renvoi, pour apprécier la licéité d'une publicité comparative, de vérifier si elle ne satisfait pas à l'exigence d'objectivité de la comparaison et/ou présente un caractère trompeur en prenant en considération la perception du consommateur moyen des produits concernés, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.

III. Pratiques commerciales déloyales

PLAN

Nous examinerons successivement :

- le champ d'application de la réglementation ;
- les pratiques commerciales trompeuses ;
- les pratiques commerciales agressives.

A. Champ d'application

A RETENIR

La directive 2005-29 relative aux pratiques commerciales déloyales qui visent le consommateur, d'harmonisation maximale, a pour objet de garantir une protection renforcée au consommateur en rapprochant les législations des États membres, alors que la directive 84-450, d'application minimale, avait conduit à un morcellement territorial du droit de la consommation et, corrélativement, à un fort degré d'insécurité juridique pour les consommateurs et à des distorsions de concurrence au détriment des professionnels.

Le champ d'application de la directive est particulièrement large puisqu'elle «s'applique aux pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs [...] avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit» (art. 3) et concerne donc tous les stades de la commercialisation du produit.

Bien que le texte vise spécifiquement les entreprises, la Cour de justice l'a étendu aux

organismes chargés de la gestion d'un régime légal d'assurances. Selon la Cour, la nature privée ou publique de l'organisme ou le fait qu'il poursuive une mission d'intérêt général n'entre pas en ligne de compte. Ses affiliés, qui risquent d'être induits en erreur par les informations trompeuses qu'il diffuse, doivent être considérés comme des consommateurs dont la directive protège expressément les intérêts économiques.

A RETENIR

L'article 2, d) définit la «pratique commerciale du professionnel vis-à-vis des consommateurs» comme «toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs». Le texte, qui s'applique aux pratiques commerciales ayant lieu avant la transaction commerciale, précise également, à l'article 2, i), la notion d'invitation à l'achat qui concerne toute «communication commerciale indiquant les caractéristiques du produit et son prix de façon appropriée en fonction du moyen utilisé pour cette communication commerciale et permettant ainsi au consommateur de faire un achat».

Selon la Cour de justice, la qualification d'invitation à l'achat n'implique pas qu'elle comporte un moyen concret d'achat ou qu'elle apparaisse à proximité ou à l'occasion d'un tel moyen. Pour qu'une pratique entre dans le champ d'application de la directive, il suffit qu'elle ait pour objectif d'attirer les consommateurs dans les locaux du commerçant et de les inciter à procéder à des achats. Ainsi, l'information relative à l'exclusivité sur certains hébergements dont se prévaut une agence de voyages dans ses brochures constitue une pratique commerciale. En revanche, tel n'est pas le cas de la législation nationale, qui interdit l'ouverture des magasins sept jours sur sept, car elle poursuit un objectif de sauvegarde du droit des travailleurs à une vie privée et familiale et non de protection des consommateurs, ni de celle qui impose aux éditeurs de presse de faire figurer la mention «annonce» sur toute publication dans leurs périodiques pour laquelle ils perçoivent une rétribution.

A RETENIR

Une pratique commerciale est déloyale, selon l'article 5, lorsqu'elle «est contraire aux exigences de la diligence professionnelle» et «altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs». À cette définition générale, l'annexe I de la directive ajoute une liste de trente et une pratiques déloyales, que les États membres sont tenus d'intégrer à leur texte de transposition, et qui sont sanctionnables *per se* sans contrôle préalable de la pratique.

Selon la Cour, l'annexe I vise un système de promotion pyramidale dans lequel il existe un lien indirect entre les participations versées par de nouveaux adhérents à un tel système et les contreparties perçues par les adhérents en place, dès lors qu'un tel système a pour but de générer un profit pour lui-même, c'est-à-dire pour les promoteurs de ce système et non seulement pour les joueurs.

Ne relèvent pas de l'annexe et partant, constituent des pratiques ne sauraient être interdites en soi, mais doivent être appréciées au regard des critères posés par les articles 5 et suivants :

- les ventes liées ;
- les loteries commerciales soumettant leur participation à l'achat d'un produit
- les liquidations sans autorisation préalable ;
- la revente à perte ;
- les annonces de réduction de prix.

En dépit de la volonté du législateur européen de doter la directive d'un champ d'application aussi large que possible, le texte s'applique sans préjudice des règles du droit des contrats, notamment celles relatives à la validité, à la formation ou aux effets du contrat (art. 3, paragr. 2). Les questions relatives à la santé et à la sécurité des produits, qui font l'objet de directives sectorielles spécifiques, ne relèvent pas non plus de la directive 2005-29 (art. 3, paragr. 3). La directive ne s'oppose pas à une législation nationale qui protège la santé publique ainsi que la dignité et l'intégrité des professions de chirurgien esthétique et de médecin esthétique en interdisant à toute personne physique ou morale de diffuser de la publicité relative aux actes qui relèvent de la chirurgie esthétique ou de la médecine esthétique non chirurgicale. Si les services financiers en raison de leur complexité et des graves risques qui leur sont propres doivent faire l'objet de prescriptions détaillées, la directive 2005-29 leur est toutefois applicable avec la possibilité pour les États membres de prévoir des mesures plus strictes (art. 3, paragr. 9). Ainsi, selon la Cour, l'article 3, paragraphe 9, ne s'oppose pas à ce qu'un État membre adopte une disposition qui interdit de façon générale, sous réserve des cas limitativement énumérés par la loi, des offres conjointes proposées au consommateur dont au moins l'une porte sur un service financier.

Outre une interdiction générale des pratiques commerciales déloyales définies à l'article 5, la directive vise deux types particuliers de pratiques commerciales déloyales : les pratiques commerciales trompeuses (art. 6 et 7) ; les pratiques commerciales agressives (art. 8 et 9).

B. Pratiques commerciales trompeuses

PLAN

Au sein des pratiques trompeuses la directive 2005-29 distingue entre :

- les actions trompeuses, (art. 6) ;
- les omissions trompeuses (art. 7).

1. Actions trompeuses

A RETENIR

Aux termes de l'article 6, paragraphe 1er, «une pratique commerciale est réputée trompeuse si elle contient des informations fausses ou si, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, même si les informations présentées sont factuellement correctes» et «l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement».

La notion de «décision commerciale» vise toute décision qui est en lien direct avec celle d'acquiescer ou non un produit. Lorsqu'une pratique remplit ces critères, elle constitue une pratique commerciale déloyale sans qu'il soit nécessaire de vérifier si elle est contraire aux exigences de la diligence commerciale énumérées à l'article 5, paragraphe 2, a).

L'action trompeuse, qui ne se limite pas aux allégations mensongères, présente un caractère éminemment subjectif, qui conserve à la jurisprudence rendue en application de la directive 84-450 tout son intérêt. Ainsi, le fait pour le vendeur de mentionner que sa marchandise provient d'une faillite revêt un caractère trompeur, dès lors que la référence, même exacte, à l'appartenance des produits offerts à la masse de la faillite induit le consommateur à penser que ces biens sont vendus à un prix sacrifié.

Le mensonge ou l'erreur induite constitutive d'une action trompeuse peut porter sur différents éléments tels que l'existence ou la nature du produit, ses caractéristiques principales, l'étendue des engagements du professionnel, la motivation de la pratique commerciale et la nature du processus de vente, ainsi que toute affirmation ou tout symbole faisant croire que le professionnel ou le produit bénéficie d'un parrainage ou d'un appui direct ou indirect, son prix ou le mode de calcul du prix, ou l'existence d'un avantage spécifique quant au prix, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation, la nature, les qualités et les droits du professionnel ou de son représentant, tels que son identité et son patrimoine, ses qualifications, son statut, son agrément, son affiliation ou ses liens et ses droits de propriété industrielle, commerciale ou intellectuelle ou les récompenses et distinctions qu'il a reçues, les droits du consommateur, en particulier le droit de remplacement ou de remboursement selon les dispositions de la directive 1999-44 du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, ou les risques qu'il peut encourir.

EXEMPLES

Constitue une pratique commerciale trompeuse par action :

- l'utilisation de mentions fallacieuses quant à l'origine ou l'ancienneté du produit ;
- le fait de donner l'impression fautive au consommateur qu'il a déjà gagné un prix, dès lors que l'accomplissement d'une action en rapport avec la demande de ce prix est subordonnée à l'obligation, pour le consommateur, de verser de l'argent ou de supporter un coût pour s'informer au sujet du prix ou des modalités d'obtention de ce dernier, le caractère négligeable du coût par rapport à la valeur du prix ou le fait que le professionnel n'en tire aucun bénéfice étant indifférent.

- le fait de structurer le prix d'un produit en plusieurs composantes, dont l'une est particulièrement mise en avant dans la commercialisation, alors que l'autre, qui constitue pourtant un élément inévitable, prévisible et non négligeable du prix, est totalement omise ou mentionnée de manière moins apparente.

A RETENIR

En vertu de l'article 6, paragraphe 2, une pratique commerciale est aussi réputée trompeuse si, dans son contexte factuel, elle amène ou est susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, à condition qu'elle implique la mise en œuvre de techniques créant une confusion avec un autre produit, marque, nom commercial ou autre signe distinctif d'un concurrent ou le non-respect, par l'annonceur, d'engagements contenus dans un code de conduite par lequel il est lié.

La Cour de justice a précisé qu'il ne doit pas être tenu compte des contraintes de temps auxquelles peuvent être soumis certains moyens de communication, tels que les spots publicitaires télévisés.

2. Omissions trompeuses**A RETENIR**

Dès lors qu'elle amène ou est susceptible d'amener un consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, l'omission d'«une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause» (art. 7, paragr. 1) est trompeuse. Il en est de même lorsque le professionnel dissimule une information substantielle ou la fournit de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps, ou ne révèle pas sa véritable intention commerciale (art. 7, paragr. 2).

Ainsi, la Cour de justice a considéré en cas d'offre conjointe consistant en la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés, l'absence d'indication du prix de chacun de ces derniers ne constitue pas une pratique commerciale trompeuse dès lors que le prix de ces éléments ne constitue pas une information substantielle de nature à empêcher le consommateur de prendre une décision commerciale en connaissance de cause, ou à l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. De même, l'information selon laquelle l'annonceur compare les prix pratiqués par les magasins de tailles ou formats supérieurs de son enseigne à ceux relevés dans des magasins de tailles ou formats inférieurs de ses concurrents, alors que tous possèdent des gammes de magasins de tailles et de formats différents, présente un caractère substantiel au sens de l'article 7.

Les limites techniques imposées au professionnel par le moyen de communication utilisé doivent, dans tous les cas, être prises en considération pour déterminer si l'information a été omise, des informations complémentaires pouvant être tenues à la disposition du consommateur sur un autre support (art. 7, paragr. 3).

La directive distingue les communications commerciales, telles que la publicité et le mar-

keting, et l'invitation à l'achat. Les informations relatives aux communications commerciales qui figurent dans les directives européennes dont la liste non exhaustive est dressée à l'annexe II sont réputées substantielles (art. 7, paragr. 5). L'invitation à l'achat doit, en vertu de l'article 7, paragraphe 4, contenir les informations substantielles suivantes : caractéristiques principales du produit, adresse géographique et identité du professionnel, prix toutes taxes comprises ou manière dont le prix est calculé, ainsi que, le cas échéant, tous les coûts supplémentaires de transport, de livraison et postaux, modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations, si elles diffèrent des conditions de la diligence professionnelle et, pour les produits et transactions impliquant un droit de rétractation ou d'annulation, existence d'un tel droit.

Selon la Cour de justice, la seule indication d'un prix de départ dans une invitation à l'achat ne peut être considérée, *per se*, comme une omission trompeuse. Un professionnel peut, en outre, dans son invitation, ne faire figurer que certaines caractéristiques principales du produit dès lors qu'il renvoie pour le surplus à son site Internet où il remplit son obligation de mentionner les informations substantielles. Ainsi, même si les informations relatives à l'adresse géographique et à l'identité du professionnel, visées à l'article 7, paragraphe 4, sous b), de la directive 2005-29, doivent en principe figurer dans l'invitation à l'achat, il est possible d'y déroger lorsque le moyen de communication utilisé aux fins de la pratique commerciale impose des limites d'espace, à condition toutefois que les consommateurs susceptibles d'acheter les produits faisant l'objet de la publicité par le biais du site Internet puissent facilement obtenir ces informations sur le site en cause ou par son biais.

C. Pratiques agressives

A RETENIR

Aux termes de l'article 8 de la directive 2005-29, «une pratique commerciale est réputée agressive si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle altère ou est susceptible d'altérer de manière significative, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée, la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen à l'égard d'un produit, et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement».

L'article 9, b), précise les notions de harcèlement, de contrainte et d'usage d'une influence injustifiée. Sont ainsi visés le recours à la menace physique ou verbale, l'exploitation intentionnelle par le professionnel «de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur» (art. 9 c)), le fait d'imposer des obstacles non contractuels importants au consommateur (art. 9, d)) et la menace d'user d'une voie de droit lorsqu'une telle action est impossible (art. 9, e)). Pour déterminer l'existence d'une pratique commerciale agressive, il doit être tenu compte de l'endroit où elle est mise en œuvre, de sa persistance et de sa nature (art. 9, a)). Ainsi, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel visant plusieurs loteries annonçant 100 % de gagnants qui, tout en prévoyant trois moyens de participation (appel à numéro surtaxé, SMS ou voie postale), encourageaient le recours à la voie d'accès la plus onéreuse (le recours au numéro de téléphone surtaxé), le juge européen a considéré que la pratique par laquelle un professionnel donne l'impres-

sion - fausse - que le consommateur a déjà gagné un prix, alors que l'accomplissement d'une action en rapport avec la demande de ce prix - qu'il s'agisse d'une demande d'information relative à la nature du prix ou de la prise de possession de celui-ci - est subordonné à l'obligation, pour le consommateur, de verser de l'argent ou de supporter un coût quelconque, constitue en soi une pratique commerciale agressive, même si le coût imposé au consommateur, tel le coût d'un timbre-poste, est négligeable par rapport à la valeur du prix ou ne procure aucun bénéfice au professionnel.

IV. Clauses abusives

A RETENIR

La directive 93-13 obéit à un double objectif : protéger le consommateur et éviter toute distorsion de concurrence entre vendeurs ou entre prestataires de services à l'occasion de la commercialisation de leurs produits ou de leurs services dans d'autres États membres. Elle ne réalise cependant qu'une harmonisation minimale, puisqu'en vertu de l'article 8, les États membres demeurent libres d'adopter ou de maintenir des dispositions plus strictes, ayant pour objet d'assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur.

PLAN

Nous nous intéresserons successivement :

- au domaine d'application de la directive 93-13 ;
- à la définition de clause abusive ;
- aux actions de associations de consommateurs en matière de clauses abusives ;
- à la compétence d'interprétation du juge européen ;
- au contrôle du caractère abusif des clauses par le juge national

A. Domaine d'application

A RETENIR

En tant qu'instrument d'harmonisation, la directive 93-13 s'applique même aux situations qui ne présentent pas d'élément transfrontalier à la différence des dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatives aux libertés de circulation.

De surcroît, directive générale de protection des consommateurs, elle a vocation à être mise en œuvre dans tous les secteurs d'activité économique, y compris celui des tarifs aériens. En application de l'article 7 de la directive, les États membres doivent veiller à ce que des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives. En l'absence d'harmonisation des mécanismes nationaux d'exécution forcée, les modalités retenues par un ordre juridique interne doivent répondre à la double condition de ne pas être moins favorables que celles régissant des situations similaires soumises au droit interne - principe d'équivalence - et de ne pas rendre impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés aux consommateurs par le droit de l'Union - principe d'effectivité -.

Ainsi, une disposition nationale transitoire qui fixe à un mois, à compter du jour de sa publication au Journal officiel, le délai de forclusion permettant aux consommateurs défendeurs dans une procédure de saisie hypothécaire en cours dans laquelle le délai d'opposition ordinaire court déjà ou est expiré, de faire valoir, au cours de la même procédure, un nouveau motif d'opposition, non prévu au moment de l'introduction de l'instance, tiré du caractère abusif de clauses contractuelles, est contraire au principe d'effectivité, non au regard de la durée du délai, raisonnable et proportionnée, mais de ses modalités d'ouverture, dès lors que les consommateurs n'étant pas personnellement informés de cette nouvelle possibilité, il existe un risque significatif que le délai expire sans qu'ils aient pu faire valoir effectivement et utilement leurs droits.

A RETENIR

La directive ne protège que les consommateurs, qu'elle définit en son article 2 comme «toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle».

Est un «consommateur», au sens de la directive, l'avocat qui conclut un contrat de crédit avec une banque, sans que le but du crédit ne soit précisé, dès lors que le contrat n'est pas lié à son activité professionnelle, même si la créance est garantie par un cautionnement hypothécaire contracté en sa qualité de représentant du cabinet d'avocat et porte sur des biens destinés à l'exercice de son activité professionnelle. **Les personnes morales sont exclues de son champ d'application.** Ainsi une personne physique qui, à la suite d'une novation, s'est engagée, par contrat, envers un établissement de crédit à rembourser des crédits initialement accordés à une société commerciale aux fins de son activité constitue un consommateur au sens de la directive, si cette personne non liée manifestement à cette société, a agi à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle, mais en raison de ses liens avec le dirigeant de ladite société et avec le signataire des contrats accessoires aux contrats de crédit initiaux.

A RETENIR

La directive s'applique aux clauses abusives dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, à l'exception des clauses reflétant des dispositions nationales, législatives ou réglementaires, impératives. Le texte définit les contrats auxquels il s'applique par référence à la qualité des contractants.

Dès lors, sous réserve des clauses qui seraient le reflet d'une disposition nationale impérative, un contrat de bail à usage d'habitation, conclu entre un bailleur, agissant dans le cadre de son activité professionnelle, et un locataire, qui n'agit pas à des fins professionnelles, est soumis à la directive 93-13. **La directive s'applique aussi aux clauses des conditions générales, incluses dans un contrat entre un professionnel et un consommateur, qui reprennent une règle nationale applicable à une autre catégorie de contrat, à laquelle ils ne sont pas soumis.** Les contrats standardisés de services juridiques conclus par un avocat avec une personne physique qui n'agit pas dans le cadre de son activité professionnelle entrent également dans le domaine d'application de la directive. De même, un établissement d'enseignement libre qui, par contrat, est convenu avec une étudiante de facilités

de paiement de sommes dues au titre de droits d'inscription et de frais liés à un voyage d'étude doit être considéré comme un professionnel au sens de la directive. En revanche, les dispositions législatives et réglementaires relatives aux mécanismes d'exécution forcée, aux modalités de mise en œuvre des motifs d'opposition dans le cadre d'une saisie hypothécaire et aux pouvoirs conférés au juge national ne relèvent ni de la directive 93-13, ni des principes du droit de l'Union européenne relatifs à la protection des consommateurs et à l'équilibre contractuel, en l'absence d'une clause contractuelle modifiant la portée ou le champ d'application des dispositions nationales. Tel est également le cas d'une clause contractuelle figurant dans un contrat conclu par un professionnel avec un consommateur si cette clause reflète le contenu d'une disposition législative ou réglementaire impérative, à charge pour la juridiction de renvoi de le vérifier.

B. Définition

A RETENIR

Une clause qui figure dans un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (art. 3).

Une clause est considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle, lorsqu'elle a été rédigée préalablement sans que le consommateur ait eu d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion. **Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste d'un contrat si l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion.**

La question de l'existence d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations découlant du contrat **ne peut se limiter à une appréciation économique de nature quantitative**, reposant sur une comparaison du montant total de l'opération, objet du contrat, avec les coûts mis à la charge du consommateur. Le déséquilibre significatif ne dépend pas nécessairement de la mise à la charge du consommateur de coûts ayant une incidence économique significative par rapport au montant de l'opération, mais peut résulter d'une atteinte suffisamment grave à la situation juridique dans laquelle ce consommateur est placé en tant que partie au contrat, que ce soit sous la forme d'une restriction des droits découlant de l'accord, d'une entrave à l'exercice de ceux-ci ou d'une obligation supplémentaire non prévue par les règles nationales.

EXEMPLES

Ne constitue pas une clause abusive :

- une clause qui pour objet ou pour effet de laisser légitimement supposer au consommateur qu'il est tenu d'exécuter toutes ses obligations contractuelles, même si certaines prestations ne sont pas dues, dès lors que cette clause n'altère pas sa position juridique compte tenu de la réglementation nationale applicable ;
- une clause qui autorise le professionnel à apprécier unilatéralement si la presta-

tion qui incombe au consommateur a été exécutée conformément au contrat ;

- une clause qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle et a pour effet ou pour objet de renverser la charge de la preuve au détriment du consommateur ;
- une clause relative à des frais de gestion d'un contrat de prêt, qui ne permet pas d'identifier sans ambiguïté les services concrets fournis en contrepartie.

A RETENIR

Aux termes de l'article 4, paragraphe 2, «l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible».

Selon la Cour, l'exigence de rédaction claire et compréhensible doit s'entendre comme imposant non seulement que la clause soit intelligible pour le consommateur sur un plan grammatical, mais aussi que le contrat expose de manière transparente le mécanisme juridique auquel la clause se réfère et la relation entre ce dernier et celui prescrit par les autres clauses du contrat. Le consommateur doit, sur le fondement de critères précis et intelligibles, être à même d'évaluer les conséquences économiques qui en découlent pour lui.

La clause abusive ne lie pas le consommateur. Les conditions de son annulation sont fixées par le droit national de chaque État membre (art. 6). Il peut être prévu de conserver leur valeur contraignante aux clauses du contrat dépourvues de caractère abusif dans la mesure où le contrat peut subsister sans les clauses annulées. Selon la Cour de justice, une législation nationale peut cependant déclarer nul dans son ensemble un contrat comportant des clauses abusives, afin d'assurer une meilleure protection au consommateur. Un État membre peut également faire produire des effets à la constatation de nullité d'une clause abusive non seulement à l'égard de tous les consommateurs ayant conclu un contrat similaire à celui contenant la clause, mais aussi des consommateurs qui n'étaient pas parties à l'action en cessation introduite par un organisme de défense des consommateurs.

Une annexe à la directive 93-13 énumère les clauses grises déclarées abusives. Cette annexe, qui ne contient qu'une liste indicative, ne limite pas la marge de manœuvre du juge national, qui n'est pas tenu de déclarer abusive une clause qui s'y trouve ni de reconnaître la validité d'une clause qui n'y est pas visée. Toutefois, les clauses qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives ou des dispositions issues de conventions internationales auxquelles les États membres ou l'Union sont parties ne relèvent pas du champ d'application de la directive (art. 1er, paragr. 2).

C. Action des associations

A RETENIR

Aux termes de l'article 7, paragraphe 2, de la directive 93-13, les organisations qui ont, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs, sont habilitées à saisir les juridictions compétentes afin de faire cesser l'utilisation de clauses abusives par les professionnels.

Le paragraphe 3 précise que ces recours peuvent être dirigés contre les professionnels ou leurs associations qui utilisent ou recommandent l'utilisation de ces clauses. La directive tend à compenser la situation d'inégalité existant entre le consommateur et le professionnel par une intervention positive, extérieure aux seules parties au contrat. Aussi, l'action ouverte aux associations de défense des consommateurs par le droit interne de chaque État membre doit-elle avoir non seulement un caractère répressif, mais aussi préventif, en réprimant la seule recommandation au même titre que l'utilisation effective des clauses. Détachée de tout rapport contractuel direct, l'action des associations de consommateurs revêt un caractère délictuel ou quasi-délictuel.

L'action collective des associations revêt une nature différente de l'action individuelle des consommateurs. Dans ce dernier cas, les juges se livrent à une appréciation *in concreto* sur le caractère abusif d'une clause contenue dans un contrat déjà conclu, alors que, dans le second, ils apprécient *in abstracto* le caractère abusif d'une clause susceptible d'être incorporée dans des contrats qui n'ont pas encore été conclus.

Aussi l'article 5 de la directive, selon lequel, en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur doit prévaloir, ne s'applique-t-il pas à l'action collective. En effet, pour obtenir, à titre préventif, le résultat le plus favorable à l'ensemble des consommateurs, il n'est pas nécessaire, en cas de doute, d'interpréter la clause comme comportant des effets favorables à leur égard. Une législation nationale peut, sans contrevenir ni à la directive 93-13, ni au principe d'effectivité et d'équivalence, prévoir que l'action sera portée devant les juridictions du lieu d'établissement ou du domicile du défendeur et que la décision d'incompétence territoriale rendue par une juridiction de première instance n'est pas susceptible d'appel. Par ailleurs, un consommateur doit pouvoir agir individuellement en constatation du caractère abusif d'une clause contenue dans un contrat conclu avec un professionnel sans que son action soit suspendue au résultat de l'action collective engagée par une association de consommateurs en vue de la suppression de clauses analogues.

Les textes européens ne prévoient pas la possibilité pour les associations de protection des consommateurs d'intervenir dans des litiges individuels impliquant des consommateurs. En vertu du principe d'autonomie procédurale, il revient donc à l'ordre juridique interne de chaque État membre d'établir de telles règles, qui ne doivent pas être moins favorables que celles visant des situations similaires en droit interne (principe d'équivalence) et ne pas rendre impossible, voire extrêmement difficile, en pratique, l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union (principe d'effectivité). Une législation nationale peut prévoir, sans contrevenir à la directive 93-13, qu'une association ne peut pas intervenir au soutien d'un consommateur dans le cadre d'une procédure

d'exécution, diligentée contre lui, d'une sentence arbitrale définitive.

D. Compétence du juge européen

A RETENIR

Dans le cadre de la compétence d'interprétation qui lui est confiée par l'article 267 TFUE, la Cour de justice n'est habilitée qu'à interpréter les critères généraux utilisés par le législateur européen pour définir la notion de clause abusive. Il ne lui est pas possible de se prononcer sur le caractère abusif d'une clause contractuelle particulière, à moins que la situation ne nécessite pas d'examiner toutes les circonstances propres à la conclusion du contrat, ni d'apprécier les avantages et les inconvénients liés à cette clause dans le droit national applicable. Il en est ainsi lorsque la clause soumise à son appréciation présente un caractère manifestement abusif car elle remplit tous les critères fixés par la directive.

La Cour de justice est également compétente pour déterminer si le texte de transposition est conforme aux dispositions de la directive.

Elle a ainsi considéré que la réglementation interne qui introduit un délai de forclusion à l'expiration duquel le juge national ne peut plus relever le caractère abusif d'une clause, ni d'office, ni à la suite d'une exception soulevée par le consommateur, est contraire à la directive 93-13. De même, une législation nationale de transposition est plus restrictive que la directive et, par conséquent moins protectrice, lorsqu'elle envisage, en cas de désignation de la loi d'un pays tiers, le rattachement du contrat selon les critères cumulatifs fixés par le Règlement Rome II, alors que la directive se contente d'un lien étroit avec le territoire des États membres. Le juge européen considère en effet que si la notion délibérément vague de «lien étroit» visée par la directive peut éventuellement être concrétisée par des présomptions, elle ne saurait en revanche être limitée par une combinaison de critères de rattachement prédéfinis, tels que les conditions cumulatives relatives à la résidence et à la conclusion du contrat visées à l'article 6 du Règlement Rome I sans introduire une restriction incompatible avec le niveau de protection élevé du consommateur recherché par la directive.

E. Appréciation du caractère abusif par le juge national

A RETENIR

Aux termes de l'article 4, paragraphe 1er, de la directive, «le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend».

L'ensemble des circonstances dont le professionnel pouvait avoir été informé lors de la formation du contrat, susceptibles d'influer sur son exécution ultérieure, doivent donc être prises en considération par le juge lors de son examen d'un éventuel déséquilibre, de même que l'expertise et les connaissances générales du professionnel.

A RETENIR

Le contrôle du juge porte non seulement sur le fond, mais aussi sur la forme. En effet, selon le paragraphe 2 du même article, «l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible».

Le juge national peut-il soulever d'office le caractère abusif d'une clause alors que le consommateur lui-même n'a pas invoqué sa contrariété au droit européen ? La Cour de justice a répondu à cette question par l'affirmative. Pour garantir la réalisation de cet objectif, l'inégalité des parties au contrat doit être compensée par une intervention positive, extérieure à celles-ci, qui peut être le fait des associations de consommateurs (art. 7), mais aussi du juge national. Lui reconnaître le pouvoir de relever d'office le caractère abusif d'une clause peut avoir un effet dissuasif concourant à faire cesser l'utilisation de clauses abusives dans les contrats proposés par les professionnels.

Ainsi, une législation nationale peut prévoir une procédure notariale simplifiée d'exécution forcée sans que le notaire puisse apprécier au préalable le caractère abusif des clauses contractuelles, dès lors que ce contrôle peut être exercé par le juge national dans le cadre de procédures en contestation de la validité du contrat ou en arrêt de l'exécution forcée.

Précisant l'étendue du pouvoir ainsi reconnu au juge national, la Cour a souligné que son exercice ne saurait être entravé par l'instauration d'un délai de forclusion, car il suffirait au professionnel d'attendre l'écoulement de ce délai pour agir et priver de la sorte le consommateur ou le juge de toute faculté d'invoquer le caractère abusif de la clause.

La Cour de justice va même plus loin en affirmant que **le juge national est «tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle»**, dès lors qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet, y compris lorsqu'il s'interroge sur sa propre compétence territoriale, ou lorsque, selon ses règles de procédure nationales, il peut ou doit procéder à une telle appréciation dans le cadre de recours similaires de nature interne.

Le juge se doit aussi de tirer les conséquences prévues par le droit national afin qu'une clause, dont le caractère abusif a été reconnu, ne lie pas les consommateurs qui ont conclu avec le professionnel concerné un contrat auquel s'appliquent les mêmes conditions générales : lorsqu'il en a le pouvoir en droit interne, il peut ainsi annuler d'office la clause contractuelle qui revêt un caractère abusif, sans attendre que le consommateur, informé de ses droits, présente une déclaration à cet effet. **En revanche, le juge national n'est pas habilité à réviser le contenu d'une clause abusive, le contrat devant en principe subsister sans autre modification que la suppression de la clause abusive.** Lorsque le contrat ne peut subsister après la suppression de la clause abusive, le juge national peut remédier à la nullité de la clause en substituant à celle-ci une disposition du droit national supplétif.

V. Contrats négociés à distance

La directive 97-7 du 20 mai 1997 relative à la protection des consommateurs en matière de contrats à distance avait pour objectif de faciliter les ventes transfrontalières, qui constituent l'une des principales manifestations concrètes, pour les consommateurs, de l'achèvement du marché intérieur, en rapprochant les législations nationales relatives à la protection du consommateur, dont les divergences produisaient des effets négatifs sur la concurrence. La directive 2011-83 du 25 octobre 2011, qui l'abroge et la remplace, constate cependant que cet objectif n'a pas été atteint et que les ventes à distance transfrontalières sont limitées par plusieurs facteurs, tels que les règles nationales de protection des consommateurs imposées aux entreprises.

A RETENIR

Aussi le législateur européen a-t-il opté, dans le nouveau texte, pour une harmonisation complète de l'information des consommateurs qui devrait permettre aux professionnels et aux consommateurs de s'appuyer sur un cadre réglementaire unique fondé sur des concepts juridiques clairement définis.

La directive s'applique aux contrats hors établissement ou à distance, même si nous n'examinerons ici que les dispositions relatives au contrat négocié à distance. Le texte vise «tout contrat conclu entre le professionnel et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu» (art. 2, paragr. 7).

Contrairement au texte qu'elle remplace, la directive ne prévoit plus désormais que des cas d'exemption totale. Sont ainsi pleinement exclus de son champ d'application les contrats portant sur les services sociaux, les soins de santé, les jeux d'argent, les services financiers dont une liste non exhaustive figure en annexe, la création, l'acquisition ou le transfert de biens immobiliers ou portant sur la construction d'immeubles neufs, la transformation importante d'immeubles existants ou la location d'un logement à des fins résidentielles, ou encore les contrats conclus au moyen de distributeurs automatiques ou de sites commerciaux automatisés ou avec des opérateurs de télécommunications au moyen de téléphones publics payants ou aux fins de l'utilisation d'une connexion unique par téléphone, par Internet ou par télécopie établie par le consommateur (art. 3, paragr. 3). Les biens ménagers de consommation courante fournis lors de tournées et les contrats de tourisme et de transport sont désormais totalement exclus du champ d'application du texte (art. 3, paragr. 3). Les transactions portant sur des sommes peu importantes (moins de 50 euro) peuvent également ne pas relever du texte si tel est le choix de l'État membre qui peut, en outre, fixer une valeur inférieure. L'harmonisation minimale réalisée par la directive 97-7 (art. 14), fait ainsi place à une harmonisation totale : l'article 4 de la directive 2011-83 impose aux États membres de s'abstenir de maintenir ou d'introduire dans leur droit national des dispositions s'écartant de celles fixées par la directive, qu'elles soient plus strictes ou plus souples.

PLAN

La directive pose deux conditions essentielles à la validité du contrat conclu à distance :

- l'information préalable du consommateur ;
- l'existence d'un droit de rétractation.

A. Information précontractuelle

Aux termes de l'article 6 de la directive 2011-83, le consommateur doit, avant d'être lié par un contrat à distance, recevoir de manière claire et compréhensible des informations sur :

- les principales caractéristiques du bien ou du service dans la mesure appropriée au support de communication utilisé ;
- son prix total toutes taxes comprises, et le cas échéant, les frais supplémentaires de transport, de livraison ou d'affranchissement, ainsi que le coût de la technique de communication utilisée pour la conclusion du contrat lorsqu'il est calculé selon une autre formule que le tarif de base ;
- les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution, la date à laquelle le professionnel s'engage à livrer le bien ou exécuter le service ;
- l'existence ou non d'un droit de rétractation, ou le cas échéant les circonstances dans lesquelles le consommateur perd ce droit, les frais de renvoi en cas d'exercice du droit de rétractation ;
- l'existence d'une garantie légale de conformité pour les biens, et/ou d'une assistance après-vente, et/ou de garanties commerciales supplémentaires, le cas échéant, ainsi que leurs conditions de mise en œuvre ;
- l'existence de codes de conduite applicables ;
- la durée de validité de l'offre, du prix et, le cas échéant, la durée minimale du contrat ;
- les fonctionnalités du contenu numérique, si nécessaire, ainsi que toute interopérabilité pertinente entre matériels et logiciels ;
- l'identité du professionnel (par ex. nom commercial) et son adresse géographique, son numéro de téléphone et de fax, et l'adresse électronique du fournisseur ; selon la Cour de justice, la directive 2011-83 n'impose pas aux professionnels de mettre en place une ligne téléphonique, ou de télécopieur, ou de créer une nouvelle adresse électronique pour permettre aux consommateurs de les contacter avant de procéder à un achat à distance, mais seulement de communiquer leur numéro de téléphone ou de télécopieur ou leur adresse électronique, s'ils disposent déjà de ces moyens de communication avec les consommateurs.

Ces informations font partie intégrante du contrat à distance ou hors établissement et ne peuvent être modifiées que d'un commun accord des parties et de manière expresse. Il appartient au professionnel d'établir qu'il a rempli son obligation d'information (art. 6, paragr. 9).

La directive impose au professionnel un certain nombre d'obligations formelles dont le contenu diffère selon le mode de communication à distance emprunté. En règle générale, les informations doivent être fournies ou mises à disposition par le professionnel au consommateur, sous une forme adaptée à la technique de communication à distance utilisée, dans un langage clair et compréhensible. Elles doivent être lisibles lorsqu'elles sont fournies sur un support durable (art. 8, paragr. 1). Lorsque le contrat est conclu par voie électronique et nécessite un paiement immédiat, le consommateur doit être informé de manière claire et apparente, avant de passer sa commande, des caractéristiques du bien ou du service, de son prix TTC, de la durée minimale du contrat et de celle de ses obligations. Le consommateur doit également être mis à même de reconnaître expressément son obligation de payer au moment où il passe commande. Les restrictions de livraison et les moyens de paiement acceptés doivent également apparaître clairement au début du processus de commande (art. 8, paragr. 2 et 3).

Lorsque la technique de communication à distance impose des contraintes d'espace ou de temps pour présenter les informations, le professionnel est soumis à une obligation minimale d'information (identité du professionnel, caractéristiques du bien ou service, prix, droit de rétractation, durée du contrat, modalités de la rupture en cas de contrat à durée indéterminée) (art. 8, paragr. 4). En cas de contact téléphonique, le consommateur doit être averti dès le début de l'appel de l'identité de la personne et de la nature commerciale de l'appel. Dans ce dernier cas, il peut être imposé au professionnel de confirmer l'offre par écrit au consommateur qui ne sera pas lié tant qu'il n'aura pas signé ou accepté par écrit cette offre (art. 8, paragr. 6).

A RETENIR

Dans tous les cas, le professionnel doit confirmer au consommateur la conclusion du contrat sur un support durable et dans un délai raisonnable après la conclusion du contrat à distance, et, au plus tard, avant la livraison du bien ou l'exécution du service. Cette confirmation doit comprendre toutes les informations précontractuelles (identité, caractéristiques, prix, etc.), sauf si elles ont déjà été fournies sur un support durable avant la conclusion du contrat (art. 8, paragr. 7). Aucune autre exigence de forme ne peut être imposée par un État membre.

B. Droit de rétractation

A RETENIR

Le consommateur bénéficie d'un droit de rétractation qui lui permet, pendant un délai de quatorze jours ouvrables, de se rétracter sans pénalités et sans indication du motif (art. 9).

Une réglementation nationale ne peut ainsi permettre au fournisseur, dans un contrat conclu à distance, d'imputer les frais d'expédition des marchandises au consommateur dans le cas où ce dernier exerce son droit de rétractation. En outre, l'exercice du droit de rétractation ne peut être subordonné au versement d'une indemnité compensatrice pour l'utilisation d'un bien acquis, sauf en cas d'utilisation incompatible avec les principes de droit civil, tels que la bonne foi ou l'enrichissement sans cause.

Le délai court pour les services, du jour de la conclusion du contrat, et, pour les contrats de vente, du jour où le consommateur ou un tiers désigné par le consommateur, autre que le transporteur, prend physiquement possession du bien. Si le professionnel n'a pas rempli son obligation d'information sur le droit de rétractation, le délai expire au terme d'une période de douze mois qui court à compter de l'expiration des quatorze jours initiaux (art. 10). Le consommateur doit faire part de son intention de se rétracter avant l'expiration du délai soit en utilisant un formulaire de rétractation que la directive reproduit en annexe, soit par une déclaration dénuée d'ambiguïté sur sa décision. Le professionnel peut en outre donner la possibilité au consommateur d'exercer son droit de rétractation en ligne sur son site Internet. Il appartient au consommateur de prouver l'exercice de son droit de rétractation (art. 11). L'exercice du droit de rétractation implique l'extinction des obligations des parties. Le professionnel doit rembourser les sommes reçues en paiement, à l'exception des frais supplémentaires de livraison lorsque le consommateur a choisi un mode de livraison plus coûteux que le mode de livraison standard. Le remboursement peut être différé jusqu'à récupération des biens objet du contrat de vente (art. 13). Le consommateur doit renvoyer le bien, dans les meilleurs délais et au plus tard quatorze jours après communication de sa décision de rétractation et ne supporte que les coûts liés au renvoi (art. 14). Le droit de rétractation comporte des exceptions fixées à l'article 16 de la directive 2011-83. Les contrats de services, si le service a été pleinement exécuté avec l'accord préalable exprès du consommateur, la fourniture de biens ou de services, dont le prix est soumis aux fluctuations du marché financier échappant au fournisseur, de biens confectionnés sur les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés, de biens susceptibles de se détériorer ou de périmer rapidement, de biens scellés pour des raisons de protection de la santé ou d'hygiène, de biens mélangés, après livraison, à d'autres articles de manière indissociable, la fourniture d'un journal ou d'un magazine, les contrats conclus lors d'une enchère publique, ou les prestations de services d'hébergement, ne sont pas soumis au droit de rétractation.

Le texte fixe ensuite les règles applicables à la livraison (art. 18), qui doit intervenir au plus tard dans un délai de trente jours après la conclusion du contrat et dont le non-respect peut être sanctionné par la rupture du contrat, prohibe la facturation de frais supérieurs à ceux que les professionnels supportent pour l'utilisation de moyens de paiement donnés (art. 19), règle la question du transfert du risque de perte ou d'endommagement (art. 20), interdit d'utiliser des lignes téléphoniques pour contacter le professionnel au coût supérieur au tarif de base (art. 21) et soumet au consentement exprès du consommateur tout paiement supplémentaire à la rémunération convenue dans le contrat principal (art. 22). La directive comporte enfin des dispositions relatives aux modalités d'exécution du texte (art. 23), aux sanctions applicables (art. 24) et interdit l'envoi forcé de marchandises (art. 27).

VI. Vente et garantie des biens de consommation

A RETENIR

La directive 1999-44 se propose de rapprocher les législations nationales relatives à la vente de biens de consommation et d'offrir une protection uniforme des consommateurs dans le cadre du marché intérieur, sans porter atteinte aux dispositions et

principes des droits nationaux relatifs aux régimes de responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Elle ne réalise, toutefois, qu'une harmonisation minimale : les États membres conservent la faculté de maintenir ou d'adopter des dispositions plus strictes garantissant un niveau de protection plus élevé au consommateur, à condition toutefois que ces mesures demeurent conformes au Traité (art. 8).

Les modalités procédurales destinées à assurer la sauvegarde des droits que le consommateur tire de la directive 1999-44 relèvent de l'ordre juridique interne des États membres en vertu du principe de l'autonomie procédurale, ces modalités ne devant pas être moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne (principe d'équivalence) ni être aménagées de manière à rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité). Le juge national saisi d'un litige portant sur un contrat susceptible d'entrer dans le champ d'application de la directive 1999-44 est tenu d'examiner d'office si l'acquéreur doit être considéré comme un consommateur alors même que celui-ci ne s'est pas prévalu de cette qualité, qu'il bénéficie ou non de l'assistance d'un avocat .

Après avoir posé le principe général de l'obligation du vendeur de livrer au consommateur un bien conforme au contrat, l'article 2 de la directive introduit une **présomption réfragable de conformité** qui couvre les situations les plus courantes.

EXEMPLES

Quand un bien est-il conforme au sens de la directive ?

- s'il correspond à la description donnée par le vendeur et possède les qualités du bien que le vendeur a présenté sous forme d'échantillon ou modèle au consommateur ;
- s'il est propre à tout usage spécial recherché par le consommateur, que celui-ci a porté à la connaissance du vendeur au moment de la conclusion du contrat et que le vendeur a accepté ;
- s'il est propre aux usages auxquels servent habituellement les biens du même type ;
- s'il présente la qualité et les prestations habituelles d'un bien de même type auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard à la nature du bien et, le cas échéant, compte tenu des déclarations publiques faites sur les caractéristiques concrètes du bien par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage.

Le texte ajoute que le défaut de conformité est réputé ne pas exister si, au moment de la conclusion du contrat, le consommateur connaissait, ou ne pouvait raisonnablement ignorer, ce défaut, ou si le défaut de conformité a son origine dans les matériaux fournis par le consommateur. En revanche, tout défaut de conformité qui résulte d'une mauvaise installation du bien de consommation est assimilé au défaut de conformité du bien lorsque l'installation fait partie du contrat de vente du bien et a été effectuée par le vendeur ou sous sa responsabilité ou lorsque, réalisée par le consommateur, celui-ci a

respecté des instructions de montage erronées (art. 2, paragr. 5).

A RETENIR

Selon l'article 3 de la directive, le consommateur, qui signale au vendeur un défaut de conformité, est en droit de demander dans un premier temps la réparation du bien, ou son remplacement, sans frais, dans un délai raisonnable. Si ces remèdes se révèlent impossibles ou disproportionnés, ou que le vendeur ne peut pas mettre en œuvre ce dédommagement dans un délai raisonnable ou sans inconvénient majeur pour le consommateur, ce dernier peut alors demander une réduction adéquate du prix, ou la résolution du contrat, à moins que le défaut de conformité soit mineur.

Lorsque le consommateur a opté pour le remplacement du bien, l'article 3 s'oppose à ce que le vendeur exige le versement d'une indemnité d'usage. En effet, imposer au consommateur une charge financière, même réduite, pourrait le dissuader de faire valoir ses droits. Ainsi, lorsqu'un consommateur a installé un bien non conforme, avant l'apparition du défaut, conformément à sa nature et à l'usage recherché, le vendeur est tenu soit de procéder lui-même à l'enlèvement du lieu où le bien est installé et d'y installer le bien en remplacement, soit de supporter les frais nécessaires à l'enlèvement et au remplacement. **Le vendeur, qui est seul responsable, vis-à-vis du consommateur, de tout défaut de conformité existant lors de la délivrance du bien, bénéficie cependant d'une action récursoire lorsque le défaut résulte d'un acte ou d'une omission du producteur, d'un vendeur antérieur placé dans la même chaîne contractuelle ou de tout autre intermédiaire, suivant les règles de son droit national (art. 4).**

En vertu de l'article 5 de la directive, **la responsabilité du vendeur n'est engagée que si le défaut apparaît dans un délai de deux ans à compter de la délivrance du bien.** Pour bénéficier de ses droits, le consommateur doit signaler au vendeur le défaut de conformité dans un **délai de deux mois à compter de la date à laquelle il l'a constaté** (art. 5, paragr. 2).

Ainsi, une règle nationale peut, sans contrevenir au droit de l'Union, prévoir que le consommateur doit informer le vendeur du défaut de conformité en temps utile dès lors que le consommateur dispose, pour donner cette information, d'un délai qui ne soit pas inférieur à deux mois et que l'information à fournir ne porte que sur l'existence du défaut et n'est pas soumise à des règles de preuve qui rendraient impossible ou excessivement difficile l'exercice par le consommateur de ses droits.

Pour faire jouer la présomption, le consommateur doit apporter la preuve que le bien vendu n'est pas conforme au contrat et que le défaut de conformité s'est matériellement révélé dans un délai de six mois à compter de la livraison du bien, la preuve de la cause du défaut de conformité ou de son origine imputable au vendeur n'étant en revanche pas requise.

Pour écarter la présomption, le vendeur doit établir que la cause ou l'origine du défaut de conformité réside dans une circonstance survenue après la délivrance du bien.

Au-delà de la garantie uniforme, le vendeur peut s'être contractuellement engagé à garantir le bien livré. La garantie est définie par l'article 1er, paragraphe 1, e), comme «tout

engagement d'un vendeur ou d'un producteur à l'égard du consommateur, donné sans supplément de coût, de rembourser le prix payé, ou de remplacer, de réparer ou de s'occuper d'une façon quelconque du bien s'il ne correspond pas aux conditions énoncées dans la déclaration de garantie ou dans la publicité y afférent». Cette définition ne couvre que les garanties commerciales, négociées par les parties, visées par l'article 6, en vertu duquel les conditions fixées dans la déclaration de garantie et dans la publicité y afférente doivent lier juridiquement le vendeur qui a offert cette garantie. La garantie doit mentionner les droits que le consommateur peut invoquer au titre de la législation nationale en vigueur en la matière, indiquer clairement que ces droits ne sont pas affectés par la garantie et établir, en termes simples et compréhensibles, le contenu de la garantie et les éléments essentiels nécessaires à sa mise en œuvre, notamment sa durée et son étendue territoriale, ainsi que le nom et l'adresse du garant (art. 6, paragr. 1).

La garantie doit être remise au consommateur par écrit ou sur tout autre support durable accessible sur simple demande (art. 6, paragr. 2). Le consommateur doit pouvoir se prévaloir de la garantie commerciale, même si elle n'est pas conforme aux dispositions de la directive applicables en cas de non-conformité (art. 6, paragr. 5).

VII. Responsabilité du fait des produits défectueux

A RETENIR

La directive du Conseil 85-374 du 25 juillet 1985 vise à remédier aux effets préjudiciables, tant pour les consommateurs que les producteurs, de la disparité des législations des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. La recherche d'un équilibre entre les intérêts des différents intervenants a abouti à la consécration d'un régime de responsabilité sans faute du producteur à l'égard de toute victime d'un dommage corporel ou d'un dommage causé à une chose autre que le produit défectueux lui-même (art. 1er), tempéré par certaines causes d'exonération (art. 7) et un régime de courte prescription (art. 10 et 11). Cependant, si le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, entendu comme tout meuble, y compris l'électricité, même s'il est incorporé dans un autre meuble ou dans un immeuble (art. 2), la victime n'est pas pour autant dispensée d'établir, en vertu de l'article 4, le défaut de la chose, qui s'entend de l'absence de sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances (art. 6), son dommage, ainsi que l'existence d'un lien de causalité entre le défaut de la chose et le dommage.

En matière médicale seulement, le juge de l'Union admet un régime probatoire qui, lorsque la recherche n'établit ni n'infirmes l'existence d'un lien causal entre l'administration d'un vaccin et la survenance d'une maladie, n'exige pas de la victime qu'elle produise des preuves certaines et irréfutables de l'existence du défaut et du lien causal entre ce dernier et le dommage encouru, mais qui autorise le juge, le cas échéant, à conclure qu'une telle existence est avérée en se fondant sur un **faisceau d'indices** graves, précis et concordants invoqués par le demandeur, tels que la proximité temporelle entre l'administration d'un vaccin et la survenance d'une maladie, l'absence d'antécédents médicaux personnels et familiaux, en relation avec cette maladie, ou l'existence d'un nombre significatif de cas répertoriés de survenance de cette maladie à la suite de telles administrations.

A RETENIR

D'harmonisation maximale, la marge d'appréciation dont disposent les États membres pour réglementer la responsabilité du fait des produits défectueux est entièrement déterminée par la directive elle-même et doit être déduite du libellé, de l'objectif et de l'économie de celle-ci. . Aussi ne sont-ils pas autorisés à maintenir ou adopter un système de réparation intégrale différent de celui de la directive, qui est d'harmonisation maximale.

PLAN

Nous envisagerons successivement :

- le principe de responsabilité du producteur ;
- les conditions de réparation du dommage ;
- les causes d'exonération.

A. Principe de responsabilité du producteur**A RETENIR**

L'article 1er pose le principe de la responsabilité du producteur, défini à l'article 3 comme «le fabricant d'un produit fini, le producteur d'une matière première ou le fabricant d'une partie composante, et toute personne qui se présente comme producteur en apposant sur le produit son nom, sa marque ou un autre signe distinctif» (art. 3, parag. 1) ou, «sans préjudice de la responsabilité de ce dernier, toute personne qui importe un produit dans la Communauté» (art. 3, parag. 2).

À défaut de pouvoir identifier le producteur ou l'importateur du produit, cette qualité est attribuée à chaque fournisseur, à moins qu'il n'indique à la victime, dans un délai raisonnable, l'identité du producteur ou de celui qui lui a fourni le produit (art. 3, parag. 3). Le fournisseur ne peut pas être considéré comme responsable au même titre que le producteur, bien que ce dernier ne puisse être identifié, dès lors qu'il a indiqué à la victime, dans un délai raisonnable, l'identité de celui qui lui a fourni le produit. La Cour de justice a toutefois précisé que le fournisseur doit indiquer l'identité du fabricant ou de son propre fournisseur de sa propre initiative et faire preuve de diligence. L'harmonisation étant maximale, aucune règle nationale ne peut prévoir que le fournisseur répond sans restriction de la responsabilité du producteur, alors que l'article 3 n'envisage cette responsabilité que dans un cas bien précis. Un fournisseur intermédiaire ne peut pas plus être assimilé au producteur et répondre directement des défauts du produit à l'égard de la victime et des fournisseurs en aval dans la chaîne de distribution.

Après avoir confié au droit national la fixation des conditions de la substitution d'une partie à une autre en cas d'action introduite contre une société considérée à tort comme étant le producteur d'un produit alors qu'en réalité, celui-ci était fabriqué par une autre société, la Cour de justice a strictement limité le pouvoir reconnu aux États membres en précisant que la substitution d'une partie défenderesse à une autre en cours de procédure judiciaire ne peut, sans violer la directive 85-374, être appliquée de manière à permettre

d'attirer le producteur, après l'expiration du délai de dix ans, comme partie défenderesse à une procédure engagée dans ce délai contre une autre personne que lui.

B. Réparation du dommage

A RETENIR

Si elle établit le défaut, le dommage et le lien de causalité entre le défaut et le dommage (art. 4), la victime peut prétendre à la réparation de son préjudice, sous déduction d'une franchise de 500 euro pour les dommages autres que corporels (art. 9).

Par ailleurs, l'article 13 offre seulement à la victime la possibilité de se prévaloir d'autres régimes de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou d'un régime spécial de responsabilité lorsque le dommage n'entre pas dans son champ d'application ou que cet autre régime repose sur un fondement différent de celui de la responsabilité du fait des produits défectueux.

Tel est le cas de la garantie des vices cachés, ou encore d'un régime de responsabilité prévoyant notamment le transfert au fournisseur, de la responsabilité pour faute du producteur ou d'un régime de responsabilité du fait des produits défectueux qui permet la réparation des dommages causés aux biens destinés à un usage professionnel, alors que la directive l'exclut. Il faut cependant que, lorsqu'il s'agit d'un régime de responsabilité sans faute, celui-ci préserve la faculté pour la victime et/ou celui dont la responsabilité est engagée de mettre en cause celle du producteur sur le fondement de la directive.

C. Causes d'exonération

L'article 7 de la directive énumère les causes d'exonération qui permettent, outre la faute de la victime, de tempérer le principe de responsabilité sans faute du producteur d'un produit défectueux, consacré par l'article 1er.

Pour être exonéré de sa responsabilité, le producteur d'un produit défectueux doit prouver :

- qu'il n'a pas mis le produit en circulation ou ;
- que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où le produit a été mis en circulation par lui ou que ce défaut est né postérieurement ou ;
- que le produit n'a été ni fabriqué pour la vente ou pour toute autre forme de distribution dans un but économique du producteur, ni fabriqué ou distribué dans le cadre de son activité professionnelle ou ;
- que le défaut est dû à la conformité du produit avec des règles impératives émanant des pouvoirs publics ou ;
- que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ou ;
- que, s'agissant du fabricant d'une partie composante, que le défaut est imputable à la conception du produit dans lequel la partie composante a été incorporée ou aux instructions données par le fabricant du produit.

Limitativement énumérés, ces cas d'exonération doivent faire l'objet d'une interpré-

tation stricte, afin de sauvegarder les intérêts des victimes d'un dommage causé par un produit défectueux.

Le bénéfice de l'exonération tirée de l'absence de mise en circulation ne peut être revendiqué par le producteur que si le produit a été sorti du processus de fabrication par un tiers, ou a été utilisé contre sa volonté, notamment avant le terme du processus de fabrication ou n'a été utilisé qu'à des fins privées, ce qui n'est manifestement pas le cas lorsqu'il a été utilisé à l'occasion d'une prestation de services concrète, de nature médicale. **Un produit doit être considéré comme mis en circulation lorsqu'il est sorti du processus de fabrication mis en œuvre par le producteur et qu'il est entré dans un processus de commercialisation dans lequel il se trouve en l'état offert au public aux fins d'être utilisé ou consommé.** Toutefois, lorsque le maillon de la chaîne de distribution qui a opéré la mise sur le marché est étroitement lié au producteur, il est nécessaire d'examiner si cette entité est en réalité impliquée dans le processus de fabrication du produit concerné. Si les deux entreprises exercent des activités de production différentes, le transfert du produit de l'une à l'autre de ces entités n'emporte pas mise en circulation de celui-ci au sens de l'article 7. À l'inverse, s'il s'agit d'entreprises dont l'une, la société filiale, agit simplement comme distributeur ou comme dépositaire du produit fabriqué par la société mère, le transfert du produit de l'une à l'autre réalise la mise en circulation visée par la directive.

L'exception tenant à l'absence de visée économique du producteur lors de la fabrication du produit implique la poursuite d'une activité purement bénévole. Ne répond pas à cette exigence une prestation de nature médicale, même si celle-ci n'est pas facturée à la victime du dommage, dès lors qu'elle est financée par des fonds publics.

L'état des connaissances scientifiques et techniques prévalant à la date de mise en circulation du produit, parfois désigné comme l'exception tenant aux risques de développement, s'entend, selon le juge, de l'état le plus avancé de la science et non seulement des règles résultant de la pratique ou des normes de sécurité en usage dans le secteur industriel dans lequel opère le producteur. Ces connaissances ne se limitent pas davantage à ce dont le producteur concerné était ou pouvait être concrètement ou subjectivement informé, mais comprennent l'état objectif des connaissances scientifiques et techniques dont le producteur est présumé être informé, pour autant qu'elles aient été accessibles au moment de la mise en circulation du produit. Toutefois, sous réserve du respect d'une procédure de notification préalable, l'article 15 de la directive laisse aux États membres la faculté de retenir la responsabilité du producteur même si ce dernier prouve que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit ne permettait pas de déceler l'existence du défaut. En revanche, il ne peut être imposé de contraintes supplémentaires au producteur, telle l'obligation d'établir qu'il a mis en œuvre une procédure destinée à prévenir les conséquences d'un produit défectueux.

VIII. Sécurité générale des produits

La directive 2001-95 du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits, comme la directive 92-59 qu'elle abroge et remplace, vise à assurer un niveau élevé de protection des consommateurs en ce qui concerne leur santé et leur sécurité ainsi qu'à éliminer les obstacles aux échanges et les distorsions de concurrence qui résulteraient de divergences trop marquées entre les législations des différents États membres quant au niveau de protection offert aux consommateurs.

A. Champ d'application

En vertu de son article 2, a), la directive s'applique à tout produit qui, même dans le cadre d'une prestation de services, est destiné aux consommateurs ou susceptible, dans des conditions raisonnablement prévisibles, d'être utilisé par les consommateurs, même s'il ne leur est pas destiné, et qui est fourni ou mis à disposition dans le cadre d'une activité commerciale, à titre onéreux ou gratuit, qu'il soit à l'état neuf, d'occasion ou reconditionné. Le champ d'application du texte englobe également les produits qui font l'objet de directives sectorielles lorsque ces dernières présentent des lacunes et ne protègent le consommateur que contre certains des risques. La directive 2001-95 s'applique sans préjudice de la directive 85-374 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, dès lors qu'elle tend à prévenir les dommages en amont tandis que cette dernière vise la réparation du dommage après sa survenance.

A RETENIR

La directive 2001-95 impose au producteur de ne mettre sur le marché que des produits sûrs (art. 3, paragr. 1), c'est-à-dire qui, dans des conditions d'utilisation normales ou raisonnablement prévisibles, y compris de durée et, le cas échéant, de mise en service, d'installation et de besoins d'entretien, ne présentent aucun risque ou seulement des risques réduits à un niveau bas compatibles avec l'utilisation du produit et considérés comme acceptables dans le respect d'un niveau élevé de protection de la santé et de la sécurité des personnes (art. 2, b)).

La conformité d'un produit à cette exigence s'apprécie selon les normes nationales non obligatoires transposant d'autres normes européennes pertinentes, les recommandations de la Commission établissant des orientations sur l'évaluation de la sécurité des produits, les normes de l'État membre de production ou de commercialisation, les codes de bonne conduite en matière de sécurité ou de santé, l'état actuel de la connaissance ou de la technique et la sécurité à laquelle les consommateurs peuvent s'attendre. Les produits qui ne présentent pas ces caractéristiques sont considérés comme dangereux (art. 2, c)).

B. Mise en œuvre

Le système de prévention des risques mis en place par la directive 2001-95 met en scène trois acteurs : les producteurs, les États membres et la Commission.

Pour garantir la sécurité des consommateurs, **les producteurs, qui sont tenus de ne mettre sur le marché que des produits répondant à l'obligation générale de sécurité (art. 3, paragr. 1er), doivent fournir aux consommateurs les informations utiles qui leur permettent d'évaluer les risques inhérents à un produit pendant sa durée d'utilisation normale ou raisonnablement prévisible** lorsque ceux-ci ne sont pas immédiatement perceptibles sans un avertissement adéquat, et de s'en prémunir (art. 5, paragr. 1). Ils doivent ensuite prendre les mesures proportionnées pour éviter la réalisation des risques identifiés, telles que le retrait des produits du marché, la mise en garde adéquate et efficace des consommateurs ou encore la mise en œuvre d'actions de rappel. Les producteurs peuvent engager ces actions sur la base du volontariat ou à la requête des autorités compétentes des États membres. **Les distributeurs sont également tenus de fournir des produits satisfaisant à l'obligation générale de sécurité, de participer au suivi de la sécurité des produits mis sur le marché, et de fournir les documents nécessaires assurant la traçabilité des produits.** Les producteurs ou les distributeurs qui constatent qu'un produit est dangereux doivent en avvertir les autorités compétentes, et, le cas échéant, collaborer avec elles (art. 5, paragr. 2).

La directive impose également aux États membres de veiller à ce que les producteurs et distributeurs respectent les obligations qui leur incombent en vertu de la directive (art. 6, paragr. 1), soit par le biais d'autorités qu'ils nomment et auxquelles ils attribuent compétence pour contrôler la conformité des produits à l'obligation générale de sécurité et les pouvoirs nécessaires pour prendre les mesures appropriées dans l'accomplissement de leur mission, soit directement en faisant usage des prérogatives dont ils disposent en vertu de l'article 8 de la directive. Ce texte confère aux États membres la faculté de mettre en œuvre un large éventail de mesures, leur permettant notamment d'ordonner des vérifications et des analyses, d'exiger que le produit soit pourvu des avertissements adéquats, de soumettre sa mise sur le marché à des conditions préalables de manière à le rendre sûr, d'interdire temporairement ou durablement sa mise sur le marché ou son retrait, s'il est déjà sur le marché.

Enfin, aux termes de l'article 4, paragraphe 2, **il incombe à la Commission de publier au Journal officiel de l'Union européenne des références de normes européennes qui emportent présomption de conformité des produits à l'obligation générale de sécurité et de déterminer les mandats des organismes européens de normalisation.** L'article 10 de la directive met également à sa charge **la gestion du système d'alerte rapide, le RAPEX,** qui facilite l'échange d'informations sur l'évaluation des risques, les produits dangereux, les méthodes d'essai et les résultats, les développements scientifiques récents ainsi que sur d'autres aspects à prendre en considération pour les activités de contrôle, l'établissement et l'exécution de projets communs de surveillance et d'essai, l'échange d'expertise, de meilleures pratiques ainsi que la collaboration à des activités de formation. Ce système tend aussi à l'amélioration de la collaboration au niveau européen en matière de traçage, de retrait et de rappel de produits dangereux.

TITRE III

Libre circulation des capitaux

A RETENIR

La libre circulation des capitaux constitue l'une des quatre libertés fondamentales de l'Union européenne, avec la libre circulation des marchandises, des personnes et des services. Elle permet au citoyen européen d'effectuer dans un autre État membre des opérations diverses allant de l'ouverture de comptes bancaires à l'achat d'actions ou de biens immobiliers.

Son régime s'est longtemps distingué de celui des autres libertés en raison du contrôle des changes qui existait dans la majeure partie des États membres et leur permettait de s'opposer à la réalisation d'opérations financières sans autorisation préalable. **La libéralisation complète des mouvements de capitaux n'est intervenue qu'en 1988 avec la directive 88-361**, qui a imposé la suppression des restrictions aux mouvements de capitaux intervenant entre les personnes résidant dans les États membres, les transferts de capitaux s'effectuant aux mêmes conditions de change que celles pratiquées pour les paiements relatifs aux transactions courantes. Les États membres ont conservé la possibilité de prendre des mesures pour lutter contre les infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou de surveillance prudentielle des établissements financiers, et de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique. **Le Traité de Maastricht a, en 1992, complètement revu le dispositif en abrogeant la directive 88-361, dont les dispositions ont toutefois largement inspiré la rédaction du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.**

La libre circulation des capitaux a conservé sa particularité puisqu'elle n'est régie que par des textes de droit primaire (TFUE, protocoles, déclarations, actes d'adhésion), à l'exception de quelques communications interprétatives de la Commission. **L'article 63 TFUE interdit de restreindre les mouvements de capitaux ou les paiements à la fois entre États membres et entre États membres et États tiers. Le texte énonce une obligation claire et inconditionnelle, qui ne réclame aucune mesure de mise en œuvre et confère aux particuliers des droits qu'ils peuvent invoquer devant les juridictions nationales pour obtenir l'inapplicabilité des règles nationales qui leur sont contraires.**

Le principe de libre circulation des capitaux n'exclut toutefois pas le rôle de surveillance des mouvements de capitaux qui incombe aux États membres et/ou à l'Union.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- le champ d'application de la prohibition (Chapitre I) ;
- le contenu du principe de prohibition (Chapitre II) ;
- les limites à la prohibition (Chapitre III).

CHAPITRE I Champ d'application

SECTION 1

Mouvements de capitaux

SECTION 2

Relations avec les autres règles du Traité

SECTION 3

Champ d'application *ratione loci*

I. États membres

II. Situations purement internes

III. Pays tiers

CHAPITRE I Champ d'application

PLAN

Pour déterminer le champ d'application de l'article 63 TFUE, il convient :

- de définir la notion de mouvements de capitaux auxquels il s'applique ;
- d'examiner son articulation avec les autres règles du Traité ;
- de définir sa portée *ratione loci*.

SECTION 1

Mouvements de capitaux

A RETENIR

L'article 63 TFUE prohibe toute restriction aux mouvements de capitaux, mais ne définit pas la notion de mouvements de capitaux. Selon la Cour de justice, les mouvements de capitaux sont des opérations financières qui visent essentiellement le placement ou l'investissement du montant en cause et non la rémunération d'une prestation. Pour déterminer si une opération entre dans le champ d'application de l'article 63, le juge européen se réfère traditionnellement à la nomenclature reproduite à l'annexe 1 de la directive 88-361, qui fournissait une liste non exhaustive de mouvements de capitaux.

La perception de dividendes d'un organisme de placement collectif, non expressément visée par la nomenclature, peut être rattachée à l'acquisition par des résidents de parts, négociées ou non négociées en Bourse, d'organismes étrangers et donc indissolublement liée à un mouvement de capitaux. **Les mouvements de capitaux couvrent l'ensemble des opérations nécessaires à leur réalisation : conclusion et exécution de la transaction et transferts afférents.** La transaction s'effectue généralement entre résidents de différents États membres - personne physique ou morale -, mais peut aussi être réalisée par une seule personne pour son propre compte.

Les investissements directs, les investissements immobiliers, les opérations sur titres normalement traitées sur le marché des capitaux - perception de dividendes ou revente d'actions, acquisition d'obligations libellées en monnaie nationale ou de parts sociales, investissement de portefeuille dans la seule intention de réaliser un placement financier -, les opérations sur parts d'organismes de placement collectif, les opérations sur titres et autres instruments normalement traitées sur le marché monétaire, les opérations en comptes courants et de dépôts auprès des établissements financiers, les crédits liés à des transactions commerciales ou à des prestations de services, les prêts et crédits financiers, les cautionnements, garanties et droit de gage, les transferts en exécution de contrats d'assurance, les mouvements de capitaux à caractère personnel, les importations et exportations matérielles de valeur, caractérisent des mouvements de capitaux.

SECTION 2

Relations avec les autres règles du Traité

La libre circulation des capitaux peut entrer en concurrence avec la libre circulation des personnes et des services. Dans ce cas, selon une jurisprudence bien établie, il convient de prendre en considération l'objet de la législation. Lorsque cet objet ne permet pas à lui seul de déterminer si la législation nationale relève de manière prépondérante de la liberté d'établissement ou de la libre circulation des capitaux, il y a lieu de tenir compte des éléments factuels de la cause.

Les règles relatives à la liberté d'établissement prévalent lorsque les éventuels effets restrictifs de la libre circulation des capitaux constituent une conséquence inéluctable de l'entrave à l'établissement. Il en est ainsi lorsque la disposition nationale concerne la détention d'une participation permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions de la société concernée et d'en déterminer les activités. **En revanche, lorsque la société exerçant une influence certaine est établie dans un État tiers, l'article 49 TFUE est inapplicable contrairement à l'article 63 qui interdit également les restrictions entre les États membres et les pays tiers.** La libre circulation des capitaux est également seule en cause en présence d'une législation nationale relative à l'acquisition par une société de biens immobiliers dans un autre État membre à défaut de précision quant à la possession par la société en cause de ces biens dans le cadre de l'exercice de ses activités ni quant à sa propre gestion de son patrimoine immobilier.

Les dispositions relatives à la libre prestation de services ne s'appliquent pas de manière subsidiaire par rapport à celles régissant la libre circulation des capitaux. Bien qu'étroitement liées, ces dispositions régissent des situations différentes et possèdent chacune un champ d'application distinct, même si une législation nationale peut restreindre simultanément ces deux libertés.

SECTION 3

Champ d'application *ratione loci*

L'article 63 TFUE prohibe les restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements entre les États membres, mais aussi entre les États membres et les pays tiers.

I. États membres

La prohibition des restrictions aux mouvements de capitaux s'applique à toute disposition nationale ayant pour effet de restreindre les mouvements de capitaux d'un investisseur ressortissant d'un État membre en fonction de sa résidence, même en l'absence d'autres éléments transfrontaliers, tels que le transfert de sa résidence dans un autre État membre avant l'acquisition du bien, ou l'éventuelle répartition de son capital entre deux États membres. La notion d'États membres inclut les États membres de l'Union et de l'EEE. En effet, les règles relatives à la libre circulation des capitaux sont applicables aux relations entre les États parties à l'accord EEE, qu'ils soient membres de l'Union ou de l'AELE.

II. Situations purement internes

Les règles relatives à la libre circulation des capitaux ne s'appliquent pas aux situations purement internes à un État membre. Lorsque les mouvements de capitaux se réalisent à l'intérieur d'un seul État membre, l'article 63 TFUE ne trouve pas à s'appliquer. En revanche, dès lors que les éléments constitutifs du mouvement de capitaux concernent également un autre État membre, le principe de libre circulation des capitaux s'applique au ressortissant européen dans son État d'origine.

III. Pays tiers

Selon la Cour de justice, le degré d'intégration juridique entre les États membres justifie que les mesures touchant des activités économiques au sein de l'Union ne soient pas comparables à celles concernant les relations avec les pays tiers. Les pays tiers s'entendent des pays hors EEE, et des pays et territoires d'outre-mer.

Les articles 64, 65 et 66 TFUE prévoient la possibilité d'adopter des restrictions spécifiques, mesures de sauvegarde ou urgentes nécessaires concernant les mouvements de capitaux et les paiements en provenance ou à destination de pays tiers. Les mesures nationales qui restreignent les mouvements de capitaux avec des pays tiers impliquant des investissements directs et existant au 31 décembre 1993 peuvent ainsi, en application de l'article 64, paragraphe 1, TFUE être maintenues. Tel est le cas du traitement fiscal moins avantageux de dividendes d'origine étrangère par rapport à ceux d'origine nationale qui existait déjà au 31 décembre 1993. L'article 64, paragraphe 1, s'interprète strictement : la mesure nationale doit porter sur les mouvements de capitaux ayant un lien suffisamment étroit avec la prestation de services financiers. La notion de restriction existant au 31 décembre 1993 s'étend aux mesures nouvelles identiques à la législation antérieure ou qui se bornent à réduire ou à supprimer un obstacle à l'exercice des droits et des libertés européennes figurant dans la législation antérieure. Le cadre juridique dans lequel s'insère la restriction doit avoir fait partie de l'ordre juridique de

l'État membre concerné d'une manière ininterrompue depuis cette date. Par ailleurs, le paragraphe 2 offre la possibilité au Conseil statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission d'adopter des mesures relatives aux mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers, lorsqu'ils impliquent des investissements directs, y compris les investissements immobiliers, l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés des capitaux. Les mesures constituant un retour en arrière sur le niveau de libéralisation des échanges existant avec les pays tiers concernés doivent toutefois être adoptées à l'unanimité.

CHAPITRE II Prohibition des restrictions à la liberté de circulation des capitaux

SECTION 1

Domaine de la prohibition

SECTION 2

Mesures discriminatoires ou indistinctement applicables

CHAPITRE II Prohibition des restrictions à la liberté de circulation des capitaux

PLAN

Pour être prohibée, la restriction :

- doit émaner d'une mesure restrictive de nature administrative ;
- peut être discriminatoire ou indistinctement applicable.

SECTION 1

Mesure restrictive de nature administrative

A RETENIR

Toute entrave, même d'importance mineure, à la libre circulation des capitaux est prohibée. Il suffit que la mesure restreigne, par son objet, la libre circulation, et il est indifférent que les bénéficiaires de la mesure aient fait usage du droit spécifique conféré.

Il en est ainsi de la réglementation qui impose aux fonds communs de placement établis dans d'autres États membres qui souhaitent vendre leurs parts sur le territoire national de se soumettre à une procédure d'autorisation sur ce territoire. Les effets restrictifs ne doivent cependant être ni trop aléatoires ni trop indirects pour constituer une entrave à la libre circulation des capitaux.

La mesure doit être imposée par un État agissant en tant qu'autorité publique.

EXEMPLES

Quand la mesure est-elle imposée par l'autorité publique ?

- lorsqu'il s'agit d'une mesure de nature réglementaire portant interdiction pour les résidents d'acquérir les titres d'un emprunt public souscrit par l'État membre à l'étranger ;
- en cas d'accord passé entre des opérateurs de droit privé formalisé par une loi ;
- en cas de création d'actions privilégiées attribuées à l'État par un opérateur historique de l'énergie privatisé ;
- lorsque les statuts d'une société, adoptés avant sa privatisation, confèrent des droits exorbitants à un État membre.

En revanche:

- une convention fiscale bilatérale conclue entre deux États membres n'est pas contraire à l'article 63 TFUE, dès lors que le droit européen ne prescrit pas de critères généraux pour la répartition des compétences entre les États membres s'agissant de l'élimination des doubles impositions à l'intérieur de l'Union.

SECTION 2

Mesure discriminatoire ou indistinctement applicable

Comme toute entrave à la libre circulation, les mouvements de capitaux ne peuvent faire l'objet de restrictions fondées sur la nationalité ou la résidence.

EXEMPLES**Quand se trouve-t-on en présence d'une mesure discriminatoire ?**

- lorsque la législation nationale dispense ses seuls ressortissants d'avoir à solliciter une autorisation administrative pour toute acquisition d'un bien foncier situé dans une zone du territoire national déclarée d'importance militaire ;
- lorsque la loi interdit aux investisseurs ressortissants d'un autre État membre d'acquérir plus d'un nombre défini d'actions dans certaines entreprises nationales ;
- lorsque la législation impose les plus-values de cession de parts de sociétés de capitaux étrangères dès que la participation au capital atteint 1 % alors qu'un seuil de 10 % est appliqué lorsque les plus-values concernent des sociétés de capitaux nationales ;
- en cas de refus d'exonération de dividendes d'actions de sociétés lorsqu'ils sont perçus auprès de sociétés établies dans un autre État membre ;
- lorsque la loi impose l'obligation, pour exercer son activité, de constituer une caution auprès d'un établissement de crédit ayant son siège ou une succursale sur le territoire national ;
- en cas de réservation d'un prélèvement libératoire aux contrats financiers ou d'assurance dont le débiteur est domicilié ou établi sur le territoire national ;
- en cas d'application aux seuls capitaux d'origine nationale d'un taux d'imposition réduit sur les revenus de capitaux ;
- en cas d'imposition plus lourde de l'actionnaire non-résident lorsque ses actions sont rachetées à l'occasion d'une réduction du capital social ;
- lorsque le calcul de l'avoir fiscal octroyé lors d'une distribution de dividendes par une société de capitaux est différent selon que cette société est établie dans ce même État ou dans un autre État membre ;
- en cas de différence de traitement des plus-values réalisées dans l'État membre selon qu'elles sont obtenues par des résidents ou des non-résidents alors qu'ils se trouvent dans une situation objectivement comparable ;
- lorsque la mesure instaure un traitement fiscal défavorable pour les revenus de capitaux et biens mobiliers perçus par les sociétés d'investissement non-résidentes ne disposant pas d'un établissement stable dans cet État membre.

Toute restriction, qui entrave la liberté de circulation des capitaux, même si elle s'applique indistinctement à tous les résidents de l'État membre, sans considération de leur nationalité, est illicite.

EXEMPLES

Quand une mesure non-discriminatoire est-elle néanmoins illicite?

- lorsqu'elle crée un régime général d'autorisation préalable;
- lorsqu'elle institue une action spécifique dans une société en faveur d'un État membre susceptible d'empêcher l'acquisition d'actions dans cette société et de dissuader les investisseurs d'autres États membres d'y effectuer leurs placements;
- lorsqu'elle oblige à recourir à la monnaie nationale dans des situations présentant une dimension européenne;
- lorsqu'elle réserve le bénéfice d'une absence d'imposition attachée aux prêts à ceux contractés sur le territoire national ou impose plus lourdement la succession immobilière prenant origine dans un autre État membre.

Le caractère non discriminatoire de ces mesures n'empêche pas leur incompatibilité avec le droit européen, dès lors que, même si elles ne créent pas de différence de traitement, elles dissuadent les non-ressortissants ou non-résidents d'user de leur liberté.

CHAPITRE III Limites à la prohibition

SECTION 1

Règle de raison

SECTION 2

Exceptions légales

- I. Différence de situation objective
- II. Efficacité des contrôles fiscaux/Lutte contre les activités illicites
- III. Ordre public et sécurité publique

CHAPITRE III Limites à la prohibition

Les entraves à la libre circulation des capitaux peuvent, dans certaines circonstances, être justifiées. Le Traité conserve ainsi aux États membres une compétence résiduelle, qui leur permet de distinguer les contribuables qui ne sont pas dans des situations objectives comparables ou de prendre les mesures indispensables pour lutter contre les infractions à leur législation, à condition que ces mesures ne constituent ni une restriction déguisée ni une discrimination arbitraire (art. 65 TFUE). À ces exceptions légales, s'ajoutent les dérogations jurisprudentielles tirées de l'existence de raisons impérieuses d'intérêt général. La mesure restrictive fondée sur un motif d'intérêt général, non discriminatoire et proportionnée à l'objectif poursuivi peut, au titre de la règle de raison, justifier une restriction à la libre circulation des capitaux. En outre, la Cour de justice a étendu, de manière implicite, à la liberté de circulation des capitaux la théorie de l'abus de droit qu'elle a déjà consacrée dans le domaine de la liberté de circulation des marchandises et de la liberté d'établissement. La nécessité d'empêcher une fraude fiscale peut ainsi permettre de justifier une restriction à la libre circulation des capitaux.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- les exceptions jurisprudentielles fondées sur la règle de raison ;
- les exceptions légales.

SECTION 1

Règle de raison

A RETENIR

Des restrictions au principe de libre circulation peuvent être admises si les règles nationales poursuivent de manière non discriminatoire un objectif d'intérêt général et respectent le principe de proportionnalité, d'autres mesures moins contraignantes ne permettant pas de parvenir au même résultat.

Si une procédure de simple déclaration ne permet pas nécessairement d'atteindre le but recherché par l'autorité publique qui recourt à une procédure d'autorisation préalable, elle peut, lorsqu'elle est assortie des instruments juridiques adéquats, justifier dans certaines circonstances la suppression de l'autorisation préalable, sans nuire à l'efficacité de l'action.

EXEMPLES

Quelles mesures ne sont pas couvertes par la règle de raison ?

- une procédure d'autorisation préalable qui n'est pas strictement indispensable pour atteindre le but d'aménagement du territoire poursuivi par la législation nationale en cause lorsqu'elle crée un risque de discrimination lié à l'obligation pour l'acquéreur d'apporter la preuve de l'usage futur du terrain, limite les possibilités

d'acquisition et d'exploitation aux agriculteurs exploitant eux-mêmes les terrains et y ayant leur résidence, ou sanctionne le dépôt tardif de la déclaration requise par l'annulation rétroactive automatique de la transaction foncière ;

- l'action spécifique introduite dans les statuts d'une société chargée du service postal universel à l'occasion de sa privatisation partielle, qui confère à l'État des droits spéciaux d'approbation préalable d'importantes décisions de gestion, car elle va au-delà de ce qui est nécessaire pour sauvegarder la solvabilité et la continuité de ce prestataire, dès lors que ces droits spéciaux ne se limitent pas aux activités du service postal universel et sont exercés sans motivation et sur la base d'aucun critère précis ;
- l'exonération des dividendes de portefeuille provenant de sociétés établies dans un État tiers partie à l'accord EEE, qui est soumise à l'existence avec cet État d'un accord complet d'assistance mutuelle, alors que seul un accord au niveau administratif est nécessaire pour vérifier le niveau d'imposition effectif de la société non résidente ;
- lorsque les restrictions à la libre circulation des capitaux qui sont justifiées par des raisons de nature purement économique.

Quelles sont les raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier une restriction ?

- la politique d'aménagement du territoire menée pour maintenir une population permanente et une activité économique sur le territoire de l'État membre concerné ;
- la nécessité de préserver une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres ;
- la lutte contre le risque d'évasion fiscale ou la double imposition ;
- la cohérence du régime fiscal ;
- la promotion de la culture ;
- la protection de l'environnement ;
- la protection de la santé publique ;
- la protection des travailleurs ;
- la protection des actionnaires minoritaires ;
- la garantie de la stabilité et de la sécurité des actifs administrés par les fonds de pension.

SECTION 2

Exceptions légales

PLAN

L'article 65 prévoit, en son paragraphe 1er, trois exceptions à la pleine application du principe de libre circulation des capitaux :

la différence de traitement fiscal des contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation ;

l'efficacité des contrôles fiscaux et la lutte contre les activités illicites ;

enfin, les motifs d'ordre public ou de sécurité publique.

Le paragraphe 2 permet également de limiter la liberté d'établissement dans une mesure compatible avec le Traité.

I. Différence de situation objective

A RETENIR

La différence de situation objective des contribuables autorise un traitement fiscal différent. Est objectivement différente la situation qui n'est pas comparable eu égard à la résidence ou au lieu où les capitaux sont investis. Cette exception est d'interprétation stricte.

Ainsi, des fonds de pension non résidents et des fonds de pension résidents qui ont pour finalité spécifique d'accumuler des capitaux par le biais d'investissements produisant un revenu sous la forme de dividendes afin de faire face à des obligations futures au titre de contrats d'assurance se trouvent dans une situation objectivement comparable, qui exclut l'instauration et le maintien d'un régime d'imposition discriminatoire pour les dividendes versés aux fonds de pension non résidents. Toute législation fiscale qui comporte une distinction entre les contribuables en fonction du lieu où ils résident ou de l'État membre dans lequel ils investissent leurs capitaux ne saurait être considérée comme compatible avec le Traité. Dès lors, la législation nationale qui applique la méthode d'exonération aux dividendes d'origine nationale et la méthode d'imputation aux dividendes d'origine étrangère constitue une restriction aux mouvements de capitaux lorsque, au regard de cette règle fiscale visant à prévenir la double imposition économique des bénéfices distribués, la différence de traitement fiscal entre les deux catégories de dividendes n'est pas justifiée par une différence de situation pertinente, la situation d'une société actionnaire percevant des dividendes d'origine étrangère étant comparable à celle d'une société actionnaire percevant des dividendes d'origine nationale dans la mesure où, dans les deux cas, les bénéfices réalisés sont, en principe, susceptibles de faire l'objet d'une imposition en chaîne. En revanche, des différences objectives peuvent résider dans la source des revenus ou la situation du contribuable.

II. Efficacité des contrôles fiscaux/Lutte contre les activités illicites

A RETENIR

Au termes de l'article 65, paragraphe 1, b), les États membres peuvent «prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers, et prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique».

Si le texte ne vise explicitement que la matière fiscale ou le contrôle prudentiel, l'emploi de l'adverbe «notamment» a permis à la Cour de justice de l'appliquer à toutes les mesures nationales prises afin de lutter contre les activités illicites d'une gravité comparable, telles que le blanchiment d'argent, le trafic de stupéfiants ou le terrorisme. Ainsi, une réglementation nationale peut subordonner l'exportation vers des pays tiers de pièces, de billets de banque ou de chèques au porteur, non à une autorisation préalable, mais à une déclaration préalable rendant compte de la nature de l'opération envisagée et de l'identité du déclarant, obligeant les autorités compétentes à procéder à un examen rapide de la déclaration et leur permettant d'effectuer en temps utile des investigations et d'infliger des sanctions. De même, est licite la réglementation qui prévoit de n'accorder d'exonération d'impôt sur le revenu de dividendes que si la société distributrice est établie dans un État membre de l'EEE ou dans un État avec lequel une convention fiscale prévoyant l'échange de renseignements a été conclue, dès lors que le contrôle du respect des conditions de l'exonération implique de solliciter des informations de l'État où la société est établie. Mais un État ne saurait interdire à ses résidents d'acquérir les titres d'un emprunt public souscrit par lui sur le marché des euro-obligations. Il ne peut pas non plus, au nom de la lutte contre l'évasion et la fraude fiscales, adopter des mesures visant de manière générale toute situation dans laquelle les pertes de revenus proviennent d'un immeuble sis dans un autre État membre.

III. Ordre public et sécurité publique

A RETENIR

Les États membres peuvent, pour justifier une entrave à la libre circulation des capitaux, invoquer l'ordre public en cas de menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société.

Le maintien de la sécurité des approvisionnements en produits pétroliers en cas de crise, des approvisionnements en électricité et en gaz, ou des services de télécommunications peut ainsi justifier une restriction à la liberté de circulation des capitaux. En revanche, les régimes d'autorisation préalable ne sont pas admis par la Cour de justice qui les juge disproportionnés et leur préfère les régimes d'opposition. Les exigences tirées de la sécurité publique doivent être entendues strictement. Elles ne peuvent fonder une dérogation au principe de libre circulation qu'à la condition de respecter le principe de proportionnalité.

TABLE ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux pages

A

Abus de droit (théorie de l'), 32 s., 77, 165.
 Accès et exercice de l'activité, 72 s.
 Action des associations (clauses abusives), 139.
 Activités économiques, 51 s., 59.
 Activités indépendantes, 60.
 Activités judiciaires ou extrajudiciaires (avocats), 103.
 Aides d'État, 19.
 Aménagement des monopoles nationaux à caractère commercial, 5, 18.
 Appellation d'origine, 49.
 Augmentations et diminutions de capital (sociétés), 118.
 Autorité publique (exercice), 77, 84.
 Avocats, 100 s. Liberté d'établissement, 104. Libre prestation de services, 102.

B

Banque (directives), 96 s.

C

Cassid de Dijon (arrêt), 22, 26, 33 s., 78.
 Clauses abusives, 135.
 Clauses grises, 138.
 Comptes annuels (sociétés), 113.
 Comptes consolidés (sociétés), 115.
 Consommateur (notion de), 136.
 Consommateurs (protection des), 124 s.
 Contrats négociés à distance, 142 s.
 Contrôle légal des comptes (sociétés), 116.

D

Dassonville (arrêt), 24, 27.
 Défaut de conformité, 146.
 Déséquilibre significatif (clauses abusives), 137.
 Dessins et modèles, 45 s.
 Directive Reconnaissance, 87.
 Directives Avocats, 100 s.
 Directives Banque, 96 s.

Directives d'harmonisation, 110, 127, 129, 135, 149.
 Directives de libération, 87 s., 96, 100.
 Directives sectorielles, 87, 102, 131.
 Directive services, 89 s.
 Discriminations à rebours. Libre circulation des marchandises, 21. Libre circulation des personnes et des services, 61.
 Droits d'auteur et droits voisins, 47, 49.
 Droit de douane, 5, 9, 13, 39.
 Droit de rétractation, 143 s.
 Droits fondamentaux, 2, 32.

E

Effet direct, 66.
 Efficacité des contrôles fiscaux, 168.
 Environnement (protection), 31 s., 37, 81, 95.
 Etablissement principal ou secondaire, 58.
 Épuisement des droits (théorie), 46.
 État tiers, 10, 56, 72, 157.
 Exceptions légales, 38, 81, 167.

F

Fonction essentielle du droit de propriété intellectuelle, 47.
 Fusions, 120 s.
 Fusions nationales ou transfrontalières, 121.

G

Gouvernance d'entreprise, 113 s.

H

Harmonisation minimale ou maximale, 17, 67.

I

Indications de provenance, 49.

K

Keck et Mithouard (arrêt), 26 s.

L

Liberté d'établissement, 12, 52 s., 62 s.

Libre circulation des capitaux, 50, 64, 155 s.

Libre circulation des marchandises, 5 s., 54.

Libre circulation des personnes et des services, 51 s., 157.

Libre circulation des travailleurs, 62.

Libre prestation de services, 11, 52 s., 64, 88, 95, 98, 102.

Loyauté des transactions commerciales, 26, 36.

Lutte contre les activités illicites, 168.

M

Marchandises européennes, 8 s.

Marché intérieur, 4.

Marque, 45 s., 48, 128, 133.

Mesures discriminatoires ou non discriminatoires, 25, 68.

Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'exportation, 29.

Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation, 24.

Mesures indistinctement applicables, 33, 70, 78.

Monopoles nationaux à caractère commercial (aménagement), 5, 18.

Moralité publique, 38, 41.

N

Non-discrimination en raison de la nationalité, 19, 62, 68, 71, 93, 162.

Non-discrimination en raison de la résidence, 68, 94, 162.

Nullité de la société, 112.

O

Objet spécifique du droit de propriété intellectuelle, 46.

Obligation générale de sécurité, 153.

Opérations de croissance externe, 120.

Ordre public, 41, 82, 168.

Organisation commune de marché, 18.

Outre-mer, 13 s., 56, 158.

P

Personnes physiques, 55, 71.
Personnes morales, 57.
Pratiques agressives, 134.
Pratiques commerciales trompeuses, 131 s.
Pratiques commerciales déloyales, 129 s.
Principe de libre circulation, 5.
Principe de non-discrimination, 52, 55, 60, 68 s., 94.
Principe de précaution, 32, 43.
Principe de reconnaissance mutuelle, 22, 87, 96 s., 110.
Principe de subsidiarité, 22, 54, 64, 157.
Principe du traitement national, 51 s., 58, 68, 71.
Principes généraux du droit, 32, 77.
Procédure d'alerte (libre circulation des marchandises), 5.
Produits en libre pratique, 9 s.
Produits licites, 10.
Produits originaires, 9.
Prohibition des impositions intérieures, 5.
Prohibition des mesures d'effet équivalent, 16.
Prohibition des restrictions à la liberté d'établissement et de prestation de services, 66.
Prohibition des restrictions à la libre circulation des capitaux, 161.
Propriété intellectuelle, 45, 81.
Protection de l'environnement, 18, 37, 81, 166.
Protection des animaux et des végétaux, 44.
Protection des travailleurs, 81, 166.
Publicité comparative, 126 s.
Publicité légale (sociétés), 111.
Publicité trompeuse, 125 s.

R

Raisons impérieuses, 22, 66, 80, 166
Reconnaissance des diplômes, 87.
Reconnaissance mutuelle, 20, 27 s., 103, 116 s.
Règle de raison. Libre circulation des capitaux, 165. Libre circulation des marchandises, 33. Libre circulation

des personnes et des services, 78.

Règles déontologiques (avocats), 103, 105.

Responsabilité du fait des produits défectueux, 148 s.

S

Santé et vie des personnes, 31, 42.
Scissions (sociétés), 123 s.
Sécurité générale des produits, 152.
Sécurité juridique, 77, 110, 112, 122.
Sécurité publique, 22, 41, 80, 82, 168.
Services (Directive), 89 s.
Services financiers, 96, 124, 131, 142, 158.
Situations purement internes. Libre circulation des capitaux, 158. Libre circulation des marchandises, 21. Libre circulation des personnes et des services, 61.
Sociétés/groupements, 110 s.
Société unipersonnelle, 120.
Subsidiarité (principe de), 22.
Surveillance prudentielle (directive banque), 96, 99.

T

Taxe d'effet équivalent, 5.
Territoire douanier, 9 s.
Théorie de l'épuisement des droits, 46 s.
Titre professionnel d'origine (avocats), 102 s., 105.
Traitement national, 51 s., 58, 68, 71.
Transactions commerciales (loyauté), 26, 36.
Transfert d'entreprise, 57, 111.
Transit européen, 10.
Trésors nationaux, 11, 44.

U

Union douanière, 4, 12.

V

Validité des engagements sociaux, 112.
Ventes à distance, 142.
Vente et garantie des biens de consommation, 145.
Ventes transfrontalières, 142.

TABLE ANALYTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de pages

TITRE I	
Libre circulation des marchandises	21
CHAPITRE I Champ d'application	8
SECTION 1	
Champ d'application <i>rationae materiae</i>	8
I. Marchandises européennes	8
A. Notion de marchandises	8
B. Produits originaires et produits en libre pratique	9
C. Produits licites	10
II. Transit européen	10
III. Relations avec les autres règles du Traité	11
A. Libre prestation de services	11
B. Liberté d'établissement	12
SECTION 2	
Champ d'application <i>rationae loci</i>	12
I. États tiers	12
II. Territoire européen	13
III. Pays et territoires d'outre-mer	13
IV. Départements d'outre-mer	14
CHAPITRE II Prohibition des mesures d'effet équivalent	16
SECTION 1	
Domaine de la prohibition	16
I. Existence d'autres règles européennes	17
A. Harmonisation européenne	17
B. Organisation commune de marché.	18
C. Rapports avec d'autres dispositions du Traité.	18
1. Principe général de non-discrimination	19
2. Entraves de nature fiscale	19
3. Aides d'État/Entreprises chargées d'une mission de service public	19
4. Obligation de coopération des États membres	19
II. Mesure étatique ou européenne	20
A. Origine de la mesure.	20
B. Caractéristiques/forme de la mesure.	20
III. Situations purement internes	21
A. Notion	21
B. Discriminations à rebours.	21
IV. Reconnaissance mutuelle	22
A. Fondement	22
B. Procédure relative à l'application de certaines règles techniques nationales	22
SECTION 2	
Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation	24
I. Mesures discriminatoires	25
II. Mesures indistinctement applicables	25
A. Principe	26
B. Mesures concernant les caractéristiques du produit	27
C. Mesures concernant l'usage du produit	28
D. Mesures concernant les modalités de vente.	28
SECTION 3	
Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'exportation	29
CHAPITRE III Limites à la prohibition	32
SECTION 1	
Règle de raison	33
I. Principe	33
A. Mesures indistinctement applicables	33
B. Exigences impératives	34
II. Applications	35
A. Protection des consommateurs	35
B. Loyauté des transactions commerciales	36
C. Protection de l'environnement	37
SECTION 2	
Exceptions légales	38
I. Le système de l'article 36	38
A. Portée	38
B. Principe d'interprétation stricte	39
C. Test de proportionnalité	39
II. Typologie des exceptions	40
A. Moralité publique	41
B. Ordre public et sécurité publique	41
C. Santé et vie des personnes	42
D. Protection des animaux et des végétaux	44
E. Trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique	44
F. Protection de la propriété industrielle et	

commerciale	45
1. Objet spécifique des droits de propriété intellectuelle	46
2. Fonction essentielle des droits de propriété intellectuelle	47
a. Brevets	48
b. Marques	48
c. Droits d'auteur/Droits voisins	49
d. Appellations d'origine/Indications de provenance	49

TITRE II

Libre circulation des personnes et des services

CHAPITRE I Champ d'application	52
SECTION 1	
Personnes	54
I. Personnes physiques	55
A. Ressortissants d'un État membre	55
B. Ressortissants d'un État tiers	56
II. Personnes morales	57
A. Siège statutaire à l'intérieur de l'Union	57
B. Établissement principal ou secondaire.	58
SECTION 2	
Activités	59
I. Activités économiques	59
II. Activités indépendantes	60
SECTION 3	
Situations purement internes	61
SECTION 4	
Relations avec les autres règles du Traité	62
I. Non-discrimination en raison de la nationalité	62
II. Libre circulation des travailleurs	62
III. Libre circulation des capitaux	64
CHAPITRE II Prohibition des restrictions à la liberté d'établissement et de prestation de services	66
SECTION 1	
Domaine de la prohibition	66
I. Harmonisation européenne	67
II. Mesure étatique	67
SECTION 2	
Mesures prohibées	68

I. Principe de non-discrimination	68
A. Mesures discriminatoires	68
B. Mesures indistinctement applicables	70
II. Mise en œuvre du principe de non-discrimination	71
A. Entrée et séjour	71
B. Accès à l'activité	72
C. Exercice de l'activité	73

CHAPITRE III Limites à la prohibition

SECTION 1	
Règle de raison	78
I. Mesures indistinctement applicables	78
II. Raisons impérieuses	80
SECTION 2	
Exceptions légales	81
I. Ordre public, sécurité publique et santé publique	82
II. Participation à l'exercice de l'autorité publique	84

CHAPITRE IV Directives de libération

SECTION 1	
Directive Reconnaissance	87
SECTION 2	
Directive Services	89
I. Champ d'application	89
II. Relations avec les autres dispositions européennes	91
III. Simplification administrative	91
IV. Régime d'autorisation	92
V. Exigences et dérogations	92
A. Exigences interdites <i>per se</i>	93
B. Exigences soumises à évaluation	94
C. Dérogations et limites	95

SECTION 3	
Directives Banque	96
I. Conditions d'accès à l'activité et de son exercice	97
II. Libre établissement et libre prestation de services	98
A. Liberté d'établissement	98
B. Liberté de prestation de services	98
C. Surveillance prudentielle	99

SECTION 4		E. Appréciation du caractère abusif par le juge national	140
Directives Avocats	100	V. Contrats négociés à distance	142
I. Libre prestation de services	102	A. Information précontractuelle	143
II. Liberté d'établissement	104	B. Droit de rétractation	144
A. Inscription	104	VI. Vente et garantie des biens de consommation	145
B. Exercice sous le titre professionnel d'origine	105	VII. Responsabilité du fait des produits défectueux	148
C. Règles déontologiques et procédure disciplinaire	105	A. Principe de responsabilité du producteur	149
D. Exercice en groupe	106	B. Réparation du dommage	150
E. Assimilation à l'avocat de l'État d'accueil	106	C. Causes d'exonération	150
CHAPITRE V Directives d'harmonisation	110	VIII. Sécurité générale des produits	152
SECTION 1		A. Champ d'application	152
Directives Sociétés	110	B. Mise en œuvre	153
I. Publicité légale	111	TITRE III	
II. Validité des engagements sociaux et nullité de la société	112	Libre circulation des capitaux	
III. Gouvernance de l'entreprise	113	CHAPITRE I Champ d'application	156
A. Comptes annuels	113	SECTION 1	
B. Comptes consolidés	115	Mouvements de capitaux	156
C. Contrôle légal des comptes	116	SECTION 2	
IV. Augmentations et diminutions de capital	118	Relations avec les autres règles du Traité	157
V. Société unipersonnelle	120	SECTION 3	
VI. Opérations de croissance externe	120	Champ d'application <i>ratione loci</i>	158
A. Fusions nationales et transfrontalières	121	I. États membres	158
B. Scissions	123	II. Situations purement internes	158
SECTION 2		III. Pays tiers	158
Directives Consommation	124	CHAPITRE II Prohibition des restrictions à la liberté de circulation des capitaux	161
I. Publicité trompeuse	125	SECTION 1	
II. Publicité comparative	126	Mesure restrictive de nature administrative	161
A. Champ d'application	126	SECTION 2	
B. Conditions de licéité	127	Mesure discriminatoire ou indistinctement applicable	162
C. Appréciation de la publicité	128	CHAPITRE III Limites à la prohibition	165
III. Pratiques commerciales déloyales	129	SECTION 1	
A. Champ d'application	129	Règle de raison	165
B. Pratiques commerciales trompeuses	131	SECTION 2	
1. Actions trompeuses	132	Exceptions légales	167
2. Omissions trompeuses	133	I. Différence de situation objective	167
C. Pratiques agressives	134		
IV. Clauses abusives	135		
A. Domaine d'application	135		
B. Définition	137		
C. Action des associations	139		
D. Compétence du juge européen	140		

II. Efficacité des contrôles fiscaux/Lutte contre
les activités illicites 168

III. Ordre public et sécurité publique

168