



Mise à jour Droit du marché intérieur – JuriStrateg

DROIT DU MARCHÉ INTÉRIEUR

MISE A JOUR NOVEMBRE 2018



Les mises à jour apparaissent en rouge



Chapitre 1 Libre circulation des marchandises

Section 6 Remboursement des taxes et impositions indûment perçues

59. Étendue du remboursement.

Le droit à restitution vise l'intégralité des sommes versées à compter de la mise en œuvre de la mesure nationale dont l'application est illicite. L'État membre débiteur peut toutefois se prévaloir du principe de sécurité juridique afin de limiter son obligation de remboursement aux sommes versées à compter de l'arrêt prononçant l'interdiction de la mesure¹. Les intérêts octroyés lors de la restitution de la taxe ne peuvent en revanche être limités à ceux courant à compter du jour suivant la date de demande de restitution de cette taxe².

En application de la théorie de l'enrichissement sans cause, l'État peut, en outre, s'exonérer de son obligation de remboursement lorsque le coût de la taxe a été répercuté sur un autre opérateur, qu'il s'agisse du consommateur final ou d'un opérateur situé en aval³ : la répercussion du montant des taxes sur le consommateur final à travers le prix de vente limite le droit au remboursement de l'opérateur économique qui percevrait sinon le remboursement d'une taxe supportée en dernier lieu par ses propres clients. Cependant, la répercussion totale d'une taxe sur le consommateur, du fait d'une incorporation dans le prix des marchandises, ne neutralise pas nécessairement les effets économiques de l'imposition sur l'assujetti, qui peut subir un préjudice lié à une augmentation des prix et une diminution corrélative du volume de ses ventes⁴. Aussi, la législation nationale qui s'oppose au remboursement de la taxe au seul motif que celle-ci a été intégrée dans le prix de vente au détail pratiqué et donc répercutée sur des tiers, est-elle incompatible avec le droit européen⁵. **Par ailleurs, l'éventuelle méconnaissance de l'obligation, découlant de la législation nationale, de répercuter la taxe sur le prix final du produit**

¹ V. pour un exemple s'agissant de l'octroi de mer : CJCE, 16 juillet 1992, Administration des douanes c. Léopold Legros, aff. C-163-90, LawLex200500006299JBJ, Europe, 1992, n° 310 ; RMCUE, 1993, 129, obs. PERROT ; JDI, 1993, 400, obs. SIMON ; JDI, 1993, 414, obs. BERR.

² CJUE, 18 avril 2013, Mariana Irimie, aff. C-565-11, LawLex20130000650JBJ, Europe, 2013, n°253, obs. GAZIN.

³ CJCE, 27 février 1980, Hans Just I/S c. Ministère danois des Impôts et Accises, aff. 68-79, LawLex200500006258JBJ (concernant des mesures d'impositions intérieures discriminatoires) ; 9 novembre 1983, Administration des finances italienne c. San Giorgio, aff. 199-82, LawLex200400003019JBJ ; Gaz. Pal., 1984, 3, 114, obs. VEROONE ; Cah. dr. eur., 1985, 37, obs. WAELBROECK (concernant des taxes d'effet équivalent à des droits de douane) ; V. égal. CJCE, 2 octobre 2003, Weber's Wine World Handels, aff. C-147-01, LawLex200500006161JBJ, Europe, 2003, n° 378, obs. SIMON ; JDI, 2004, 559, obs. MEDHI : qui précise que l'État demeure tenu au remboursement du montant non répercuté en cas de répercussion seulement partielle de la taxe ; DUPONT-LASSALLE, Répétition de l'indu (à propos de CJUE, 16 mai 2013, Alakor Gabonatermelo és Forgalmazó Kft, aff. C-191-12), Europe, 2013, n°295.

⁴ CJCE, 21 septembre 2000, Kapniki Michaïlidis c. IKA, aff. C-441-98, LawLex200500006084JBJ.

⁵ CJCE, 2 octobre 2003, Weber's Wine World Handels, aff. C-147-01, LawLex200500006161JBJ.



Mise à jour Droit du marché intérieur – JuriStrateg

concerné n'a pas d'incidence sur le droit au remboursement, qui trouve son fondement dans le droit de l'Union, et qui ne saurait dès lors être refusé pour un motif tiré du droit national : le contribuable, qui a effectivement supporté la charge d'une taxe d'effet équivalent, doit pouvoir obtenir le remboursement des sommes qu'il a versées à ce titre, même dans une situation où le mécanisme de paiement de la taxe a été conçu, dans la législation nationale, de telle manière que cette taxe soit répercutée sur le consommateur⁶.

La preuve de la non-répercussion de la taxe indûment perçue sur d'autres opérateurs ne peut peser sur celui qui se prévaut de son droit au remboursement. La législation nationale qui subordonne l'action en remboursement à la preuve de l'absence de répercussion est contraire au principe d'effectivité⁷. Enfin, l'existence d'une obligation légale pour l'assujetti d'incorporer la taxe dans le prix de revient ne permet pas de présumer que la totalité de la charge de la taxe a été répercutée, même dans le cas où la violation d'une telle obligation entraînerait une sanction. La question de la répercussion effective, partielle ou totale, constitue une question de fait qui relève de la compétence du juge national, libre dans l'appréciation des preuves⁸.

⁶ CJUE, 1er mars 2018, SC Petrotel-Lukoil SA, Maria Magdalena Georgescu c. Ministerul Economiei, Ministerul Energiei, Ministerul Finantelor Publice, aff. C-76-17, LawLex20180000350JBJ.

⁷ CJCE, 9 février 1999, Dilexport c. Administration des finances italienne, aff. C-343-96, LawLex200500006165JBJ, AJDA, 1999, 311, obs. CHAVRIER, LEGAL, de BERGUES.

⁸ CJCE, 14 janvier 1997, Société Comateb et a., aff. C-192-95, LawLex200500006484JBJ.



Chapitre 2 Libre circulation des personnes et des services

Section 1 Champ d'application

I. Personnes

B. Personnes morales

72. Siège statutaire à l'intérieur de l'Union⁹.

Aux termes de l'article 54 TFUE, les sociétés constituées en conformité avec la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire¹⁰, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées aux personnes physiques ressortissantes des États membres¹¹. 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, un État membre d'établissement ne peut appliquer un traitement différent du seul fait que le siège d'une société est situé dans un autre État membre¹². Il ne peut ainsi dénier la capacité juridique à une société constituée conformément au droit d'un autre État membre dans lequel elle a son siège statutaire au motif qu'elle a transféré son siège effectif sur son

⁹ V. LOUSSOUARN, Le droit d'établissement des sociétés, RTD eur., 1990, 229 ; KEELING et SHIPWRIGHT, Some taxing problems concerning non-discrimination and the EC Treaty, ELR, December 1995, 20/580 ; BERNARDEAU, Droit européen d'établissement et transfert du siège des sociétés, Gaz. Pal., 12 juillet 2003, n° 193, 38 ; GINTER, Groupes de sociétés : incompatibilité de certains régimes nationaux d'imposition avec le principe de liberté d'établissement, Bulletin Joly Sociétés, 1er février 2003, n° 2, 147 ; WYMEERSCH, The transfer of the company's seat in European company law, CMLR, June 2003, 40/661 ; BOUTEMY et MEIER, Remontée transfrontalière des pertes et liberté d'établissement, LPA, 15 avril 2005, n° 75, 3 ; AUTENNE et DE WOLF, La mobilité transfrontalière des sociétés en droit européen : le cas particulier du transfert de siège social. Regards croisés de droit des sociétés et de droit fiscal, Cah. dr. eur., 2007, 647 ; PERROTIN, Intégration fiscale et liberté d'établissement, LPA, 6 octobre 2008, n° 200, 3 ; DAMMANN, Le droit international privé des sociétés face à la liberté d'établissement, Bulletin Joly Sociétés, 1er juin 2009, n° 6, 593 ; NOURISSAT, Restrictions à la liberté d'établissement et ouverture du capital des sociétés professionnelles, Defrénois, 30 septembre 2009, n° 16, 696 ; JOHNSTON et SYRPIS, Regulatory competition in European company law after Cartesio, ELR, June 2009, 34/378 ; SANTORO, L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio, RID éco., 2010, 351 ; CATHIARD, PORRACHIA, BIERMEYER, Regard sur le transfert transfrontalier du siège des sociétés : une avancée, RLDA, novembre 2012, 10 ; CATHIARD, Le transfert transfrontalier du siège social des sociétés européennes. Une procédure qui a désormais fait ses preuves : aperçu de la pratique, JCP E, 2012, 212 ; MASTRULLO, La consécration du droit à la transformation transfrontalière des sociétés dans l'Union européenne, JCP E, 2012, 1547 ; VERMEYLEN, Arrêt "Vale Epitési" : la mobilité transfrontalière du siège statutaire est-elle un droit ?, JDE, 2012, 276 ; COOLS, Symposium Discussion Report: The Transfer of Seat, ECLR, 2013, 268 ; LOMBARDO, Some reflections on freedom of establishment of non-profit entities in the European Union, Eur. Bus. Org. Law Rev., 2013, 225 ; VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, Libre circulation des sociétés en Europe : concurrence ou convergences des modèles juridiques, RTD eur., 2014, 7.

¹⁰ Le siège statutaire n'étant pas celui adopté par les premiers signataires du Traité de Rome, le Conseil avait exposé dans son programme général une condition supplémentaire - un lien économique effectif avec l'État membre concerné - pour pouvoir bénéficier de la liberté d'établissement secondaire. La jurisprudence considère aujourd'hui que le rattachement d'une société à un État résulte de la seule conformité à la législation de constitution, V. CJCE, 5 novembre 2002, Überseering c. Nordic Construction Company Baumanagement, aff. C-208-00, LawLex200500007033JBJ.

¹¹ Le paragraphe 2 précise que par sociétés, il faut entendre 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.

¹² CJCE, 28 janvier 1986, Commission c. France, aff. 270-83, LawLex200500007110JBJ, JDF, 1986, 185 ; JDF, 1987, 65, obs. GLINEUR ; RTD eur., 1987, 105, obs. BERLIN ; JDI, 1987, 442, obs. BOUTARD-LABARDE.



Mise à jour Droit du marché intérieur – JuriStrateg

territoire, sauf à se reconstituer selon le droit de cet État¹³, ni soumettre la reconnaissance de la personnalité civile ou juridique d'une association à la présence d'un associé de nationalité de cet État dans l'administration de cette structure ou une présence minimale majoritaire d'associés de cette nationalité¹⁴.

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'origine¹⁵. 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 juridique¹⁶. En l'absence d'une définition uniforme donnée par le droit européen des sociétés qui peuvent bénéficier du droit d'établissement en fonction d'un critère de rattachement unique déterminant le droit national applicable à une société¹⁷, un État membre dispose tant de la faculté de définir le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon son droit national, que de la possibilité de ne pas permettre à une société relevant de son droit national de conserver cette qualité lorsqu'elle entend se réorganiser dans un autre État membre par le déplacement de son siège sur le territoire de ce dernier¹⁸. Un État membre ne peut

¹³ Avec pour conséquence que la société ne peut, dans l'État membre d'accueil, ester en justice pour défendre ses droits, CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering c. Nordic Construction Company Baumanagement*, aff. C-208-00, LawLex200500007033JBJ.

¹⁴ CJCE, 29 juin 1999, *Commission c. Belgique*, aff. C-172-98, LawLex200600002252JBJ, Europe, 1999, n°298, obs. IDOT.

¹⁵ CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail and General Trust*, aff. 81-87, LawLex200500007028JBJ, RTD eur., 1990, 358 ; 3 octobre 2000, *Corsten*, aff. C-58-98, LawLex200500006502JBJ, Europe, 2000, 389. Cependant, une société conserve le bénéfice des dispositions de l'article 49 TFUE lorsqu'elle transfère le siège de direction effective dans un autre État membre, sans que ce transfert affecte sa qualité de société dans le premier État membre : CJUE, 29 novembre 2011, *National Grid Indus BV*, aff. C-371-10, LawLex201100001849JBJ, Europe 2012, n° 25, obs. IDOT ; D. 2012, 784, note KOVAR ; RTD eur. 2012, 226, obs. SIBONY ; JDE, 2012, 109, note AUTENNE.

¹⁶ CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering c. Nordic Construction Company Baumanagement*, aff. C-208-00, LawLex200500007033JBJ.

¹⁷ CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail and General Trust*, aff. 81-87, LawLex200500007028JBJ, RTD eur., 1990, 358 ; 3 octobre 2000, *Corsten*, aff. C-58-98, LawLex200500006502JBJ, Europe, 2000, n°389.

¹⁸ CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, aff. C-210-06, LawLex200800002230JBJ, RLDA, 2009-36, n° 2158, obs. KOROM ; Europe, 2009, n° 64, obs. MOSBRUCKER et n° 82, obs. IDOT ; RJDA, 2009, n° 295 ; JCP G, 2009, II, 10027 et JCP E, 2009, n° 1208, obs. MENJUCQ ; Gaz. Pal., 22-24 mars 2009, 12, obs. MASTRULLO ; RDUE, 2009, 119, obs. FREITAS DA COSTA ; JDI, 2009, 685.



toutefois ni adopter ni maintenir une réglementation qui prévoit l'imposition des plus-values non réalisées lors du transfert d'une entreprise ou lors du transfert du siège social statutaire ou réel d'une société dans un autre État membre sans contrevenir à ses obligations au regard de l'article 49 TFUE¹⁹. De même, les articles 49 et 54 TFUE s'opposent à une réglementation d'un État membre qui subordonne le transfert du siège statutaire d'une société constituée en vertu du droit d'un État membre, aux fins de sa transformation en une société qui relève de son droit en conformité avec sa législation, à la liquidation de la première société²⁰.

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 transfert²¹.

Les dispositions relatives à la liberté d'établissement ne peuvent, **en revanche**, être invoquées par une société établie dans un État tiers²².

III. Situations purement internes

76. Notion.

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 européen²³.

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". L'article 56 interdit les

¹⁹ CJUE, 31 janvier 2013, Commission c. Royaume de Pays-Bas, aff. C-301-11, LawLex20130000191JBJ ; CJUE, 25 avril 2013, Commission européenne c. Royaume d'Espagne, aff. C-64-11, LawLex20130000717JBJ, Europe, 2013, n°266, obs. DUPONT-LASSALLE, la liberté d'établissement est applicable 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 cette société transfère son siège statutaire et sa direction effective hors du territoire du premier État ou si elle transfère des actifs d'un établissement stable situé sur le territoire de ce premier État vers un autre État membre.

²⁰ CJUE, 25 octobre 2017, Polbud - Wykonawstwo, LawLex201700001721JBJ.

²¹ CJUE, 21 mai 2015, Verder LabTec GmbH & Co, aff. C-657-13, LawLex20150000640JBJ.

²² CJCE, 3 octobre 2006, Fidium Finanz c. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, aff. C-452-04, LawLex20070000247JBJ, Cah. dr. eur., 2007-1, 213, obs. ZYLBERSTEIN, Europe, 2004, n° 369, obs. KAUFF-GAZIN ; 6 novembre 2007, Stahlwerk Ergste Westig GmbH c. Finanzamt Düsseldorf-Mettmann, aff. C-415-06, LawLex20090000429JBJ, Europe, 2008, n°6, obs. IDOT.

²³ CJCE, 1er avril 2008, Gouvernement de la Communauté française c. Gouvernement flamand, aff. C-212-06, LawLex20080000352JBJ ; 19 mars 1992, Batista Morais, aff. C-60-91, LawLex200600002315JBJ, Europe, 1996, n° 245 ; 27 octobre 1982, Morson c. Pays-Bas, aff. 35-82, LawLex200500007047JBJ, RTD eur., 1984, 292, obs. DRUESNE.



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 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 internes²⁴. 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 au profit de personnes établies au Royaume-Uni²⁵.

Section 3 Limites à la prohibition

I. Règle de raison

92. Mesures indistinctement applicables.

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

²⁴ CJCE, 18 mars 1980, *Procureur du Roi c. Debauve*, aff. 52-79, LawLex200500006672JBJ, RD intell., 1981, 1, obs. DEFALQUE ; V. égal. CJCE, 3 octobre 1990, *Eleonora Nino*, aff. C-54-88, LawLex200500006787JBJ, JDI, 1991, 471, obs. BOUTARD-LABARDE, concernant une situation purement interne où tous les prévenus sont des ressortissants italiens, résidant en Italie, ayant obtenu leurs qualifications professionnelles en Italie et ayant été poursuivis sur le fondement de dispositions du Code pénal italien suite à des interventions effectuées sur le territoire italien ; 9 septembre 1999, *RI.SAN. c. Comune di Ischia*, aff. C-108-98, LawLex200600002266JBJ, Europe, 1996, n° 77, qui précise que l'article 51 TFUE, en tant que dérogation aux dispositions du Traité CE relatives à la liberté d'établissement, est inapplicable dans une situation dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre ; 30 novembre 1995, *Esso Española c. Comunidad Autónoma de Canarias*, aff. C-134-94, LawLex200600002267JBJ, Europe, 1996, n° 29 ; Europe, 1996, n° 21, obs. LAGONDET ; JDI, 1997, 550, obs. LUBY, s'agissant d'une situation purement interne relative à l'élargissement à l'intérieur du territoire d'un État membre de l'activité d'une société ayant son siège dans ce même État et y exerçant son activité ; 20 avril 1988, *Bekaert*, aff. 204-87, LawLex20080000666JBJ, s'agissant d'un ressortissant d'un État membre qui n'aurait jamais résidé ou travaillé dans un autre État membre ; 16 novembre 1995, *Openbaar Ministerie c. Geert Van Buynder*, aff. C-152-94, LawLex200500006807JBJ, Europe, 1996, n° 28, relative à une procédure qui concerne un ressortissant belge, résidant en Belgique, souhaitant exercer une activité professionnelle non salariée en Belgique et ne soutenant pas avoir acquis dans un autre État membre les qualifications professionnelles requises pour l'exercice de cette activité ; 14 juillet 1994, *Peralta*, aff. C-379-92, LawLex200203505JBJ, Europe, 1994, n° 364, obs. RIGAUX ; Europe, 1994, n° 378, obs. IDOT ; Gaz. Pal., 1995, 25, obs. HUGLO ; RTD eur., 1995, 827, obs. HUGLO, concernant les règles techniques imposées par un État membre à des entreprises de transport maritime établies sur son territoire et exploitant des bateaux battant son pavillon ; 8 décembre 1987, *Ministère public c. Gauchard*, aff. 20-87, LawLex200500006987JBJ, JCP G, 1988, II, 21138, obs. BOUTARD-LABARDE ; JDI, 1988, 511 ; Gaz. Pal., 1988, 1, 285, s'agissant d'une société française exploitant un supermarché établi en France et dont le gérant incriminé est de nationalité française et réside en France ; 1er avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française c. Gouvernement flamand*, aff. C-212-06, LawLex20080000352JBJ, concernant la réglementation d'une entité fédérée d'un État membre qui limite l'affiliation à un régime d'assurance soins aux personnes résidant sur le territoire relevant de la compétence de cette entité à l'exclusion des autres résidents du même État ; 26 janvier 1993, *Hans Werner c. Finanzamt Aachen-Innenstadt*, aff. C-112-91, LawLex2008000084JBJ, s'agissant d'une législation fiscale d'un État membre qui frappe ses ressortissants qui exercent leur activité professionnelle sur son territoire et qui y perçoivent la totalité ou presque de leurs revenus ou y possèdent la totalité ou presque de leur patrimoine, d'une charge plus lourde lorsqu'ils ne résident pas dans cet État que lorsqu'ils y résident ; 23 avril 1991, *Höfner et Elser c. Macrotron*, aff. C-41-90, LawLex200203992JBJ, précisant qu'un litige entre des conseils en recrutement d'un État membre et une entreprise du même État, concernant le recrutement d'un ressortissant de cet État ne peut être apprécié au regard de l'article 49 CE (devenu l'art. 56 TFUE) même si le contrat conclu entre les conseils en recrutement et cette entreprise inclut la possibilité théorique de rechercher des ressortissants d'autres États membres ; CJUE, 13 février 2014, *Airport Schuttle Express scarl*, aff. C-162-12, LawLex20140000249JBJ, qui estime que le litige portant sur la méconnaissance des obligations d'utiliser exclusivement un garage situé sur le territoire de la commune ayant délivré l'autorisation d'exercer l'activité de location avec chauffeur ne présente aucun lien de rattachement avec l'une quelconque des situations envisagées par le droit de l'Union et se cantonne à l'intérieur d'un seul État membre.

²⁵ CJUE, 13 juin 2017, *The Gibraltar Betting and Gaming Association Limited c. Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*, aff. C-591-15, LawLex201700001052JBJ.



Mise à jour Droit du marché intérieur – JuriStrateg

européen à la libre circulation des personnes et des services²⁶. 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. Pour être admises, "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"²⁷.

Étant donné que les justifications sont avancées dans le cadre d'une règle de raison, elles doivent satisfaire aux conditions de causalité, de 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 établi²⁸ et ne pas dupliquer des contrôles déjà effectués dans le même État ou dans un autre État membre²⁹. Un besoin réel doit être démontré³⁰. 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 assurer³¹. Une législation nationale ne peut ainsi fixer comme critère essentiel pour vérifier

²⁶ Lorsqu'elles sont discriminatoires, seules les exceptions figurant aux articles 52 et 62 TFUE sont applicables, CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders c. Pays-Bas*, aff. 352-85, LawLex200500006886JBJ, JCP G, 1988, II, 21139, obs. BOUTARD-LABARDE ; JDI, 1989, 427 ; Gaz. Pal., 1988, 427, obs. MAURO ; D., 1990, 403, obs. EDELMAN ; 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-288-89, LawLex200500006589JBJ, JDI, 1992, 75, obs. BOUTARD-LABARDE ; D., 1992, 537, obs. EDELMAN ; Gaz. Pal., 1995, 19, obs. HUGLO.

²⁷ V. égal., CJCE, 25 juin 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-288-89, LawLex200500006589JBJ ; 31 mars 1993, *Kraus c. Land Baden-Württemberg*, aff. C-19-92, LawLex200500007435JBJ, Europe, 1993, n° 201 ; LPA, 1993, n° 108, 19, obs. CARTOU ; LPA, 1993, n° 108, 17, obs. de GUILLENCHMIDT et BONICHOT ; Cah. dr. eur., 1994, 643, obs. DENYS ; Gaz. Pal., 1995, 3, 668, obs. HUGLO ; 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, aff. C-55-94, LawLex200500006500JBJ, Europe, 1996, n° 30, obs. IDOT ; Gaz. Pal., 1996, 3, 18, obs. FARTHOUAT et PUEL ; JCP G, 1996, II, 22633, obs. MARTIN ; Journ. trib., 1996, 462, obs. BRULARD et DEMOLIN ; RMCUE, 1996, 210, obs. BERRON ; RTD eur., 1996, 741, obs. HUGLO ; Cah. dr. eur., 1996, 723, obs. GOFFIN ; 1er février 1996, *Gianfranco Perfilii*, aff. C-177-94, LawLex200500007037JBJ, Europe, 1996, n° 147, obs. LAGONDET ; JDI, 1997, 506, obs. SIMON ; JDI, 1997, 539, obs. LUBY ; 21 octobre 1999, *Questore di Verona c. Diego Zenatti*, aff. C-67-98, LawLex200500007632JBJ, RLC, 4/2005, obs. BARBIER de la SERRE ; RMCUE, 1999, 211, obs. MUNIZ ; Europe, 1999, n° 418, obs. IDOT ; LPA, 2000, n° 99, 18, note HELIO ; JDI, 2000, 490, obs. LUBY ; 4 juillet 2000, *Haim c. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*, aff. C-424-97, LawLex200500007115JBJ, Europe, 2000, n° 310, obs. IDOT ; 19 janvier 2006, *Allemagne*, aff. C-244-04, LawLex200600002508JBJ, Europe, 2006, n° 86, obs. IDOT.

²⁸ CJCE, 9 mars 2000, *Royaume de Belgique*, aff. C-355-98, LawLex200500006621JBJ.

²⁹ CJCE, 22 janvier 2002, *Canal Satellite Digital c. Administración General del Estado*, aff. C-390-99, LawLex200500006050JBJ.

³⁰ CJCE, 20 février 2001, *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares c. Administración General del Estado*, aff. C-205-99, LawLex200500007039JBJ, pour un service public.

³¹ CJCE, 21 octobre 1999, *Questore di Verona*, aff. C-67-98, LawLex200500007632JBJ.



Mise à jour Droit du marché intérieur – JuriStrateg

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 locales³².

Seules les mesures nationales propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent peuvent être justifiées³³. Un lien de causalité entre la mesure restrictive et la raison impérieuse alléguée doit donc exister³⁴. Tel est le cas de la législation nationale qui :

- 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 nécessaires³⁵;
- soumet la délivrance d'autorisations d'établissement de nouvelles pharmacies dans une même zone géographique à des limites quantitatives par habitants³⁶ 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 portuaires³⁷ ;
- 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 rendus³⁸.

³² CJUE, 13 février 2014, Sokoll-Seebacher, aff. C-367-12, LawLex20140000246JBJ.

³³ CJCE, 30 novembre 1995, Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, aff. C-55-94, LawLex200500006500JBJ, Europe, 1996, n° 30, obs. IDOT ; Gaz. Pal., 1996, 3, 18, obs. FARTHOUAT et PUEL ; JCP G, 1996, II, 22633, obs. MARTIN ; Journ. trib., 1996, 462, obs. BRULARD et DEMOLIN ; RMCUE, 1996, 210, obs. BERROD ; RTD eur., 1996, 741, obs. HUGLO ; Cah. dr. eur., 1996, 723, obs. GOFFIN.

³⁴ CJCE, 25 juillet 1991, Commission c. Pays-Bas, aff. C-353-89, LawLex200300001813JBJ, Cah. dr. eur., 1992, 644, obs. JONGEN ; D., 1992, 537, obs. EDELMAN ; Gaz. Pal., 1995, 19, obs. HUGLO, qui souligne que pour sauvegarder la liberté d'expression des différentes composantes, notamment sociales, culturelles, religieuses ou philosophiques, il n'est pas nécessaire d'imposer aux organismes de radiodiffusion de faire réaliser en tout ou partie leurs émissions par une entreprise nationale ; 17 octobre 2002, Payroll Data Services, aff. C-79-01, LawLex200500007198JBJ, Europe, 2002, n° 417, obs. IDOT, qui réfute l'existence d'un lien de causalité entre la protection des travailleurs et la législation qui réserve le traitement externe des fiches de paie des entreprises de moins de 250 salariés aux centres de traitement composés exclusivement de personnes inscrites à l'ordre de certaines professions, dès lors que ces tâches administratives ne requièrent aucune qualification particulière.

³⁵ CJCE, 25 juillet 1991, Manfred Säger c. Denemeyer, aff. C-76-90, LawLex200500006504JBJ, JDI, 1992, 440, obs. BOUTARD-LABARDE ; Gaz. Pal., 1995, 19, obs. HUGLO.

³⁶ CJUE, 1er juin 2010, Blanco Pérez, aff. C-570-07 et C-571-07, LawLex20100000649JBJ, à condition toutefois que la fixation d'un quota n'empêche pas la création d'un nombre suffisant de pharmacies susceptibles d'assurer un service pharmaceutique approprié dans les zones géographiques ayant des caractéristiques démographiques particulières.

³⁷ CJCE, 13 juin 2002, Inspecteur van de Belastingdienst Douane, district Rotterdam c. Sea-Land Service, aff. C-430-99, LawLex200600002260JBJ, Europe, 2002, n° 288, obs. IDOT.



Mise à jour Droit du marché intérieur – JuriStrateg

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. Une réglementation nationale peut ainsi interdire 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 membres³⁹. Une législation nationale peut également, pour l'ensemble des avocats fournissant des services sur son territoire, appliquer 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 efficaces⁴⁰. Un opérateur peut être contraint de 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 des objectifs de lutte contre la criminalité dans ce secteur⁴¹ ou **d'extension contrôlée des activités de jeux de hasard**⁴². Un État membre à structure fédérale peut, par une réglementation commune à la majorité des entités fédérées, interdire en principe 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 permissive⁴³. 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 résidence⁴⁴. De même, 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 chèques⁴⁵. La lutte contre la criminalité ne justifie pas non plus de réserver l'exploitation des jeux de hasard dans les établissements aux opérateurs ayant leur siège sur le territoire national⁴⁶. **Lors du contrôle de la proportionnalité d'une réglementation restrictive,**

³⁸ CJCE, 5 décembre 2006, Federico Cipolla c. Rosaria Portolese, aff. C-94-04, LawLex200600002516JBJ, RDUE, 2007, 196, obs. NEGRINOTTI.

³⁹ CJCE, 12 décembre 1996, Reisebüro Broede c. Sandker, aff. C-3-95, LawLex200500006752JBJ.

⁴⁰ CJUE, 29 mars 2011, Commission européenne c. République italienne, aff. C-565-08, LawLex20110000703JBJ.

⁴¹ CJUE, 12 septembre 2013, Biasci, aff. C-660-11, LawLex201300001283JBJ.

⁴² CJUE, 28 février 2018, Sporting Odds Ltd c. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Közpointi Irányítása, aff. C-3-17, LawLex20180000338JBJ.

⁴³ CJUE, 12 juin 2014, Digibet Ltd, aff. C-156-13, LawLex201400002075JBJ.

⁴⁴ CJCE, 9 mars 2000, Royaume de Belgique, aff. C-355-98, LawLex200500006621JBJ. - V. égal. CJCE, 27 octobre 2005, Royaume d'Espagne, aff. C-158-03, LawLex20070000486JBJ.

⁴⁵ CJCE, 5 octobre 2004, CaixaBank France, aff. C-442-02, LawLex2007000037JBJ.

⁴⁶ CJUE, 9 septembre 2010, Ernst Engelmann, aff. C-64-08, LawLex201000001007JBJ ; 24 janvier 2013, Stanleybet International Ltd, aff. C-186-11, LawLex20130000189JBJ.



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 réglementation⁴⁷.

II. Exceptions légales

101. Ordre public, sécurité publique et santé publique⁴⁸.

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 société⁴⁹. 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'accueil⁵⁰.

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 2004⁵¹, la directive s'efforce de poser des limites aux raisons d'ordre public que les États peuvent invoquer tout en définissant les

⁴⁷ CJUE, 14 juin 2016, C-685-15, *Online Games Handels GmbH*; Frank Breuer; Nicole Enter; Astrid Walden c. Landespolizeidirektion Oberösterreich, LawLex201700001051JBJ.

⁴⁸ V. HANCHER et SAUTER, *One step beyond? From Sodemare to Docmorris: The EU's freedom of establishment case law concerning healthcare*, CMLR, February 2010, 47/117; SHUIBIHNE et MACI, *Proving public interest: The growing impact of evidence in free movement cas law*, CMLR, vol. 50, No 4, August 2013; RIGAUD, *Sécurité publique et libre circulation des personnes (à propos de CJUE, gde ch., 4 juin 2013, ZZ c/ Secretary of State for the Home Department, aff. C-300/11)*, Europe, 2013, n°330.

⁴⁹ CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn c. Home Office*, aff. 41-74, LawLex200400003479JBJ, RTD eur., 1976, 141, obs. LYON-CAEN; 27 octobre 1977, *Régina c. Bouchereau*, aff. 30-77, LawLex200500007162JBJ, JDI, 1978, 953, obs. KOVAR; 9 mars 2000, aff. C-355-98, LawLex200500006621JBJ, Europe, 2000, n° 139. La simple omission, par le ressortissant d'un État membre, des formalités relatives à l'accès, au déplacement et au séjour des étrangers n'est pas de nature à constituer, en elle-même, un comportement menaçant l'ordre et la sécurité publics : CJCE, 8 avril 1976, *Royer*, aff. 48-75, LawLex200500007175JBJ; Cah. dr. eur., 1976, 476, obs. TOMUSCHAT; Gaz. Pal., 1977, 1, 40; Rev. crit DIP., 1977, 554, obs. DUBOUIS; CJUE, 17 novembre 2011, *Hristo Gaydarov*, aff. C-430-10, LawLex201100001796JBJ, pour le ressortissant d'un État membre condamné dans un État tiers pour trafic de stupéfiants.

⁵⁰ CJCE, 18 mai 1982, *Adoui c. Belgique*, aff. 115-81, LawLex200500007235JBJ; RTD eur., 1980, 428, obs. DRUESNE; RTD eur., 1982, 706.

⁵¹ Dir. 2004-38 qui remplace la directive 64-221 du 25 février 1964, 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 - V. not. chap. VI intitulé "Limitation du droit d'entrée et du droit de séjour pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique".



Mise à jour Droit du marché intérieur – JuriStrateg

garanties procédurales dont bénéficient les citoyens européens dans l'exercice de leur droit de libre circulation.

Selon la Cour de justice⁵², 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.

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"⁵³. La volonté d'assurer à une fondation publique nationale l'intégralité des recettes provenant de messages publicitaires⁵⁴, 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 autorisés⁵⁵, ou la diminution des recettes fiscales⁵⁶ 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 contrôle⁵⁷. 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 économiques⁵⁸. Ensuite, les raisons d'ordre public ou de sécurité publique doivent être exclusivement fondées sur le

⁵² CJCE, 4 décembre 1974, Van Duyn c. Home Office, aff. 41-74, LawLex200400003479JBJ, RTD eur., 1976, 141, obs. LYON-CAEN.

⁵³ V. rappelant le principe : CJCE, 25 juillet 1991, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariaat voor de Media, aff. C-288-89, LawLex200500006589JBJ.

⁵⁴ CJCE, 26 avril 1988, Bond van Adverteerders c. Pays-Bas, aff. 352-85, LawLex200500006886JBJ, JCP G, 1988, II, 21139, obs. BOUTARD-LABARDE ; JDI, 1989, 427 ; Gaz. Pal., 1988, 427, obs. MAURO ; D., 1990, 403, obs. EDELMAN ; 25 juillet 1991, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariaat voor de Media, aff. C-288-89, LawLex200500006589JBJ, JDI, 1992, 75, obs. BOUTARD-LABARDE ; D., 1992, 537, obs. EDELMAN ; Gaz. Pal., 1995, 19, obs. HUGLO.

⁵⁵ CJCE, 6 novembre 2003, Piergiorgio Gambelli, aff. C-243-01, LawLex200700001198JBJ : ce même arrêt précise que la diminution des recettes fiscales ne figure pas au nombre des raisons énoncées à l'article 56 TFUE.

⁵⁶ CJCE, 6 novembre 2003, Piergiorgio Gambelli, aff. C-243-01, LawLex200700001198JBJ.

⁵⁷ CJUE, 8 novembre 2012, Commission européenne c. République hellénique, aff. C-244-11, LawLex201200002284JBJ.

⁵⁸ CJUE, 17 novembre 2011, Aladzhev, aff. C-434-10, LawLex201100001969JBJ.



Mise à jour Droit du marché intérieur – JuriStrateg

"comportement personnel" de l'individu auquel elles sont opposées ; des motifs de prévention générale⁵⁹ ou des raisons détachées du cas individuel⁶⁰ ne peuvent servir de justification. Enfin, "la seule existence de condamnations pénales antérieures ne saurait automatiquement motiver ces mesures"⁶¹.

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'atteindre⁶². **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**⁶³. 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 santé⁶⁴, le maintien d'un service universel de lamanage essentiel à la sécurité dans les eaux portuaires⁶⁵, ou l'interdiction de la retransmission télévisée en France d'événements sportifs binationaux comportant de la publicité pour l'alcool⁶⁶. 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 locales⁶⁷, 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 membre⁶⁸ ou qui soumet l'autorisation d'exercer des activités de sécurité privée à la

⁵⁹ CJCE, 26 février 1975, *Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, aff. 67-74, LawLex200500007228JBJ ; Cah. dr. eur., 1975, 302, obs. TOMUSCHAT ; RTD eur., 1976, 141, obs. LYON-CAEN ; 10 juillet 2008, *Jipa*, aff. C-33-07, LawLex20120000789JBJ.

⁶⁰ CJCE, 18 mai 1982, *Adoui c. Belgique*, aff. 115-81, LawLex200500007235JBJ.

⁶¹ CJCE, 27 octobre 1977, *Régina c. Bouchereau*, aff. 30-77, LawLex200500007162JBJ ; 22 mai 1980, *Regina c. Secretary of State for Home Affairs*, aff. 131-79, LawLex20080000163JBJ ; Dir. 2004-38, art. 27.

⁶² CJCE, 25 juillet 1991, *Manfred Säger c. Dennemeyer*, aff. C-76-90, LawLex200500006504JBJ, JDI, 1992, 440, obs. BOUTARD-LABARDE ; Gaz. Pal., 1995, 19, obs. HUGLO. Tel le cas de la disposition nationale imposant la cession obligatoire et gratuite des équipements utilisés pour la réception et la transmission des paris qui, si elle peut se justifier dans le cas de la déchéance ou de la révocation du contrat de concession à titre de sanction, ne l'est pas lorsque la cessation d'activité intervient du seul fait de l'expiration de la concession, V. CJUE, 28 janvier 2016, *Laezza*, aff. C-375-14, LawLex20160000201JBJ.

⁶³ CJUE, 30 juin 2016, *Admiral Casinos & Entertainment AG c. Balmatic Handelsgesellschaft mbH, Robert Schnitzer, Suayip Polat KG, Ülkü Polat, Attila Juhas, Milazim Rexha*, aff. C-464-15, LawLex201600001189JBJ, Europe 2016, n° 280, obs. SIMON.

⁶⁴ CJCE, 18 avril 1998, *Raymond Kohll c. Union des caisses de maladie*, aff. C-158-96, LawLex200500006047JBJ ; Europe, 1998, n° 191, obs. IDOT ; JCP G, 1998, II, 189, obs. BOUTARD-LABARDE ; RTD eur., 1998, 584, obs. HUGLO ; JDI, 1999, 572, obs. LUBY ; Gaz. Pal., 1999, I, 127, obs. TAQUET ; 19 avril 2007, *Aikaterini Stamatelaki*, aff. C-444-05, LawLex200700001190JBJ ; Gaz. Pal., 8-10 juillet 2007, 58, obs. NICOLELLA.

⁶⁵ CJCE, 18 juin 1998, *Corsica Ferries France (SA)*, aff. C-266-96, LawLex200203693JBJ.

⁶⁶ CJCE, 13 juillet 2004, *Bacardi France c. TF1*, aff. C-429-02, LawLex200400001752JBJ.

⁶⁷ CJCE, 17 juillet 2008, *Corporación Dermoestética (SA)*, aff. C-500-06, LawLex200800001131JBJ.

⁶⁸ CJCE, 19 avril 2007, *Aikaterini Stamatelaki*, aff. C-444-05, LawLex200700001190JBJ.



Mise à jour Droit du marché intérieur – JuriStrateg

condition que les administrateurs et directeurs des entreprises privées aient leur résidence sur le territoire national⁶⁹, 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 notifiée⁷⁰. 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 directive⁷¹. Les recours juridictionnels et, le cas échéant, administratifs ouverts aux nationaux contre les actes administratifs doivent également bénéficier aux personnes protégées par la directive⁷². 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 juridiction⁷³, mais qui doit être différente de celle ayant adopté la mesure, l'intéressé doit faire l'objet d'un "procès équitable"⁷⁴ au cours duquel la mesure projetée à son encontre doit faire l'objet d'un "examen exhaustif"⁷⁵.

Section 4 Directives de libération

I. Directive Services

98. Champ d'application⁷⁶.

⁶⁹ CJCE, 29 octobre 1998, Commission c. Espagne, aff. C-114-97, LawLex200500007301JBJ.

⁷⁰ CJCE, 28 octobre 1975, Rutili c. Ministre de l'Intérieur, aff. 36-75, LawLex200500007166JBJ ; 18 mai 1982, Adoui c. Belgique, aff. 115-81, LawLex200500007235JBJ.

⁷¹ V. sous l'empire de l'ancienne directive, CJCE, 8 avril 1976, Royer, aff. 48-75, LawLex200500007175JBJ, Cah. dr. eur., 1976, 476, obs. TOMUSCHAT ; Gaz. Pal., 1977, I, 40 ; Rev. crit. DIP, 1977, 554, obs. DUBOIS.

⁷² V. déjà CJCE, 18 octobre 1990, Massam Dzodzi c. Belgique, aff. C-297-88, LawLex200500007204JBJ, JDI, 1991, 455, obs. SIMON ; RTD eur., 1991, 565, obs. RODIÈRE.

⁷³ CJCE, 5 mars 1980, Pecastaing c. Belgique, aff. 98-79, LawLex200500007231JBJ ; 22 mai 1980, aff. 131-79, LawLex20080000163JBJ.

⁷⁴ CJCE, 18 mai 1982, Adoui c. Belgique, aff. 115-81, LawLex200500007235JBJ.

⁷⁵ CJCE, 5 mars 1980, Pecastaing c. Belgique, aff. 98-79, LawLex200500007231JBJ.

⁷⁶ D'ACUNTO, La proposition de directive sur les services dans le marché intérieur, RDUE, 2-2004, 201 ; AUTIN, La "directive Bolkestein" et le devenir européen des services publics, LPA, 19 avril 2005, n° 77, 5 ; GARABIOL-FURET, La directive Bolkestein, bouc-émissaire d'une Europe incertaine, RMCUE, 2005, n° 488, 295 ; PELLEGRINO et JEANNIN, Proposition de Directive sur les services : pour tenter d'y voir clair, Gaz. Pal., 19 mai 2005, n° 139, 6 ; ARNAUD-FARAUT et SOARES, Proposition de directive sur les services : quels progrès possibles ?, Gaz. Pal., 19 mai 2005, n° 139, 17 ; FRANCOQ et DE SCHUTTER, La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur : reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe, élargie, Cah. dr. eur., 2005, 603 ; UYEN DO, La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur... définitivement hors service ?, RDUE, 1/2006, 111 ; GARABIOL-



Mise à jour Droit du marché intérieur – JuriStrateg

La directive Services s'applique à un large éventail de services tout en prévoyant quelques exceptions (art. 2)⁷⁷. 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 exclus⁷⁸.

Les notions d'"établissement", de "service", de "prestataire" ou de "destinataire" sont fixées à l'article 4. La notion de "services" est définie a minima comme "toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération", visée à l'article 57 TFUE⁷⁹. Le texte ne couvre ni les services d'intérêt général non économiques⁸⁰, 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)⁸¹.

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 transfrontaliers⁸². 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

FURET, Vrais et faux semblants de la "directive Services", RMCUE, 2006, n° 497, 219 ; LEMAIRE, La directive, la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Confirmations, innovations ?, Europe, 2007, n° 6, 10 ; D'ACUNTO, Directives Services (2006/123) : radiographie juridique en dix points, RDUE, 2-2007, 261 ; HENNION, Les aspects sociaux de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JCP E, n° 13, 29 mars 2007, 1430 ; FALLON et SIMON, La directive "Services" : quelle contribution au marché intérieur, Journ. trib., 2007, n° 136, 33 ; JEANNE, La directive du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, La libre prestation de services et la protection des consommateurs : une conciliation délicate, Europe, 2007, n° 6, étude 16 ; PELLEGRINO, Directive sur les services dans le Marché intérieur : un accouchement dans la douleur, RMC, 2007, n° 504, 14 ; PICOD, Le champ d'application de la directive 2006/123/CE, Europe, 2007, n° 6, 8 ; La directive du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, Colloque CRUE (Paris 1)-Cour de cassation, Europe, 2007, n° 6, étude, 6 ; DESBARATS, La régulation juridique à l'épreuve du processus européen de libéralisation des services ?, JCP E, 2007, 2485 ; PINGEL, Le cheminement de la directive relative aux services dans le marché intérieur, Europe, juin 2007, 7 ; RODRIGUES, Commentaire sur les services, Europe, n° 6, juin 2007, 14 ; KLEINER, La conception des règles de droit international privé dans la directive Services, Europe, juin 2007, 17 ; BARNARD, Unravelling the Services Directive, CMLR, April 2008, 45/323 ; PEGLOW, La libre prestation de services dans la directive n° 2006/123/CE. Réflexion sur l'insertion de la directive dans le droit communautaire existant, RTD eur. 2008, 67 ; HATZOPOULOS, Le principe de reconnaissance mutuelle dans la prestation de services, Cah. dr. eur., 2010, n° 1-2, 47 ; FERRARI-BREEUR, La Directive "Services". En principe(s) et en pratique, Bruylant, 2011 ; MICHEL, Directive services : impossibilité d'interdire totalement le démarchage - A propos de CJUE, grande ch., 5 avr. 2011, n° C-119/09, Société fiduciaire nationale d'expertise comptable c/ Ministre du Budget, Europe juin 2011, n° 219 ; PARIZOT, La Cour de justice interprète la directive "Services" : les experts-comptables pourront démarcher, CJFI, juillet-août-septembre 2011, 10 ; HATZOPOULOS, Regulating Services in the European Union, Oxford University Press, 2012 ; DEFOSSEZ, Communication et documents de travail sur la directive services, RTD eur., 2013, 178 ; N'THEPE CAUBET, Les services d'intérêt économique général dans la directive « services », RMCUE 2013, n° 570 ; VAN RIJN, Les situations juridiques internes sont-elles couvertes par la directive services ?, Cah. dr. eur. 2017, 193.

⁷⁷ Sont exclus les services financiers, les transports, l'intérim, les soins de santé, l'audiovisuel, les jeux d'argent, les services sociaux.

⁷⁸ Pt 21.1.

⁷⁹ Dir. 2006-123, art. 4, paragr. 1.

⁸⁰ Le manuel de mise en œuvre souligne qu'il s'agit de services qui ne sont pas fournis en échange d'une contrepartie économique et ne doivent pas être confondus avec les services économiques d'intérêt général qui, fournis contre rémunération, relèvent en principe du champ d'application de la directive.

⁸¹ Le texte ne s'applique pas aux secteurs régis par des dispositions européennes spécifiques : services financiers, transports, services audiovisuels.

⁸² Manuel de mise en œuvre, pt 7.1.1.



infrastructure stable à partir de laquelle la fourniture de services est réellement assurée"⁸³, 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 service⁸⁴. 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'Internet⁸⁵. La directive Services ne s'applique qu'"aux services fournis par les prestataires ayant leur établissement dans un État membre" (art. 2). **Le juge européen interprète largement la notion de fourniture de services. Une réglementation nationale qui subordonne le stockage d'articles pyrotechniques destinés au commerce de détail, à l'obtention d'une double autorisation, relève ainsi du champ d'application de la directive, même si elle ne porte pas sur l'accès à l'activité de commerce de détail de ces articles ou son exercice, dès lors que le stockage de tels articles destinés à être vendus constitue, pour les "débitants", un préalable indispensable à cette activité de commerce de détail, elle-même constitutive d'un service**⁸⁶. 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 transport⁸⁷. 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 spécifiques⁸⁸. **Selon la Cour**⁸⁹, **la notion de service dans le domaine des transports recouvre l'activité**

⁸³ Dir. 2006-123 du 12 décembre 2006, art. 5, paragr. 4.

⁸⁴ Dir. 2006-123 du 12 décembre 2006, art. 4, paragr. 2 et 3.

⁸⁵ Dir. 2006-123, cons. 33.

⁸⁶ CJUE, 26 septembre 2018, Van Gennip BVBA, Antonius Johannes Maria ten Velde, Original BVBA, Antonius Cornelius Ignatius Maria van der Schoot, aff. C-137-17, LawLex201800001395JBJ.

⁸⁷ CJUE, 10 avril 2018, aff. C-320-16, LawLex20180000589JBJ, rappelant que les États membres peuvent sanctionner pénalement l'exercice illégal de l'activité de transport dans le cadre d'un service d'intermédiation fourni au moyen d'une application pour téléphone intelligent, sans notifier au préalable à la Commission le projet de loi incriminant un tel exercice, dès lors que ce service, qui relève du domaine des transports, est exclu du champ d'application de la directive Services.

⁸⁸ CJUE, 11 juillet 2013, Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Fermabel), aff. C-57-12, LawLex201300001106JBJ ; GAZIN, Champ d'application de la directive "services" (à propos de CJUE, 11 juillet 2013, Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Fermabel), aff. C-57-12), Europe, 2013, 401.

⁸⁹ CJUE, 15 octobre 2015, aff. C-168-14, Grupo Itevelesa SL, Applus Iteuve Technology, Certio ITV SL, Asistencia Técnica Industrial SAE c. OCA Inspección Técnica de Vehículos SA, Generalidad de Cataluña, LawLex201500001256JBJ.



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 cause⁹⁰. 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 urbain⁹¹.

Entrée en vigueur le 28 décembre 2006, la directive devait être transposée au 28 décembre 2009⁹², 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.

108. Régime d'autorisation.

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 général⁹³, 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 accessibles⁹⁴, afin de permettre aux

⁹⁰ CJUE, 1er octobre 2015, *Trijber, J. Harmsen c. Burgemeester van Amsterdam, College van burgemeester en wethouders van Amsterdam*, aff. C. 340-14 ; C-341-14, LawLex201500001178JBJ, Europe 2015, n° 497, obs. BOUVERESSE.

⁹¹ CJUE, 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems SpainSL*, aff. C-434-15, LawLex201700002088JBJ, *Communic. comm. électr.* 2018, n° 9, obs. LOISEAU.

⁹² Au 1er décembre 2010, 15 États sur 27 avaient transposé la directive : Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Danemark, Espagne, Irlande, Italie, Pays-Bas, Pologne, Roumanie, Suède, République Tchèque, Royaume-Uni. En France, la directive n'a fait l'objet que d'une transposition partielle. Pour faciliter la transposition, la Commission a utilisé la procédure de comitologie pour adopter certaines mesures de mise en œuvre. Elle a ainsi pris, le 16 octobre 2009, une décision visant à faciliter l'utilisation transfrontalière des guichets uniques par les entreprises, qui impose à chaque État membre d'établir, tenir à jour et publier une liste de confiance qui comprend les informations essentielles sur les prestataires de services de certification délivrant au public des certificats qualifiés. Le 2 octobre 2009, elle a rendu une décision concernant le système d'information sur le marché intérieur (IMI), qui doit être utilisé pour les objectifs de coopération entre États membres.

⁹³ L'article 4 définit les raisons impérieuses comme celles reconnues comme telles par la jurisprudence. Il dresse ensuite une liste de justifications, parmi lesquelles on relève, outre celles déjà listées par la Cour de justice en matière de libre prestation de services, la lutte contre la fraude, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, la santé des animaux.

⁹⁴ CJUE, 26 septembre 2018, *Van Gennip BVBA, Antonius Johannes Maria ten Velde, Original BVBA, Antonius Cornelius Ignatius Maria van der Schoot*, aff. C-137-17, LawLex201800001395JBJ : un État membre peut prévoir une réglementation nationale, qui subordonne le stockage d'articles pyrotechniques destinés au commerce de détail à l'obtention d'une double autorisation, à savoir une autorisation fédérale pour les explosifs et un permis d'environnement régional, dès lors que ces deux régimes d'autorisation poursuivent des objectifs distincts justifiés par des raisons impérieuses d'intérêt général, à savoir respectivement la protection de la sécurité et de la santé publiques et celle de l'environnement, et sont rendues publiques à l'avance du fait de la publication des législations fédérales et nationales, remplissant ainsi les conditions de transparence d'accessibilité et de clarté visées à l'article 1, paragraphe 2, de la directive Services.



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 demande⁹⁵.**

II. Directives sectorielles

A. Services financiers

1° Banque

112. Surveillance prudentielle⁹⁶.

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

⁹⁵ CJUE, 16 novembre 2016, Hemming, aff. C-316-15, LawLex201600001893JBJ.

⁹⁶ V. PERROT, Agrément unique et contrôle des établissements de crédit dans l'espace communautaire, RD bancaire et bourse, 1995, 164. DELARUE, Risque de crédit : les principes acquis et les décisions en cours, Revue Banque, janvier 2002, 20 ; FADUL et MIESZALA, Le nouveau ratio de solvabilité conditionne l'avenir du marché bancaire, Revue Banque, janvier 2002, 34 ; MARTINO, Quelle architecture pour le contrôle prudentiel en Europe ?, RMC, 2002, 447 ; SALMON, Un ratio innovant, une mise en œuvre contestée, Revue Banque, janvier 2002, 24 ; SOUSI, L'extension de la procédure Lamfalussy à la coordination bancaire européenne : quiproquo et faux débat, D. Aff., 2003, 1346 ; DUHAMEL, La refonte du régime prudentiel de la liquidité bancaire, Banque et droit, septembre-octobre 2009, 15.



mécanismes de contrôle interne. Les autorités compétentes et leurs personnels sont astreints au secret professionnel concernant les informations échangées (art. 53 s.). **Cependant, selon la Cour, l'article 53, paragraphe 1, de la directive 2013-36 ne s'oppose pas à ce que les autorités compétentes des États membres divulguent des informations confidentielles à une personne qui en fait la demande en vue d'être en mesure d'engager une procédure civile ou commerciale tendant à la protection d'intérêts patrimoniaux qui auraient été lésés à la suite de la mise en liquidation forcée d'un établissement de crédit, sachant qu'il incombe aux autorités et aux juridictions compétentes de mettre en balance l'intérêt du demandeur à disposer des informations en cause et les intérêts liés au maintien de la confidentialité des informations couvertes par l'obligation de secret professionnel, avant de procéder à la divulgation de chacune des informations confidentielles sollicitées⁹⁷.**

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 Bâle⁹⁸, 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 encouru⁹⁹. 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

⁹⁷ CJUE, 13 septembre 2018, Enzo Buccioni c. Banca d'Italia, aff. C-594-16, LawLex201800001279JBJ.

⁹⁸ Comité des règles et pratiques du contrôle des opérations bancaires. Fondé en 1974 par les gouverneurs des banques centrales du G10, il s'agit d'une instance permanente de coopération internationale en matière de surveillance bancaire, dont les travaux ont notamment abouti à la consécration, au plan communautaire d'un ratio de solvabilité, ou à la mise en place d'un dispositif de lutte contre le blanchiment des capitaux.

⁹⁹ Les risques encourus dans le cadre de l'activité bancaire sont le risque de crédit, le risque de position, le risque de règlement et de contrepartie, les grands risques, le risque de change, le risque sur produits de base et le risque opérationnel.



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.

2° Services d'investissements

122. Champ d'application et définitions¹⁰⁰.

La directive 2014-65 s'applique aux entreprises d'investissement et aux marchés réglementés, ainsi qu'aux établissements de crédit lorsqu'ils fournissent des services d'investissement et/ou exercent une ou plusieurs activités d'investissement (art. 1er). Constitue une entreprise d'investissement, toute personne morale dont l'occupation ou l'activité habituelle consiste à fournir un ou plusieurs services d'investissement à des tiers et/ou à exercer une ou plusieurs activités d'investissement à titre professionnel (art. 4, paragr. 1, pt 1). Les personnes physiques peuvent également relever de cette catégorie, à condition que leur statut juridique assure aux intérêts des tiers un niveau de protection équivalent à celui offert par une personne morale et qu'elles fassent l'objet d'une surveillance prudentielle équivalente et adaptée à leur forme juridique (art. 4, paragr. 1, pt 1). La réception et la transmission d'ordres portant sur un ou plusieurs instruments financiers, l'exécution d'ordres au nom de clients, la négociation pour compte propre, la gestion de portefeuille, le conseil en investissement¹⁰¹, la prise ferme d'instruments financiers et/ou le placement d'instruments financiers avec ou sans

¹⁰⁰ V. BONNEAU, Marchés réglementés, système de négociation multilatérale et système internalisé de négociation, Dr. sociétés, avril 2003, n° 78 ; DAIGRE, La libéralisation de l'exécution des ordres en interne au risque de la fragmentation des marchés, Euredia, 2004-2 ; DURAND, La DSI autorise l'internalisation, Rev. Banque, juillet 2004, 27 ; BREHIER, L'internalisation des ordres : un concept encore flou, Rev. Banque, 2006, n° 682, 30.

¹⁰¹ CJUE, 30 mai 2013, Genil 48 SL, aff. C-604-11, LawLex20130000877JBJ, Europe, 2013, 309, comm. MICHEL, qui qualifie de service de conseil en investissement le fait de proposer un contrat d'échange à un client afin de couvrir le risque de variation du taux d'intérêt d'un produit financier souscrit par ce dernier, dès lors que la recommandation de souscription du contrat d'échange est adressée au client en qualité d'investisseur, présentée comme adaptée à ses besoins ou fondée sur l'examen de sa situation propre et non exclusivement diffusée par des canaux de distribution ou destinée au public.



Mise à jour Droit du marché intérieur – JuriStrateg

engagement ferme, l'exploitation d'un système multilatéral de négociation (MTF) ou d'un système organisé de négociation (OTF) sont qualifiés de services ou activités d'investissement¹⁰². **En revanche, en l'absence de négociation d'un ou de plusieurs instruments financiers en vue de conclure des transactions, la conversion en monnaie nationale de devises par un établissement de crédit aux fins du calcul des montants d'un prêt et de ses remboursements ne constitue pas un service d'investissement¹⁰³. Il en va de même de l'intermédiation en vue de la conclusion d'un contrat ayant pour objet une activité de gestion de portefeuille¹⁰⁴.** L'article 2 de la directive dresse la liste des personnes ou entreprises qui ne relèvent pas du champ d'application de la directive, parmi lesquelles figurent notamment les entreprises d'assurance, les personnes qui fournissent des services d'investissement exclusivement à leur entreprise mère, à leurs filiales ou à d'autres filiales de leur entreprise mère, les personnes qui ne fournissent un service d'investissement qu'à titre accessoire ou encore les personnes qui ne fournissent aucun service ou activité d'investissement autre que la négociation pour leur propre compte.

La directive encadre trois modes de négociation. Régi par les dispositions du titre III, le marché réglementé se définit comme un système multilatéral, exploité et/ou géré par un opérateur de marché, qui assure ou facilite la rencontre - en son sein même et selon ses règles non discrétionnaires - de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, afin de conclure des contrats portant sur des instruments financiers admis à la négociation dans le cadre de ses règles et/ou de ses systèmes, et qui est agréé (art. 4, paragr. 1, pt 21). **Constitue un marché réglementé au sens de la directive un système de négociation dans le cadre duquel de multiples agents de fonds et courtiers représentent respectivement des organismes d'investissement de " type ouvert " et des investisseurs, et qui a pour seule vocation d'assister ces organismes d'investissement dans leur obligation d'exécuter les ordres d'achat et de vente de parts placés par lesdits investisseurs¹⁰⁵.** Systèmes multilatéraux, les MTF (Multilateral Trading Facilities ou système multilatéral de négociation), dont les règles de fonctionnement sont définies au titre II, peuvent être exploités non seulement par des opérateurs de marché, mais aussi par des entreprises d'investissement, qui assurent la rencontre - en leur sein même - et selon des règles non discrétionnaires - de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, dans l'optique de conclure des contrats (art. 4, paragr. 1, pt 22). **Les OTF (*Organized trading facilities* ou systèmes organisés de négociation) sont**

¹⁰² V. Section A de l'annexe I de la Dir. 2014-65, à laquelle renvoie l'art. 4, paragr. 1, pt 2).

¹⁰³ CJUE, 3 décembre 2015, aff. C-312-14, LawLex201500001640JBJ.

¹⁰⁴ CJUE, 14 juin 2017, Khorassani c. Planz, aff. C-678-15, LawLex201700001049JBJ.

¹⁰⁵ CJUE, 16 novembre 2017, Robeco Hollands Bezit NV e.a. c. Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM), aff. C-658-15, LawLex201700001863JBJ.



également des systèmes multilatéraux mais différents d'un marché réglementé ou d'un MTF, au sein desquels de multiples intérêts acheteurs ou vendeurs exprimés par des tiers pour des obligations, des produits financiers structurés, des quotas d'émission ou des instruments dérivés peuvent interagir de manière à aboutir à la conclusion de contrats (art. 4, paragr. 1, pt. 23). Enfin, la directive vise un mode de négociation bilatéral, les internalisateurs systématiques, entreprises d'investissement qui, de façon organisée, fréquente et systématique, négocient pour compte propre en exécutant les ordres des clients en dehors d'un marché réglementé, d'un MTF ou d'un OTF sans opérer de système multilatéral (art. 4, paragr. 1, pt 20). La consécration de ce mode de négociation a mis fin à la règle française de concentration des ordres sur les marchés réglementés.

B. Audiovisuel

2° Régime des communications commerciales

137. Publicité télévisée et télé-achat.

La publicité télévisée est définie à l'article 1er, paragraphe 1, i) de la directive 2010-13 comme "toute forme de message télévisé, que ce soit moyennant paiement ou autre contrepartie, ou de diffusion à des fins d'autopromotion par une entreprise publique ou privée ou une personne physique dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou d'une profession dans le but de promouvoir la fourniture, moyennant paiement, de biens ou de services, y compris de biens immeubles, de droits et d'obligations". Une émission au cours de laquelle un organisme de radiodiffusion télévisuelle offre la possibilité aux téléspectateurs de participer à un jeu doté d'un prix en composant immédiatement un numéro de téléphone surtaxé constitue une publicité télévisée si les biens et les services offerts comme prix font l'objet de présentations ou de promotions destinées à inciter les téléspectateurs à les acquérir¹⁰⁶. En revanche, les panneaux publicitaires visibles lors de la retransmission de manifestations sportives binationales ayant lieu sur le territoire d'autres États membres ne peuvent être qualifiés de publicité télévisée dès lors qu'ils n'apparaissent qu'en arrière-plan des images transmises et de façon irrégulière et imprévue, en fonction des exigences de cette retransmission, de telle sorte qu'ils ne comportent aucun caractère individualisable¹⁰⁷. Définie de manière autonome par rapport à la publicité télévisée, la publicité clandestine est interdite par l'article 9, paragraphe 1, a). Le caractère intentionnel

¹⁰⁶ CJCE, 18 octobre 2007, Kommunikationsbehörde Austria c. Österreichischer Rundfunk, aff. C-195-06, LawLex200700001674JBJ, Europe, 2007, n° 331, obs. SIMON et n° 337, obs. BERNARD.

¹⁰⁷ CJCE, 13 juillet 2004, Bacardi France c. TF1, aff. C-429-02, LawLex200400001752JBJ, D., 2004, 3060, obs. ZARKA ; RLDA, 2004, n° 4768, obs. DAVID ; Gaz. Pal., 15-19 mai 2005, 37 ; JDI, 2005, 435, obs. LUBY.



Mise à jour Droit du marché intérieur – JuriStrateg

d'une publicité clandestine peut être établi même en l'absence d'une rémunération ou d'un paiement similaire de l'organisme de radiodiffusion¹⁰⁸.

Le "téléachat" consiste en "la diffusion d'offres directes au public en vue de la fourniture, moyennant paiement, de biens ou de services, y compris de biens immeubles, de droits et d'obligations" (art. 1, paragr. 1, l)). Une émission au cours de laquelle un organisme de radiodiffusion télévisuelle offre la possibilité aux téléspectateurs de participer à un jeu doté d'un prix en composant immédiatement un numéro de téléphone surtaxé ne caractérise un télé-achat que si ce jeu représente une véritable offre de services et non un simple moyen de conférer à l'émission un caractère interactif et si les questions posées tendent à assurer la promotion de produits ou de services¹⁰⁹.

Afin de préserver la valeur artistique des films de cinéma et de télévision et de protéger les consommateurs, ainsi que leur intérêt à visionner des programmes de qualité, l'insertion de publicité télévisée ou de téléachat durant les programmes ne doit pas porter atteinte à l'intégrité des programmes, compte tenu de leurs interruptions naturelles, de leur durée et de leur nature, ni aux droits des ayants droit. Ces règles ne concernent que la radiodiffusion télévisuelle : les services de médias audiovisuels à la demande n'y sont pas soumis. L'article 20, paragraphe 2, de la directive 2010-13, prévoit une possibilité de coupure publicitaire par tranche de trente minutes de diffusion des films conçus pour la télévision (à l'exclusion des séries, feuilletons et documentaires), des œuvres cinématographiques et des journaux télévisés, à condition que la durée du programme soit supérieure à trente minutes et à l'exception de la diffusion de services religieux. Si la directive 2010-13 ne fixe plus de délai minimum entre les coupures pendant la diffusion des films, l'article 23, paragraphe 1er, limite à 20 % le pourcentage de temps de diffusion horaire des spots publicitaires¹¹⁰ ou de télé-achat¹¹¹. **La Cour de justice a précisé que des signes de parrainage présentés dans d'autres programmes que le programme parrainé doivent être inclus dans le temps maximum de diffusion de publicité par heure d'horloge fixé à l'article 23 de la directive¹¹². En outre, cet article impose que les "secondes noires" insérées entre les différents spots d'une séquence de publicité télévisée ou entre cette séquence et le**

¹⁰⁸ En effet, si la rémunération ou le paiement similaire constitue un critère déterminant de l'intention publicitaire, une telle intention ne saurait être exclue en leur absence. Un État membre peut ainsi retenir d'autres critères pour établir l'existence du caractère intentionnel d'une publicité clandestine : CJUE, 9 juin 2011, Eleftheri tileorasi AE "Alter Channel", aff. C-52-10, LawLex201100001000BJJ.

¹⁰⁹ CJCE, 18 octobre 2007, Kommunikationsbehörde Austria c. Österreichischer Rundfunk, aff. C-195-06, préc.

¹¹⁰ La Cour entend la notion de spots télévisés dont la diffusion horaire est limitée par la directive sur les services de médias audiovisuels au sens large : elle englobe les publi-reportages, les spots de télé-promotion, les spots publicitaires de parrainage et les micro-annonces publicitaires, CJUE, 24 novembre 2011, aff. C-281-09, LawLex201100001876BJJ.

¹¹¹ La règle ne concerne pas les messages diffusés par l'organisme de radiodiffusion télévisuelle en ce qui concerne ses propres programmes et les produits connexes directement dérivés de ces programmes.

¹¹² CJUE, 17 février 2016, Sanoma media finland oy-nelonen media c. Viestintävirasto, aff. C-314-14, LawLex201600001352BJJ.



programme télévisé qui la suit, soient incluses dans le temps maximum de 20 % de diffusion de publicité télévisée par heure d'horloge¹¹³.

L'article 19 de la directive dispose que la publicité télévisée et le téléachat doivent être aisément identifiables et distingués du contenu éditorial. Pour ce faire, ils "doivent être nettement séparés du reste du programme par des moyens optiques et/ou acoustiques et/ou spatiaux". Selon la Cour de justice, une législation nationale peut prévoir qu'un écran partagé faisant apparaître le générique de fin d'un programme télévisé dans une colonne et un menu de présentation des programmes à venir du fournisseur dans l'autre, afin de séparer le programme qui se termine de la séquence de publicité télévisée qui le suit, ne soit pas nécessairement combiné avec, ou suivi par, un signal acoustique ou optique, à condition qu'un tel moyen de séparation permette d'identifier la publicité et le téléachat comme tels¹¹⁴.

Les fenêtres de télé-achat ne doivent pas avoir une durée minimale ininterrompue inférieure à quinze minutes. Sous l'empire de la directive de 1989, il avait été jugé que des films, pour relever de la catégorie des séries et faire l'objet d'interruptions publicitaires plus fréquentes, devaient avoir entre eux des liens se rapportant à leur contenu, telle l'évolution d'un même récit d'une émission à l'autre ou la réapparition d'un ou de plusieurs personnages dans les différentes émissions¹¹⁵. En outre, même si le calcul du nombre autorisé de coupures reposait, selon la directive, sur le principe du brut, qui inclut la durée de la publicité dans la période de temps par rapport à laquelle le nombre d'interruptions autorisé est calculé, rien n'empêchait les États membres de retenir le principe du net, selon lequel seule la durée des œuvres elle-même doit être incluse dans le calcul¹¹⁶.

C. Avocats

141. Libre prestation de services.

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.

¹¹³ CJUE, 17 février 2016, *Sanoma media finland oy-nelonen media c. Viestintävirasto*, aff. C-314-14, LawLex201600001352JBJ.

¹¹⁴ CJUE, 17 février 2016, *Sanoma media finland oy-nelonen media c. Viestintävirasto*, aff. C-314-14, LawLex201600001352JBJ.

¹¹⁵ CJCE, 23 octobre 2003, *RTL Television c. Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, aff. C-245-01, LawLex200300004143JBJ.

¹¹⁶ CJCE, 28 octobre 1999, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten c. PRO Sieben Media*, aff. C-6-98, LawLex200300003815JBJ.



Mise à jour Droit du marché intérieur – JuriStrateg

2)¹¹⁷, 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 loi¹¹⁸.** 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 probité¹¹⁹. 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 requise¹²⁰. De même, lorsque le recours à un avocat

¹¹⁷ Pour un ex. d'application, V. CJCE, 19 janvier 1988, Gullung, aff. 292-86, LawLex200500006986JBJ, affirmant que le ressortissant de deux États membres, admis à la profession d'avocat dans l'un de ces États, peut se prévaloir, sur le territoire de l'autre État, des dispositions de la directive 77-249 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats.

¹¹⁸ CJUE, 18 mai 2018, Lahorgue, aff. C-99-16, LawLex20180000694JBJ.

¹¹⁹ CJCE, 19 janvier 1988, Gullung, aff. 292-86, LawLex200500006986JBJ.

¹²⁰ CJCE, 25 février 1988, Commission c. République Fédérale d'Allemagne, aff. 427-85, LawLex20100000349JBJ, qui précise que la législation nationale qui impose à l'avocat prestataire de services, sans dérogation possible, de se faire accompagner par un avocat résident s'il rend visite à un détenu et de ne correspondre avec celui-ci que par l'intermédiaire de cet avocat est également contraire à la directive 77-249. V. dans le même sens : CJCE, 10 juillet 1991, Commission c. République française, aff. C-294-89, LawLex20100000350JBJ, qui précise que la règle de l'exclusivité territoriale qui réserve le droit de postuler devant un tribunal aux avocats du ressort de ce tribunal ne saurait être appliquée à des activités de caractère temporaire exercées par des avocats établis dans d'autres États membres, car ceux-ci se



Mise à jour Droit du marché intérieur – JuriStrateg

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 procès¹²¹. 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'accueil¹²² 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).

Enfin, conformément à l'article 51 TFUE, qui excepte du champ d'application de la liberté d'établissement et, par le renvoi de l'article 62, de la liberté de prestations de services "les activités participant dans [un] État, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique"¹²³, la directive permet aux États membres de "réserver à des catégories déterminées d'avocats l'établissement d'actes authentiques habilitant à administrer les biens de personnes décédées ou portant sur la création ou le transfert de droits réels immobiliers" (art. 1er, paragr. 1, al. 2)¹²⁴.

trouvent dans des conditions de droit et de fait qui ne permettent pas la comparaison avec celles applicables aux avocats établis sur le territoire de l'État d'accueil.

¹²¹ CJCE, 11 décembre 2003, AMOK Verlags c. A & R Gastronomie, aff. C-289-02, LawLex200500006620JBJ, Europe, 2004, n° 41, obs. IDOT ; JDI, 2004, 594, obs. LUBY.

¹²² Notamment celles concernant l'incompatibilité entre l'exercice des activités d'avocat et celui d'autres activités dans cet État, le secret professionnel, les rapports confraternels, l'interdiction d'assistance par un même avocat de parties ayant des intérêts opposés et la publicité.

¹²³ V. not. CJCE, 21 juin 1974, Reyners c. Belgique, aff. 2-74, LawLex200400003482JBJ, RMCUE, 1974, 473, obs. de DORLODOT ; Gaz. Pal., 1975, 3, 63, obs. DAMIEN ; RTD eur., 1975, 518 ; Rev. crit DIP., 1975, 696, obs. LOUSSOUARN ; JDI, 1976, 221, obs. CONSTANTINESCO, qui considère que les activités les plus typiques de la profession d'avocats telles que la consultation et l'assistance juridique ou la représentation et la défense des parties en justice, ne participent pas à l'exercice de l'autorité publique.

¹²⁴ Cette disposition semble tenir compte de l'aptitude reconnue aux solicitors au Royaume-Uni et en Irlande de dresser des actes authentiques, et donc donner la possibilité aux autres États membres de ne pas les autoriser à dresser de tels actes sur leur territoire.