

# **Droit de l'Union européenne - Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes - Chronique par Florence Chaltiel et Claude J. Berret Marc Fallon et Stéphanie Francq et Catherine Prieto**

Journal du droit international (Clunet) n° 2, Avril 2010, chron. 3

## **Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes**

**Chronique** par Florence Chaltiel Professeur à l'IEP de Grenoble

**et** Claude J. Berr Professeur émérite de l'Université de Grenoble II

**et** Marc Fallon Professeur à l'Université catholique de Louvain

**et** Stéphanie Francq Professeur à l'Université catholique de Louvain

**et** Catherine Prieto Professeur à l'École de droit de la Sorbonne - Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne)

[Accès au sommaire](#)

*CJCE. – Grande ch. – 9 déc. 2008. – aff. C-121/07 . – Commission c/ France : obs. F. Chaltiel, p. 583.*

*CJCE. – 2e ch. – 12 févr. 2009. – aff. C-45/07 . – Commission c/ Grèce : obs. F. Chaltiel, p. 578.*

*CJCE. – 1re ch. – 5 mars 2009. – aff. C-88/07 . – Commission c/ Espagne : obs. C. J. Berr, p. 588.*

*CJCE. – Grande ch. – 10 mars 2009. – aff. C-169/07 . – Hartlauer : obs. M. Fallon, p. 629.*

*CJCE. – 1re ch. – 19 mars 2009. – aff. C-10/08 . – Commission c/ Finlande : obs. C. J. Berr, p. 584.*

*CJCE. – 2e ch. – 26 mars 2009. – aff. C-113/07 P. – Selex Sistemi Integrati c/ Commission : obs. C. Prieto, p. 597.*

*CJCE. – 1re ch. – 2 avr. 2009. – aff. C-202/07 P. – France Télécom c/ Commission : obs. C. Prieto, p. 607.*

*CJCE. – 8e ch. – 30 avr. 2009. – aff. C-132/08 . – Lidl Magyarország : obs. C. J. Berr, p. 589.*

*CJCE. – 2e ch. – 30 avr. 2009. – aff. C-531/07 . – Fachverband der Buch – und Medienwirtschaft : obs. C. J. Berr, p. 591.*

*CJCE. – Grande ch. – 19 mai 2009. – aff. C-171/07 et C-172/07. – Apothekerkammer des Saarlandes e.a. : obs. M. Fallon, p. 629.*

*CJCE. – Grande ch. – 19 mai 2009. – aff. C-531-06. – Commission c/ Italie : obs. M. Fallon, p. 629.*

*CJCE. – 2e ch. – 4 juin 2009. – aff. C-142/05 . – Mickelsson et Roos : obs. C. J. Berr, p. 592.*

*CJCE. – 2e ch. – 4 juin 2009. – aff. C-109/08 . – Commission c/ Grèce : obs. C. J. Berr, p. 582.*

*CJCE. – 2e ch. – 4 juin 2009. – aff. – C-109/08, Commission c/ Grèce : obs. F. Chaltiel, p. 594.*

*CJCE. – 8e ch. – 4 juin 2009. – aff. C-144/08 . – Commission c/ Finlande : obs. C. J. Berr, p. 585.*

*CJCE. – 3e ch. – 4 juin 2009. – aff. C-8/08. – T-Mobile Netherlands BV e.a. : obs. C. Prieto, p. 600.*

*CJCE. – Ire ch. – 25 juin 2009. – aff. C-356/08. – Commission c/ Autriche : obs. M. Fallon, p. 629.*

*CJCE. – Ire ch. – 16 juill. 2009. – aff. C-128/08. – Damseaux : obs. S. Francq, p. 611.*

*CJCE. – Grande ch. – 8 sept. 2009. – aff. C-42/07. – Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Baw International : obs. S. Francq, p. 621.*

*CJCE. – 2e ch. – 1er oct. 2009. – aff. C-370/07. – Commission c/ Conseil : obs. F. Chaltiel, p. 579 et 580.*

*CJCE. 3e ch. – 6 oct. 2009. – aff. C-513/06 P. – GlaxoSmithKline Services c/ Commission : obs. C. Prieto, p. 604.*

*CJUE. – 3e ch. – 10 déc. 2009. – aff. C-345/08. – Pesla : obs. S. Francq, p. 635.*

*CJUE. – 3e ch. – 28 janv. 2010. – aff. C-333/08. – Commission c/ République française : obs. C. J. Berr, p. 586.*

*CJUE. – 3e ch. – 4 mars 2010. – aff. C-197/08. – Commission c/ France : obs. C. J. Berr, p. 595.*

## 1. Ordre juridique européen

1. - L'année 2009 est marquée par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne qui modifie substantiellement l'ordre juridique européen(A), par de nouvelles réceptions par les juridictions nationales de l'ordre juridique européen (B) et par des précisions apportées par la Cour de justice de l'Union européenne sur les grands principes de l'ordre juridique européen (V. *infra*).

### A. - Les modifications de l'ordre juridique européen avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne

2. - Outre des modifications de forme et de vocabulaire (1°), le Traité de Lisbonne innove en matière d'équilibre institutionnel (2°) et de répartition des compétences (3°).

#### 1° Les modifications de forme et de vocabulaire

##### a) La forme : une Union et deux traités

3. - La notion d'ordre juridique communautaire devient, en 2009, de l'histoire du droit. En effet, alors que le Traité de Maastricht avait innové par la création d'une Union européenne, se superposant aux Communautés préexistantes et créant des mécanismes nouveaux de coopération intergouvernementale (ce que l'on a alors appelé les « piliers intergouvernementaux »), le Traité de Lisbonne ne retient que l'Union européenne qui se substitue à la Communauté européenne. L'architecture en piliers disparaît. Désormais l'Union européenne est organisée à partir de deux traités, le Traité sur l'Union européenne (TUE), d'une part, et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), d'autre part.

##### b) Le vocabulaire : *exit* le vocabulaire constitutionnel, *in* le vocabulaire législatif

4. - Si le Traité portant établissement d'une Constitution européenne (TCE) a échoué en France et aux Pays-Bas, c'est en partie en raison des craintes suscitées par la supposée rigidité de la notion de Constitution. L'inscription de politiques européennes, comme celle de la concurrence avait en effet suscité de vives réticences. Le Traité de Lisbonne en tient compte, de même qu'il n'évoque plus la concurrence comme objectif du Traité, et qu'il supprime la référence aux symboles de l'Union européenne. Il garde cependant un élément symbolique fort, puisqu'il mentionne désormais les notions d'actes législatifs et de procédures législatives. Les termes de lois et de directives sont maintenus, mais ces actes de droit dérivé européen sont désormais qualifiés d'actes législatifs. Les procédures législatives sont de plusieurs types, ordinaires, ou spéciales, et révèlent un nouvel équilibre institutionnel (B).

#### 2° Le nouvel équilibre institutionnel

5. - Si l'occasion de réformer le nombre de commissaires est finalement manquée (a), celle de faire du parlement européen un véritable législateur est réussie (b).

##### a) L'occasion manquée de la réforme du nombre de commissaires

6. - Le Traité sur l'Union européenne, tel que modifié par le Traité de Lisbonne prévoit, en son article 17-5, que le nombre de commissaires sera équivalent à deux-tiers du nombre d'États membres, et ce, à compter de 2014. Pourtant, lors des discussions ouvertes avec l'Irlande suite au référendum négatif de juin 2008, la décision fut prise de revenir sur ce principe. Juridiquement néanmoins, il n'était pas question de réviser la disposition du traité en elle-même. Dans ce cas en effet, il eut fallu refaire toutes les procédures de ratification. L'engagement pris est de nature politique et l'instrument juridique se trouve dans le Traité. En effet, le même article qui prévoit le nombre restreint du nombre de commissaire prévoit aussi la possibilité pour le Conseil, statuant à l'unanimité, de modifier le nombre de commissaire. Nul ne saurait douter qu'un des

membres du Conseil s'oppose au retour du sacro-saint principe d'un commissaire par État membre. Si cette réforme est manquée, celle du pouvoir législatif peut être considérée comme réussie.

## b) Le Parlement européen, véritable co-législateur

7. - La réforme de la procédure de décision initiée par le Traité de Maastricht, qui avait mis en place la notion de « co-décision », se trouve achevée avec le Traité de Lisbonne. Celui-ci définit plusieurs types de procédures législatives. La procédure législative ordinaire, qui concerne la plus grande partie des décisions, met sur un pied d'égalité le Parlement et le Conseil. Le Parlement dispose ainsi d'un plein pouvoir d'amendement, de décision et de refus. Quant aux procédures législatives dites spéciales, elles se substituent aux anciennes procédures dites de consultation ou de coopération. Certaines mettent en place des mécanismes de vote à l'unanimité, ou encore des pouvoirs plus limités du parlement comme des pouvoirs d'avis ou d'avis conforme. Ces procédures varient en fonction des types de compétences exercées, que le Traité de Lisbonne vise aussi à rationaliser.

## 3° La rationalisation de la distribution des compétences

8. - Depuis les premiers traités européens, aucune liste de compétences attribuées à l'Union, ou restant aux États n'avait été inscrite. Des compétences sont ainsi attribuées par des articles des traités et interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne, au gré des affaires qui se présentent à elle. C'est ainsi qu'elle estime que la politique commerciale commune est une compétence communautaire exclusive dès 1971, jugeant que la Communauté a succédé aux États en matière de GATT (devenu OMC en 1994). Depuis lors, aucune liste de compétences n'avait été détaillée dans les traités. Le Traité de Lisbonne change la donne en établissant la liste des compétences exclusives de l'Union, des compétences partagées entre l'Union et ses États membres et enfin des compétences d'appui – c'est-à-dire limitées ou subsidiaires – de l'Union. Sont enfin mentionnés à part les domaines de la coordination des politiques économiques et des affaires étrangères. L'ordre juridique européen se trouve davantage intégré par le Traité de Lisbonne, ce qui devrait encore renforcer sa réception par les juges nationaux. L'année 2009 a offert des exemples qui méritent d'être cités dans la présente chronique.

## B. - La réception de l'ordre juridique européen par les juges nationaux : deux exemples emblématiques

9. - Deux jurisprudences de juridictions suprêmes nationales méritent d'être citées dans une chronique relative à l'ordre juridique européen. Il s'agit, d'une part, de la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 30 juin 2009 (2BvE 2/08) et, d'autre part, de la décision du Conseil d'État du 30 octobre 2009 (CE, 30 oct. 2009, n° 298340). S'agissant de la décision de la Cour constitutionnelle allemande, elle a fait l'objet de nombreux commentaires souvent critiques (la presse quotidienne s'en est fait l'écho, V. par ex. *Le Monde*, 30 juin 2009). Elle aborde la question de la démocratie européenne. Sans remettre la constitutionnalité du Traité de Lisbonne, elle estime que les pouvoirs du parlement allemand doivent être renforcés. Le raisonnement tenu est le suivant : le lieu d'exercice de la démocratie est et demeure l'État. Par conséquent, alors que l'Union se voit attribuer de nombreuses prérogatives, il importe, pour sauvegarder le principe démocratique, de compenser ces transferts par de nouveaux pouvoirs au Parlement national. La cour de Karlsruhe ne ferme pas pour autant la porte à l'idée de démocratie européenne, puisqu'elle admet que le Traité de Lisbonne, en consacrant un titre entier au principe démocratique, contient des pistes de renforcement de la démocratie européenne. On doit donc souligner une divergence entre la Cour de justice de l'Union européenne, qui développe la notion de démocratie européenne, depuis les débuts de cette construction, alors même qu'elle veillait au respect des premières et limitées prérogatives du parlement européen, et la Cour constitutionnelle allemande qui reste sur la réserve. S'agissant de la décision du Conseil d'État rendue en assemblée, le 30 octobre 2009, elle est une illustration de la réception de la jurisprudence européenne dans le droit national, même tardivement. La décision du Conseil d'État est remarquable à un double titre. En premier lieu, elle opère un revirement de la jurisprudence Cohn-Bendit et accepte désormais des recours à l'encontre de mesures individuelles contraires aux objectifs d'une directive non transposée si les délais sont échus et si les termes de la directive sont assez clairs et inconditionnels. En second lieu, et de manière symbolique, le juge suprême de l'ordre administratif français affirme explicitement que le juge national et le juge de droit commun du droit européen. Ces deux jurisprudences, de nature différente, montrent la réception de l'ordre juridique européen en droit interne. La Cour de justice de l'Union apporte, quant à elle, de nouvelles précisions sur les grands principes de l'ordre européen.

## 2. Échanges commerciaux

10. - Les arrêts sélectionnés dans la présente chronique sont, pour l'essentiel, d'un grand classicisme et le mérite de la règle du précédent, que la Cour applique sans le dire expressément, est d'éviter aux juges d'avoir à remettre en question certaines solutions discutables mais qui ont pour elles la valeur de la répétition. Aussi bien la démarche à laquelle se livre la Cour, qu'elle soit saisie à titre préjudiciel ou dans le cadre d'un recours en manquement, bénéficie-t-elle de l'expérience de plusieurs décennies. Interrogée sur la compatibilité d'une mesure nationale, légale, réglementaire, administrative ou pratique avec le principe de la liberté de circulation des marchandises, elle s'assure tout d'abord de l'existence d'un obstacle aux échanges intracommunautaires et rend systématiquement hommage à la célèbre formule de l'arrêt *Dassonville*, dont on pourra, espérons-le, fêter bientôt solennellement le quarantième anniversaire. On verra ainsi, au fil de la lecture des décisions commentées, que, si certaines mesures restrictives « classiques » semblent bien en voie d'extinction, subsistent encore de nombreuses formes larvées de protectionnisme national. S'abritant derrière sa souveraineté fiscale, la Finlande, dont on peut se demander quelle production nationale d'automobiles elle entend favoriser, s'est ainsi vu rappelée à l'ordre (V. aff. C-10/08 et C-333/08). Au nom de la protection de la santé publique, l'Espagne s'est évertuée en vain à distinguer les produits à base de plantes médicinales et les médicaments proprement dits (V. aff. C-88/07) et la France s'est embourbée dans le maquis des auxiliaires technologiques et des denrées alimentaires (V. aff. C-333/08). Il devait y avoir de sérieuses raisons pour que les Hongrois cherchent à décourager la mise sur leur marché de certains équipements hertziens en imposant des formalités inutiles (V. aff. C-132/08). C'est par des mesures de police que la Suède, en fixant des règles strictes de navigation pour les véhicules nautiques à moteur, décourageait les éventuels acheteurs de ces instruments de loisir (V. aff. C-142/05). Mais la réglementation des prix, pour

autant qu'elle soit encore utilisable, demeure un outil efficace pour freiner soit l'importation de livres (*V. aff. C-531/07*), soit celle du tabac (*V. aff. C-197/08*). Pour autant, la **Cour** ne s'en laisse pas compter. Rejetant impitoyablement les justifications souvent hasardeuses présentées par les États **et** soumettant les mesures nationales, lorsque ces justifications lui semblent acceptables, aux exigences de leur proportionnalité aux objectifs visés, elle exerce en définitive une mission de surveillance dont on ne saurait que la louer.

### 3. Circulation des personnes **et** des services

**11.** - Du point de vue de la matière sous rubrique, l'année 2009 n'est pas une « grande » année. Pas d'arrêt majeur, ni grandement médiatisé. L'année 2009 confirme néanmoins l'impact du droit communautaire dans certains domaines clés. La matière fiscale, comme les années précédentes, s'avère être l'un de ces domaines. Les arrêts prononcés dans le cadre de la libre prestation de services, de la liberté d'établissement **et** de circulation des capitaux (ou même circulation des travailleurs **et** citoyenneté) forment une part importante de l'acquis jurisprudentiel de l'année (plus d'une quinzaine d'arrêts). Il convient de souligner que la fiscalité concerne les citoyens **européens** dans de nombreux aspects de leur vie : que ce soit dans leur statut d'héritier (*CJCE, 12 févr. 2009, aff. C-67/08, Block*, évoqué ci-après dans le commentaire de l'arrêt *Damseaux, aff. C-128/08*), de propriétaire (*CJCE, 15 oct. 2009, aff. C-35/08, Buzley et Cibrian Fernandez*, à propos de la déductibilité de charge sur un immeuble localisé hors du territoire de l'État de résidence **et** acquis par voie successorale. – *CJCE, 6 oct. 2009, aff. C-153/08, Commission c/ Espagne*, à propos de l'imposition des plus values réalisées sur la vente de biens immobiliers ou autre en Espagne par des non-résidents), de donateur (*CJCE, 27 janv. 2009, aff. C-318/07, Persche*, à propos de la déductibilité d'un don en nature en faveur d'un organisme d'intérêt général établi dans un autre État membre ; cette décision rendue en chambre plénière a déjà été largement commentée **et** ne sera donc pas analysée dans cette **chronique** ; V. en langue française *H. Zapf et J. Du Pasquier, Charité bien ordonnée commence par soi-même, un principe reconnu par le droit communautaire ? (À propos de CJCE, 27 janvier 2009) : LPA 2009, n° 55, p. 3-6.* – *G. Cavaillé et D. Voillemot, note ss CJCE, 12 févr. 2009, aff. C-318/07 : Gaz. Pal. 2009, n° 86-87, I, jurispr. p. 34-36.* – *A. Rigaux, Déductibilité fiscale des dons en nature effectués dans un autre État membre : Europe 2009, comm. 122.* – *F. Perrotin, Vers l'Euro-donateur : LPA 2009, n° 70, p. 3-5.* – *M. Guichard et R. Grau, Les dons aux organismes d'intérêt général relèvent de la liberté de circulation des capitaux : Dr. fisc. 2009, comm. 337*), de pensionné (*CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-544/07, Rüffler*, concernant le refus d'un avantage fiscal lié au paiement d'une cotisation d'assurance maladie obligatoire dans un État membre autre que celui de la résidence **et** de perception des impôts), d'épargnant (*CJCE, 11 juin 2009, aff. C-155/08, Passhein-van Schoot*, à propos de l'extension du délai de redressement pour des avoirs constitués des épargnes des intéressés **et** localisés dans un autre État membre. – *CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-269/07, Commission c/ Allemagne*, à propos de primes d'épargne pension réservées aux travailleurs assujettis à l'impôt allemand), ou encore de prestataire d'activités commerciales ou touristiques (*CJCE, 17 nov. 2009, aff. C-169/08, Regione Sardegna*, à propos d'une taxe régionale sur l'escala touristique des aéronefs destinés au transport privé de personnes ainsi que les bateaux de plaisance frappant uniquement les personnes physiques **et** morales ayant leur domicile fiscal en dehors du territoire régional ; V les commentaires de *C. Blumann, Extension des libertés communautaires (services, aides d'État) grâce à une taxe régionale incompatible : JCP G 2010, n° 3, p. 46-52.* – *F. Zampini, Incompatibilité avec les libertés communautaires **et** inconstitutionnalité d'une taxe d'escala fondée sur le principe du pollueur-payeur... : Dr. fisc. 2010, comm. 97.* – *M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, Chronique de jurisprudence communautaire. Aide d'État : AJDA 2010, p. 255-256*). La nécessité d'une analyse en termes de marché intérieur des mesures fiscales nationales ne se limite donc pas au cas des personnes morales (pour les personnes morales, V. spéc. cette année *CJCE, 17 sept. 2009, aff. C-182/08, Glaxo Wellcome*, à propos de la législation d'un État membre en vertu de laquelle la dépréciation de parts sociales du fait de la distribution de dividende n'affecte pas l'assiette imposable s'agissant d'une mesure affectant l'acquisition de parts auprès d'un porteur de part non résident. – *CJCE, 12 févr. 2009, aff. C-138/07, Cobelfret*, à propos du régime fiscal belge des revenus définitivement taxés). Dans la matière de la fiscalité directe des personnes physiques (la fiscalité des personnes morales **et** la fiscalité indirecte donnant généralement lieu à une analyse plus complexe), une tendance semble se dégager : en l'absence de critère de répartition des compétences fiscales entre les États membres, la **Cour** sanctionne uniquement les mesures discriminatoires. Les hypothèses de double imposition résultant de l'exercice parallèle de leur compétence par les États membres, sans qu'intervienne une mesure discriminatoire, ne trouvent pas de solution dans la **jurisprudence** communautaire (V. *infra* le commentaire de l'arrêt *Damseaux : CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-128/08*). La politique nationale des soins de santé est également à l'honneur cette année avec plusieurs arrêts (les arrêts suivant sont commentés : à propos du régime des pharmacies : *CJCE, 19 mai 2009, aff. C-171/07, Apothekerkammer des Saarlandes*. – du même jour, *aff. C-531/06, Commission c/ Italie*. – à propos d'une mesure imposant au médecin établi en Autriche d'ouvrir un compte bancaire auprès d'une banque déterminée : *CJCE, 25 juin 2009, aff. C-356/08, Commission c/ Autriche*. – à propos du régime d'autorisation applicable au policliniques de soins dentaires : *CJCE, 10 mars 2009, aff. C-169/07, Hartlauer*). Plusieurs arrêts concernent encore le domaine des assurances obligatoires. De telles obligations interviennent dans des secteurs divers **et** peuvent constituer des entraves à l'exercice des libertés du marché intérieur (à propos de l'affiliation obligatoire à une assurance couvrant les accidents du travail en Allemagne : *CJCE, 5 mars 2009, aff. C-350/07, Kattner Stahlbau*. – à propos de la réglementation italienne relative à l'assurance automobile obligatoire imposant aux opérateurs de prendre en charge tous les risques qui leur sont proposés **et** les soumettant à des exigences de modération tarifaire : *CJCE, 28 avr. 2009, aff. C-518/06, Commission c/ Italie*. – à propos d'une réglementation autrichienne imposant une assurance responsabilité civile aux agents en brevet **et** la désignation d'un mandataire domicilié en Autriche : *CJCE, 11 juin 2009, aff. C-564/07 Commission c/ Autriche*. – à propos d'une règle allemande imposant aux membres de conseil d'administration de société anonyme de droit suisse, **et** non aux membres du directoire, de s'affilier au régime légal d'assurance vieillesse : *CJCE, 12 nov. 2009, aff. C-351/08, Grimme*). Enfin, deux domaines, ayant apparemment peu en commun (quoi que les recettes du premier servent parfois à financer le second), font également l'objet de différents arrêts : les jeux de hasard (*CJCE, 8 sept. 2009, aff. C-42/07, Santa Casa, commenté ci-après.* – *CJCE, 6 oct. 2009, aff. C-153/08, Commission c/ Espagne*, à propos du régime fiscal des jeux de loterie **et** les avantages sociaux (en particulier, V. *CJCE, 4 juin 2009, aff. C-22/08 e.a., Vatsouras*, concernant le bénéfice d'une aide sociale pendant la période d'inactivité d'un travailleur d'un autre État membre fraîchement arrivé dans l'État d'accueil. – *CJCE, 10 sept 2009, aff. C-269/07, Commission c/ Allemagne*, à propos d'une prime d'épargne pension). Ce regroupement par matières présentant une actualité particulière ne permet évidemment pas de faire droit à la variété des affaires traitées **et** ne doit pas oblitérer certains arrêts intéressants portant sur des questions isolées (*CJCE, 3 mars 2009, aff. C-249/06, Commission c/ Suède*, à propos d'un accord de protection des investissements conclu par un État membre avec un État tiers ne prenant pas en considération la compétence du Conseil pour restreindre les mouvements de capitaux. – *CJCE, 26 mars 2009, aff. C-326/07, Commission c/ Italie*, à propos des pouvoirs spéciaux détenus

par l'État dans certaines entreprises privatisées. – *CJCE, 5 mars 2009, aff. C-222/07, UTECA*, à propos d'une règle espagnole imposant aux opérateurs de télévision l'affectation d'un pourcentage donné de leurs recettes à la production de films en langue nationale). Marquant l'analyse de chacune de ces affaires, le principe de proportionnalité constitue le fil rouge de l'année. L'année 2009 donne en effet lieu à des illustrations contrastées de l'application du principe. Tantôt absent (*V. infra* l'affaire *Damseaux*), parfois réduit (*V. infra* l'affaire *Santa Casa*), mais aussi développé et structuré (*V. infra* les différentes affaires relatives à la politique des soins de santé) ou encore détaillé au point de rendre presque inutile l'intervention du juge du fond (*V. infra* l'affaire *Pesla*), le test de proportionnalité guide la lecture des arrêts de cette année.

#### 4. Concurrence

12. - La **jurisprudence** communautaire de ces derniers mois est très riche et exprime de la part de la **Cour de justice** la volonté de préserver non seulement des acquis mais encore l'ancrage ordolibéral de la politique **européenne** de concurrence. Sur le plan des acquis, elle entend revenir à une délimitation plus rigoureuse de la notion d'entreprise avec une qualification stricte de l'activité économique (*CJCE, 26 mars 2009, aff. C-113/07 P, Selex Sistemi Integrati c/ Commission*). Eurocontrol aura été pour elle l'opportunité de cerner à deux reprises les bornes apportées à l'activité économique par des prérogatives de puissance publique (*V. déjà CJCE, 19 janv. 1994, aff. C-394/92, SAT c/ Eurocontrol : Rec. CJCE 1994, I, p. 43*). On soulignera que, dans Eurocontrol II, c'est bien le **Tribunal** – et non la Commission qui en était restée à une décision de rejet de plainte – qui a adopté cette interprétation extensive. On peut encore placer dans la catégorie des acquis préservés, la notion de pratique concertée fermement réaffirmée dans l'arrêt *T-Mobile* (*CJCE, 4 juin 2009, aff. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV e.a.*). La **Cour** y retient même qu'un seul échange d'informations suffit à caractériser la présomption de cause à effet entre la concertation et le comportement des entreprises concernées. Quant à l'ancrage ordolibéral, il est d'abord défendu avec mesure dans l'arrêt *France Télécom* où la **Cour** tend à élargir la notion d'intérêt du consommateur dans des développements sur la finalité de la prohibition de l'abus de position dominante qui n'étaient pas directement nécessaires pour trancher l'appréciation technique de la prédation (*CJCE, Ire ch., 2 avr. 2009, aff. C-202/07 P, France Télécom c/ Commission*). C'est assurément avec l'arrêt *T-Mobile* précité et l'arrêt *GlaxoSmithKline* que la **Cour** défend plus radicalement l'héritage ordolibéral (*CJCE, 3e ch., 6 oct. 2009, aff. C-513/06 P, GSK*). Au lieu de tenter de concilier cet héritage avec le nouveau concept de bien-être du consommateur, pierre angulaire de la modernisation de la politique **européenne** de concurrence, la **Cour** prend le parti de hiérarchiser les finalités de la politique de concurrence en plaçant au premier plan la défense de la structure du marché et bien après la défense du consommateur. Il est permis de penser qu'une approche « englobante » aurait été plus habile.

#### 5. Ordre juridique européen

13. - Les précisions apportées par la **Cour de justice** de l'Union **européenne** sur les grands principes de l'ordre juridique **européen**. La nouvelle répartition des compétences devrait être de nature à limiter les contentieux devant la **Cour de justice** en matière de base juridique retenue pour une décision. En 2009, celle-ci a en effet encore dû apporter des précisions en matière d'obligation des États et de répartition des compétences (A).

##### A. - Obligations des États vis-à-vis de l'ordre juridique européen et répartition des compétences

**Primauté du droit de l'Union européenne. – Sécurité maritime. – Proposition pour le contrôle de la conformité des navires et des installations portuaires avec les exigences du chapitre XI-2 du SOLAS et du code ISPS. – Soumission à un organisme international d'une proposition qui relève d'un domaine de compétence externe exclusive communautaire. – Violation des articles 10, 71 et 80, paragraphe 2, du Traité CE.**

*CJCE. – 2e ch. – 12 févr. 2009. – aff. C-45/07. – Commission c/ Grèce. – M. C. W. A. Timmermans (rapporteur), président de chambre. – MM. J.-C. Bonichot, K. Schiemann, J. Makarczyk et Mme C. Toader, juges. – M. Y. Bot, avocat général.*

*L'obligation de coopération loyale pesant sur les États membres comporte des obligations positives et négatives. En soumettant le droit européen au respect de règles internationales, la Grèce manque à ses obligations inhérentes aux principes de primauté du droit communautaire et de coopération loyale.*

14. - NOTE. – Dans cette décision, la **Cour** apporte des précisions sur la limitation des compétences nationales consécutives de l'appartenance de l'État à l'Union **européenne**. Un État membre ne saurait en effet soumettre une proposition **européenne** à des engagements internationaux préexistants dès lors que l'Union a pleinement exercé sa compétence en la matière. En l'espèce il s'agissait de la Grèce, qui avait décidé de soumettre à l'Organisation maritime internationale (OMI) une proposition relative au contrôle de la conformité des navires et des installations portuaires aux exigences du chapitre XI-2 de la Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer, conclue à Londres le 1er novembre 1974, et du Code international relatif à la sûreté des navires et des installations portuaires. La **Cour** condamne la Grèce en se fondant notamment sur l'article 10 du Traité **Communauté européenne**, qui précise que « *Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent Traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent Traité* ». On notera qu'avec le Traité de Lisbonne, cet article est remplacé, en substance, par l'**article 4, paragraphe 3, du Traité UE**.

Florence Chaltiel

**Mots clés :** Droit de l'Union **européenne**. - Principe de primauté. - Coopération loyale

## **B. - Modulation dans le temps des effets d'une décision d'annulation et principe de sécurité juridique**

**Principe de sécurité juridique. – Quatorzième session de la Conférence des Parties à la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES). – Décision établissant la position de la Communauté dans une instance créée par un accord. – Annulation de la décision. – Maintient des effets de la décision annulée.**

**CJCE. – 2e ch. – 1er oct. 2009. – aff. C-370/07. – Commission c/ Conseil. – M. C. W. A. Timmermans, président de chambre. – MM. J.-C. Bonichot, J. Makarczyk, L. Bay Larsen (rapporteur) et Mme C. Toader, juges. – Mme J. Kokott, avocat général.**

*La Cour rappelle l'obligation d'indiquer la base juridique dans tout acte de l'Union produisant des effets juridiques. Elle concilie le principe de légalité et le principe de sécurité juridique.*

**15. - NOTE. –** Dès le Traité de Rome, la notion de modulation dans le temps des effets d'une décision d'annulation est présente. Ainsi, aux termes de l'article 231, second alinéa, CE, la Cour peut, si elle l'estime nécessaire, indiquer ceux des effets d'un règlement annulé qui doivent être considérés comme définitifs. La Cour estime qu'une telle disposition est susceptible de s'appliquer, par analogie, également à une décision lorsqu'il existe d'importants motifs de sécurité juridique, comparables à ceux qui interviennent en cas d'annulation de certains règlements, justifiant que la Cour exerce le pouvoir que lui confère, dans ce contexte, l'article 231, second alinéa, CE. La Cour met ici en avant le principe de sécurité juridique (V. *CJCE, 6 nov. 2008, aff. C-155/07, Parlement c/ Conseil, pt 87*). Le Conseil, qui était attaqué par la Commission, demandait à la Cour, au cas où elle annulerait la décision attaquée, de maintenir les effets de celle-ci. La Commission ne s'est pas opposée à cette demande. Pour comprendre la demande formulée par le Conseil, il faut rappeler que la décision attaquée visait à établir la position de la Communauté concernant certaines propositions examinées lors d'une conférence internationale qui s'est tenue à La Haye, du 3 au 15 juin 2007. Il s'avère que cette position de la Communauté a été effectivement exprimée par les États membres conformément à la décision attaquée. En conséquence, la décision attaquée a déjà produits des effets juridiques et, en plus, vis-à-vis de partenaires internationaux de l'Union. Il importait donc d'assurer la stabilité de ces relations. De ces éléments, le juge déduit qu'il y a lieu de maintenir, pour des motifs de sécurité juridique, les effets de la décision attaquée, dont l'annulation est prononcée par le même arrêt.

**Florence Chaltiel**

**Mots clés :** Droit de l'Union **européenne**. - Principe de sécurité juridique. - Maintien des effets d'une décision annulée

## **C. - Motivation des actes européens et précision de la base juridique**

**Obligation de motivation. – Quatorzième session de la Conférence des Parties à la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES). – Établissement des positions à adopter au nom de la Communauté dans une instance créée par un accord. – Obligation de motivation. – Indication de la base juridique.**

**CJCE. – 2e ch. – 1er oct. 2009. – aff. C-370/07. – Commission c/ Conseil. – M. C. W. A. Timmermans, président de chambre. – MM. J.-C. Bonichot, J. Makarczyk, L. Bay Larsen (rapporteur) et Mme C. Toader, juges. – Mme J. Kokott, avocat général.**

*La Cour rappelle l'obligation d'indiquer la base juridique dans tout acte de l'Union produisant des effets juridiques.*

**16. - NOTE. –** Le principe de motivation des actes juridiques connaît des applications, sous des formes variées, dans l'ensemble des États membres. Dans l'Union européenne, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, l'obligation de motivation, consacrée à l'article 253 CE, impose que tous les actes concernés contiennent un exposé des raisons qui ont amené l'institution à les arrêter, de manière à ce que la Cour puisse exercer son contrôle et que tant les États membres que les tiers intéressés connaissent les conditions dans lesquelles les institutions communautaires ont fait application du Traité (V. *CJCE, 6 nov. 2008, aff. C-155/07, Parlement c/ Conseil, pt 87*). Dans le cadre des spécificités du droit de l'Union européenne, un lien s'opère entre la notion de motivation et le choix de la base juridique. Ce lien n'est pas sans rappeler l'exigence posé par le juge administratif français de donner les raisons de droit et de fait qui fondent une décision administrative. Ainsi, selon la jurisprudence de la Cour, l'obligation d'indiquer la base juridique d'un acte relève de l'obligation de motivation (V. notamment *CJCE, 20 sept. 1988, aff. 203/86, Espagne c/ Conseil : Rec. CJCE 1988, p. 4563, pts 36 à 38*). • La Cour opère un lien entre les principes de motivation et de sécurité juridique. Elle juge en effet que l'impératif de sécurité juridique requiert que tout acte visant à créer des effets juridiques emprunte sa force obligatoire à une disposition du droit communautaire qui doit expressément être indiquée comme base légale et qui prescrit la forme juridique dont l'acte doit être revêtu (V. *CJCE, 16 juin 1993, aff. C-325/91, France c/ Commission : Rec. CJCE 1993, I, p. 3283, pt 26*). Dans le cadre de l'espèce ici commentée, la Cour indique donc que c'est à la lumière de ces considérations qu'il y a lieu de déterminer si la décision attaquée a pu être valablement adoptée sans que soit mentionnée sa base juridique. À cette fin, elle examine si cette décision est soumise à l'obligation de motivation et si elle doit, par conséquent, indiquer la base juridique. L'examen réalisé par la Cour, à l'aune des thèses des parties, montre l'existence d'incertitudes liées aux versions linguistiques des traités. • Les versions linguistiques, sources d'incertitudes juridiques. À l'appui de leur thèse respective, les parties avancent principalement des arguments de nature terminologiques en s'appuyant sur les différentes versions linguistiques de l'article 300, paragraphe 2, CE. La Commission fait, quant à elle,

valoir que la décision attaquée est une décision au sens de l' **article 249 CE**, désignée en langue allemande par le terme « *Entscheidung* », et qu'elle doit, par conséquent, être motivée. En revanche, le Conseil, soutenu par le Royaume-Uni, estime qu'il s'agit d'une décision *sui generis*, désignée en langue allemande par le terme « *Beschluß* », qui n'est pas visée par l' **article 253 CE**. Cependant, la **Cour** évite la difficulté en affirmant qu' il y a lieu de constater que la qualification de la décision attaquée de décision au sens de l' **article 249 CE** ou de décision *sui generis* n'est pas déterminante en l'espèce aux fins de décider si elle doit être soumise à l'obligation de motivation. En effet, elle rappelle et insiste sur le fait que cette obligation, qui est justifiée notamment par le contrôle juridictionnel qui doit pouvoir être exercé par la **Cour**, doit s'appliquer à tout acte susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation. Or, selon une **jurisprudence** constante, constituent des actes attaquables au sens de l' **article 230 CE**, toutes dispositions adoptées par les institutions, quelle qu'en soit la forme, qui visent à produire des effets de droit obligatoires (V. notamment **CJCE**, *AETR, préc.*, pt 42. – **CJCE**, 11 nov. 1981, *aff. 60/81, IBM c/ Commission* : *Rec. CJCE 1981*, p. 2639, pt 9. – **CJCE**, 17 juill. 2008, *aff. C-521/06 P, Athinaiki Techniki c/ Commission* : *Rec. CJCE 2008*, I, p. 5829, pt 42). La **Cour** en déduit que, en principe, tout acte produisant des effets juridiques est soumis à l'obligation de motivation. En l'espèce, la décision attaquée établissait la position de la **Communauté** en ce qui concerne les domaines relevant de sa compétence, qui devait être exprimée par les États membres agissant conjointement dans l'intérêt de la **Communauté** lors d'une conférence internationale. La décision attaquée est donc un acte qui produit des effets juridiques obligatoires, en ce qu'elle établit la position de la **Communauté** dans le cadre de ladite quatorzième session, et qui a un caractère contraignant, d'une part, pour le Conseil et la Commission et, d'autre part, pour les États membres en ce qu'elle leur impose de défendre ladite position. La **Cour** juge donc que la décision attaquée doit être motivée et doit, par conséquent, indiquer la base juridique sur laquelle elle est fondée afin, notamment, que la **Cour** puisse exercer son contrôle juridictionnel.

Florence Chaltiel

**Mots clés** : Droit de l'Union européenne. - Principe de sécurité juridique. - Acte produisant des effets juridiques. - Motivation de la décision

#### D. - Manquement sur manquement

17. - La notion de recours en manquement sur manquement n'a pas encore vingt ans. Elle a été créée par le Traité de Maastricht en 1992. Elle vise à contraindre davantage les États dans le respect des décisions de justice rendues par la **Cour de justice** de l'Union européenne. La construction de l'État de droit européen s'en trouve renforcée. En effet, jusqu'au Traité de Maastricht, lorsqu'un arrêt en constatation de manquement était prononcé, soit l'État respectait la décision, soit, il n'existait pas véritablement de moyen de pression, sauf à recommencer de nouveau la procédure. La nouveauté introduite par le Traité est de permettre à la **Cour de justice** de l'Union européenne de condamner un État récalcitrant à une amende et/ou astreinte en cas de non-respect d'une décision juridictionnelle constatant son manquement. Cette nouvelle procédure est dissuasive, même s'il reste encore des exemples de résistances des États

**Manquement d'État. – Non-exécution de l'arrêt de la Cour du 26 octobre 2006 dans l'affaire C-65/05. – Violation des articles 28, 43 et 49 CE et article 8 de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques. – Réglementation nationale applicable aux jeux électroniques pour ordinateurs. – Demande de fixer une astreinte.**

**CJCE. – 2e ch. – 4 juin 2009. – aff. C-109/08** . – Commission c/ Grèce. – M. C. W. A. Timmermans, président de chambre. – MM. J.-C. Bonichot, J. Makarczyk, P. Kūris (rapporteur) et L. Bay Larsen, juges. – M. Y. Bot, avocat général.

*En ne modifiant pas les articles 2, paragraphe 1, et 3 de la loi n° 3037/2002, établissant une interdiction, sous peine de sanctions pénales ou administratives prévues aux articles 4 et 5 de la même loi, d'installer et d'exploiter tous les jeux électriques, électromécaniques et électroniques, y compris tous les jeux pour ordinateurs, dans tous les lieux publics ou privés, à l'exception des casinos, conformément aux articles 28 CE, 43 CE et 49 CE ainsi qu'à l'article 8 de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, telle que modifiée par la directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 juillet 1998, la République hellénique n'a pas mis en œuvre toutes les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt Commission c/ Grèce du 26 octobre 2006 (aff. C-65/05) et a manqué de ce fait aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 228 CE. La République hellénique est condamnée à payer à la Commission des Communautés européennes, sur le compte « Ressources propres de la Communauté européenne », une astreinte de 31 536 € par jour de retard dans la mise en œuvre des mesures nécessaires pour se conformer à l'arrêt Commission c/ Grèce, précité, à compter du prononcé du présent arrêt et jusqu'à l'exécution dudit arrêt Commission c/ Grèce.*

18. - NOTE. – La Grèce avait déjà été condamnée en manquement, pour ne pas avoir mis sa législation en conformité avec les exigences communautaires. Elle a persisté dans la violation et se voit donc infliger des sanctions pécuniaires. Ainsi, la **Cour** juge que, en ne modifiant pas sa législation sur l'exploitation des jeux électroniques, alors que le traité, comme les directives européennes l'exigeaient, et alors qu'elle avait déjà été condamnée (il s'agissait, précisément des articles 2, paragraphe 1, et 3 de la loi grecque n° 3037/2002, établissant une interdiction, sous peine de sanctions pénales ou administratives prévues aux articles 4 et 5 de la même loi, d'installer et d'exploiter tous les jeux électriques, électromécaniques et électroniques, y compris tous les jeux pour ordinateurs, dans tous les lieux publics ou privés, à l'exception des casinos, qui se trouvaient contraires aux articles 28 CE, 43 CE et 49 CE ainsi qu'à l'article 8 de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, telle que modifiée par la directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 juillet 1998), la Grèce a manqué à ses obligations. La **Cour** juge donc que la République hellénique n'a pas mis en œuvre toutes les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt du 26 octobre 2006, Commission c/ Grèce (aff. C-65/05), et a manqué de ce fait aux obligations qui lui

incombent en vertu de l'article 228 CE. La Cour décide alors de sanctions pécuniaires. Elle condamne la Grèce non seulement à une astreinte importante mais aussi à une considérable somme forfaitaire. La République hellénique est condamnée à payer à la Commission des Communautés européennes, sur le compte « Ressources propres de la Communauté européenne », une astreinte de 31 536 € par jour de retard dans la mise en œuvre des mesures nécessaires pour se conformer à l'arrêt *Commission c/ Grèce*, précité, à compter du prononcé de la décision de justice et jusqu'à l'exécution dudit arrêt *Commission c/ Grèce*. La République hellénique est également condamnée à payer à la Commission des Communautés européennes, sur le compte « Ressources propres de la Communauté européenne », une somme forfaitaire de trois millions d'euros.

Florence Chaltiel

**Mots clés : Droit de l'Union européenne. - Procédure. - Recours en manquement. - Manquement sur manquement**

**Manquement d'État. – Directive 2001/18/CE. – Dissémination volontaire dans l'environnement et mise sur le marché d'OGM. – Arrêt de la Cour constatant le manquement. – Inexécution. – Article 228 CE. – Exécution en cours d'instance. – Sanctions pécuniaires.**

CJCE. – Grande ch. – 9 déc. 2008. – aff. C-121/07. – Commission c/ France. – V. Skouris, président. – MM. C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts, A. Ó. Caoimh, J.-C. Bonichot et T. von Danwitz, présidents de chambre. – MM. K. Schiemann (rapporteur), P. Kūris, E. Juhász, G. Arestis, L. Bay Larsen et Mme P. Lindh, juges.

*La Cour impose à la France le paiement d'une somme forfaitaire pour sanctionner le retard pris dans l'exécution d'un précédent arrêt ayant constaté un manquement dans la transposition de la directive relative aux organismes génétiquement modifiés.*

19. - NOTE. – La Cour a aussi l'occasion de condamner la France en manquement sur manquement. Il s'agissait d'un non-respect par la France de dispositions européennes sur la dissémination de cultures d'organismes génétiquement modifiés. Déjà condamnée, la France n'avait alors toujours pas adopté les mesures adéquates. La Cour constate en effet que la France n'avait toujours pas pris, à la date à laquelle a expiré le délai imparti dans l'avis motivé, toutes les mesures que comporte l'exécution d'un arrêt datant du 15 juillet 2004 (CJCE, 15 juill. 2004, aff. C-419/03, *Commission c/ France*), concernant la non-transposition dans son droit interne des dispositions de la directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 mars 2001, relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement, abrogeant la directive 90/220/CEE du Conseil, qui divergent ou vont au-delà de celles de la directive 90/220/CEE du Conseil, du 23 avril 1990, relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement. La Cour en déduit donc logiquement que la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 228, paragraphe 1, CE. La République française est ainsi condamnée à payer à la Commission des Communautés européennes, sur le compte « Ressources propres de la Communauté européenne », une somme forfaitaire de 10 millions d'euros. De ces deux affaires, plusieurs remarques peuvent être formulées. En premier lieu, on observe un comportement persistant des États, tenant à ne pas prendre toutes les mesures nécessaires à l'exécution d'une décision de justice. Il peut s'agir de lenteur des mesures prises ou de résistance voulue. Dans les deux cas, les finances de l'État considéré s'en trouvent lésées. En deuxième lieu, il apparaît une souplesse dans le choix de la contrainte financière. Elle peut être une astreinte, une somme forfaitaire, ou les deux instruments cumulés. Pour la lisibilité du droit, on peut se demander si une ligne de conduite ne devrait pas être définie. En troisième lieu, on peut se féliciter des progrès de l'État de droit européen, observable par le nombre résiduel d'affaires de manquement sur manquement et par les sommes très élevées prononcées, et sans doute dissuasive pour l'avenir.

Florence Chaltiel

**Mots clés : Droit de l'Union européenne. - Procédure. - Recours en manquement. - Manquement sur manquement**

## 6. Échanges commerciaux

### A. - Véhicules automobiles

**Déductibilité d'une taxe. – Taxe finlandaise sur les véhicules déductible de la taxe sur la valeur ajoutée. – Valeur imposable identique pour les véhicules de moins de trois mois et les véhicules neufs. – Manquement au droit communautaire.**

CJCE. – 1re ch. – 19 mars 2009. – aff. C-10/08. – Commission c/ Finlande. – P. Jann, président. – M. Ilešič, rapporteur. – E. Sharpston, avocat général.

*En permettant que la taxe sur les véhicules soit déduite de la taxe sur la valeur ajoutée, la République finlandaise a méconnu les principes applicables en la matière. Il en va de même pour sa règle selon laquelle la taxation des véhicules se fonde sur une valeur imposable identique pour les véhicules neufs et les véhicules de moins de trois mois.*

20. - NOTE. – Si l'on peut comprendre (sinon admettre) que les États, qui produisent certains biens, aient la tentation de protéger leurs producteurs contre l'afflux de marchandises étrangères concurrentes, on ne peut manquer de s'étonner de voir soumise une nouvelle fois à

la **Cour de justice** la législation fiscale de la République de Finlande, soupçonnée, à l'instar de celle de plusieurs autres pays (V. notre précédente **chronique** : *JDI 2009, chron. 2, p. 333*) de méconnaître les principes du droit communautaire. Déjà condamnée par un arrêt de la **Cour** du 15 mars 2007 (*CJCE, 15 mars 2007, aff. C-54/05 : JDI 2008, chron. 4, p. 583*) pour avoir imposé aux acquéreurs de véhicules d'occasion immatriculés dans un autre État membre l'acquisition d'un « permis de transfert », la Finlande se faisait reprocher, cette fois-ci, d'une part, de n'avoir pas respecté les principes qui gouvernent la taxe sur la valeur ajoutée, d'autre part, d'avoir mis en place un système d'évaluation du prix des automobiles ne tenant pas suffisamment compte de la dépréciation immédiate subie par celles-ci dès leur achat. Sur le premier aspect de la question, la législation finlandaise, qui ne se caractérisait pas par sa transparence, prévoyait que la taxe sur les véhicules, dont la régularité n'était pas en cause, était conçue de telle sorte (on épargnera au lecteur le détail de cet étrange régime) que, par le biais d'un droit à déduction à géométrie variable, les véhicules d'occasion en provenance d'un autre État membre, acquis par un particulier non assujéti à la TVA, étaient taxés plus lourdement que les véhicules similaires déjà présents sur le marché national. De plus, n'était pas conforme à la 6e directive la possibilité de déduire, sous certaines conditions, la taxe sur les véhicules, laquelle est étrangère aux mécanismes relatifs à la TVA. La condamnation était donc inévitable. Quant au second aspect de la question, c'est sur la notion même de véhicule d'occasion que portait le débat. Ici encore une réglementation pour le moins singulière considérait que, pour être qualifié de véhicule d'occasion, il devait avoir été immatriculé en dehors du territoire finlandais depuis au moins six mois, à défaut de quoi il devait être taxé, au titre de la taxe spécifique sur les véhicules, comme s'il était neuf. Toutefois, en ce qui concerne les véhicules vieux de trois mois à six mois, était admise dans des conditions d'une rare complexité une certaine dépréciation. Se référant à la seule règle qui assimile les véhicules immatriculés depuis moins de trois mois à des véhicules neufs, ce qui peut aboutir à taxer plus lourdement les produits importés que les produits nationaux, la **Cour** voit dans le régime en cause une violation de l'article 90, premier alinéa, du traité. Est-il permis d'avouer que, sans doute faute de connaissances suffisantes en matière fiscale, l'interprète n'a peut-être pas été entièrement éclairé sur les véritables données du problème ?

**Claude J. Berr**

**Mots clés : Union européenne. - Fiscalité. - Taxe sur la valeur ajoutée. - Déductibilité d'une taxe**

**Franchise fiscale. – Importation temporaire de véhicule. – Notion de résidence normale. – Définition incomplète. – Non-conformité à la directive pertinente.**

**CJCE. – 8e ch. – 4 juin 2009. – aff. C-144/08 . – Commission c/ Finlande. – T. von Danwitz, rapporteur, président de chambre. – P. Mengozzi, avocat général.**

*En utilisant une définition incomplète de la résidence normale aux fins de l'établissement éventuel du droit à la franchise fiscale en cas d'importation temporaire de véhicules, la République de Finlande a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive pertinente.*

**21. - NOTE. –** Certains États semblent s'obstiner à faire prévaloir leurs objectifs fiscaux sur ceux qu'implique le principe de liberté de circulation des biens **et** des personnes. La Grèce s'était fait vertement rappeler à l'ordre dans un arrêt du 7 juin 2007 (*CJCE, 7 juin 2007, aff. C-156/04, Commission c/ Grèce : JDI 2008, chron. 4, p. 584*). C'est cette fois-ci la Finlande, pourtant réputée meilleure élève que la turbulente Grèce, qui se fait condamner pour manquement à la discipline communautaire. En apparence pourtant, la réglementation qu'elle a adoptée en 1994 pour mettre en œuvre la directive 83/182, du 28 mars 1983, relative aux franchises fiscales applicables à l'intérieur de la **Communauté** en matière d'importation temporaire de certains moyens de transport, paraît conforme à ce texte de base. Elle comporte, en effet, une disposition qui dispense du paiement de la taxe sur les véhicules automobiles (V. décision précédente) « l'utilisation d'un véhicule immatriculé dans un État autre que la Finlande, importé temporairement dans ce dernier État par un particulier résidant habituellement dans un État autre que la Finlande pour ses propres besoins **et** destiné uniquement à son propre usage pendant une durée continue ou non qui n'excède pas six mois par période de douze mois ou pendant une durée plus longue déterminée par le bureau de douane du district ». Ce faisant, elle avait omis pourtant de reproduire une disposition essentielle de la directive, consacrée aux personnes séjournant dans un État membre en vue de l'exécution d'une mission à durée déterminée, ce texte précisant que les personnes en question « ne sont pas obligées de retourner régulièrement dans l'État membre de leurs attaches personnelles pour y maintenir leur résidence normale ». Sans contester l'existence de cette lacune **et** tout en promettant de la combler rapidement, la Finlande soutenait qu'elle n'aurait pas de véritable incidence sur le droit d'obtenir la franchise fiscale revendiquée. Par ailleurs, la législation critiquée n'exigerait nullement que la personne retourne régulièrement dans son État membre d'origine. Surtout, la possibilité d'obtenir une prorogation pouvant aller jusqu'à dix-huit mois accordée par l'autorité administrative garantirait même « un régime plus libéral que celui prévu par la directive 83/182 ». On imagine sans peine les réactions de la **Cour**, qui rappelle que « de simples pratiques administratives, par nature modifiables au gré de l'Administration **et** dépourvues d'une publicité adéquate, ne sauraient être considérées » comme procurant les garanties qu'offrent des textes dotés d'une « force contraignante équivalente ». C'est pourquoi le fait de n'avoir donné de la notion de résidence normale qu'une définition incomplète doit entraîner la condamnation de la Finlande.

**Claude J. Berr**

**Mots clés : Union européenne. - Fiscalité. - Franchise fiscale.. - Importation temporaire de véhicule**

**B. - Exigences relatives aux produits**

**Auxiliaires technologiques et denrées alimentaires. – Autorisation préalable. – Clause de reconnaissance mutuelle. – Inscription sur une « liste positive ». – Non-respect du principe de proportionnalité.**

**CJUE. – 3e ch. – 28 janv. 2010. – aff. C-333/08 . – Commission c/ France. – J. N. Cunha Rodrigues, président. – A. O. Caoimh, rapporteur. – J. Mazak, avocat général.**

*En prévoyant, pour les auxiliaires technologiques et les denrées alimentaires pour la préparation desquelles ont été utilisés des auxiliaires technologiques provenant d'autres États membres où ils sont légalement fabriqués et/ou commercialisés, un régime d'autorisation préalable ne respectant le principe de proportionnalité, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 28 CE.*

**22. – NOTE. –** La sobriété du dispositif de cet arrêt, intégralement reproduit ci-dessus, contraste avec la surabondance de considérations qui l'expliquent et qui répètent pour une bonne part ce que la Cour a maintes et maintes fois développé dans des affaires similaires (V. par ex. **CJCE, 5 févr. 2004, aff. C-95/01, John Greenham et Léonard Abel. – CJCE, 2 déc. 2004, aff. C-41/02, Commission c/ Royaume des Pays-Bas : JDI 2005, p. 413**). On ne peut, une fois de plus, que s'affliger de voir la Cour se croire obligée de procéder à l'exposé méthodique de solutions acquises depuis parfois plusieurs dizaines d'années. Est-il réellement nécessaire, par exemple, de se référer systématiquement à l'arrêt *Dassonville* (1974) pour nous rappeler que « toute réglementation commerciale susceptible d'entraver directement ou indirectement, etc. » tombe sous le coup de l'interdiction des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives ? Quoi qu'il en soit, on peut être reconnaissant à la Cour de nous expliquer en quoi consistent les « auxiliaires technologiques », définis dans une directive 89/107, dans des termes qui laissent perplexe le profane, et énumérés dans le **décret français du 31 juillet 2001**. On y trouve, pêle-mêle, « des antimousses, des catalyseurs, des agents décolorants, des agents de lavage/épluchage, des agents de plumaison et d'épilation (?), des floculants et coagulants, etc. ». Leur point commun semble tenir au fait que, s'ils interviennent dans l'élaboration de nombreux produits alimentaires, ils ne s'y retrouvent en principe que sous la forme de résidus mais ne font pas partie de leur composition. Forte d'une longue tradition visant la protection des consommateurs contre l'utilisation de produits chimiques dans l'alimentation, la France a fixé, dans un **décret du 31 juillet 2001** les conditions dans lesquelles sera fixée la liste des auxiliaires technologiques dont l'emploi est autorisé et interdit la détention et la mise en circulation de ceux qui ne figurent pas dans cette liste. Afin de se garder contre toute accusation de protectionnisme, le même décret prévoit toutefois que des denrées provenant d'un autre État membre ne seront pas interdites si cet État a « mis en place un mode d'évaluation des risques que présente l'emploi d'auxiliaires technologiques, permettant d'assurer un niveau de sécurité équivalant à celui garanti par le présent décret ». L'analyse à laquelle se livre la Cour est conforme à sa démarche habituelle dans des situations similaires. Elle affirme tout d'abord que le régime d'autorisation préalable prévu par le décret constitue bien une mesure d'effet équivalent, donc *a priori* condamnable, et cela d'autant plus que la réglementation française ne prévoit pas une procédure permettant aux opérateurs économiques d'obtenir aisément l'inscription d'un auxiliaire technologique sur la liste des substances autorisées. On ne saurait reprocher à la France, certes, de mettre en avant l'objectif de protection de la santé, qui relève en principe de sa compétence. Mais elle ne peut le faire qu'à condition de prouver qu'il existe un risque « suffisamment établi sur la base des données scientifiques les plus récentes » et, en cas d'incertitude sur la réalité d'un tel risque, en se fondant sur le principe de précaution. En l'espèce, la Cour considère que ces conditions ne sont pas remplies, « la présomption généralisée d'un risque pour la santé [n'étant] pas supportée par des éléments de preuve » suffisants. En toute hypothèse, le régime d'autorisation préalable en cause ne peut échapper au grief de non-respect du principe de proportionnalité en raison de son caractère systématique et général. La Cour critique enfin, notamment, le fait que les procédures d'inscription sur la liste nationale des produits autorisés ne permettent de traiter les demandes ni dans des délais raisonnables ni dans des conditions suffisamment transparentes quant aux possibilités de recours juridictionnel offertes en cas de refus d'autorisation. La question est donc apparemment close.

**Claude J. Berr**

**Mots clés : Union européenne. - Protection des consommateurs. - Régime d'autorisation préalable. - Mesure d'effet équivalent**

**Mots clés : Union européenne. - Protection de la santé. - Risque suffisamment établi. - Principe de précaution**

**Médicaments à base de plantes. – Produits classés en tant que médicaments. – Autorisation de mise sur le marché. – Entrave aux échanges. – Justification. – Proportionnalité. – Procédure d'information mutuelle.**

**CJCE. – 1re ch. – 5 mars 2009. – aff. C-88/07 – Commission c/ Espagne. – P. Jann, président. – M. Ilešič, rapporteur. – J. Mazak, avocat général.**

*En retirant du marché, en vertu d'une pratique administrative, tout produit contenant des plantes médicinales non expressément autorisées, commercialisé sans l'autorisation de mise sur le marché exigée pour les médicaments, et en s'abstenant de communiquer cette mesure à la Commission, le Royaume d'Espagne a manqué à ses obligations.*

**23. – NOTE. –** L'engouement de nos contemporains pour les « médecines douces » et la méfiance qu'ont suscitée dans le public certains médicaments aux conséquences désastreuses imposent aux autorités sanitaires nationales l'obligation de veiller à ce que ne soient pas mis en circulation des produits dont les vertus relèvent parfois de l'imagination de leurs producteurs et de la crédulité des acheteurs. Il ne faudrait pas évidemment pour autant contester les effets reconnus à certains éléments, au premier rang desquels viennent les plantes, dans le traitement de diverses affections. La réglementation espagnole, en cause dans la présente affaire, se trouvait sur la sellette dans la mesure où elle avait permis de retirer du marché de nombreux produits élaborés à base d'espèces végétales, pourtant légalement fabriqués et commercialisés dans d'autres États de l'Union, lesdites espèces végétales ne figurant pas sur une liste officielle établie par l'administration. Les produits en question devaient

être considérés, dès lors, comme des médicaments **et** faire à ce titre l'objet d'une autorisation officielle de mise sur le marché. Comment ne pas voir, dans cette pratique du retrait, une éventuelle violation du principe de la liberté de circulation des marchandises, **et** ce, d'autant plus que le Royaume d'Espagne s'était abstenu d'en informer la Commission ? L'examen attentif de la réglementation espagnole, auquel se livre la **Cour**, la conduit à conclure qu'en soumettant à une AMM des produits commercialisés dans un autre État membre comme compléments alimentaires ou produits diététiques, la pratique espagnole constituait bel **et** bien une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative. En elle-même, la solution n'est pas nouvelle (V. **CJCE**, 15 nov. 2007, aff. C-319/05, *Commission c/ Allemagne* : **JDI** 2008, *chron.* 4, p. 580). Restait à examiner les justifications éventuelles des mesures en question. S'il ne fait aucun doute que le droit communautaire ne s'oppose pas, en principe, à ce qu'un État membre veuille à restreindre la circulation des produits présentant un risque pour la santé publique, encore doit-il pouvoir démontrer dans chaque cas d'espèce la nécessité des contraintes qu'il impose. En l'espèce la généralité de la mesure d'interdiction **et** de retrait n'a pas paru à la **Cour** conforme au principe de proportionnalité, qui affirme que « la circonstance qu'entre dans la composition d'un produit une plante médicinale qui n'est pas d'usage traditionnel n'implique pas nécessairement que ce produit présente un risque pour la santé publique ». En ce qui concerne l'absence de communication à la Commission des mesures de retrait, communication prévue par la décision n° 3052/95/CE du 13 décembre 1995, on notera que l'Espagne invoquait à son profit un argument pour le moins curieux. Elle prétendait en effet n'avoir pas été informée que certains produits retirés du marché avaient été introduits d'un autre État membre où ils étaient fabriqués légalement. Cette allégation ne trouve pas grâce aux yeux de la **Cour**, les autorités espagnoles ayant été dûment informées en temps utile, par la Commission elle-même, que les produits provenaient de Belgique **et** devant, si elles estimaient insuffisante la preuve de cette origine, vérifier ce fait auprès des autorités belges. Le Royaume d'Espagne ne pouvait donc échapper à la condamnation.

**Claude J. Berr**

**Mots clés :** Union **européenne**. - Protection de la santé. - Médicaments à base de plantes. - Autorisation de mise sur le marché

**Mots clés :** Union **européenne**. - Autorisation de mise sur le marché de médicaments à base de plantes. - Entrave aux échanges. - Justification

**Mots clés :** Union **européenne**. - Circulation des marchandises. - Autorisation de mise sur le marché de médicaments à base de plantes. - Entrave aux échanges

**Équipements hertziens et équipements terminaux de télécommunications. – Produits revêtus du marquage « CE ». – Exigence d'une déclaration de conformité en sus de celle établie dans le pays du producteur. – Application d'une directive d'harmonisation excluant le recours aux articles 28 et 30 CE.**

**CJCE.** – 8e ch. – 30 avr. 2009. – aff. C-132/08 . – Lidl Magyarország. – T. von Danwitz, président de chambre, rapporteur. – Mme E. Sharpston, avocat général.

*En vertu de la directive 1999/5, du 9 mars 1999, concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications, les États membres ne peuvent exiger d'une personne mettant un tel produit sur le marché qu'elle fournisse un certificat de conformité, alors que le producteur, dont le siège social est situé dans un autre État membre, a apposé le marquage « CE » sur celui-ci et a établi une déclaration de conformité pour ce produit.*

**24.** - NOTE. – La situation, ici encore, n'est pas des plus claires pour ceux qui n'ont conservé de leurs cours de physique que des notions parfois lointaines. Elle concerne en effet des produits qui permettent « de communiquer par l'émission **et/ou** la réception d'ondes hertziennes en utilisant le spectre attribué aux communications radio terrestres ou spatiales », celles-ci étant définies comme des « ondes électromagnétiques dont les fréquences sont situées entre 9 kilohertz **et** 3 000 gigahertz **et** qui se propagent dans l'espace sans guide artificiel ». En l'espèce, le profane ne sera guère plus éclairé d'apprendre que l'équipement en question était de type UC Babytalker 500, fabriqué en Belgique, ce qui laisserait à penser que l'on était sans doute plus proche du gadget que d'un engin à usage militaire. Peu importe, d'ailleurs. Une loi hongroise de 2003 exige que l'importateur d'un tel matériel notifie à l'autorité nationale compétente son intention de le commercialiser en Hongrie s'il utilise une fréquence ou une bande de fréquences non harmonisée dans l'Union **européenne**. À cette fin, il doit établir une déclaration de conformité aux exigences essentielles fixées par la législation hongroise. À défaut d'avoir pu produire une telle déclaration, le distributeur des produits s'était vu frappé d'une interdiction de les commercialiser **ets'**était pourvu en **justice** en vue de la faire lever. À son avis, le seul texte ayant vocation à régir la situation était celui de la directive 1999/5, qui « établit un cadre réglementaire pour la mise sur le marché, la circulation **et** la mise en service dans la **Communauté** des équipements hertziens **et** des équipements terminaux de télécommunications ». Il faisait valoir notamment qu'aux termes de cette directive les appareils conformes à toutes les exigences essentielles fixées dans le texte doivent porter le marquage « CE », qui prouve cette conformité **et** que, dès lors, les États membres ne peuvent ni interdire, ni limiter ou entraver leur mise sur le marché. Les faibles arguments présentés par le gouvernement hongrois à l'encontre de cette thèse n'avaient guère de chance d'être entendus par la **Cour**. Le fait que le marquage « CE » ait été apposé par un producteur situé dans un autre État ne valait rien, à l'évidence, **et** l'arrêt rappelle que « tout au contraire, en visant la libre circulation d'équipements hertziens **et** la reconnaissance mutuelle de leur conformité, la directive 1999/5 couvre précisément cette situation ». Pas davantage ne pouvaient être prises en considération les prétendues raisons d'intérêt général visées par l'**article 30 CE** non plus que les exigences impératives consacrées par la **jurisprudence** née de l'arrêt dit *Cassis de Dijon*. La **Cour** réaffirme donc, avec une grande clarté, que « lorsqu'une question est réglée de manière harmonisée au niveau communautaire, toute mesure nationale y relative doit être appréciée au regard des dispositions de cette mesure d'harmonisation, **et** non pas de celles des **articles 28 et 30 CE** ». Ce rappel salutaire devrait contribuer, il faut l'espérer, à dissuader les États de faire preuve trop souvent d'un véritable esprit de chicane, **et** à laisser à la **Cour** de soin de s'occuper d'affaires plus importantes.

**Claude J. Berr**

**Mots clés : Union européenne. - Circulation des marchandises. - Entrave**

**C. - Réglementations relatives à la commercialisation et à l'utilisation des produits**

**Prix imposés sur les livres importés. – Réglementation autrichienne interdisant aux importateurs de livres en langue allemande de fixer un prix inférieur au prix de vente pratiqué dans l'État où ils ont été édités. – Mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative. – Absence de justification.**

**CJCE. – 2e ch. – 30 avr. 2009. – aff. C-531/07 . – Fachverband der Buch – und Medienwirtschaft. – C. W. A. Timmermans, président. – Mme C. Toader, rapporteur. – Mme V. Trstenjak, avocat général.**

*Constitue une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative une réglementation nationale qui interdit aux importateurs de livres en langue allemande de fixer un prix inférieur au prix de vente au public fixé ou conseillé par l'éditeur dans l'État d'édition. Elle ne peut être justifiée ni en vertu de l'article 30 CE ni par des exigences impératives d'intérêt général.*

**25. - NOTE. –** Une loi autrichienne de 2000, sur le prix imposé du livre, se donne pour objectif de tenir compte « de la spécificité du livre en tant que produit culturel, de l'intérêt du consommateur à des prix du livre raisonnables et des réalités économiques de la librairie ». Vaste programme assurément, dont on imagine volontiers qu'il n'a pas dû voir le jour sans que s'exercent sur les responsables de sa mise en œuvre de nombreuses pressions des milieux intéressés, lesquels avaient auparavant instauré entre eux un système purement privé aboutissant à encadrer étroitement le prix de vente des livres. La mauvaise réputation qui s'attache aux ententes de ce genre devait certes faire place à un système légal plus conforme à l'idéologie communautaire en matière de concurrence, mais, si l'on ose dire, le mauvais pli était pris et la loi autrichienne s'est rapidement exposée à des critiques, au moins sur certains de ces aspects. Il en va ainsi, notamment, d'une disposition qui ne peut s'expliquer que par l'existence d'une particularité de l'Autriche : pour des raisons linguistiques évidentes, la plupart des livres qui y sont vendus sont édités en Allemagne, où ils sont proposés à des prix inférieurs à ceux auxquels le sont des livres similaires édités en Autriche. Dans une formulation particulièrement compliquée, le texte en question prévoit donc, d'une part, que l'éditeur ou l'importateur d'un livre (ou d'une partition musicale) « est tenu de porter à la connaissance du public un prix de vente au public ». D'autre part, et c'est là que le bât blesse, l'importateur ne peut pas fixer un prix inférieur au prix de vente au public fixé ou conseillé par l'éditeur pour l'État d'édition ou au prix de vente au public fixé pour le territoire autrichien par un éditeur n'ayant pas son siège sur le territoire d'un État signataire de l'accord sur l'Espace économique européen. Pour compléter le tableau, on ajoutera que l'importateur qui achète, dans un État signataire dudit accord, des livres à un prix inférieur aux prix d'achat habituels, peut fixer un prix inférieur à celui qui est fixé ou conseillé par l'éditeur pour l'État d'édition ou, dans le cas de réimportations, au prix fixé par l'éditeur national, proportionnellement à l'avantage commercial obtenu. On ne peut que se réjouir que l'avocat général ait consacré 47 pages de conclusions pour éclairer la Cour et on renverra à leur lecture ceux qui voudraient percer toutes les subtilités de ces dispositions, qui nous consolent de l'opacité de certaines de nos propres lois. Pour en revenir à l'arrêt lui-même, dont le dispositif contraste heureusement avec l'enchevêtrement des arguments échangés, il suffit de savoir qu'une grande entreprise autrichienne de librairie s'était rendue coupable aux yeux des autorités de surveillance d'avoir fait une publicité pour la vente de livres édités en Allemagne à des prix inférieurs aux prix minimaux fixés pour le territoire autrichien, sur la base des prix pratiqués en Allemagne. Sollicitée de s'abstenir de pratiquer une telle publicité, elle s'était alors vue condamnée en première instance et en appel et s'était pourvue en « révision » devant l'équivalent de notre Cour de cassation. C'est cette dernière qui posait une série de questions préjudicielles auxquelles la Cour de justice apporte des réponses sans ambiguïté. Elle affirme ainsi, tout d'abord, que la réglementation en cause constitue une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative au sens de l'article 28 CE. Elle affirme ensuite que « la protection du livre en tant que bien culturel peut être atteinte par des mesures moins restrictives » en permettant par exemple à l'importateur ou à l'éditeur étranger de fixer un prix de vente pour le marché autrichien qui tienne compte des caractéristiques de ce marché et que, par conséquent, l'interdiction critiquée ne peut être justifiée ni par l'article 30 CE ni par des exigences impératives d'intérêt général. Il reste à savoir, cela va de soi, à qui profitera en définitive cette condamnation, qui équivaut en fait à la constatation d'un manquement : les éditeurs, les importateurs, les grandes surfaces, peut-être les lecteurs ?

**Claude J. Berr**

**Mots clés : Union européenne. - Circulation des marchandises. - Réglementation des prix du livre. - Mesure d'effet équivalant**

**Restrictions de navigation. – Interdiction d'utiliser des véhicules nautiques à moteur en dehors des couloirs publics de navigation ou de zones spécialement désignées. – Compatibilité de principe avec les articles 28 et 30 CE. – Renvoi aux autorités juridictionnelles nationales.**

**CJCE. – 2e ch. – 4 juin 2009. – aff. C-142/05 . – Mickelsson et Roos. – C. W. A. Timmermans, président. – G. Arestis, rapporteur. – Mme J. Kokott, avocat général.**

*La directive qui harmonise les exigences fondamentales indispensables à la libre circulation des bateaux de plaisance ne s'oppose pas, en principe, à ce que les États membres arrêtent des dispositions concernant la navigation sur certaines eaux pour des raisons d'intérêt général.*

26. - NOTE. – Voici une affaire qui sort de l'ordinaire. Elle met en cause, en effet, une réglementation suédoise originale relative à la navigation des véhicules nautiques à moteur (VNM) dans les eaux territoriales du Royaume, ce qui ne permet pas, à première vue, de saisir en quoi elle peut concerner les échanges commerciaux intracommunautaires. Force est alors d'entrer quelque peu dans les détails du problème. Les VNM sont, d'après cette réglementation, des embarcations de moins de 4 mètres de long, équipées de moteurs à combustion interne, conçues pour être manœuvrées par une ou plusieurs personnes « assises, debout ou agenouillées » sur la coque plutôt qu'à l'intérieur de celle-ci. En d'autres termes, il ne s'agit aucunement de bateaux de transport, ni d'engins sportifs. Ils sont en fait destinés à la plaisance. Pour autant, ils ne peuvent être mis à l'eau **et** conduits librement n'importe où. En principe, ils doivent utiliser ce que la législation suédoise, fort attentive aux risques que comportent des paysages maritimes **et** lacustres compliqués, qualifie de « couloirs publics de navigation ». Mais cette règle s'est trouvée assouplie lorsqu'un règlement national, entré en vigueur le 15 juillet 2004, a prévu que les VNM pourraient également circuler dans des zones autres que lesdits couloirs de navigation, désignées par les autorités provinciales en conformité avec diverses exigences (par exemple que la circulation ne provoque pas de nuisances pour la collectivité par des émissions sonores ou autres **et** ne risque pas d'endommager ou de perturber de manière quelconque la faune ou la flore, ou même « de favoriser la propagation de maladies contagieuses »). Or voici que deux imprudents plaisanciers se font surprendre, **et** cela le 8 août 2004, naviguant hors d'un couloir public, **et** dans une zone qui n'avait pas encore été désignée comme exceptionnellement autorisée. Ils sont donc menacés d'une amende pour ce qui, dans des pays moins policés sans doute, serait considéré comme une peccadille. La pugnacité des deux contrevenants devait faire remonter jusqu'à la **Cour de justice** une affaire somme toute mineure mais qui débouche sur une discussion qui a soulevé de nombreuses **et** intéressantes questions de principe. La plus importante d'entre elles portait évidemment sur l'interprétation **et** la portée de la directive communautaire 94/25/CE du 16 juin 1994, modifiée en 2003, qui concerne le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires **et** administratives des États membres relatives aux bateaux de plaisance. Aux termes de ce texte, qui ne prétend établir que des « exigences indispensables » à la libre circulation de ces derniers, les États membres doivent veiller à ce qu'ils ne puissent être mis sur le marché ou mis en service que « s'ils ne mettent pas en danger la santé des personnes, les biens **et** l'environnement lorsqu'ils sont construits **et** entretenus correctement ». Cependant, la directive n'empêche pas les États membres d'adopter, « dans le respect du Traité CE, des dispositions concernant la navigation sur certaines eaux afin de protéger l'environnement **et** la configuration des voies navigables **et** afin d'assurer la sécurité sur celles-ci, sous réserve que cela n'oblige pas à modifier les bateaux qui sont conformes à la présente directive ». Il s'agissait donc essentiellement pour la **Cour** de vérifier si la réglementation suédoise, légitime en principe au regard de la directive elle-même, ne se heurtait pas à l'interdiction générale formulée par le Traité à l'égard des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives. Après avoir passé au crible les arguments du Gouvernement suédois, tirés notamment du caractère prétendument proportionné des règles de navigation imposées aux VNM, la **Cour** affirme « qu'une réglementation nationale telle que celle en cause peut être justifiée par l'objectif de la protection de l'environnement » sous réserve que les autorités compétentes soient obligées de désigner les zones extérieures aux couloirs publics de navigation, qu'elles aient effectivement exercé leur compétence **et** que les mesures aient été adoptées dans « un délai raisonnable » après l'entrée en vigueur du règlement. Comment ne pas regretter une fois de plus que, sur la base de telles considérations de principe, difficilement contestables, la **Cour** se croit obligée de renvoyer à la juridiction qui l'a saisie le soin « de vérifier si, dans l'affaire en cause au principal, ces conditions sont remplies ? Certes, il s'agit là de respecter les principes qui gouvernent la répartition des fonctions entre les juridictions nationales **et** la **Cour**, maintes fois rappelées (V. en dernier lieu **CJCE**, 14 févr. 2008, aff. C-450/06, *Varec* : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 581, pt 23). Mais que peuvent en penser nos deux hommes sur un bateau ?

Claude J. Berr

**Mots clés : Union européenne. - Circulation des marchandises. - Restrictions de navigation.. - Intérêt général**

**Exploitation de jeux dans des lieux publics. – Réglementation nationale applicable aux jeux électriques, électromécaniques **et** électroniques pour ordinateurs. – Incompatibilité avec le droit communautaire. – Inexécution d'un arrêt de la **Cour** ayant constaté un manquement. – Calcul de l'astreinte **et** de la somme forfaitaire dues par l'État négligent.**

**CJCE. – 2<sup>e</sup> ch. – 4 juin 2009. – aff. C-109/08 . – Commission c/ Grèce. – C. W. A. Timmermans, président. – P. Küris, rapporteur. – Y. Bot, avocat général.**

*En ne modifiant pas sa loi relative à l'exploitation de jeux, ainsi que l'obligeait à le faire un arrêt de la **Cour**, la République hellénique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 228. CE. Elle est donc condamnée, d'une part, à une astreinte par jour de retard **et**, d'autre part, au paiement d'une somme forfaitaire.*

27. - NOTE. – Les lecteurs de la présente **chronique** se souviennent peut-être de l'arrêt rendu par la **Cour** le 26 octobre 2006 (**CJCE**, 26 oct. 2006, aff. C-65/05, *Commission c/ Grèce* : *JDI* 2007, *chron.* 4, p. 626). On rappellera brièvement qu'en l'occurrence la législation grecque soumise à examen établissait une interdiction, sous peine de sanctions pénales, d'installer toutes sortes de jeux électriques, électromécaniques **et** électroniques, dans tous les lieux publics ou privés à l'exception des casinos. La **Cour** l'avait formellement condamnée comme contrevenant directement aux principes de libre circulation des marchandises, de libre établissement **et** de libre prestation de services. La patience de la Commission ayant des limites, **et** la Grèce n'ayant rien fait pour modifier sa législation près de deux ans plus tard, l'affaire revenait devant la **Cour**, non pas pour être réexaminée au fond, mais afin que soit imputé à la République hellénique un nouveau manquement à l'égard de l'obligation d'exécuter le premier arrêt. La Grèce ayant elle-même reconnu sans discussion qu'elle avait effectivement manqué à ses obligations, il ne restait plus qu'à tirer les conséquences pécuniaires de ce manquement compte tenu de toutes les

circonstances. On ne peut s'empêcher à la lecture de l'arrêt d'éprouver un certain malaise devant le caractère trivial, sinon parfois mesquin, des considérations développées par la **Cour**, visiblement décidée à donner une leçon au gouvernement grec. Ainsi la gravité de l'infraction est fixée au niveau 8 (sur une échelle allant arbitrairement de 1 à 20), la durée de l'infraction à 1,5 (sur une échelle allant de 1 à 3) **et** la capacité de paiement de l'État grec à 4,38, chiffre proposé par la Commission elle-même. Le reste n'était plus qu'une affaire de multiplication. Ce système, dont il est clair qu'il est loin d'éviter un certain arbitraire, laisse rêveur. On notera, même si cela relève plutôt de l'anecdote, que la Grèce parvient tout de même à faire réduire son astreinte journalière, évaluée par la Commission à 31 798,90 € par jour de retard, à 31 536 €, soit une économie quotidienne pour le Trésor hellénique de 262,90 €, heureuse nouvelle en temps de crise. De même, la fixation souveraine par la **Cour** du montant de la somme forfaitaire sanctionnant le comportement de l'État négligent permet à celui-ci d'obtenir un petit rabais sur celle que proposait la Commission. Il devra toutefois verser au budget communautaire une somme de 3 millions d'euros. Tout autre commentaire serait superflu.

**Claude J. Berr**

**Mots clés : Union européenne. - Procédure. - Manquement. - Manquement sur manquement**

**Vente des produits du tabac. – Système de prix minimal pour la vente au détail des cigarettes. – Interdiction de vendre des produits du tabac à des prix de nature promotionnelle. – Objectifs de protection de la santé publique. – Manquement de la réglementation française aux obligations communautaires.**

**CJUE. – 3e ch. – 4 mars 2010. – aff. C-197/08. – Commission c/ République française. – J. N. Cunha Rodriguez, président. – A. Arabadjiev, rapporteur. – Mme J. Kokott, avocat général.**

*En adoptant et en maintenant en vigueur un système de prix minimal pour la vente au détail des cigarettes ainsi qu'une interdiction de vendre des produits du tabac à un prix de nature promotionnelle contraire aux objectifs de santé publique, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent.*

**28. - NOTE. –** Ce n'est pas la première fois que la France a maille à partir avec la **Cour de justice** à propos de sa réglementation relative au prix de vente des cigarettes **et** des tabacs (V. **CJCE**, 27 févr. 2002, aff. C-302/00, Commission c/ France : Rec. **CJCE** 2002, I, p. 2055). Cette fois-ci, elle se présentait en bonne compagnie puisque la République d'Autriche **et** l'Irlande faisaient également l'objet de recours en manquement (aff. C-198/08 **et** C-221/08) qui ont abouti d'ailleurs à des condamnations similaires, ce qui justifie que les considérations qui vont suivre ne se réfèrent qu'à l'arrêt rendu contre la France. À titre liminaire, il convient d'observer le curieux environnement dans lequel se situe le débat, ce qui laisse perplexe sur les conséquences mêmes qu'entraîneront ces condamnations. Le tabac est déjà en lui-même un produit bien particulier. Faisant l'objet depuis longtemps d'un opprobre bien aussi sévère que celui qui entoure l'alcool, son usage est de plus en plus soumis à des restrictions de tous ordres que chacun connaît **et** dont il se réjouit ou souffre selon la répulsion ou l'attraction qu'il éprouve à l'égard de l'herbe à Nicot. En conséquence, toute mesure qui vise à restreindre sa diffusion, notamment chez les « jeunes », est vue avec bienveillance. Pour autant, s'il est vrai que, selon la formule désormais bien connue, « fumer tue », aucun gouvernement n'ignore que « fumer fait vivre »... les finances publiques. Le caractère indolore de la perception des taxes auxquelles sont soumises les cigarettes, joint au fait que l'amateur accepte de payer sans rechigner ce qui lui est demandé, font que les États se réjouissent hypocritement de pouvoir ainsi arrondir leurs recettes fiscales. Aussi bien, la **Communauté européenne** (appellation de l'époque) a-t-elle jugé utile d'édicter, dans les limites de ses compétences, un minimum de principes qui n'abordent le problème que de façon en quelque sorte indirecte, par le biais des exigences du marché. C'est ainsi que la directive 95/59 du Conseil, du 27 novembre 1995, expose sa philosophie **et** cela dans deux articles particulièrement révélateurs : « Considérant que l'objectif du Traité CE est de créer une union économique comportant une saine concurrence **et** ayant des caractéristiques analogues à celles d'un marché intérieur, que, en ce qui concerne le secteur des tabacs manufacturés, la réalisation de ce but [on s'interrogera sur la qualité de cette expression, un but ne devant pas se réaliser mais devant être atteint, NDLR] présuppose que l'application, au sein des États membres, des impôts frappant la consommation des produits de ce secteur ne fausse pas les conditions de concurrence **et** n'entrave pas leur libre circulation dans la **Communauté**. Considérant que, en ce qui concerne les accises, l'harmonisation des structures doit, en particulier, avoir pour effet que la concurrence des différentes catégories de tabacs manufacturés appartenant à un même groupe ne soit pas faussée par les effets de l'imposition **et** que, par là même, l'ouverture des marchés nationaux des États membres soit réalisée ». On ne tiendra pas compte, dans les lignes qui vont suivre **et** pour rester fidèle à l'esprit de la présente **chronique**, de la nouvelle directive 2010/12/UE, du Conseil, du 16 février 2010 (**JOUE** n° L 50, 27 févr. 2010) qui modifie certains aspects de la directive 95/59, seuls pouvant être pris en considération les textes examinés par la **Cour** dans leur version d'époque, lesquels sont loin de se caractériser par la simplicité. En tentant de les résumer, il est prévu par la directive originelle que les cigarettes subissent une accise proportionnelle calculée sur le prix maximal de vente au détail **et** une accise spécifique calculée par unité de produit. Mais la disposition la plus importante du texte – qui a donné lieu aux discussions devant la **Cour** – est celle qui précise que « les fabricants ou, le cas échéant, leurs représentants ou mandataires dans la **Communauté** ainsi que les importateurs de pays tiers déterminent librement les prix maximaux de vente au détail de chacun de leurs produits pour chaque État membre dans lequel ils sont destinés à être mis à la consommation ». La réglementation française, contenue sur ce point dans la loi du 9 août 2004, relative à la politique de santé publique, comporte, pour sa part, des dispositions qui, sans contredire de plein fouet celles de la directive, ont fait naître le problème : d'une part, elle dispose que le prix fixé par le fabricant ne peut être inférieur à un certain minimum fixé par décret ; d'autre part, elle interdit toute vente d'un produit de tabac « à un prix de nature promotionnelle contraire aux objectifs de santé publique ». Voilà donc réintroduit dans le débat la dimension « sanitaire » de la fiscalité. On fera grâce au lecteur de l'échange d'arguments échangés entre la Commission **et** le Gouvernement français. S'il ne fait aucun doute que cette réglementation n'est guère compatible avec l'idée selon laquelle c'est au producteur de fixer le prix auquel il souhaite vendre son tabac, on observera que l'essentiel des discussions a tourné autour de la justification des restrictions que la réglementation française fait subir à la liberté des producteurs. Elles n'ont

pas tourné à notre avantage puisque la condamnation de notre système a été clairement prononcée. Cela étant, **et** s'il est certain que le législateur français devra revoir sa copie, les consommateurs de tabac auraient tort d'imaginer que son prix va baisser. La **Cour** elle-même, ce qui ne manque pas de piquant, suggère au gouvernement que sa lutte contre le tabagisme peut continuer grâce au levier fiscal. Il lui suffit de mettre en place « une taxation accrue de ces produits », l'essentiel étant, en définitive, que soient respectées les règles d'une « saine concurrence » entre les producteurs. L'auteur de ces quelques observations peut-il se permettre un sourire **et** suggérer à ceux que la question intéresse de « surfer » quelques instants sur l'Internet pour y découvrir le nombre impressionnant de sites proposant sans aucune vergogne de faire parvenir à ceux que cela intéresse les produits de leur choix, **et** cela, à des prix... sans concurrence ?

**Claude J. Berr**

**Mots clés : Union européenne. - Circulation des marchandises. - Protection de la santé publique. - Réglementation des prix du tabac**

**Mots clés : Union européenne. - Protection de la santé publique. - Réglementation des prix du tabac**

## 7. Concurrence

**Notion d'entreprise. – Organisme pour la sécurité de la navigation aérienne. – Pluralité d'activités. – Activité économique (non). –**

**Offre de services (non). – Mission de service public.**

**CJCE. – 2e ch. – 26 mars 2009. – aff. C-113/07 P. – Selex Sistemi Integrati c/ Commission. – M. C. W. A. Timmermans, président de chambre. – MM. K. Schieman, P. Küris (rapporteur), L. Bay Larsen **et** Mme C. Toader, juges. – V. Trstenjak, avocat général.**

*Le Tribunal a commis une erreur de droit en qualifiant l'activité d'assistance aux administrations nationales d'Eurocontrol d'activité économique dans la mesure où cette activité se rattache à l'exercice de prérogatives de puissance publique. S'agissant de l'activité de préparation ou d'élaboration de normes techniques, la Cour retient l'analyse du Tribunal selon laquelle elle ne peut être dissociée de la mission de gestion de l'espace aérien **et** de développement de la sécurité aérienne. Il en va de même pour l'activité de recherche **et** de développement. La Cour réitère l'analyse selon laquelle l'absence de but lucratif est un critère pertinent pour écarter la qualification d'activité économique, mais qu'il n'est pas suffisant. En l'espèce, il est établi que cette activité est accomplie dans un but d'intérêt général.*

**29. – NOTE. –** La notion d'entreprise est toujours sous les feux de l'actualité. Dans des commentaires précédents, nous avons souligné que cette notion pourtant déterminante pour l'applicabilité du droit communautaire de la concurrence avait encore suscité des clarifications (*obs. ss CJCE, 11 juill. 2006, aff. C-205/03, FENIN c/ Commission **et** TPICE, 12 déc. 2006, aff. T-155/04, Selex Sistemi Integrati c/ Commission : JDI 2007, p. 668*). Or, c'est précisément dans cette seconde affaire que la **Cour de justice** revient à la charge. On sait que l'un des tout premiers critères excluant la qualification d'activité économique tient à l'exercice de prérogatives de puissance publique. La **Cour** l'a affirmé à propos des activités de police de l'espace aérien (*CJCE, 19 janv. 1994, aff. C-394/92, SAT c/ Eurocontrol : Rec. CJCE 1994, I, p. 43*). La Commission avait fait valoir que « l'activité de contrôle de la navigation aérienne est une tâche d'autorité publique, dénuée de caractère économique, car cette activité constitue un service d'intérêt général destiné à protéger à la fois les usagers du transport aérien **et** les populations concernées par les survols d'aéronefs » (*pt 17*). Rejetant l'argumentation de la société SAT qui refusait de payer les redevances au motif d'un abus de position dominante, la **Cour** avait répondu à la question préjudicielle en passant en revue les activités d'Eurocontrol : le contrôle de l'espace aérien pour lequel elle dispose de prérogatives **et** de pouvoirs de coercition dérogatoires au droit commun à l'égard des usagers de l'espace aérien ; des activités de recherche, de planification, de coordination des politiques nationales **et** de formation du personnel ; l'établissement **et** la perception de redevances selon des orientations définies par l'Organisation de l'aviation civile internationale **et** selon un taux fixé par les États contractants pour l'utilisation de leur espace aérien. De ces constatations, la **Cour** avait conclu que « prises dans leur ensemble, les activités d'Eurocontrol, par leur nature, leur objet **et** par les règles auxquelles elles sont soumises, se rattachent à l'exercice de prérogatives relatives au contrôle **et** à la police de l'espace aérien qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique » (*pt 30*). Dès lors elle ne constituait pas une entreprise au sens de l'**article 82 et 86 CE**. C'est encore à propos du refus de payer une redevance que la **Cour** s'est prononcée sur la nature d'une activité de surveillance antipollution. Dans le droit fil de l'analyse suivie sur Eurocontrol, elle a considéré que l'activité dont était chargée une entité de droit privé sous forme de concession n'était pas une activité économique, mais « une mission d'intérêt général qui relève des fonctions essentielles de l'État en matière de protection de l'environnement du domaine maritime » (*CJCE, 18 mars 1997, aff. C-343/95, Diego Cali & Figli : Rec. CJCE 1997, I, p. 1547, pt 22*). Par la suite, on a pu entrevoir une extension de l'applicabilité des règles de concurrence avec l'hypothèse d'une possible dissociation en cas de pluriactivité. De fait, les organismes dotés de prérogatives de puissance publique peuvent exercer une activité. Ceci a amené à faire la distinction entre, d'une part, les activités qui relèvent véritablement des prérogatives de puissance publique ou qui tendent à satisfaire une mission de service public **et**, d'autre part, celles qui entrent pleinement dans la qualification d'une activité économique. Ainsi, dans l'affaire *Aéroports de Paris*, les prérogatives de puissance publique devaient être dissociées des activités de mise à disposition des installations aéroportuaires contre redevances, offertes aux entreprises prestataires de services en escale aux compagnies aériennes (*CJCE, 24 oct. 2002, aff. C-82/01, préc. : Europe 2003, comm. 62, note L. Idot ; JDI 2003, p. 632, note C. P.*). Dans le prolongement de l'affaire *Aéroports de Paris*, la dissociation des activités d'Eurocontrol a été invoquée. Selex Sistemi Integrati, entreprise opérant dans le secteur des systèmes de gestion du trafic aérien, dénonçait un abus de position dominante de la part d'Eurocontrol. La Commission rejeta sa plainte en se prévalant du premier arrêt de la **Cour** pour écarter la qualification d'activité économique (*CJCE, 19 janv. 1994, aff. C-394/92, préc.*, désormais Eurocontrol I). Selex forma un recours devant le **Tribunal**. Fort de l'interprétation de la **Cour** dans l'arrêt *Aéroports de Paris*, le **Tribunal** de première instance rappela que les règles de concurrence sont applicables aux activités d'un organisme qui sont détachables de celles qu'il exerce en tant qu'autorité publique **et** qu'il convenait dès lors d'examiner les différentes activités d'Eurocontrol (*TPICE, 12 déc. 2006, aff. T-155/04, Selex Sistemi Integrati, pt 14, préc.*). Il a été ensuite tenté d'admettre une dissociation de

l'activité d'assistance aux administrations nationales **et** de l'activité de normalisation technique (pts 61, 77, 87). Malgré cette audace qui le conduisait à retenir l'applicabilité de l'**article 82 CE** à deux activités d'Eurocontrol, le **Tribunal** considéra que l'abus de position dominante n'était pas établi (pt 107). Selex Sistemi forma alors un dernier recours devant la **Cour**. Celle-ci rejette le pourvoi. Néanmoins, elle prend la peine de procéder à certaines substitutions de motifs. C'est ainsi qu'elle rappelle son analyse dans la première affaire *Eurocontrol* : « prises dans leur ensemble, les activités d'Eurocontrol, par leur nature, leur objet **et** par les règles auxquelles elles sont soumises, se rattachent à l'exercice de prérogatives de puissance publique (...) en conséquence, la **Cour** a dit pour droit que les articles 85 **et** 90 du Traité doivent être interprétés en ce sens qu'une organisation internationale comme Eurocontrol ne constitue pas une entreprise au sens de ces articles » (pt 71). Pour étayer cette analyse, elle reprend les termes de l'article 1er de la Convention internationale instituant Eurocontrol évoquant l'assistance des parties contractantes dans la planification, la spécification **et** la création de systèmes **et** de services de circulation aérienne (pt 75). Elle en déduit une erreur de droit de la part du **Tribunal**. Quant à l'activité de normalisation technique, le **Tribunal** n'avait pas retenu une qualification d'activité économique. Cependant il avait distingué l'activité d'adoption de normes **et** l'activité d'élaboration de normes qui pouvait faire l'objet d'offres de services. La **Cour** récuse cette nuance en rappelant les termes de l'article 2 de la Convention internationale. Enfin, s'agissant de l'activité de recherche **et** de développement, qui avait été elle aussi écartée de la qualification d'activité économique par le **Tribunal**, la **Cour** réitère l'analyse selon laquelle l'absence de but lucratif est un critère pertinent mais non suffisant pour cette mise à l'écart (pt 116). Mais, en l'espèce, la **Cour** relève que le **Tribunal** a pris en considération le but d'intérêt général exclusivement poursuivi par Eurocontrol (pt 119). Faudrait-il déduire de cet arrêt que la méthode de dissociation est remise en cause ? Remet-il en cause l'arrêt *Motoe* ? À propos d'une association sportive participant à un processus d'autorisation publique la **Cour** a déclaré : « la circonstance qu'une entité dispose, pour l'exercice d'une partie de ses activités, de prérogatives de puissance publique n'empêche pas, à elle seule, de la qualifier d'entreprise au sens du droit communautaire de la concurrence pour le reste de ses activités économiques (...) En effet, la qualification d'activité relevant de l'exercice des prérogatives de puissance publique ou d'activité économique doit être faite à part pour chaque activité exercée par une entité donnée » (*CJCE, 1er juill. 2008, aff. C-49/07, Motoe, pt 25, préc.*). L'approche réaliste devrait toujours conduire à un traitement différencié d'activités qui ne sont pas l'accessoire nécessaire de prérogatives de puissance publique. Mais il faut convenir que cette appréciation du caractère détachable des prérogatives de puissance publique doit être faite avec rigueur. C'est assurément la leçon à tirer de ce second arrêt de la **Cour** consacré à Eurocontrol.

**Catherine Prieto**

**Mots clés : Union européenne. - Concurrence. - Notion d'entreprise. - Organisme pour la sécurité de la navigation aérienne**

**Entente. – Notion de pratiques concertées. – Échanges d'informations entre concurrents. – Preuve du lien de causalité.**

**CJCE. – 3e ch. – 4 juin 2009. – aff. C-8/08. – T-Mobile Netherlands BV e.a. – M. A. Rosas, président de chambre. – MM. A. Ó. Caoimh, J. N. Cunha Rodrigues, J. Klučka (rapporteur) **et** U. Löhms, juges. – J. Kokott, avocat général.**

*Une pratique concertée a un objet anticoncurrentiel au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE lorsque, en raison de sa teneur ainsi que de sa finalité **et** compte tenu du contexte juridique **et** économique dans lequel elle s'insère, elle est concrètement apte à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence au sein du Marché commun. Il n'est pas nécessaire que la concurrence soit réellement empêchée, restreinte ou faussée ni qu'il existe un lien direct entre cette pratique concertée **et** les prix à la consommation. L'échange d'informations entre concurrents poursuit un objet anticoncurrentiel lorsqu'il est susceptible d'éliminer les incertitudes quant au comportement envisagé par les entreprises concernées. Dans l'examen du lien de causalité entre la concertation **et** le comportement sur le marché des entreprises participant à celle-ci, le juge national est tenu d'appliquer la présomption de causalité énoncée par la **jurisprudence** de la **Cour** **et** selon laquelle lesdites entreprises, lorsqu'elles demeurent actives sur ce marché, tiennent compte des informations échangées avec leurs concurrents. Cette présomption est applicable même si la concertation n'est fondée que sur une seule réunion des entreprises concernées.*

**30. - NOTE. –** Saisie d'une question préjudicielle par le juge néerlandais, la **Cour de justice** revient opportunément sur la notion de pratique concertée. Le litige suscitant cette question portait sur la contestation en appel de la condamnation de l'autorité néerlandaise de la concurrence infligée à quatre opérateurs de la téléphonie mobile. L'intérêt de cet arrêt tient à la réitération avec force de plusieurs points déjà traités dans l'arrêt *Anic* (*CJCE, 8 juill. 1999, aff. C-49/92 P, Commission c/ Anic Partecipazioni : Rec. CJCE 1999, I, p. 4125, pt 131 : JDI 2000, p. 500*). La **Cour** revient d'abord sur la diversité des formes de collusion qui appelle à distinguer en tant que telle l'existence d'une pratique concertée de la notion d'accord. Elle revient encore sur les conditions d'appréciation d'une restriction de concurrence. Puis, elle cerne le cas particulier de l'appréciation d'un échange d'information. Enfin, elle précise le lien de causalité entre la concertation **et** le comportement sur le marché des entreprises poursuivies en approfondissant la question de la présomption. En premier lieu, la **Cour** souligne l'importance de la distinction entre les trois formes de coordination. Elle l'avait déjà fait dans l'arrêt *Anic* précité (pt 131). La collusion doit être appréhendée sous diverses formes **et** dans des degrés divers d'intensité, quand bien même ces formes partagent la même nature. Il importe de donner à chacune d'elle tout son relief, notamment à la simple concertation (*présent arrêt, pt 23*). Certes, il n'est pas si évident de cerner ce qu'est une pratique concertée dans la mesure où la proximité est grande avec l'accord. C'est la raison pour laquelle la tentation est toujours grande d'assimiler la pratique concertée à l'accord. Depuis l'arrêt *Suiker*, on sait pourtant qu'une telle pratique « vise une forme de coordination entre les entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence » (*CJCE, 16 déc. 1975, aff. 40/73, Suiker Unie c/ Commission : Rec. CJCE 1975, p. 1663, pt 26*). Cette forme de coordination est donc diluée par rapport à un accord. Il est vrai que la notion d'accord au sens de l'**article 101 TFUE** (*ex-art. 81 CE*) est elle-même diluée par rapport au contrat au sens du droit civil, même si elle repose malgré tout sur une rencontre de volontés. Ceci explique la tentation de confondre pratiques concertées **et** accord. La **Cour de justice** rappelle ici qu'il faut bien s'en garder pour donner toute son efficacité à la politique de concurrence. Mais la confusion est certainement encouragée par l'entente complexe, constituée en partie d'éléments constitutifs d'un accord **et** de pratiques concertées, que l'arrêt *Anic* a consacré pour mieux appréhender des comportements nocifs. Par suite, la possibilité d'une qualification d'infraction autonome pour un seul échange d'informations a dû être réaffirmée avec force (*CJCE, 2 oct. 2003, aff. C-194/99*

*P, Thyssen Stahl* : Rec. *CJCE* 2003, I, p. 10821). La pratique concertée, distincte de l'accord, peut constituer à elle seule constituer une infraction. Après avoir rappelé les conditions requises pour constituer une collusion, la **Cour** rappelle celles pour apprécier son caractère anticoncurrentiel. La **Cour** préconise une appréciation *in concreto* : « il convient de s'attacher notamment aux buts objectifs qu'elle vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel elle s'insère » (pt 27. – V. aussi *CJCE*, 8 nov. 1983, aff. 96/82, *IAZ International Belgium e.a. c/ Commission* : Rec. *CJCE* 1983, p. 3369, pt 25. – *CJCE*, 20 nov. 2008, aff. C-209/07, *Beef Industry Development Society et Barry Brothers* : Rec. *CJCE* 2008, p. 695, pts 16 et 21 ; *JDI* 2009, chron. 3, p. 695). Elle rappelle aussi que l'intention des parties peut être utile pour éclairer le contexte, mais n'est pas un élément requis pour emporter la qualification du caractère anticoncurrentiel (*CJCE*, *IAZ International Belgium e.a. c/ Commission*, préc., pts 23 à 25). Vient ensuite l'interprétation relative aux deux jalons d'appréciation que sont l'objet et l'effet anticoncurrentiel. C'était le cœur de la première question préjudicielle du juge néerlandais. Il s'agit de deux conditions alternatives et non cumulatives et, par conséquent, la recherche d'effets anticoncurrentiels est superflue dès lors qu'est caractérisé un objet anticoncurrentiel (pts 28 et 29. – V. aussi *CJCE*, 13 juill. 1966, aff. 56/64 et aff. 58/64, *Consten et Grundig c/ Commission* : Rec. *CJCE* 1966, p.429 et 496. – *CJCE*, *Industry Development Society et Barry Brothers*, préc., pt 15). On comprend combien il est essentiel de cerner les critères de qualification de l'objet anticoncurrentiel. Il s'agit de « formes de collusion pouvant être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence » (pt 29. – *CJCE*, 20 nov. 2008, *Beef industry*, préc., pt 17). Il faut comprendre par là une présomption de nocivité destinée à faciliter la tâche de l'autorité de concurrence. Dans les lignes directrices relatives à l'application de l'article 81, paragraphe 3, la Commission déclare que « les accords ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence sont ceux qui, par nature, ont la capacité de le faire. Il s'agit de restrictions qui, au regard des objectifs poursuivis par les règles communautaires de concurrence, sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence, qu'il est inutile, aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché » (pt 21). Dès lors que l'objet anticoncurrentiel est établi, l'existence et l'ampleur d'effets anticoncurrentiels n'ont une importance que pour déterminer le montant de l'amende et évaluer le montant des dommages et intérêts (présent arrêt, pt 31). La **Cour** aborde ensuite l'appréciation de l'échange d'informations entre concurrents. Il lui paraît essentiel de mettre en perspective « la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence, selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le Marché commun » (V. *CJCE*, *Suiker Unie*, préc., pt 173). Il est bien connu que cette exigence d'autonomie n'exclut pas la possibilité pour les opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement présent ou à venir de leurs concurrents. En revanche, il doit être bien clair que cela « s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact direct ou indirect entre de tels opérateurs de nature soit à influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit à dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à tenir soi-même sur ce marché ou que l'on envisage d'adopter sur celui-ci » (*CJCE*, *Suiker Unie c/ Commission*, préc., pt 173. – *CJCE*, 14 juill. 1981, aff. 172/80, *Züchner* : Rec. *CJCE* 1981, p. 2021, pt 13). L'échange d'informations peut revêtir deux formes : un contrat en bonne et due forme et un accord secret. L'affaire des tracteurs irlandais a donné l'occasion à la **Cour** de se prononcer dans la première hypothèse (*CJCE*, 28 mai 1998, aff. C-7/95, *John Deere* ; Rec. *CJCE* 1998, I, p. 3111), tandis que les soubresauts de la crise européenne de la sidérurgie ont permis d'illustrer dans sa jurisprudence la seconde hypothèse (*CJCE*, 2 oct. 2003, *Thyssen Stahl*, préc.). On se souvient que dans l'affaire des tracteurs irlandais, la **Cour** avait retenu plusieurs critères pour apprécier le caractère anticoncurrentiel d'un échange d'informations. D'abord, étaient pris en compte les critères relatifs aux informations elles-mêmes : la nature confidentielle et détaillée des informations échangées, leur périodicité, le fait qu'elles n'étaient destinées qu'aux entreprises participant à l'échange à l'exclusion des concurrents et des consommateurs (pt 85). Ensuite, les critères de la structure du marché entraient en jeu : la nature oligopolistique d'un marché ou du moins sa situation fortement concentrée rend plus nocif par définition un échange d'informations. L'intérêt de l'arrêt *Thyssen Stahl* est d'atténuer le critère relatif au marché : « un système d'échange d'informations peut constituer une violation des règles de concurrence même lorsque le marché en cause n'est pas un marché oligopolistique fortement concentré » (pt 86). Il est vrai que cette déclaration générale ne correspondait pas aux faits de l'espèce dans l'affaire *Thyssen Stahl*. Elle n'en existe pas moins. Or, bon nombre de commentateurs tendent à occulter celle-ci pour la bonne et simple raison qu'elle élargit le champ de la prohibition. À cet égard, le présent arrêt n'apporte pas une clarification. Il se contente de reprendre une déclaration générale : « il s'ensuit que l'échange d'informations entre concurrents est susceptible d'être contraire aux règles de la concurrence lorsqu'il atténue ou supprime le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché en cause comme conséquence une restriction de la concurrence entre entreprises » (pt 35. – V. aussi arrêts *Deere c/ Commission*, préc., pt 90, et *Thyssen Stahl c/ Commission*, aff. C-194/99 P : Rec. *CJCE* 2003, I, p. 10821, pt 81). Comme l'attendu précédent évoque les développements de l'affaire des tracteurs relatifs à la structure du marché, il peut arguer que ces conditions sont requises ce qui nourrit une ambiguïté par rapport à l'arrêt *Thyssen Stahl* qui considère que ce n'est pas une condition requise. Il aurait été opportun de l'écartier, mais en même temps de donner des jalons pour une appréciation au cas par cas. Dans l'appréciation de l'objet anticoncurrentiel, on relèvera des déclarations importantes sur la teneur du comportement en cause. Peu importe que la pratique concertée n'ait pas un lien direct avec les prix à la consommation. De fait, il est réducteur de retenir les prix comme le seul paramètre concurrentiel. À cet égard, la **Cour** reprend à son compte l'analyse de l'avocat général selon lequel « l'article 81 CE vise, à l'instar des autres règles de concurrence énoncées dans le traité, à protéger non pas uniquement les intérêts directs des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle ». Le lien ainsi effectué avec les prix à la consommation est singulier dans la mesure où les consommateurs sont aussi intéressés sinon plus par la diversité, la qualité et l'innovation. Cette déclaration est un signe précurseur d'une déclaration ultérieure encore plus cinglante à l'encontre du bien-être du consommateur (cf. *CJCE*, *GlaxoSmithKline* infra). S'agissant de la deuxième question préjudicielle, la **Cour** devait se prononcer sur l'obligation faite au juge national d'appliquer la présomption de causalité retenue par la **Cour**. En d'autres termes, le juge national voulait savoir s'il y avait place ici pour le principe de l'autonomie procédurale. La réponse ne surprendra guère. Le juge national est bien évidemment tenu par l'interprétation de la **Cour** dans la mise en œuvre d'un concept autonome de droit communautaire tel que la pratique concertée. Il faut rappeler que la **Cour** a considéré que les entreprises bénéficiaires d'un échange d'informations devaient nécessairement en tenir compte dans la détermination de leur comportement dès lors qu'elles restaient actives sur le marché en cause (*CJCE*, *Anic*, préc., pt 121). La dernière question venait compléter la précédente. Elle portait sur le point de savoir si l'échange d'informations devait être régulier et continu dans le temps ou s'il pouvait se limiter à une seule prise de contact. La **Cour** prend le parti d'accepter cette dernière possibilité. Cependant elle le fait non sans nuance : tout dépend des circonstances de la cause. Ainsi déclare-t-elle : « ce sont tant l'objet de la concertation que les circonstances propres au marché qui expliquent la fréquence, les intervalles et la manière dont les concurrents entrent en contact les uns avec les autres pour aboutir à une concertation de leur comportement sur le marché. En effet, si les entreprises concernées créent une entente avec un système complexe de concertation sur un grand nombre d'aspects de leur comportement

sur le marché, elles pourront avoir besoin de contacts réguliers sur une longue période » (pt 60). Elle ajoute en guise d'ouverture : « en revanche si, comme dans l'affaire au principal, la concertation est ponctuelle et vise une harmonisation unique du comportement sur le marché concernant un paramètre isolé de la concurrence, une seule prise de contact pourra suffire pour réaliser la finalité anticoncurrentielle recherchée par les entreprises concernées ». Cette dernière précision a beaucoup frappé les esprits : l'arrêt *T-Mobile* restera dans les annales pour cette raison. C'est assurément un point de dissuasion important pour l'avenir.

**Catherine Prieto**

**Mots clés : Union européenne. - Concurrence. - Entente. - Notion de pratiques concertées**

**Entente. – Entrave au commerce parallèle. – Cloisonnement national. – Marché de l'approvisionnement de médicaments. – Objet anticoncurrentiel. – Exemption individuelle.**

**CJCE.** – 3e ch. – 6 oct. 2009. – aff. C-513/06 P. – GlaxoSmithKline Services c/ Commission. – M. A. Rosas, président de chambre. – MM. A. Ó Caoimh, J. Klučka (rapporteur), U. Löhmus et A. Arabadjiev, juges. – V. Trstenjak, avocat général.

*Selon la Cour, ni le libellé de l'article 81, paragraphe 1, CE ni la jurisprudence ne permettent de corroborer l'affirmation du Tribunal selon laquelle s'il est acquis qu'un accord visant à limiter le commerce parallèle doit en principe être considéré comme ayant pour objet de restreindre la concurrence, c'est en tant qu'il peut être présumé qu'il prive les consommateurs finals des avantages d'une concurrence efficace en termes d'approvisionnement ou de prix. En revanche, en jugeant que la Commission avait eu tort d'omettre de prendre en compte certains éléments soulignés par GSK dans sa demande, dont notamment les spécificités structurelles du secteur pharmaceutique en cause, et qu'une telle omission entachait d'un défaut d'examen la demande d'exemption présentée par GSK, le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit.*

**31.** – NOTE. – GlaxoSmithKline et ses contrats d'approvisionnement aux grossistes-répartiteurs auront donc alimenté deux contentieux bien distincts : l'un relatif aux abus de position dominante, l'autre relatif aux ententes. S'agissant de l'article 82 CE, on se souvient de la question préjudicielle posée par le juge grec relative au refus d'approvisionnement de grossistes au motif qu'ils fournissaient le commerce parallèle. La Cour s'est prononcée en considérant que les éléments constitutifs d'un abus étaient *a priori* réunis mais en recommandant au juge grec de vérifier *in concreto* l'existence de justifications objectives (CJCE, 16 sept. 2008, aff. C-468/06, *Sot Lelos* : RDC 2009-1, p. 126, note C. P. ; JDI 2009, chron. 4, p. 699). Le présent arrêt de la Cour porte, quant à lui, sur la prohibition des ententes et est clairement perçu comme un retour ferme à l'approche ordolibérale (L. Idot, Europe 2009, comm. 463). Il ne s'agit plus cette fois-ci d'une question préjudicielle mais d'un pourvoi formé contre un arrêt du Tribunal de première instance qui avait annulé une décision de la Commission par laquelle GSK avait été condamnée sur le fondement de l'article 81 CE. La Commission avait retenu que les contrats conclus avec les grossistes espagnols étaient constitutifs d'une entente au regard de la distinction faite entre les prix facturés aux grossistes en cas de revente de médicaments remboursables aux pharmacies sur le territoire national et les prix plus élevés facturés en cas d'exportation vers d'autres États membres. L'annulation de cette condamnation avait été remarquée en raison de la motivation suivie mettant en avant le bien-être du consommateur (TPICE, 27 sept. 2006 : RDC 2007-1, p. 325, C. P.). Les pourvois formés tant par GSK que par la Commission ne pouvaient que susciter l'intérêt pour l'interprétation que devait donner la Cour de justice. Or ces deux pourvois sont rejetés aux termes d'une analyse qui marquera sans nul doute un jalon important dans la jurisprudence communautaire du droit de la concurrence, même si elle n'emporte pas pleinement conviction sur la mise en œuvre de l'article 81, paragraphe 1. Tout en procédant à une substitution de motifs, elle n'en retient pas moins une erreur de droit du Tribunal sur l'interprétation du paragraphe 1 à seule fin d'affaiblir la notion de bien-être du consommateur en tant que pierre angulaire de la politique de concurrence. En revanche, s'agissant du paragraphe 3, elle fait plus que conforter la position du Tribunal sur la charge de la preuve car elle élargit le champ des exemptions individuelles. En premier lieu, la Cour rappelle que l'objet et l'effet anticoncurrentiel sont des conditions non pas cumulatives, mais alternatives pour apprécier si un accord relève de l'article 81 paragraphe 1 (pt 55). L'interprétation est bien connue, mais elle est souvent rappelée du fait de l'obstination qui perdure dans certains pourvois (V. en dernier lieu CJCE, 4 juin 2009, aff. C-8/08 : RDC 2009-4, p. 1401, L. Idot et cette revue supra). C'est sur les critères d'appréciation de l'objet anticoncurrentiel que la Cour prend une position qui crée la surprise. Le Tribunal avait considéré que cette appréciation devait être éclairée par le contexte général de l'accord et que, partant, la Commission ne pouvait pas déduire du seul constat d'une entrave au commerce parallèle un objet anticoncurrentiel. Pour la première fois dans une analyse substantielle, il invoquait le bien-être du consommateur (sur le plan procédural, V. déjà TPICE, 7 juin 2006, aff. T-213/01 OP et BAW, à propos de l'intérêt à agir pour le client d'une banque sur la base de l'article 81 CE). Ainsi, il relevait que le prix des médicaments étant réglementé, le bien-être du consommateur ne pouvait pas tenir à la quête de prix moins élevés (pt 147). En filigrane, il mettait en balance l'intérêt du consommateur pour des traitements thérapeutiques innovants requérant des investissements dans la recherche et le développement, lesquels étaient largement débattus dans un second temps au stade de l'appréciation de l'exemption individuelle. Mais la Cour de justice inflige un démenti cinglant à cette argumentation : « en ce qui concerne l'affirmation du Tribunal selon laquelle s'il est acquis qu'un accord visant à limiter le commerce parallèle doit en principe être considéré comme ayant pour objet de restreindre la concurrence, c'est en tant qu'il peut être présumé qu'il prive les consommateurs finals des avantages d'une concurrence efficace en termes d'approvisionnement ou de prix, il y a lieu de relever que ni le libellé de l'article 81, paragraphe 1, CE ni la jurisprudence ne permettent de corroborer une telle affirmation » (pt 62). Elle retient donc une erreur de droit : « en subordonnant l'existence d'un objet anticoncurrentiel à la preuve que l'accord comporte des inconvénients pour le consommateur, le Tribunal a commis une erreur de droit » (pt 64). Mais elle ne se contente pas de cette déclaration. Préalablement, elle revient sur les finalités de la politique de concurrence en rétrogradant de manière spectaculaire le bien-être du consommateur. On doit même souligner qu'elle n'utilise même pas l'expression, comme si elle ne voulait pas reconnaître la notion. Elle se cantonne à l'expression banale de l'intérêt du consommateur : « il importe de souligner, que la Cour a jugé que l'article 81 CE vise, à l'instar des autres règles de concurrence énoncées dans le traité, à protéger non pas uniquement les intérêts des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle. Dès lors, la constatation de

l'existence de l'objet anticoncurrentiel d'un accord ne saurait être subordonnée à ce que les consommateurs finals soient privés des avantages d'une concurrence efficace en termes d'approvisionnement ou de prix » (pt 63). Cette orientation réductrice avait déjà été relevée dans un arrêt récent (*N. L. Idot ss CJCE, 4 juin 2009, aff. C-8/08 : RDC 2009-4, p. 1401, cette revue supra*). L'intégration des marchés nationaux dans un marché intérieur sans frontières intérieures est maintenue comme un axe fort de la mise en œuvre de l'article 81 CE. Ceci doit être mis en perspective avec le rappel de cet axe dans la mise en œuvre de l'article 82 CE, précisément dans l'autre affaire *GSK* précitée. Cette position de faveur à l'égard du commerce parallèle n'est cependant pas aussi radicale qu'il pourrait paraître si l'on prend toute la mesure de l'interprétation de la Cour à propos des conditions de l'exemption individuelle. Bien qu'elle n'en fasse pas la déclaration de manière expresse, la Cour de justice opère une ouverture importante en faveur des laboratoires pharmaceutiques en butte au commerce parallèle. Il faut d'abord rappeler la position de la Commission dans les lignes directrices relatives à l'article 81, paragraphe 3. Les accords ayant pour objet de restreindre la concurrence sont définis comme ceux qui sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs qu'il est inutile d'en rechercher les effets (pt 21). Il est plus loin déclaré que les règlements d'exemption par catégorie donnent une idée de ce que sont les restrictions par l'objet en définissant les restrictions caractérisées (pt 23). Dans le domaine des restrictions verticales, on peut relever plus particulièrement la mention de toutes les formes de protection territoriales absolues, bien connues pour dresser des entraves au commerce parallèle Or, plus loin, les lignes directrices indiquent qu'il est fort peu probable que de graves restrictions de concurrence puissent remplir les conditions de l'exemption individuelle au sens du paragraphe 3 (pt 46). La voie semblait donc barrée à toute perspective d'exemption pour les restrictions caractérisées Or, la Cour fait la démonstration contraire en insistant sur le fait que la Commission n'a pas su répondre aux éléments de preuve avancés par *GSK* lorsque celle-ci invoquait le bénéfice de l'exemption individuelle. Elle retient donc que la preuve de l'exemption est admissible contre des restrictions caractérisées. Mais la Cour ne s'arrête pas là. Elle poursuit en écartant le reproche que faisait la Commission : avoir renversé la charge de la preuve. Il est bien connu que la charge de la preuve des conditions subordonnant l'octroi d'une exemption incombe à l'entreprise qui en demande le bénéfice, après que la restriction de concurrence a été d'ores et déjà prouvée sur le fondement du paragraphe 1. La Cour rappelle cette règle (pt 82). Pour autant, elle précise que la Commission ne doit pas rester inerte : elle doit à son tour contester ces faits « faute de quoi il est permis de conclure que la charge de la preuve a été satisfaite » (pt 83). Elle entérine ainsi la position du TPICE qui, en l'espèce, avait considéré que la Commission n'avait pas sérieusement contesté les éléments de preuve apportés par *GSK*, notamment sur les bienfaits issus de la recherche et développement pour de nouveaux traitements thérapeutiques dont le consommateur pourrait profiter si les profits injustes du commerce parallèle étaient endigués. Par là même, le Tribunal de première instance avait renforcé le contrôle juridictionnel sur les analyses économiques de la Commission. La Cour atteste qu'il est resté dans le cadre de sa mission, à savoir un contrôle de motivation outre celui de l'exactitude matérielle des faits et de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation.

**Catherine Prieto**

**Mots clés : Union européenne. - Concurrence. - Entente. - Entrave au commerce parallèle**

**Abus de position dominante. – Prix prédateurs – Marché des services d'accès à Internet à haut débit.**

**CJCE. – 1<sup>re</sup> ch. – 2 avr. 2009. – aff. C-202/07 P. – France Télécom c/ Commission. – M. P. Jann, président de chambre. – MM. M. Ilešič, A. Tizzano (rapporteur), A. Borg Barthet et J.-J. Kasel, juges. – J. Mazák, avocat général.**

*Exploite de façon abusive sa position dominante une entreprise qui, dans un marché dont la structure concurrentielle est déjà affaiblie en raison précisément de sa présence, met en œuvre une politique de prix ne poursuivant d'autre finalité économique que celle d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, tirer profit de la réduction du degré de concurrence existant encore sur le marché. Pour apprécier la licéité de la politique des prix, la Cour s'est référée dans la jurisprudence Akzo à des critères fondés dans une première hypothèse sur les coûts variables et dans une seconde hypothèse sur les coûts totaux. Cela n'exclut pas que la possibilité de récupération des pertes soit un élément pertinent dans l'appréciation du caractère abusif d'une pratique. Mais le champ de cette possibilité est cantonné à la seconde hypothèse.*

**32. - NOTE. –** Les affaires relatives aux prix prédateurs ne sont pas nombreuses dans la jurisprudence communautaire et elles sont surtout anciennes (*CJCE, 3 juill. 1991, aff. C-62/86, Akzo c/ Commission : Rec. CJCE 1991, I, p. 3359. – CJCE, 14 nov. 1996, aff. C-333/94 P, TetraPak c/ Commission : Rec. CJCE 1996, I, p. 5931*). Par ailleurs, la doctrine économique a connu une certaine effervescence sur cette question ces dernières années (*OCDE, Predatory Foreclosure, DAF/COMP (2005) ; Report of EAGCP, An economic approach to Article 82, July 2005 ; DG Competition Discussion Paper on application of Article 82 to exclusionary abuses, December 2005*). C'est la raison pour laquelle le traitement de l'affaire *Wanadoo* a suscité la plus grande attention. D'abord, la Commission européenne a retenu que, du mois de mars 2001 au mois d'octobre 2002, *Wanadoo Interactive SA* avait pratiqué des prix prédateurs ne lui permettant pas de couvrir ses coûts variables jusqu'en août 2001 et ne lui permettant pas de couvrir ses coûts complets à partir d'août 2001 dans le cadre d'un plan visant à préempter le marché de l'accès à Internet à haut débit dans une phase importante de son développement (décision du 16 juillet 2003, affaire COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*). Ensuite, le Tribunal de première instance a rejeté le recours visant à annuler la décision de la Commission formé par France Télécom venant aux droits de *Wanadoo Interactive SA* qui était sa filiale à l'époque des faits (*TPICE, 30 janv. 2007, aff. T-340 : Rec. CJCE 2007, II, p. 107*). La position du Tribunal a été très classique puisqu'il s'est inscrit scrupuleusement dans le cadre d'analyse fixé par l'arrêt *Akzo* : « d'une part, des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables permettent de présumer le caractère éliminatoire d'une pratique de prix et, d'autre part, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent » (*TPICE, préc., pt 130*). Néanmoins, la motivation du Tribunal n'avait pas convaincu (*A.-L. Sibony, Les prix prédateurs entre la lettre de la jurisprudence et l'esprit du raisonnement économique : à propos de l'arrêt Wanadoo du Tribunal de première instance des Communautés européennes : LPA 6 juin 2007, p. 14-22*). La réponse de la Cour au pourvoi formé par France Télécom était donc très attendue. Elle l'était d'autant plus que, après de longues tergiversations faisant suite à sa consultation en vue de l'élaboration de lignes directrices relatives à l'article 82, la Commission a enfin publié ses « Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 CE » (mis en ligne en décembre 2008 : *JOUE n° C 45, 24 févr. 2009*). Il s'avère que le présent arrêt, rendu par

la première chambre sous le rapport du juge Tizzano, est perçu comme décevant, même s'il ne ferme pas la porte à des évolutions ultérieures (*A.-L. Sibony, Concurrences 2-2009, p. 112. – L. Idot, Europe 2009, comm. 242*). Deux axes essentiels peuvent être dégagés dans cet arrêt. Le premier porte sur la finalité de la prohibition posée par l'article 82 tandis que le second, plus technique, s'attache à la grille d'analyse spécifique pour déceler des prix prédateurs. À ces deux égards, l'arrêt *France Télécom* est l'occasion pour la **Cour** de « dialoguer » avec la Commission sur la teneur des « Orientations ». Sur le plan de la finalité de l'**article 82 CE** et de l'analyse générale de l'abus, on relèvera que la **Cour** prend le soin de reprendre des considérations générales pour répondre à la première branche du septième moyen tenant à la nécessité de prouver la possibilité de récupération des pertes. Le choix d'une mise en perspective générale pour trancher une question technique révèle la volonté de la **Cour** de prendre position sur l'évolution de la politique européenne de concurrence. Dans ce document de *soft law*, la Commission a voulu faire une synthèse de la jurisprudence de la **Cour** tout en dessinant de nouvelles inflexions nécessaires selon elle à la modernisation de la politique européenne de concurrence. Dans le présent arrêt, on ne peut s'empêcher de penser que la **Cour** fait son possible pour préserver l'héritage de l'ordolibéralisme et mais elle ne marginalise pas le concept du bien-être du consommateur que la Commission considère désormais, quant à elle, comme la pierre angulaire de toute sa nouvelle politique, notamment dans la mise en œuvre de l'**article 82 CE**. De même, sur l'appréciation technique de la prédation, elle ne remet pas en cause la grille d'analyse rénovée de la Commission et conforte l'idée que la justification de la prédation n'est guère envisageable. Dans ses « orientations », la Commission ne pouvait faire autrement que de reprendre les standards d'analyse de la **Cour**. Dans l'introduction, elle rappelle que l'entreprise dominante peut participer au jeu de la concurrence par ses mérites, mais qu'elle a une responsabilité particulière qui est celle de ne pas porter atteinte à une concurrence effective. Elle déclare ensuite que ses priorités sont d'appréhender les pratiques les plus préjudiciables pour les consommateurs. Son souci est de veiller à ce que les marchés fonctionnent convenablement de telle sorte que les consommateurs profitent de l'efficacité et de la productivité résultant d'une concurrence effective entre les entreprises (*pt 5*). C'est l'expression d'une approche fondée sur les effets qui répond au reproche habituellement adressé par les économistes portant sur une application mécanique de la prohibition faisant de certains types d'abus des infractions *per se*. Ainsi, la Commission insiste sur l'importance de protéger l'exercice d'une concurrence effective et non de protéger simplement les concurrents. Elle convient que la politique de concurrence ne doit pas s'opposer à la disparition du marché de certains concurrents dès lors qu'ils sont moins intéressants pour les consommateurs du point de vue des prix, du choix, de la qualité ou de l'innovation (*pt 6*). L'intérêt global du consommateur devient donc la boussole de la mise en œuvre de la prohibition. En réaction, la **Cour** renforce l'ancrage traditionnel de la prohibition. Elle fait le lien entre, d'une part, l'article 3, paragraphe 1, sous *g*, qui vise un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le Marché commun et, d'autre part, l'**article 82 CE** qui appréhende la situation de puissance économique d'une entreprise lorsque celle-ci à le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective (*présent arrêt, pt 103*). Ce pouvoir se manifeste, souligne-t-elle, lorsque l'entreprise a la possibilité de comportements indépendants vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs (*ibid.* avec renvoi à *CJCE, 13 févr. 1979, aff. 85/76, Hoffmann-LaRoche c/ Commission : Rec. CJCE 1979, p. 461, pt 38*). L'essentiel, comprend-on, est de neutraliser le pouvoir de marché. À cet égard, la **Cour** et la Commission sont encore sur le même diapason. Mais la **Cour** poursuit en déclarant que « l'article 82 vise les comportements qui sont de nature à influencer la structure du marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en cause, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale (...), au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence » (*pt 104 et renvoi aux arrêts Akzo, préc., Hoffmann LaRoche, préc., Michelin, 9 nov. 1983, aff. 322/81, Akzo, préc., British Airways, 15 mars 2007, aff. C-95/04 P : Rec. CJCE 2007, I, p. 2331, pt 66*). Il s'avère que la doctrine économique a souvent critiqué le standard de la compétition normale en tant que critère d'appréciation. La **Cour** s'attache enfin à modeler l'intérêt du consommateur : « l'**article 82 CE** vise non seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective » (*pt 105 et renvoi à CJCE, 21 févr. 1973, aff. 6/72, Continental Can c/ Commission : Rec. CJCE 1973, p. 215, pt 26*). Il est permis de considérer que dans cette formulation la **Cour** n'est pas hostile au bien-être du consommateur. Elle tend à faire en sorte que l'on en retienne une conception large. En revanche, les tenants de l'ordolibéralisme ont une attitude radicalement hostile au bien-être du consommateur. Elle conclut que l'élimination d'un concurrent par une entreprise en position dominante ne peut se faire que par une concurrence par les mérites (*pt 106*). C'est indéniablement un exercice de conciliation entre le passé et les orientations pour l'avenir, avec le souci d'éviter une rupture sans empêcher un certain renouvellement de la vision d'ensemble. Sur le plan de l'analyse spécifique de l'abus par des prix prédateurs, le débat précis dans ce contentieux portait sur le rôle de la récupération des pertes. La doctrine économique majoritaire voudrait que la possibilité de récupérer les pertes soit examinée à titre liminaire et devienne en définitive une condition de fond (*cf. OCDE, préc.*). La stratégie de prédation est constituée en deux temps : d'abord, l'entreprise prédatrice subit délibérément des pertes en vue d'évincer ou de discipliner un concurrent ; ensuite, elle récupère ses pertes et peut pleinement profiter de sa position renforcée. L'enjeu est de retenir comme point central de l'appréciation si l'entreprise en cause peut a priori espérer recouvrer ses pertes. À défaut, le sacrifice serait irrationnel et on ne saurait retenir contre elle une intention prédatrice. Dans le présent arrêt, la **Cour** refuse d'ériger la possibilité de récupérer des pertes comme une condition préalable nécessaire pour caractériser la prédation (*pt 113*). Elle restreint son rôle à une fonction subsidiaire. Elle reprend les deux hypothèses de la jurisprudence *Akzo* : lorsque les prix sont inférieurs à la moyenne des coûts variables ; lorsque les prix sont inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables. Le rôle de la possibilité de récupérer des pertes est différent selon qu'il s'agit de l'une ou l'autre de ces hypothèses. La **Cour** rappelle qu'elle a eu « l'occasion d'exclure la nécessité d'une telle preuve dans des circonstances où l'intention éliminatoire de l'entreprise en cause pouvait être présumée en considération de l'application par celle-ci de prix inférieurs à la moyenne des coûts variables » (*pt 110 et renvoi à CJCE, Tetra Pak, préc., pt 44*). En d'autres termes, la présomption tirée des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables est suffisamment solide. Mais, la possibilité de récupérer des pertes peut être utile selon la **Cour** dans la seconde hypothèse (*pt 111*). Dans celle-ci, il n'y a plus de présomption solide et il convient de consolider le début de preuve tirée de la première analyse des coûts. À cet égard, la possibilité de récupérer des pertes peut étayer l'existence d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent (*ibid.*). Pour finir, la **Cour** est catégorique pour relativiser ce critère : « l'absence de toute possibilité de récupération des pertes ne saurait suffire à exclure que l'entreprise en question parvienne à renforcer sa position dominante par la suite notamment de la sortie du marché d'un ou plusieurs concurrents de sorte que le degré de concurrence soit réduit encore davantage et que les consommateurs subissent un dommage du fait de la limitation de leurs possibilités de choix » (*pt 112*). Dans ses « orientations », la Commission ne considère pas davantage la possibilité de récupérer des pertes comme un critère majeur. On peut relever qu'elle tend à élargir l'appréciation mécanique de la jurisprudence *Akzo*, notamment en prenant en compte par tous moyens la stratégie prédatrice dans l'une ou l'autre des deux hypothèses. On examinera donc avec intérêt la pratique

décisionnelle à venir de la Commission sur ce point précis. Enfin, sur le plan des justifications possibles du comportement d'une entreprise dominante, l'argument tenant à l'existence d'une exception d'alignement sur les prix des concurrents est ici encore relativisé. Le moyen développé dans le recours tendait à présenter cette possibilité comme un droit absolu. La **Cour** considère que, pour récuser ce droit absolu, le **Tribunal** de première instance a fidèlement appliqué la **jurisprudence** communautaire : « si une position dominante ne saurait priver une entreprise du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont menacés, **et** s'il faut lui accorder dans une mesure raisonnable la faculté d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger lesdits intérêts, de tels comportements ne peuvent toutefois être admis lorsqu'ils ont précisément pour objet de renforcer cette position dominante **et** d'en abuser » (pt 46). Ceci reflète la teneur de la **jurisprudence** *United Brands* (**CJCE**, 14 févr. 1978, aff. 22/76 : *Rec. CJCE* 1978, p. 207). On relèvera que dans ses « orientations », la Commission délimite strictement les possibilités de justification lorsqu'elle les présente de manière générale. Elle vise la nécessité objective **et** les gains d'efficacité. Or, elle ne mentionne pas l'exception d'alignement dans les illustrations de la nécessité objective (pt 28). Quant aux justifications spécifiques à la prédation, la Commission les exclut : elle occulte la possibilité de nécessité objective **et** déclare que les gains d'efficacité ne sont guère probables (pt 74).

**Catherine Prieto**

**Mots clés : Union européenne. - Concurrence. - Abus de position dominante. - Prix prédateurs (marché des services d'accès à Internet à haut débit)**

## 8. Circulation des personnes **et** des services

**Fiscalité directe. – Imposition de dividendes. – Actionnaire. – Double imposition juridique. – Exercice parallèle de leur compétence fiscale par l'État de la source **et** l'État de résidence. – Article 56 CE (devenu article 63 TFUE).**

**CJCE. – Ire ch. – 16 juill. 2009. – aff. C-128/08. – Damseaux. – M. P. Jann, président de chambre. – MM. M. Ilešič, A. Borg Barthet, E. Levits (rapporteur) **et** J.-J. Kasel, juges. – P. Mengozzi, avocat général.**

*Dans la mesure où le droit communautaire, dans son état actuel, ne prescrit pas de critères généraux pour la répartition des compétences entre les États membres s'agissant de l'élimination des doubles impositions à l'intérieur de la Communauté européenne, l'article 56 CE (désormais article 63 TFUE depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne) ne s'oppose pas à une convention fiscale bilatérale en vertu de laquelle les dividendes distribués par une société établie dans un État membre à un actionnaire résidant dans un autre État membre sont susceptibles d'être imposés dans les deux États membres, **et** qui ne prévoit pas qu'il soit posé, à la charge de l'État membre de résidence de l'actionnaire, une obligation inconditionnelle de prévenir la double imposition juridique qui en résulte. Les désavantages pouvant découler de l'exercice parallèle des compétences fiscales des différents États membres, pour autant qu'un tel exercice ne soit pas discriminatoire, ne constituent pas des restrictions interdites par le Traité.*

**33. – NOTE. –** Une affaire apparemment simple, jugée en chambre **et** sans conclusions de l'avocat général (celui-ci ayant toutefois été entendu), mérite-t-elle une note dans cette **chronique** ? Deux raisons invitent à s'attarder sur l'affaire *Damseaux*. Premièrement, cette affaire permet à la **Cour** de clarifier **et** de justifier sa position relative aux cas de double imposition juridique dans le chef d'un particulier. Annoncée dans l'affaire *Kerckhaert-Morres* en 2006 (**CJCE**, 14 nov. 2006, aff. C-513/04 : *Rec. CJCE* 2006, I, p. 10967), elle est ici développée **et** appelle certains commentaires relatifs à l'impact des libertés du marché intérieur sur la fiscalité directe (I). Ensuite, la **Cour** y réitère l'invitation lancée au législateur **européen** **et/ou** aux États membres en vue de l'adoption d'un instrument de coordination permettant d'éviter les cas de double imposition **et** donne ainsi l'occasion d'envisager la portée possible d'un tel instrument (II). I. – M. Damseaux réside en Belgique **et** perçoit des dividendes d'une société dont le siège est situé en France. Ces dividendes sont soumis à une retenue à la source équivalente à 15 % de leur valeur **et** ensuite soumis à un précompte mobilier de 15 % dans son État de résidence. Il s'agit donc d'un cas typique de double imposition juridique, le même revenu étant taxé deux fois dans le chef de la même personne. À cette double imposition juridique, s'ajoute une (troisième) imposition économique (un même montant étant imposé dans le chef de personnes différentes) lorsque les dividendes sont taxés dans le chef de la société en tant que bénéfices. La situation de M. Damseaux est prise en considération par la Convention franco-belge relative à la double imposition dont les termes laissent planer une certaine ambiguïté sur les obligations exactes de l'État de résidence. Quoi qu'il en soit, la **Cour** souligne justement qu'il ne lui appartient ni d'interpréter ladite Convention, ni de juger de la conformité de la position de la Belgique au regard de cette Convention (pts 20 à 22). Par contre, elle constate que la juridiction de renvoi, saisie du litige opposant M. Damseaux au fisc belge, se fonde sur la présomption que la Convention laisse subsister la possibilité d'une double imposition juridique **et** s'interroge sur la compatibilité de l'attitude de la Belgique avec l'article 56 CE. Cette disposition, consacrant la libre circulation des capitaux, imposerait-elle à la Belgique de prévenir la double imposition qu'autoriserait la Convention franco-belge ? L'article 56 CE paraît en effet pertinent en l'occurrence, puisque le résident belge percevant des dividendes d'une société établie dans un autre État membre se trouve dans une situation moins favorable que le résident belge percevant des dividendes d'une société établie en Belgique. Les premiers subissent une double imposition juridique **et** sont imposés, en Belgique, au même taux que les seconds, sans que la première imposition effectuée dans l'État de la source ne soit prise en considération. Tous les dividendes sont ainsi soumis en Belgique au taux de 15%, indépendamment de leur origine **et** de la circonstance de l'existence d'une imposition préalable. Il en résulte que les dividendes perçus par M. Damseaux sont soumis à une imposition globale de 30 % alors que s'il possédait des dividendes d'une société établie en Belgique, le taux d'imposition global serait de 15 %. La **Cour** estime qu'en l'absence d'un instrument communautaire de répartition de la compétence fiscale, l'article 56 CE ne s'oppose pas à l'existence d'une double imposition juridique résultant de l'exercice parallèle de leur compétence fiscale par l'État de la source **et** par l'État de la résidence, tel qu'apparemment autorisé par la Convention bilatérale franco-belge. Au regard de la **jurisprudence** propre à la fiscalité directe, **et** en particulier celle relative à l'imposition des dividendes, le dispositif est sans surprise (A). Au regard de la **jurisprudence** « marché intérieur » envisagée de manière plus générale, la décision mérite réflexion (B). A. – Selon une **jurisprudence** devenue classique depuis l'affaire *Schumacker* (**CJCE**,

14 févr. 1995, aff. C-279/93 : Rec. CJCE 1995, I, p. 225, pt 21), la Cour distingue l'existence de la compétence fiscale de son exercice. En l'état actuel du droit communautaire, la fiscalité directe relève de la compétence des États membres et il n'appartient pas à la Cour d'en connaître. Par contre, l'exercice de cette compétence doit intervenir dans le respect du droit communautaire et c'est donc à ce niveau que la Cour exerce son contrôle (sur cette distinction, V. les différents arrêts cités au point 24 de l'arrêt *Damseaux* ainsi que les explications fournies par K. Lenaerts et L. Bernardeau, *L'encadrement communautaire de la fiscalité directe* : CDE 2007, p. 19-109, p. 29 et 30, pts 14 et 15). Ce « principe d'encadrement » de l'exercice de la compétence fiscale ouvre ainsi la voie aux interventions du droit communautaire primaire dans le domaine de la fiscalité directe, à la faveur de la jurisprudence de la Cour. L'affaire *Damseaux* se place dans la droite ligne de cette jurisprudence et précise les enseignements tirés de l'affaire *Kerckhaert-Morres* qui portait sur une situation similaire de double imposition juridique de dividendes dans le chef de résidents belges (CJCE, 14 nov. 2006, aff. C-513/04 : Rec. CJCE 2006, I, p. 10967). Dans ce dernier arrêt, la Cour dresse les contours de la notion de discrimination dans le cadre de la fiscalité directe. Premièrement, dans la mesure où la Belgique (en cause dans l'affaire *Kerckhaert-Morres*, comme dans l'affaire *Damseaux*) soumet tous les dividendes à un même taux d'imposition (indépendamment de leur origine), l'on ne peut considérer qu'elle établit une distinction en fonction de l'origine du dividende (pt 17 de l'arrêt *Kerckhaert-Morres*). La mesure belge n'enfreint donc pas l'exigence de non-discrimination dans son acception première, sanctionnant l'établissement d'un régime différencié en fonction de la « nationalité » ou de l'origine d'un bien, d'une personne, d'un service ou de capitaux. En cela, la législation en cause dans les affaires *Kerckhaert-Morres* et *Damseaux* se distingue des mesures nationales sanctionnées précédemment par la Cour qui réservaient certains avantages fiscaux aux dividendes d'origine nationale (CJCE, 6 juin 2000, aff. C-35/98, *Verkooijen* : Rec. CJCE 2000, I, p. 4071. – CJCE, 15 juill. 2004, aff. C-315/02, *Lenz* : Rec. CJCE 2004, I, p. 7063. – CJCE, 7 sept. 2004, aff. C-319/02, *Manninen* : Rec. CJCE 2004, I, p. 7477). La Cour explique ensuite pourquoi l'on ne peut conclure à l'existence d'une discrimination dans le second sens du terme, plus large, qui vise alors la nécessité d'appliquer un même régime aux situations comparables et à l'inverse, d'appliquer un régime distinct aux situations différentes. En l'occurrence, « à l'égard de la législation fiscale de l'État de résidence, la position d'un actionnaire percevant des dividendes ne devient pas nécessairement différente (...) du seul fait qu'il perçoit ceux-ci d'une société établie dans un autre État membre qui, dans l'exercice de sa compétence fiscale, soumet ces dividendes à une retenue à la source au titre de l'impôt sur le revenu. Dans des circonstances telles que celles de l'espèce, les conséquences défavorables que pourrait entraîner l'application d'un système d'imposition des revenus tel que le régime belge en cause au principal découlent de l'exercice parallèle par deux États de leur compétence fiscale » (pts 19 et 20 de l'arrêt *Kerckhaert-Morres*). Autrement dit, le désavantage fiscal subi par le résident belge ne peut être imputé au seul État belge, mais résulte de l'application cumulée des législations fiscales belge et française. Cette constatation clôt le raisonnement. Car selon la Cour, dans la mesure où le droit communautaire ne prescrit, dans son état actuel, pas de critères généraux de répartition de la compétence fiscale, la Cour n'estime pas que la double imposition constitue une restriction contraire au Traité et considère que la solution relève des États membres (V. en particulier pt. 23 de l'arrêt *Kerckhaert-Morres* et pts 27 et 35 de l'arrêt *Damseaux*). B. – Si l'on compare le raisonnement tenu par la Cour dans les affaires *Kerckhaert-Morres* et *Damseaux*, avec le raisonnement tenu dans d'autres arrêts relatifs au marché intérieur, ou même plus précisément, d'autres arrêts relatifs à la circulation des capitaux, la brièveté de la motivation de la première série d'affaires peut étonner. En effet, dans les affaires relatives à la double imposition juridique de dividendes, le raisonnement se termine avec la constatation de l'absence de discrimination. Or l'on sait que la Cour qualifie d'entrave des mesures nationales non discriminatoires et examine ensuite si de telles mesures peuvent néanmoins être admissibles au regard d'un motif légitime et du test de proportionnalité (V. par ex. CJCE, 20 févr. 1979, aff. 120/78, *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)* : Rec. CJCE 1979, p. 649 ; la sanction s'effectue tantôt dans le cadre de la qualification d'entrave, tantôt dans le cadre d'une conception élargie de la discrimination. – sur ce dernier point, V. par ex. en matière fiscale CJCE, 11 août 1995, aff. C-80/94, *Wielockx* : Rec. CJCE 1994, I, 2493, pts 18 et s.). Pour entamer cet exercice, la Cour ne se soucie généralement guère de déterminer l'étendue exacte de la compétence communautaire dans le domaine concerné. Ainsi, en d'autres matières, l'argument de la « réserve de compétence » dans le chef des États membres, pas plus que l'absence de mesures communautaires de répartition des compétences, ne suffisent-ils à éviter l'application du test des entraves. 1° La « réserve de compétence ». – Peut-être est-il utile de comparer les termes de l'arrêt *Damseaux* à ceux de l'arrêt *Viking* par exemple (CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05) : « 39. (...) le Gouvernement danois fait valoir que le droit d'association, le droit de grève et le droit de lock-out échappent au domaine de la liberté fondamentale énoncée à l'article 43 CE puisque, conformément à l'article 137, paragraphe 5, CE, tel que modifié par le traité de Nice, la Communauté n'est pas compétente pour réglementer ces droits. 40. À cet égard, il suffit de rappeler que, s'il est vrai que, dans les domaines ne relevant pas de la compétence de la Communauté, les États membres restent, en principe, libres de fixer les conditions d'existence des droits en cause et les modalités d'exercice de ces droits, il n'en demeure pas moins que, dans l'exercice de cette compétence, lesdits États sont néanmoins tenus de respecter le droit communautaire (...). 41. Par conséquent, la circonstance que l'article 137 CE ne s'applique ni au droit de grève ni au droit de lock-out n'est pas de nature à soustraire une action collective telle que celle en cause au principal à l'application de l'article 43 CE ». Il s'ensuit, on le sait (*JDI* 2008, p. 590 et s.), une analyse détaillée de la compatibilité des mesures nationales relatives aux actions collectives (non discriminatoires) et des actions collectives elles-mêmes au regard de l'article 43 CE. Le parallèle avec la matière fiscale est saisissant puisque dans les deux cas, le traité ne prévoit pas de compétence communautaire spécifique pour réglementer le domaine concerné (fiscalité directe, d'une part, et grève et lock-out, d'autre part). La situation est même plus délicate concernant la matière de la grève et du lock-out puisque l'harmonisation est explicitement exclue (art. 137, § 5 CE devenu art. 153, § 5 TFUE), alors que la matière de fiscalité directe ne fait simplement l'objet d'aucune disposition spécifique. Le rapprochement des législations dans ce dernier domaine peut néanmoins s'envisager sur le fondement de l'article 94 CE et l'article 293 CE encourage les États à adopter des conventions multilatérales relatives à l'élimination de la double imposition (sur les mesures existantes dans ce domaine, V. K. Lenaerts et L. Bernardeau, *L'encadrement communautaire de la fiscalité directe*, op. cit., p. 23-29, pts 4-12 ; l'article 94 CE est devenu l'article 115 TFUE dont le contenu demeure inchangé ; l'article 293 CE est abrogé par le Traité de Lisbonne). Il en résulte que de manière générale, l'absence de compétence communautaire explicite ne justifie pas l'absence de contrôle de l'exercice des compétences étatiques au regard des libertés du marché intérieur et l'on voit mal pourquoi il en irait autrement en matière fiscale (comp. en matière de circulation des capitaux, à propos de législations relatives au droit de la propriété dont les États concernés prétendaient qu'elles échappaient au contrôle de la Cour en raison de la « réserve de compétence » soi-disant établie dans ce domaine en faveur des États membres par l'article 295 CE : CJCE, 4 juin 2002, aff. C-367/98, *Commission c/ Portugal* : Rec. CJCE 2002, I, 4731. – CJCE, 1er juin 1999, aff. C-302/97, *Konle* : Rec. CJCE 1999, I, 3099, pts 38-39 ; dans les deux cas l'analyse de la justification de l'entrave et de sa proportionnalité sont détaillés). Or en l'occurrence, au lieu de poursuivre l'analyse comme elle le fait en d'autres matières, la Cour se contente de constater que le désavantage résulte de l'exercice parallèle de leur compétence fiscale par les États et qu'en son état

actuel, le droit communautaire ne prescrit pas de critère de répartition des compétences fiscales. **2° La notion d'entrave.** – Force est de constater que la plupart des entraves résultent de l'exercice parallèle de leur compétence par les États membres. Cette situation correspond d'ailleurs à la définition typique de la « double charge » qui s'impose aux opérateurs économiques placés en situation transfrontière **et** que tend à éviter le droit communautaire. En l'absence de mesure d'harmonisation, les États demeurent libres d'appliquer leur législation mais cette application doit intervenir dans le respect du droit communautaire (*CJCE, 20 févr. 1979, aff. 120/78, Rewe-Zentral (Cassis de Dijon), op. cit., pt 8*). En outre, la notion même d'entrave est généralement entendue dans un sens large puisque toute mesure apte à dissuader le titulaire d'une liberté communautaire d'exercer celle-ci tombe sous le coup de cette qualification (V. dans le cadre d'une **jurisprudence** constante, en matière de services par exemple, les termes de l'arrêt *Arblade* : « l'article 59 du Traité exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services établi dans un autre État membre en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux **et** à ceux des autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services analogues », *CJCE, 23 nov. 1999, aff. C-369/96 et aff. C-376/96 : Rec. CJCE 1999, I, p. 8453, pt 33* ; en matière de circulation des capitaux : « La réglementation en cause, même si elle ne crée pas une inégalité de traitement, est susceptible d'empêcher l'acquisition d'actions dans les entreprises concernées **et** de dissuader les investisseurs d'autres États membres d'effectuer leurs placements dans le capital de ces entreprises. Elle est donc susceptible, de ce fait, de rendre illusoire la libre circulation des capitaux (...). Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que la réglementation en cause constitue une restriction aux mouvements des capitaux au sens de l'article 73 B du Traité. Il convient donc d'examiner si **et** dans quelles conditions une justification de cette restriction peut être admise », *CJCE, 4 juin 2002, aff. C-367/98, Commission c/ Portugal, op. cit., pts 45 et 46*). À la lecture des références mentionnées ci-avant, il paraît évident que la double imposition juridique est de nature à dissuader les résidents belges d'acquérir des actions de sociétés établies sur le territoire d'autres États membres puisque les dividendes versés par ces dernières seront réduits par une imposition à la source dont il ne sera pas tenu compte lors de l'imposition dans l'État de résidence (V. la position de la Commission dans l'affaire *Lindfors* : *CJCE, 15 juill. 2004, aff. C-365/02 : Rec. CJCE 2004, I, p. 7183, spéc. pts 18*)... La littérature spécialisée semble d'ailleurs considérer que la double imposition est contraire aux libertés du marché intérieur : les mesures nationales en cause sont non seulement qualifiées d'entraves, mais en outre, leur justification **et** leur proportionnalité sont également mises cause (V. G. W. Kofler **et** R. Mason, *Double Taxation : A European « Switch in Time » ? : Columbia Journal of European Law 2007, p. 63-98, spéc. p. 72-73 et les nombreuses références citées note 59, p. 73*). **3° Autres formes de double imposition.** – La réserve de la **Cour** dans le domaine de la double imposition de dividendes est d'autant plus étonnante qu'en d'autres contextes, les hypothèses de double imposition ont retenu son attention. Dans l'arrêt *Schul*, rendu en 1982 dans le domaine de la TVA, la **Cour** estime que les termes de l'article 95 du Traité (devenu **articles 90 CE et 110 TFUE**) ne seraient pas respectés « si les produits importés pouvaient être soumis à la TVA applicable aux produits nationaux similaires sans qu'il soit tenu compte de la part de la TVA qui grève encore ces produits au moment de l'importation. (...) Partant, dans la mesure où un tel produit importé livré par un particulier, **et** ne pouvant légalement être dégrevé à l'occasion de l'exportation, reste effectivement grevé, au moment de son importation, d'une partie de la TVA acquittée dans l'État membre d'exportation, le montant de la TVA exigible à l'occasion de l'importation doit être diminué de la part résiduelle de la TVA de l'État membre d'exportation qui est encore incorporée dans la valeur du produit au moment de son importation » (*CJCE, 5 mai 1982, aff. 15/81, Schul : Rec. CJCE 1982, p. 1409, pts 32 et 34*). Dans une affaire *Lindfors* relative à une matière non harmonisée, la **Cour** a considéré qu'il reviendrait au juge national d'apprécier la compatibilité d'une taxe perçue sur l'enregistrement du véhicule d'un nouveau résident au regard de l' **article 18 CE**, en analysant si cette taxe place le nouveau résident dans une situation moins favorable que les résidents permanents, notamment au regard de taxes perçues antérieurement sur le véhicule, **et** en examinant les justifications **et** la proportionnalité de cette différence de traitement (*CJCE, 15 juill. 2004, aff. C-365/02 : Rec. CJCE 2004, I, p. 7183, spéc. pts 18, 31 et 35*). Les problématiques sont évidemment similaires. **4° Le choix d'un critère de répartition des compétences fiscales ?** – On comprend évidemment le malaise de la **Cour** confrontée à une matière éminemment sensible, emblématique de la souveraineté **et** ayant un impact direct sur les ressources **et** donc, dépenses (y compris en termes de redistribution de biens sociaux) des États membres. Mais ce type d'argument n'est généralement pas de nature à empêcher l'application des libertés du marché intérieur. Alors que ces motivations auraient pu tout simplement étouffer toute intervention communautaire dans le domaine de la fiscalité, cette matière forme désormais une part importante des arrêts rendus chaque année dans le domaine du marché intérieur. La source de la retenue de la **Cour** est peut-être explicitée au point 32 de l'arrêt *Damseaux*. La **Cour** souligne que les parties lui demandent de considérer « qu'il appartient nécessairement à l'État membre de résidence de prévenir la double imposition » **et** que ceci « reviendrait à conférer une priorité dans l'imposition de ce type de revenus à l'État membre de la source ». En l'absence de critère établi par le législateur, la **Cour** ne considère pas qu'il lui revienne d'adopter un tel critère (sur les choix qui s'offrent à la **Cour** **et** au législateur **euro péen** dans ce contexte, V. G. W. Kofler, R. Mason, *Double Taxation : A European « Switch in Time » ?*, *op. cit. p. 81-82*). Est-ce vraiment le choix qui est soumis à la **Cour** (V. *infra* II-B) ? **Et** si oui, n'a-t-elle pas déjà établi de critères similaires dans d'autres arrêts ayant donné lieu aux inquiétudes que l'on connaît à propos d'un éventuel « principe du pays d'origine » ? C'est peut-être l'expérience acquise en ce domaine qui pousse la **Cour** à laisser le problème aux mains du législateur, alors qu'à d'autres époques du développement du marché intérieur, elle n'avait pas hésité à pallier le défaut de développement législatif (V. par ex. *CJCE, 20 févr. 1979, aff. 120/78, Rewe-Zentral (Cassis de Dijon), préc.*). II. – À plusieurs reprises, la **Cour** souligne que sa décision est liée à l'état actuel du droit communautaire (*pts 28, 29, 33 et 35*). Elle renouvelle ainsi l'invitation adressée aux États membres concernant l'adoption de « critères de répartition de leur pouvoir de taxation, en vue, (...) d'éliminer les doubles impositions (...) en utilisant notamment les critères de la pratique fiscale internationale » (*pt 30 de l'arrêt Damseaux*). La **Cour** identifie ainsi les responsables de l'évolution du droit **euro péen** en la matière, mais sans pour autant se prononcer définitivement sur la nature de l'acte (convention multilatérale sur le fondement de l' **art. 293 CE** ou acte unilatéral sur le fondement de l' **article 94 CE**) à venir (V. *pt 30* : de telles mesures pourraient être définies « par voie conventionnelle ou unilatérale ». Le Traité de Lisbonne semble trancher la question en abrogeant l'ancien article 293 CE, *infra* II-B). La nature de l'acte est, par contre, clairement identifiée : il s'agirait d'un acte dit de coordination établissant des critères communs de répartition des compétences fiscales. Les actes de coordination, en droit **euro péen**, se distinguent des actes classiques d'harmonisation ou d'uniformisation en ce qu'ils ne rapprochent pas le contenu des droits nationaux, mais portent sur les hypothèses d'application des droits. Les exemples classiques sont le règlement n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés **et** aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la **Communauté** (V. la version consolidée : *JOCE n° L 28, 1997, p. 1*) **et** la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (*JOCE n° L 18, 21 janv. 1997, p. 1*). Le premier établit « un système de règles de conflit dont le caractère complet a comme effet de soustraire aux législateurs

nationaux le pouvoir de déterminer l'étendue **et** les conditions d'application de leur législation nationale en la matière, quant aux personnes qui y sont soumises **et** quant au territoire à l'intérieur duquel les dispositions nationales produisent leurs effets » (*CJCE, 11 nov. 2004, aff. C-372/02, Andanez-Vega* : *Rec. CJCE 2004, I, p. 10761, pt 18 et la jurisprudence citée*). La directive annonce son ambition de coordination dans ses considérants (*consid. 6 et 13*) **et** la *Cour* souligne par ailleurs que la directive coordonne les législations des États membres de manière à prévoir l'application d'un noyau dur de règles impérative de l'État d'accueil, sans pour autant harmoniser le contenu matériel des règles impératives de protection minimale (*CJCE, 18 déc. 2007, aff. C-341/05, Laval* : *Rec. CJCE 2007, I, p. 11767, pts 59 et 60*. – sur les ambiguïtés de l'interprétation de cette directive, V. *cette chronique, 2008, p. 603-608 et 2009, p. 665-679*). Il s'agit donc, dans un cas comme dans l'autre, d'établir les critères d'identification de la loi applicable à une situation donnée. Un acte de coordination, qu'il porte sur le droit privé ou le droit public, emprunte donc les techniques du droit international privé, en particulier, la technique de la règle de rattachement qui tend à déterminer la loi applicable à une situation internationale au moyen d'un critère spécifique (V. les termes utilisés par la *Cour* dans l'arrêt *Adanez-Vega* évoquant la détermination de la « législation applicable » « en vertu de règle générale de rattachement », *spéc. pts 19 et 20*, la moitié de l'arrêt portant sur la détermination de la loi applicable). On sait par ailleurs que les institutions **européennes** exploitent cette technique de manière intensive dans le domaine de la coopération en matière civile développée dans le cadre de l'espace de **justice**, liberté **et** sécurité (JLS). La comparaison des interventions communautaires s'effectue d'ailleurs aisément à la faveur d'un rapide détournement par la matière des successions internationales (A), avant de s'intéresser plus avant à l'adoption d'un éventuel acte de coordination en matière de double imposition (B). **A. – Successions internationales.** – La matière des successions internationales donne une image contrastée du degré d'intégration de l'Union **européenne**. D'une part, la Commission déploie d'importants efforts en vue de simplifier les successions internationales, devenues visiblement nombreuses dans l'Union, notamment à la faveur des déplacements de personnes retraitées. Elle propose ainsi l'adoption d'un règlement relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance **et** l'exécution des décisions **et** des actes authentiques en matière de succession **et** à la création d'un certificat successoral **européen** (*COM(2009)154 final*). Il s'agit donc d'un acte de coordination, dont les ambitions dépassent celle de la seule détermination de la loi applicable. Cette proposition, qui n'est certes pas sans difficulté, pourrait constituer une réelle amélioration pour les héritiers en soumettant l'ensemble de la succession aux juridictions **et** à la loi d'un seul État membre. Pour notre propos en particulier, elle montre la possibilité d'une répartition des compétences sans harmonisation du contenu, dans une matière, au demeurant, sensible. D'autre part, durant la même année civile, la *Cour de justice*, appelée à examiner un cas de double imposition dans le cadre d'une succession, reprend en substance le raisonnement tenu dans l'affaire *Kerckhaert-Morres* pour affirmer que le droit communautaire ne s'oppose pas à la réglementation nationale ne prévoyant pas l'imputation des droits de succession déjà acquittés à l'étranger (*CJCE, 12 févr. 2009, aff. C-67/08, Block* : *Rec. CJCE 2009, I, 883*). En l'occurrence, Mme Block résidente allemande, était l'unique héritière d'un autre résident allemand lui ayant légué, notamment, un patrimoine en capital placé auprès d'une banque espagnole. Le capital placé en Espagne avait fait l'objet d'une première imposition dans cet État, avant de faire l'objet d'une seconde imposition en Allemagne, sans que la première imposition soit prise en considération dans le calcul des droits dus par Mme Block. Plus précisément, les droits dus en Espagne avaient été déduits de la base imposable en Allemagne au titre de dette successorale, mais Mme Block souhaitait que ces droits soient imputés sur les droits successoraux à payer en Allemagne, ce que refusaient les autorités allemandes. La double imposition dont est victime Mme Block trouve sa source dans l'absence de coordination des législations en cause : la République fédérale d'Allemagne retient le critère de la résidence du créancier **et** le Royaume d'Espagne retient celui de la résidence du débiteur (soit en l'occurrence, la banque). **Et** la *Cour* de rappeler qu'en l'état actuel de son développement, le droit communautaire ne prescrit pas de critères généraux de répartition des compétences entre les États membres s'agissant de l'élimination des cas de double imposition dans un cas tel que le cas d'espèce (*pt 30 de l'arrêt Block*). La matière des successions internationales démontre ainsi les divergences frappant le degré d'avancement du droit **européen** dans les domaines civil **et** fiscal **et** fournit à travers ces divergences, une image en demi-teinte de l'intégration **européenne**. Est-il concevable qu'à l'heure actuelle, le simple fait de posséder un compte en banque dans un autre État membre (cas de l'affaire *Block*) ou de percevoir des dividendes de la part d'une société établie sur le territoire d'un autre État membre (affaires *Damseaux et Kerckhaert-Morres*) soit source de désavantages financiers substantiels qui ne seraient pas subis dans une situation purement interne ? **B. – Double imposition.** – Un instrument de coordination en matière fiscale pourrait s'inspirer des techniques de droit international privé déjà utilisées dans d'autres domaines du droit **européen** au niveau formel **et** de la pratique fiscale internationale, en particulier de la Convention fiscale modèle OCDE concernant le revenu **et** la fortune, quant au contenu. La *Cour* souligne d'ailleurs dans l'affaire *Damseaux* qu'une priorité donnée à l'État de la source quant à la perception de l'impôt sur les dividendes correspondrait à la pratique internationale telle que reflétée par la Convention OCDE (*pt 33*). Par ailleurs, les efforts de la Commission ont déjà produit certains résultats dans des domaines malheureusement limités (*Dir. 90/435/CE, 23 juill. 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents* : *JOCE n° L 225, 20 août 1990, p. 6*. – *Dir. 2003/48/CE, 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts* : *JOUE n° L 157, 26 juin 2003, p. 38*) **et** parfois, sous forme d'actes dépourvus de force obligatoire (*Recomm. 94/79, 21 déc. 2003 relative à l'imposition de certains revenus obtenus par des non-résidents dans un État membre autre que celui de leur résidence* : *JOCE n° L 39, 10 févr. 1994, p. 22*). L'adoption d'un acte unilatéral **européen** de coordination serait d'autant plus appropriée que la suppression par le Traité de Lisbonne de l'ancien article 293 CE laisse entendre que l'élimination des doubles impositions incombe au législateur **européen**. Un acte de coordination viendrait utilement couvrir les questions que la *Cour* n'estime pas pouvoir régler, c'est-à-dire les questions relatives à la délimitation des compétences fiscales. En effet, la distinction « hypothèse d'application des droits – contenu des droits » qui marque les instruments de coordination semble correspondre à la distinction effectuée par la *Cour* entre délimitation des compétences fiscales **et** exercice de cette compétence. En matière fiscale toutefois, compétence **et** exercice, hypothèse **et** contenu de la règle, se laissent difficilement classer en catégories hermétiques. La délimitation de la compétence fiscale des États consisterait à définir « l'étendue de leur pouvoir de taxation ou, en d'autres termes, le contenu – quotité, assiette, modalités, recouvrement **et** durée – **et** le champ d'application de leurs dispositions en matière fiscale » (*K. Lenaerts et L. Bernardeau, L'encadrement communautaire de la fiscalité directe, op. cit. p. 29, n° 14*. – dans le même sens, V. *pt. 25 de l'arrêt Damseaux*). Cette définition montre combien l'identification des personnes (physiques ou morales) taxées **et** l'établissement des conditions de cette taxation sont liées. Dans les affaires de double imposition sous rubrique (*Damseaux, Kerckhaert-Morres, Block*), le problème n'était peut-être pas tant de savoir qui était taxé ou quel revenu était taxé, mais de déterminer les modalités de cette taxation. Dans l'affaire *Block* par exemple (V. *supra*), l'on a déjà souligné que la demande consistait non pas à éviter toute taxe en Allemagne mais à pouvoir imputer les sommes déjà versées en Espagne sur les droits de succession à payer en Allemagne (*pt 12 de l'arrêt Block*). Dans l'arrêt *Damseaux*, la partie demanderesse cherchait également à obtenir que sa situation soit prise en considération dans l'entièreté de ses éléments. Autrement dit, il ne s'agissait peut-être pas de choisir

clairement entre une imposition en France **et** une imposition en Belgique mais de considérer la manière dont l'imposition française devrait être prise en considération en Belgique, problématique qui semble plus proche de l'exercice que de la délimitation de la compétence fiscale. Il est vrai que ce faisant, une certaine priorité est conférée à l'État de la source, puisque c'est l'État de résidence qui est prié de s'adapter à l'existence de taxations perçues en amont. Autrement dit, il semble quasiment impossible de distinguer les conditions de l'imposition, de ses hypothèses d'application ou d'envisager la délimitation de la compétence fiscale, sans son exercice (V. par exemple, l'article 10 de la Convention modèle OECD qui, tout en identifiant l'État de résidence du bénéficiaire comme étant en principe responsable de l'imposition des dividendes, ouvre la porte à une imposition limitée dans l'État de résidence de la société en définissant des taux d'imposition réduits). La matière de la fiscalité montre ainsi combien compétence **et** exercice d'une compétence, hypothèse **et** contenu des droits sont liés (dans le même sens, à propos du droit privé, V. S. Francq, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé* : Bruylant, LGDJ, 2005, p. 1-14, 641-645). Cette observation invite non seulement à considérer sous un nouveau jour les distinctions de base sur lesquelles se fonde la **jurisprudence** en matière de double imposition, mais également à envisager avec circonspection, en fonction du domaine concerné, la distinction entre actes de coordination **et** acte d'harmonisation ou d'uniformisation.

**Stéphanie Francq**

**Mots clés : Fiscalité directe. - Imposition de dividendes. - Actionnaire. - Double imposition juridique**

**Mots clés : Fiscalité directe. - Imposition de dividendes. - Double imposition juridique. - Exercice parallèle de leur compétence fiscale par l'État de la source **et** l'État de résidence**

**Libre prestation de services. – Jeux **et** paris. – Prestataire établi dans un autre État membre. – Paris par l'Internet. – Monopole réservé par l'État à une institution semi-publique. – Restriction. – Raison impérieuse d'intérêt général. – Lutte contre la criminalité **et** la fraude. – Cohérence. – Proportionnalité.**

**CJCE. – Grande ch. – 8 sept. 2009. – aff. C-42/07. –** Ligua Portuguesa de Futebol Profissional **et** Bwin c/ Santa Casa. – M. V. Skouris, président. – MM. P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas **et** K. Lenaerts, présidents de chambre, MM. A. Tizzano, J. N. Cunha Rodrigues, Mme R. Silva de Lapuerta, MM. K. Schiemann (rapporteur), J. Klučka, A. Arabadjiev, Mme C. Toader **et** M. J.-J. Kasel, juges. – Y. Bot, avocat général.

*L'article 49 CE (devenu article 56 TFUE) ne s'oppose pas à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, qui interdit à des opérateurs établis dans d'autres États membres où ils fournissent légalement des services analogues de proposer des jeux de hasard par l'Internet sur le territoire de cet État membre. La réglementation consistant à canaliser tous les services de jeux **et** paris entre les mains d'un seul opérateur contrôlé par l'État s'avère apte à lutter contre la criminalité dans ce secteur **et** plus particulièrement, à protéger les consommateurs de jeux de hasard contre les fraudes commises par les opérateurs.*

**34. - NOTE. –** Après la loi italienne (**CJCE**, 6 nov. 2003, aff. C-243/01, *Gambelli* : Rec. **CJCE** 2003, I, p. 13031. – **CJCE**, 6 mars 2007, aff. C-338/04, C-359/04 **et** C-360/04, *Placanica* : Rec. **CJCE** 2007, I, p. 1891), voici la loi portugaise **et** bientôt, les lois allemande (V. les conclusions de l'avocat général Mengozzi du 4 mars 2010 dans les affaires jointes C-316/07, C-358/07 à C-360/07, C-409/07 **et** C-410/07, *Markus Stoß e.a.* ; **et** dans l'affaire C-46/08, *Carmen Media Group*), autrichienne (V. les conclusions rendues par l'avocat général Mazák le 23 févr. 2010 dans l'affaire C-64/08, *Engelmann*), puis française (V. la question préjudicielle posée par le Conseil d'État français le 21 mai 2008 : aff. C-212/08) **et** suédoise (V. les conclusions de l'avocat général Bot rendues le 23 févr. 2010 dans les affaires C-447/08 **et** C-448/08, *Sjöberg et Gerdin*)... Les lois nationales relatives aux jeux **et** paris font l'objet de nombreux contentieux **et** il faut croire que les caractéristiques des unes **et** des autres passeront, à tour de rôle, sous la houlette des juges de Luxembourg. À moins que les critères de compatibilité avec le Traité d'une législation portant sur les jeux **et** paris ne soient bientôt dégagés de manière suffisamment claire **et** générale par la **Cour**. À cet égard, l'arrêt *Santa Casa* constitue certainement une avancée puisqu'il permet (pour partie) de répondre aux inquiétudes françaises relatives au caractère exclusif du régime des paris hippiques (outre la question posée par le Conseil d'État, V. également sur l'avis motivé de la Commission **européenne** du 27 juin 2007 signalant le début d'une procédure de manquement à l'égard de la France **et** le projet de loi français déposé le 25 mars 2009 relatif à la libéralisation du secteur des jeux en ligne : P. Cassia, *Un monopole des jeux d'argent sur Internet est compatible avec la libre prestation de services* : JCP G 2009, n° 440 p. 47-51). Quelques précisions relatives aux éléments factuels de l'affaire sont utiles (I), avant de se pencher sur l'identification de l'objectif poursuivi par la législation portugaise (II) **et** sur l'application du test de proportionnalité (III). I. – La législation portugaise, ici en cause, présente plusieurs caractéristiques (V. pts 3 à 5 **et** 13 à 16). Premièrement, elle établit un régime d'exclusivité en faveur d'un opérateur unique dans le domaine des jeux **et** paris : le Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (ci-après *Santa Casa*). Ensuite, cette institution pluriséculaire (sa création date de 1783) fait l'objet d'un étroit contrôle de la part du Gouvernement. *Santa Casa* est une « personne morale d'utilité publique administrative » dont le directeur **et** les membres du conseil d'administration sont directement nommés par le gouvernement. Chaque jeu de hasard organisé par *Santa Casa* est créé par décret-loi **et** l'exploitation du jeu est alors réglementée de manière détaillée. Enfin, *Santa Casa* se voit explicitement confié des missions d'intérêt général auxquelles sont affectés tous ses bénéfices (protection de la famille, de l'enfance, assistance aux personnes âgées, aux personnes en situation sociale difficile). Ces caractéristiques influencent évidemment la décision de la **Cour** dont le dispositif, appliqué aux parties qui s'opposent au fond, donne raison à *Santa Casa*. La question posée à la **Cour** résulte d'un litige opposant devant les juridictions portugaises, la ligue professionnelle de football portugaise (ci-après : la Liga) **et** Bwin International (ci-après *Bwin*) à *Santa Casa*, à la suite des amendes imposées par cette dernière à *Bwin* **et** à la Liga pour avoir organisé des jeux **et** fait la publicité de ceux-ci en contravention de l'exclusivité réservée à *Santa Casa*. Cette dernière dispose, en effet, de pouvoir de police administrative. *Bwin* est une entreprise de jeux en ligne dont le siège est situé à Gibraltar qui souhaite proposer des paris en ligne au Portugal. Elle n'y dispose d'aucun établissement **et** ses serveurs pour l'offre

en ligne sont situés à Gibraltar **et** en Autriche. La gamme de jeux offerte par Bwin dépasse de loin la liste des jeux offerts par Santa Casa **et** autorisés par le Gouvernement portugais. Bwin est également le principal parraineur de la première division de football au Portugal (la première division s'appelle la Bwin Liga ! *pt. 25*) **et** jouit d'une large publicité dans les stades **et** sur le site Internet de la Liga. La question posée concernait l'existence d'une restriction éventuelle au regard des [articles 43 CE](#) (devenu [article 49 TFUE](#)), [49 CE](#) (devenu [article 56 TFUE](#)) **et** [56 CE](#) (devenu [article 63 TFUE](#)). La **Cour** écarte rapidement l'[article 43 CE](#) puisque aucun élément du litige ne se rattache à la liberté d'établissement : Bwin propose ses services par l'Internet **et** n'entend nullement s'établir au Portugal (*pt 46*). Les infractions potentielles à l'[article 56 CE](#) « ne seraient » quant à elles « que la conséquence inéluctable des éventuelles restrictions imposées à la libre prestation de service » **et** n'appellent donc pas un examen spécifique (*pt. 47*). On retrouve là une **jurisprudence** constante focalisant l'analyse au regard d'une seule liberté si la restriction en cause ne porte que de manière secondaire sur une autre liberté (*CJCE, 3 oct. 2006, aff. C-452/04, Fidium Finanz : Rec. CJCE 2006, I, p. 9521*). L'examen se concentre donc sur l'[article 49 CE](#) **et** la **Cour** conclut sans peine à l'existence d'une restriction à la libre prestation de services. Cette restriction vise autant Bwin, à qui la législation portugaise interdit de proposer des services sur le territoire portugais, que les résidents portugais, en tant que destinataires de services, qui ne peuvent avoir accès aux services proposés dans un autre État membre (*pts 52 et 53* ; l'identification du destinataire de service comme bénéficiaire de l'[article 49 CE](#) date de l'arrêt *Luisi et Carbone* cité par la **Cour** : *CJCE, 31 janv. 1984, aff. 286/82 et aff. C-26/83 : Rec. CJCE 1984, p. 377*). II. – La **Cour** entame son analyse par quelques remarques qui servent de cadre explicatif à la suite de l'arrêt. S'agissant d'un domaine dans lequel « des divergences considérables d'ordre moral, religieux **et** culturel existent entre les États membres » (*pt. 57*), la **Cour** reconnaît un large pouvoir à l'État pour identifier la raison impérieuse d'intérêt général qui viendrait justifier la mesure restrictive **et** pour décider des modalités de la protection de cet intérêt. Selon la formule consacrée, il « appartient à chaque État membre d'apprécier (...) selon sa propre échelle de valeurs, les exigences que comporte la protection des intérêts concernés » (*pt. 57*). Le caractère isolé sur le plan du droit comparé d'un système de protection ne suffit pas à conclure à son inadéquation ou à un défaut de proportionnalité (*pt 58*). A. – **Raison impérieuse d'intérêt général.** – La **Cour** déduit des affirmations susmentionnées que les États sont « libres de fixer les objectifs de leur politique en matière de jeux de hasard **et** (...) de définir le niveau de protection recherché » (*pt 59*). Ceci laisse entendre qu'il appartient aux États de dresser la liste des raisons impérieuses d'intérêt général pouvant être invoquées en faveur d'une législation portant sur les jeux **et** par conséquent d'entrave. S'il est vrai que l'élaboration de cette liste semble jouir d'une certaine flexibilité, la **Cour** a déjà refusé certains motifs invoqués dans le domaine des jeux de hasard **et** en particulier, le maintien de recettes suffisantes pour l'État (*CJCE, 21 oct. 1999, aff. C-67/98, Zenatti : Rec. CJCE 1999, I, p. 7289, pt 36. – CJCE, 24 mars 1994, aff. C-275/92, Schindler : Rec. CJCE 1994, I, p. 1039, pt 60*). Cette liste ne s'élabore donc pas sans contrôle **et** de la **jurisprudence** intervenue jusqu'à présent, il ressort que la motivation classique porte sur la protection des consommateurs **et** la défense de l'ordre social, via la lutte contre la fraude (V. les conclusions de l'avocat général Bot dans l'affaire *Santa Casa*, *pt 64*). En l'occurrence, le Portugal **et** Santa Casa annoncent que la motivation de la réglementation contestée est la « lutte contre la criminalité, plus spécifiquement la protection des consommateurs de jeux de hasard contre des fraudes commises par les opérateurs » (*pt 62*). La **Cour** accepte sans réserve cette motivation comme une raison impérieuse d'intérêt général **et** reprenant les caractéristiques de la législation en cause, admet que cette dernière s'avère apte à atteindre l'objectif poursuivi (*pts 63-67*). La canalisation de l'exploitation des jeux dans un circuit exclusif **et** contrôlé répond adéquatement à la nécessité de lutter contre la fraude dont peuvent être victimes les consommateurs (*pts 64 et 67* ; dans le même sens à propos d'un système exclusif d'exploitation de machines à sous : *CJCE, 21 sept. 1999, aff. C-124/97, Läärä : Rec. CJCE 1999, I, p. 6067* ; ces remarques intéressent évidemment la législation française). Au regard du même objectif, l'interdiction totale de certains types de jeux avait été admise par la **Cour** (*CJCE, 24 mars 1994, aff. C-275/92, Schindler* à propos des loteries à grande échelle). Mais l'argument de la canalisation ne semble pas requérir automatiquement l'interdiction totale d'une activité : la **Cour** avait déjà eu l'occasion de souligner qu'une exploitation en circuit contrôlé fondée sur un système de droits exclusifs concédés pouvait atteindre adéquatement cet objectif (*CJCE, 21 oct. 1999, aff. C-67/98, Zenatti, op. cit. pt 35* à propos de la législation italienne réservant le droit de collecter des paris à certains organismes agréés ; V. également *CJCE, 21 sept. 1999, aff. C-124/97, Läärä, op. cit. pt 37* soulignant que l'absence d'interdiction totale des jeux en cause ne suffit pas à démontrer que la législation nationale ne vise pas réellement à atteindre l'objectif d'intérêt général invoqué relatif à la protection des consommateurs **et** de l'ordre social). B. – **Réalité du motif invoqué **et** adéquation de la mesure.** – La **Cour** trouve ici l'occasion de préciser sa **jurisprudence** relative à l'adéquation de la mesure contestée au regard de l'objectif invoqué (soit motif tiré du traité, soit raison impérieuse d'intérêt général) : « une législation nationale n'est propre à garantir la réalisation de l'objectif invoqué que si elle répond véritablement au souci de l'atteindre de manière cohérente **et** systématique » (*pt 61*). La formule était en gestation depuis les premiers arrêts concernant les jeux **et** par : ils évoquaient la nécessité de vérifier que la mesure « répond véritablement aux objectifs susceptibles de la justifier » (*CJCE, 21 oct. 1999, aff. C-67/98, Zenatti, op. cit. pt 37*) ; les arrêts *Gamballi* puis *Placanica* introduisent ensuite la notion de cohérence (sachant que l'objectif invoqué était la limitation des paris, « ces restrictions doivent contribuer à limiter les activités de paris d'une manière cohérente **et** systématique », *CJCE, 6 nov. 2003, aff. C-243/01, Gambelli, op. cit. pt. 67* ; les restrictions doivent « répondre au souci de réduire véritablement les occasions de jeu **et** de limiter les activités dans ce domaine d'une manière cohérente **et** systématique » *CJCE, 6 mars 2007, aff. C-338/04, C-359/04 et C-360/04, Placanica, op. cit. pt 53*). L'application de cette formule, insistant sur la cohérence **et** le caractère systématique de la poursuite de l'objectif invoqué, n'est certainement pas limitée au domaine des jeux **et** par (V. *CJCE, 10 mars 2009, aff. C-169/07, Hartlauer, pt 55, commenté dans cette chronique **et** cité dans l'arrêt Santa Casa*). Elle a le mérite de mettre en lumière l'élément qui permet de distinguer la législation italienne (en cause dans les affaires *Gambelli et Placanica*), de la législation portugaise **et** d'expliquer le sort variable qui est réservé à ces législations devant la **Cour** : la cohérence. En l'occurrence, c'est bien l'élément de la cohérence qui nous semble déterminant, la systématisme n'étant qu'une expression de la première notion. Ainsi, les autorités italiennes ne peuvent-elles invoquer l'objectif de réduction des occasions de jeu à l'appui de leur législation, tout en incitant les consommateurs à participer aux loteries **et** autres jeux de hasard en vue d'augmenter les recettes du trésor public (*CJCE, 6 nov. 2003, aff. C-243/01, Gambelli, op. cit. pt 69*). À l'inverse, les autorités portugaises peuvent-elles légitimement invoquer la lutte contre la fraude à l'appui d'un système qui limite les types de jeux accessibles, les réglemente étroitement **et** assure qu'ils sont organisés par une institution placée sous une tutelle effective de l'État. Aussi, F. Picod a-t-il raison d'affirmer que l'arrêt *Santa Casa* « ne contredit pas les principes qui ont été affirmés dans les arrêts antérieurs » (F. Picod, *L'appréciation de la proportionnalité des restrictions des jeux de hasard – Rien ne va plus à la Cour de justice ?* : *JCP G 2009, n° 413, p. 12-14, p. 12*). III. – Si l'arrêt *Santa Casa* réserve quelques surprises, elles se trouvent au cœur de l'examen de la proportionnalité. Dans son article précité, F. Picod annonce que la **Cour** mène une « appréciation déstructurée qui conduit à négliger considérablement le respect de la proportionnalité » (F. Picod, *L'appréciation de la proportionnalité des restrictions des jeux de hasard, op. cit. p. 13*). En effet, l'analyse de la **Cour** semble amputée du test

d'interchangeabilité **et** réservée sur le point de l'équivalence **et** par conséquent, de la reconnaissance mutuelle. Le test de proportionnalité consiste à vérifier non seulement si la mesure permet d'atteindre l'objectif poursuivi (test d'adéquation), mais aussi si cet objectif n'est pas déjà atteint par une mesure étrangère poursuivant le même objectif **et** déjà appliquée à la situation en cause (test d'équivalence : A) **et** enfin, si l'objectif invoqué ne pourrait être atteint par des mesures moins restrictives des libertés de circulation (test d'interchangeabilité : B). **A. – Équivalence **et** reconnaissance mutuelle.** – Du test d'équivalence découle, on le sait, le principe de reconnaissance mutuelle : lorsqu'une législation jugée équivalente a déjà été appliquée à un produit ou un service **et** permet d'atteindre l'objectif de protection mis en avant par l'État d'accueil avec la même efficacité, l'application de la législation de ce dernier ne se justifie plus. De manière générale, l'on estime que ce principe a été consacré par la **Cour de justice** dans l'arrêt *Cassis de Dijon* en matière de circulation des marchandises lorsqu'elle a affirmé que les marchandises légalement produites dans un État membre doivent pouvoir être commercialisées dans les autres États membres (*CJCE, 20 févr. 1979, aff. 120/78, Rewe-Zentral (Cassis de Dijon) : Rec. CJCE 1979, p. 649.* – en matière de services, V. par ex. *CJCE, 15 mars 2001, aff. C-165/98, Mazzoleni : Rec. CJCE 2001, I, p. 2189, pt 35*). L'existence de l'équivalence entre les législations en cause peut découler d'une harmonisation communautaire ou de la simple équivalence fonctionnelle entre les législations, mise en avant dans l'arrêt *Mazzoleni* précité. En l'occurrence, la **Cour** estime qu'en l'absence d'harmonisation communautaire, « un État membre est en droit de considérer que le seul fait qu'un opérateur tel que *Bwin* propose légalement des services (...) par l'Internet dans un autre État membre, où il est établi **et** où il est en principe déjà soumis à des conditions légales **et** à des contrôles de la part des autorités compétentes de ce dernier État, ne saurait être considéré comme une garantie suffisante de protection des consommateurs nationaux contre les risques de fraude **et** de criminalité, eu égard aux difficultés susceptibles d'être rencontrées, dans un tel contexte, par les autorités de l'État membre d'établissement pour évaluer les qualités **et** la probité professionnelles des opérateurs » (*pt 69*). Faut-il en conclure que la **Cour** rejette le principe de reconnaissance mutuelle dans le secteur des jeux de hasard (*P. Cassia, Un monopole des jeux d'argent sur Internet est compatible avec la libre prestation de services, op. cit. p. 49*) ? Peut-être est-ce aller un peu loin. Il nous semble que la **Cour** estime simplement que la condition d'équivalence n'est, en l'occurrence, pas remplie. La disparité des législations dans cette matière, dans laquelle la **Cour** reconnaît une large discrétion aux États relative à la détermination du contenu de leur règle de protection (*pt 59*), est extrêmement marquée. En outre, la **Cour** prend acte des difficultés concrètes liées au contrôle des jeux en ligne, même dans l'État d'établissement du prestataire, de sorte qu'il peut difficilement être considéré que *Bwin* est soumis à Gibraltar aux mêmes contrôles que Santa Casa au Portugal... En somme, si le test d'équivalence **et** son corollaire, le principe de reconnaissance mutuelle, semblent bien être appliqués en l'espèce, c'est pour arriver à la conclusion que les conditions de la reconnaissance mutuelle ne sont pas remplies. Il est cependant possible qu'à l'avenir, la **Cour** adopte une **jurisprudence** encore plus ferme à ce propos. Dans ses récentes conclusions dans l'affaire *Markus Stoß e.a.*, l'avocat général Mengozzi estime qu'en acceptant les systèmes de monopole dans le domaine des jeux **et** paris, la **Cour** a implicitement condamné le principe de reconnaissance mutuelle dans ce domaine : « Si (...) une réglementation nationale, ayant opté pour un régime de monopole pour un motif particulier d'intérêt public s'avère légitime **et** respecte le Traité, il semble impossible d'affirmer qu'un autre pays présentant une plus grande ouverture du marché offre à ces citoyens le même niveau de protection par rapport à cet intérêt (...). Dans le cas contraire, la solution du monopole serait disproportionnée **et**, partant, illégitime. La reconnaissance mutuelle (...) est par conséquent incompatible avec la **jurisprudence** actuelle » (*conclusions de l'avocat général Mengozzi du 4 mars 2010 dans les affaires jointes C-316/07, C-358/07 à 360/07, C-409/07 **et** C-410/07, Markus Stoß e.a., pt 95*). L'avocat général tire également argument de l'absence d'harmonisation communautaire, en particulier, de l'échec de la directive services dans ce domaine, **et** de certaines pratiques nationales, comme l'octroi d'autorisation extraterritoriales, qui semblent entamer les bases de la confiance mutuelle. Il est difficile d'apprécier si l'avocat général estime que le principe ne s'applique pas ou que ses conditions n'étant pas remplies, il n'en découle aucune obligation dans le secteur des jeux. Quoi qu'il en soit, le résultat est identique. **B. – Interchangeabilité : proportionnalité au sens strict.** – Alors que la **Cour** annonce l'examen de la proportionnalité du système portugais (*pt 59 **et** 60*), la partie la plus caractéristique de cet examen n'est pas effectuée. La **Cour** n'envisage pas la question de savoir si l'objectif de lutte contre la criminalité **et** la protection des consommateurs contre la fraude pourrait être atteint par des mesures moins restrictives qu'un monopole excluant tous les opérateurs étrangers. Elle semble considérer que le système portugais est parfaitement justifié au regard des objectifs poursuivis **et** souligne à plusieurs reprises, tant les difficultés **et** dangers concrets liés aux paris en ligne (*pts 68, 70 **et** 71*), que l'efficacité du monopole de Santa Casa **et** la rigueur des contrôles auxquels est soumis cet organisme (*pts 66 **et** 68*). Mais le test d'interchangeabilité n'est pas appliqué en tant que tel. **Et** il n'est pas certain que le régime portugais y aurait résisté... F. Picod fait valoir que certaines mesures alternatives étaient envisageables (il évoque un contrôle étroit des jeux pratiqués sur l'Internet accompagné d'un système d'autorisation préalable : *F. Picod, L'appréciation de la proportionnalité des restrictions des jeux de hasard, op. cit. p. 413*). On notera toutefois que la **Cour** souligne que les possibilités de contrôle relatives à des opérateurs ayant leur siège en dehors du territoire national ne sont pas comparables avec celles concernant un opérateur tel que Santa Casa (*pt 69*). Il s'agit peut-être d'une réponse détournée **et** elliptique à la question des mesures alternatives. Trois éléments peuvent encore expliquer l'allègement du contrôle de la proportionnalité dans cette affaire. Les deux premiers sont anecdotiques, le troisième, plus fondamental. Premièrement, il est possible que l'autorité morale **et** les missions d'intérêt public de Santa Casa aient pesé dans la balance. Ensuite, la **Cour** ne manque pas de souligner la réalité des dangers de fraude dans l'espèce soumise au juge portugais, s'agissant d'un opérateur de paris qui semble avoir « acheté » la première division portugaise (*pt 71*). Enfin, la **Cour** annonce d'emblée (en posant le cadre de son analyse) que la matière, en particulier en raison des différences culturelles qui y sont relatives, appelle un large pouvoir d'appréciation dans le chef des États quant à la nature de la protection envisagée **et** à son contenu (*pt 57 **et** 59* ; V. déjà *CJCE, 21 sept. 1999, aff. C-124/97, Läämä, op. cit. pt 35*). Un contrôle précis de l'interchangeabilité serait-il compatible avec l'autonomie des États quant à la définition des modalités de mise en œuvre de la protection des consommateurs **et** de lutte contre la fraude dans le secteur des jeux ? La **Cour** rappelle d'ailleurs que la singularité d'un système sur le plan du droit comparé ne peut suffire à le condamner au regard du Traité (*pt 58* ; V. déjà dans la **jurisprudence** antérieure relative aux jeux **et** paris *CJCE, 21 sept. 1999, aff. C-124/97, Läämä, op. cit. pt 36.* – *CJCE, 21 oct. 1999, aff. C- 67/98, Zenatti, op. cit. pt 34*). Au vu de ces divers éléments, la mise en œuvre concrète du test d'interchangeabilité semblerait particulièrement délicate. À vrai dire, l'existence d'une intensité variable dans la mise en œuvre du test de proportionnalité en fonction des matières (ou même de l'identité de l'auteur de la norme en cause : on sait que le test n'est pas appliqué de la même manière aux mesures nationales **et** aux mesures communautaires : V. par ex. *N. Emiliou, The principle of proportionality in European Law – A Comparative Study, London, Kluwer, 1996, p. 181*) est un phénomène connu. Il reste sans doute à l'ordonner **et** à lui assurer une assise théorique solide (en ce sens dans le domaine des droits fondamentaux, V. *A. Bailleux, Les interactions entre libre circulation **et** droits fondamentaux dans la **jurisprudence** communautaire – Essai sur la figure du juge traducteur : Bruxelles, Facultés Universitaires Saint Louis, 2009*).

**Stéphanie Francq**

**Mots clés : Libre prestation de services. - Jeux et paris. - Prestataire établi dans un autre État membre. - Monopole réservé par l'État à une institution semi-publique**

**Mots clés : Libre prestation de services. - Restriction. - Raison impérieuse d'intérêt général. - Lutte contre la criminalité et la fraude**

**Mots clés : Libre prestation de services. - Jeux et paris. - Paris par l'Internet. - Monopole réservé par l'État à une institution semi-publique**

**Liberté d'établissement. – Politique de santé publique. – Mesure applicable sans discrimination. – Justification par une raison impérieuse d'intérêt général. – Préservation de la qualité des services médicaux et de l'équilibre financier de la sécurité sociale. – Proportionnalité. – Marge d'appréciation de l'État. – Nécessité de mesures cohérentes et d'un encadrement de l'action de l'Administration. Liberté d'établissement. – Politique de santé publique. – Mesure non discriminatoire sur l'exploitation d'officines pharmaceutiques. – Objectif de protection de la santé. – Marge d'appréciation de l'État. – Nécessité de mesures cohérentes. – Aptitude d'une mesure excluant qu'une personne morale soit propriétaire d'une pharmacie. – Garantie d'indépendance du pharmacien. Libre prestation de services. – Service bancaire. – Service médical. – Mesure indistinctement applicable concernant l'ouverture obligatoire d'un compte bancaire. – Objectif de simplification administrative et de lutte anti-fraude.**

1re espèce : **CJCE. – Grande ch. – 10 mars 2009. – aff. C-169/07.** – Hartlauer. – M. V. Skouris, président. – MM. P. Jann, A. Rosas, K. Lenaerts et T. von Danwitz, présidents de chambre. – MM. A. Tizzano, J. N. Cunha Rodrigues, Mme R. Silva de Lapuerta, MM. K. Schiemann, J. Malenovský (rapporteur), A. Arabadjiev, Mme C. Toader et M. J.-J. Kasel, juges. – Y. Bot, avocat général.

2e espèce : **CJCE. – Grande ch. – 19 mai 2009. – aff. C-171/07 et C-172/07.** – Apothekerkammer des Saarlandes e.a. – MM. P. Jann, C. W. A. Timmermans, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot et T. von Danwitz, présidents de chambre. – MM. J. Makarczyk, P. Küris, E. Juhász, G. Arestis, J. Malenovský (rapporteur), L. Bay Larsen et Mme P. Lindh, juges. – Y. Bot, avocat général. – **CJCE. – Grande ch. – 19 mai 2009. – aff. C-531-06.** – Commission c/ Italie. – M. V. Skouris, président. – MM. P. Jann, C. W. A. Timmermans, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot et T. von Danwitz, présidents de chambre. – MM. J. Makarczyk, P. Küris, E. Juhász, G. Arestis, J. Malenovský (rapporteur), L. Bay Larsen et Mme P. Lindh, juges. Y. Bot, avocat général.

3e espèce : **CJCE. – 1re ch. – 25 juin 2009. – aff. C-356/08.** – Commission c/ Autriche. – MM. M. Ilešič (rapporteur), A. Borg Barthet, E. Levits et J.-J. Kasel, juges. – Y. Bot, avocat général.

*L'objectif de santé publique constitue un objectif de premier rang de nature à justifier une restriction non discriminatoire en tant que raison impérieuse d'intérêt général. L'État dispose ainsi d'une marge d'appréciation pour déterminer le niveau de protection de la santé, en l'absence d'harmonisation des législations nationales, dans le respect des règles du Traité (1re et 2e esp.).*

*L'objectif de protection de la santé dans le secteur de la fourniture de médicaments ou de la fourniture de services dentaires justifie l'adoption de mesures aptes à assurer une sécurité des approvisionnements, un service médical de qualité et une préservation de l'équilibre financier de la sécurité sociale en luttant contre la surconsommation (1re et 2e esp.). En particulier, la nécessité de tenir compte des risques de certains médicaments pour la santé humaine et de tempérer l'intérêt de tout professionnel à la réalisation de bénéfices est assurée de manière cohérente par une mesure exigeant qu'une officine soit détenue et exploitée par un pharmacien indépendant. Toute alternative permettant l'engagement d'un pharmacien salarié ne suffirait pas à établir un système de contrôle du respect des normes de déontologie (2e esp.).*

*L'obligation pour un médecin d'ouvrir un compte en banque auprès d'un établissement de crédit désigné par l'ordre des médecins constitue une entrave à la fois à la liberté de prestation de services des banques étrangères et à celle du médecin destinataire de tels services bancaires. Il est indifférent que l'entrave résulte d'un acte conclu par une personne privée, dès lors que cet acte émane d'une entité qui a reçu ce pouvoir de la loi et réglemente collectivement l'accès au marché de l'emploi. Cette entrave, applicable indistinctement aux entreprises étrangères comme aux entreprises nationales, peut certes se justifier par une raison impérieuse d'intérêt général, mais ne constitue pas une telle raison un objectif de simplification administrative ou de politique générale anti-fraude (3e esp.).*

**35. - NOTE.** – Quatre arrêts rendus à propos du secteur des soins de santé méritent l'attention. À la différence d'autres espèces qui concernaient le remboursement de soins de santé (**CJCE, 12 juill. 2001, aff. C-157/99, Smits & Peerbooms.** – **CJCE, 13 mai 2003, aff. C-385/99, Müller-Fauré.** – **CJCE, 12 avr. 2005, aff. C-145/03, Keller.** – **CJCE, 16 mai 2006, aff. C-372/04, Watts,** cette *chronique* 2007, p. 643-650. – **CJCE, 19 avr. 2007, aff. C-444/05, Stamatelaki**), en particulier l'accès du patient étranger aux soins hospitaliers, deux portent sur le statut des pharmacies et les deux autres, sur les conditions d'exercice de prestations médicales ou dentaires. Les arrêts *Hartlauer* et *Commission c/ Autriche* concernent tous deux des réglementations autrichiennes exigeant, respectivement, une autorisation administrative pour l'installation de polycliniques de soins dentaires – mais non pour l'installation de cabinets dentaires de groupe – et l'obligation pour les médecins établis en Haute-Autriche d'ouvrir un compte bancaire auprès d'une banque déterminée, l'*Oberösterreichische Landesbank*, pour y verser les honoraires perçus des caisses d'assurance-maladie. Les arrêts *Apothekerkammer des Saarlandes* et *Commission c/ Italie* portent sur des réglementations respectivement allemande et italienne limitant la possibilité pour des sociétés privées d'influencer la politique de vente de médicaments par le pharmacien : selon le droit allemand, seul un pharmacien peut être détenteur et exploitant d'une pharmacie, ce qui exclut qu'une pharmacie soit

dirigée par un pharmacien salarié, tel un employé d'une firme pharmaceutique ; selon le droit italien, une société privée ne peut détenir de capitaux dans une pharmacie. Par ces arrêts, la Cour de justice reçoit l'opportunité de compléter une jurisprudence relative à la vente de médicaments en pharmacie et affectant, à ce titre, la circulation de marchandises (*CJCE, 8 avr. 1992, aff. C-62/90, Commission c/ Allemagne*, à propos de l'importation de médicaments par des particuliers ayant acquis ceux-ci auprès d'une pharmacie dans un autre État membre sur base d'une prescription médicale délivrée dans ce pays. – *CJCE, 11 déc. 2003, aff. C-322/01, Deutscher Apothekerverband*, à propos de l'interdiction de publicité de vente de médicaments par des pharmacies virtuelles sur l'Internet. – *CJCE, 11 sept. 2008, aff. C-141/07, Commission c/ Allemagne*, à propos de l'obligation pour les hôpitaux de se fournir en médicaments auprès d'une pharmacie de proximité). Dans ces arrêts, la Cour de justice effectue une analyse dite de « marché intérieur » classique rythmée par l'identification de la liberté de circulation en cause (I), la qualification d'entrave (II), l'identification de motifs légitimes susceptibles de justifier l'entrave (III) et l'examen de la proportionnalité de la mesure (IV). À chaque niveau, la Cour précise un peu plus sa jurisprudence relative à la santé publique. I. – Dans leur ensemble, les affaires commentées ont été rattachées à la liberté d'établissement. La solution ne faisait pas difficulté dans l'affaire *Hartlauer*, relative à l'ouverture de polycliniques, entités par définition constitutives d'un établissement au sens du traité ; de plus, l'entreprise invoquant le bénéfice du traité était bien une entreprise étrangère (allemande), élément servant à identifier les seules situations transfrontières visées par les dispositions du traité sur la liberté d'établissement. L'opération n'était apparemment pas plus délicate dans les affaires relatives à la gestion de pharmacies : l'arrêt *Apothekerkammer des Saarlandes* ne pouvait que retenir la liberté d'établissement au vu de la nature de la question posée. Mais il en allait autrement dans l'affaire *Commission c/ Italie*, puisque la réglementation, tout en poursuivant la même politique que la mesure allemande, à savoir la préservation de l'indépendance du pharmacien, influençait la détention de capitaux. De fait, l'arrêt statue simultanément sur les deux libertés d'établissement et de circulation des capitaux – fait rare mais non inexistant dans la jurisprudence relative au marché intérieur (V. par ex., pour un examen simultané au regard des règles sur les marchandises et les services, *CJCE, 22 janv. 2002, aff. C-390/99, Canal Satellite Digital*) – qui donne à penser que la pluralité des libertés de circulation puisse être transcendée par un régime jurisprudentiel unique. Quant à l'affaire relative à l'ouverture obligatoire d'un compte en banque en Autriche, la Cour exclut un rattachement au régime des capitaux, pour retenir une qualification en termes de liberté d'établissement et de libre prestation de services, faisant application du critère de l'objet de la législation en cause. Plus précisément, la mesure, simultanément, affectait la décision d'établissement de banques étrangères comme de médecins en Autriche, de même qu'elle restreignait l'offre directe de services de banques étrangères à destination de médecins autrichiens. Finalement, l'arrêt commence par un examen du régime des services ; et sa conclusion, à savoir le constat d'un manquement, rend inutile toute analyse complémentaire sous l'angle d'une autre liberté de circulation. Par ailleurs, la Cour avait à répondre à l'objection que la mesure émanait de l'ordre des médecins, non immédiatement de la loi : sans peine, l'arrêt fait application d'une jurisprudence ferme, tenant pour une réglementation un acte d'une entité privée tenant son pouvoir de la loi et portant une réglementation collective du travail, assimilant ainsi à une disposition législative l'acte d'une personne privée déterminant l'accès au marché du travail (jurisprudence constante en matière sociale, V. par ex. *CJCE, 15 déc. 1995, aff. C-415/93, Bosman*, à propos d'une décision du conseil de l'ordre des avocats. – *CJCE, 19 févr. 2002, aff. C-309/99, Wouters*). II. – L'appréciation de la nature de l'entrave en cause a donné lieu à des positions divergentes, en fonction des affaires. L'arrêt *Hartlauer* constate qu'un régime d'autorisation de polycliniques est une charge administrative constitutive d'une gêne qui conduit à limiter le nombre d'opérateurs sur le marché, mais qu'elle n'est nullement discriminatoire : cela n'empêche pas pour autant un contrôle européen, celui-ci portant aussi sur les mesures non discriminatoires. Les réglementations allemande et italienne sont tout autant qualifiées de non discriminatoires, sans empêcher non plus leur contrôle. L'examen de la réglementation autrichienne sur l'ouverture obligatoire de comptes bancaires s'avère plus laborieux : après avoir rappelé que le régime de libre prestation de services vise non seulement les mesures rendant moins attrayantes les opérations transfrontières mais encore les mesures indistinctement applicables qui affectent l'accès au marché d'une entreprise étrangère et entravent ainsi le commerce intracommunautaire, l'arrêt estime que la règle autrichienne entrave autant la liberté du médecin autrichien, destinataire d'un service bancaire, que celle d'une banque étrangère qui est exclue de la possibilité d'offrir un tel service. Si ce double prisme s'avère judicieux, la conclusion laisse perplexe. L'entrave apparaît certes comme indistinctement applicable au regard du médecin, elle ne l'est guère au regard de la banque étrangère, qui y verra aisément une discrimination en raison de la nationalité : nulle banque étrangère ne peut accéder à une telle offre. C'est certes aussi le cas des banques locales autres que celle identifiée par la mesure, mais une telle identification ne constitue rien d'autre qu'un régime de monopole national, lequel n'est pas discriminatoire en soi à l'égard des entreprises non retenues : il ne l'est que si le régime du monopole exclut en soi une entreprise étrangère, ce qui semble avoir été le cas du régime autrichien. III. – Une fois opéré le constat de l'existence de restrictions, les différents arrêts examinent les justifications invoquées. Ils constituent des applications classiques du régime des entraves au secteur de la santé publique, tout en attirant l'attention par le soin apporté à l'analyse du respect de la proportionnalité. D'emblée, la Cour rappelle que la protection de la santé publique constitue un objectif « de premier rang ». Cette qualité est régulièrement rappelée depuis des décennies, sans que ni le motif qui l'appuie ni sa portée pratique n'aient guère été clarifiés. À tout le moins, les arrêts commentés lient cette qualité à une double observation : d'une part, il est rappelé que la santé, en tant que matière, est bien de la compétence des États membres – de nature sans doute réservée, à comprendre les termes frileux de l'habilitation du législateur européen en la matière, bien identifiés il y a dix ans par l'arrêt « Directive sur la publicité pour le tabac » du 5 octobre 2000 (*CJCE, 5 oct. 2000, aff. C-376/98, Allemagne c/ Parlement européen et Conseil : Rec. CJCE 2000, I, p. 4243*) –, seul l'exercice de cette compétence reste soumis au contrôle européen. D'autre part, de cette observation se déduit que l'État décide du niveau de protection à assurer, que les niveaux recherchés sont disparates et que l'État dispose d'une marge d'appréciation en la matière (arrêts *Apothekerkammer des Saarlandes* et *Hartlauer*). Sans peine, les différents arrêts reconnaissent dans l'objectif de santé publique une raison légitime d'intérêt général. Non sans surprise cependant, ils qualifient celle-ci de « raison impérieuse », approximation conceptuelle bien regrettable (stigmatisée par *CJCE, 25 juill. 1991, aff. C-1/90 e.a., Aragonesa de Publicidad*) – mais largement observée dans la jurisprudence récente – puisque cet objectif constitue plutôt l'une des « dérogations expresses » prévues par le traité à propos des différentes libertés de circulation, hormis, singulièrement, pour la circulation des capitaux. Plus précisément, à cette raison d'intérêt général, la Cour de justice donne un contenu repris à sa jurisprudence relative à l'accès du patient aux soins hospitaliers, à savoir : impératif de qualité du service médical, d'équilibre financier de la sécurité sociale, de maintien d'une capacité de soins sur le territoire national, de planification des soins (arrêt *Hartlauer*), motifs partiellement de nature économique mais au service d'une politique légitime de santé publique ; impératif de sécurité des approvisionnements en médicaments, de lutte contre le gaspillage des ressources publiques, de respect du principe de précaution pour les médicaments présentant un danger (arrêt *Apothekerkammer des Saarlandes*). En revanche, la mesure autrichienne relative à l'ouverture obligatoire d'un compte en banque par les médecins a eu de la peine à se justifier (arrêt *Commission c/ Autriche*) : selon une jurisprudence constante, ne sont invocables ni des

motifs de simplification administrative, ni des mesures anti-fraude générales. IV. – L'examen de proportionnalité confirme l'analyse minutieuse du juge européen déjà observable dans les affaires emblématiques concernant l'accès aux soins hospitaliers (en particulier *CJCE, 12 juill. 2001, aff. C-157/99, Smits & Peerbooms*). On y trouve des illustrations typiques des tests d'aptitude et d'interchangeabilité et on y voit comment l'exécution de tels tests, non seulement requiert du juge européen qu'il examine point par point le contenu de chaque mesure et dépasse les limites du droit européen pour connaître de considérations propres à la matière en cause, tel ici le droit de la santé, mais encore pousse ce juge à prendre position sur des choix de nature politique. Le contrôle effectué dans l'affaire *Hartlauer* conduit à un verdict sévère, celui de l'inaptitude du régime mis en place et de l'interchangeabilité de celui-ci avec une autre mesure moins restrictive. Le test d'aptitude est utilisé à propos de la dispense d'agrément pour l'installation de cabinets de groupe : la mesure est jugée incohérente, dès lors que ce type d'installation est comparable à celle d'une polyclinique et que cette dernière assure une utilisation plus efficace des finances publiques. Le test d'interchangeabilité est fait pour critiquer le pouvoir discrétionnaire laissé à l'autorité administrative, l'opérateur devant bénéficier de critères d'appréciation non discriminatoires et connus à l'avance encadrant la marge d'appréciation. Cette motivation met en lumière deux termes apparus récemment dans la jurisprudence à propos des examens d'aptitude et d'interchangeabilité. D'une part, la réglementation nationale doit être « cohérente » : ne l'est pas celle qui distingue sans raison objective deux situations comparables. D'autre part, est affirmée la nécessité d'un « encadrement » de l'appréciation de l'autorité administrative. Dans l'un et l'autre cas, l'examen revient à stigmatiser, en les corrélant, et l'arbitraire de l'administration et une pratique discriminatoire. Et ce n'est pas sans paradoxe que l'on voit affirmé, dans le même arrêt, d'abord au moment d'établir la nature de la restriction en examen, que la mesure constitutive d'une charge administrative n'est pas discriminatoire, ensuite au moment d'en apprécier la proportionnalité, que l'incohérence de son application à des situations comparables revient implicitement à la déclarer discriminatoire. Dit autrement, le même arrêt recourt à deux définitions de la discrimination, la première, la plus commune en droit du marché intérieur, qui vise les dispositions d'application inégale, ou d'affectation inégale aux opérateurs étrangers par rapport aux nationaux, la seconde, de portée plus générale et observée, en particulier, en matière d'égalité entre hommes et femmes, voire à propos d'entraves dues à des mesures de fiscalité directe, qui vise une différence de traitement entre situations comparables qui ne soit pas justifiée par une considération objective indépendante, selon les contextes, du sexe ou de la nationalité. Le contrôle effectué sur les réglementations relatives à la propriété d'une officine pharmaceutique conduit, au contraire du cas précédent, à avaliser ces réglementations. D'un côté, ces mesures répondent au test d'aptitude : au regard de l'objectif de santé poursuivi, en particulier la sécurité des approvisionnements, la lutte contre le gaspillage des ressources publiques par la surconsommation de médicaments, la protection de la population contre les dangers de certains médicaments, il est cohérent de réserver la vente de tels produits à des professionnels formés et indépendants. Certes, le pharmacien « poursuit, à l'instar d'autres personnes, l'objectif de la recherche de bénéfices » mais « en tant que pharmacien de profession, il est censé exploiter la pharmacie non pas dans un objectif purement économique, mais également dans une optique professionnelle. Son intérêt privé lié à la réalisation de bénéfices se trouve ainsi tempéré par sa formation, par son expérience professionnelle et par la responsabilité qui lui incombe, étant donné qu'une éventuelle violation des règles légales ou déontologiques fragilise non seulement la valeur de son investissement, mais également sa propre existence professionnelle. » (*arrêt Apothekerkammer des Saarlandes, pt 37*). En revanche, l'État peut estimer que « l'exploitation d'une pharmacie par un non-pharmacien peut représenter un risque pour la santé publique, en particulier pour la sûreté et la qualité de la distribution des médicaments au détail, puisque la recherche de bénéfices dans le cadre d'une telle exploitation ne comporte pas d'éléments modérateurs tels que ceux (...) qui caractérisent l'activité des pharmaciens » (*même arrêt, pt 39*). Par ailleurs, il n'est pas incohérent que la même réglementation permette aux hôpitaux d'exploiter des pharmacies internes, dans la mesure où il n'en découle aucune présomption d'influence de l'hôpital sur la politique de qualité et d'approvisionnement ni de recherche de bénéfices au détriment des patients. Ne l'est pas davantage la faculté laissée au pharmacien de diriger jusqu'à trois succursales restant sous sa responsabilité. Quant au test d'interchangeabilité, la Cour se borne à constater l'absence de preuve de toute alternative concrète aussi efficace pour réaliser l'objectif poursuivi. Un système de contrôle du respect de normes de déontologie par un pharmacien salarié ne présenterait pas de garanties suffisantes. Et la Cour de préciser que son appréciation relative à la vente d'appareils optiques (*CJCE, 21 avr. 2005, aff. C-140/03, Commission c/ Grèce*) n'est guère transposable à la vente de médicaments, dans la mesure où le risque lié à de telles ventes serait plus élevé en termes de santé et de surconsommation. À titre de comparaison, la jurisprudence relative à la vente de médicaments avait montré le souci d'assurer la protection du patient contre les médicaments dangereux, opérant alors une distinction entre ceux soumis à prescription médicale, qui ne devraient être délivrés qu'en pharmacie, et ceux qui n'y sont pas soumis (*arrêt Deutscher Apothekerverband*). De même, elle avait avalisé un système limitant la fourniture d'hôpitaux en médicaments aux pharmacies internes ou de proximité, y voyant une réglementation cohérente en termes de sécurité des approvisionnements (test d'aptitude) et nécessaire en termes de planification et de maîtrise des coûts (test d'interchangeabilité). Par ailleurs, elle mettait en évidence une illustration du test d'équivalence, lorsque le médicament a été vendu dans une pharmacie d'un autre État membre sur la base d'une prescription délivrée par un médecin dans cet État (*CJCE, 8 avr. 1992, aff. C-62/90, Commission c/ Allemagne*) et qu'il a été obtenu auprès d'une pharmacie virtuelle soumise au contrôle des autorités compétentes de l'État membre d'origine (*arrêt Deutscher Apothekerverband*). La mise en parallèle de telles affaires montre une identité de problématique, celle d'une politique d'approvisionnement de la population en médicaments dans des conditions de sécurité et de financement satisfaisantes, traitée sous des qualifications juridiques distinctes selon que l'affaire est vue sous l'angle de la vente de marchandises, de la prestation de services, de la liberté d'établissement, voire de la circulation des capitaux. Du moins le juge européens s'efforce-t-il, au-delà de ces catégories juridiques, d'atteindre à un droit du marché intérieur suffisamment convergent, fût-ce au prix de certaines approximations conceptuelles.

Marc Fallon

**Mots clés : Liberté d'établissement. - Politique de santé publique. - Mesure applicable sans discrimination. - Justification par une raison impérieuse d'intérêt général**

**Mots clés : Liberté d'établissement. - Politique de santé publique. - Mesure non discriminatoire sur l'exploitation d'officines pharmaceutiques. - Objectif de protection de la santé**

**Mots clés : Libre prestation de services. - Service bancaire. - Service médical. - Mesure indistinctement applicable concernant l'ouverture obligatoire d'un compte bancaire**

**Libre circulation des travailleurs. – Libre établissement. – Refus d'accès au stage juridique préparatoire aux professions juridiques réglementées. – Diplôme de juriste obtenu dans un autre État membre. – Examen d'équivalence. – Article 39 CE (devenu article 45 TFUE). – Article 43 CE (devenu article 49 TFUE).**

**CJUE. – 3e ch. – 10 déc. 2009. – aff. C-345/08. – Pesla. – M. J. N. Cunha Rodrigues, président de la deuxième chambre, faisant fonction de président de la troisième chambre. – Mme P. Lindh, MM. A. Rosas, U. Lõhmus et A. Ó Caoimh (rapporteur), juges. – E. Sharpston, avocat général.**

*L'article 39 CE (devenu article 45 TFUE) doit être interprété en ce sens que lors de l'appréciation de l'équivalence éventuelle de la formation d'un candidat ayant obtenu son diplôme de juriste dans un autre État membre, en vue de lui donner accès à un stage préparatoire aux professions juridiques (sans passer les épreuves prévues à cet effet dans l'État d'accueil), les connaissances à prendre comme élément de référence en vue d'apprécier l'équivalence éventuelle sont celles qui sont attestées par la qualification exigée dans l'État d'accueil pour avoir accès à un tel stage. Lors d'un tel examen, l'article 39 CE n'impose pas à l'État d'accueil de limiter ses exigences à un niveau de connaissances juridiques inférieur à celles exigées des candidats ayant obtenu leur diplôme dans l'État d'accueil. Il importe toutefois que dans la pratique, le candidat ayant des connaissances suffisamment étendues et approfondies d'un sous-ensemble important de matières dispose de la possibilité d'être exempté de l'obligation de passer l'intégralité des épreuves donnant accès à un tel stage pour les juristes étrangers non admis directs.*

**36. – NOTE. –** L'arrêt *Pesla* vient compléter la longue **jurisprudence** de la **Cour** en matière de reconnaissance des diplômes **et** des qualifications **et** préciser, plus avant, ces conditions à propos de l'accès au stage préparatoire aux professions juridiques. Cet arrêt porte sur le régime allemand de formation des juristes qui présente certaines particularités. Il retient l'attention pour deux raisons. À titre anecdotique d'abord, la lecture ne peut manquer de noter que les juges de Luxembourg ont pris à cœur cette question qui concerne très directement la formation juridique. À titre d'exemple ensuite, cet arrêt montre comment le test de proportionnalité peut être développé de manière détaillée, sans être pour autant mentionné, lorsque la **Cour** construit sur le fondement de solides acquis jurisprudentiels. Les études de droit conduisent en Allemagne à deux examens d'État. Le premier examen d'État est fondé sur des épreuves écrites, puis orales, portant sur toutes les matières dites obligatoires (« droit civil, droit pénal, droit public, droit procédural, y compris les matières touchant au droit **européen**, à la méthodologie juridique **et** aux aspects fondamentaux de la philosophie, de l'histoire **et** de la sociologie », *pt 4*). La réussite du premier examen d'État donne accès au stage de préparation aux professions juridiques (« Referendariat »), d'une durée de deux ans, durant lequel les candidats exercent la plupart des professions juridiques sous l'autorité d'un professionnel. Les candidats passent ainsi plusieurs mois au sein d'une juridiction civile, d'une juridiction pénale, au Ministère public, dans une administration **et** dans un cabinet d'avocat. Dans chaque cas, ils exécutent les tâches liées à la fonction (par exemple préparer **et** tenir une audience). À la suite de ces années de stage, les candidats passent leur second examen d'État **et** peuvent ainsi obtenir leur habilitation à exercer les fonctions de magistrats, qui *de facto* donne accès à toutes les professions juridiques réglementées. Ils peuvent ensuite porter directement le titre d'avocat ou être nommés magistrat. En vue de se conformer aux exigences du Traité CE (*CJCE*, 13 nov. 2003, *aff. C-313/01, Morgenbesser* : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 13467), l'Allemagne a adopté une disposition spécifique portant sur l'appréciation de l'équivalence des diplômes étrangers pour l'admission au stage préparatoire pour les professions juridiques (*art. 112 a de la Deutsches Richtergesetz* ; pour le détail de la disposition, *V. pt. 11 de l'arrêt Pelsa*). C'est l'application de cette disposition par les autorités du Land de Mecklembourg-Vorpommern qui est en cause. Les titulaires d'un diplôme acquis dans un autre État membre **et** donnant accès à la formation postuniversitaire d'avocat **européen** sont admis, sur demande, au stage préparatoire du second examen d'État (« Referendariat ») « dès lors que leurs connaissances **et** capacités correspondent à celles certifiées par la réussite de l'examen d'État (*lire : le premier examen d'État*) dans les matières obligatoires (...) ». L'appréciation de cette équivalence s'effectue sur le fondement de toutes les pièces pertinentes produites par le candidat attestant de ses connaissances, capacités **et** de son expérience professionnelle. Si l'examen ne révèle pas d'équivalence ou une équivalence partielle, l'accès au stage préparatoire est soumis à un examen d'aptitude portant sur les matières obligatoires, dont les modalités semblent plus légères toutefois que celles du premier examen d'État (*pts 11 et 63*). En l'occurrence, un candidat polonais, s'étant vu refusé l'admission directe au stage préparatoire, soulevait, devant les juridictions allemandes, différentes questions relatives à l'impact de l'article 39 CE sur l'appréciation effectuée par les autorités du Land allemand. Ces questions poussent la **Cour** à préciser les modalités d'appréciation de l'équivalence d'un diplôme en droit ou d'une formation acquise dans un autre État membre. Le terme proportionnalité n'est nulle part mentionné dans l'arrêt. Pourtant, la décision ne porte que sur les modalités d'application du test d'équivalence dans le domaine concerné. L'absence de référence générale au test des entraves **et** au test de proportionnalité en particulier s'explique par deux facteurs. D'une part, les questions préjudicielles étaient formulées de manière précise **et** portaient directement sur la mise en œuvre du test d'équivalence **et** de son corollaire, le principe de reconnaissance mutuelle. D'autre part, la **Cour** se fonde ici sur une **jurisprudence** déjà longue qui a permis de clarifier les différents aspects de l'application du test des entraves en matière de reconnaissance des diplômes (*V. les arrêts cités dans la décision aux pts 34 à 40*), **et** des diplômes **et** qualifications juridiques en particulier (*CJCE*, 28 avr. 1977, *aff. 71-76, Thieffry* : *Rec. CJCE* 1977, p. 765. – *CJCE*, 7 mai 1991, *aff. C-340/89, Vlassopoulou* : *Rec. CJCE* 1991, I, p. 2357. – *CJCE*, 30 nov. 1995, *aff. C-55/94, Gebhard* : *Rec. CJCE* 1995, I, p. 4165. – *CJCE*, 13 nov. 2003, *aff. C-313/01, Morgenbesser*, *op. cit.*). La **Cour** peut s'appuyer sur ses arrêts antérieurs pour répondre aux questions portant sur l'application d'une disposition législative nationale, dont l'objectif était, en définitive, de répondre aux exigences communautaires... Inutile donc de s'interroger sur chaque point. C'est ainsi que l'existence éventuelle d'une entrave, l'identification des raisons impérieuses d'intérêt général **et** l'adéquation de la mesure nationale ne sont pas évoquées. La **Cour** souligne toutefois que le cas d'espèce appelle l'application des **articles 39 CE et 43 CE**, ce dernier n'étant pas mentionné dans les questions préjudicielles. L'obligation d'effectuer un stage préalable conditionne l'accès à la profession d'avocat **et** donc à l'exercice de la liberté d'établissement (*pt 27*). Ces deux dispositions font l'objet d'une analyse commune puisque leur impact dans la matière concernée ne diffère pas (*pt 38*). La **Cour** rappelle ensuite que le stage en question n'est pas couvert par les exceptions relatives aux emplois de l'administration publique (*art. 39, § 4 CE*) **et** à l'exercice de l'autorité publique (*art. 45, al. 1er CE*), dans la mesure où une partie de celui-ci se déroule dans le secteur privé **et** où la partie du stage effectuée dans le domaine public se déroule sous la surveillance **et** les instructions d'un maître de stage **et** n'implique donc pas un concours direct aux tâches

relevant de l'administration publique (pts 28 à 33 ; V. déjà *CJCE, 17 mars 2005, aff. C-109/04, Kranemann* : *Rec. CJCE 2005, I, p. 2421, pt 18*). La **Cour** se tourne ensuite vers les deux aspects précis de l'examen d'équivalence que mettait en cause le candidat. Les deux premières questions sont examinées ensemble **et** portent sur l'identification des connaissances à prendre en considération comme élément de référence pour apprécier si un candidat possède un niveau de connaissance équivalent à celui normalement requis pour accéder au stage de préparation aux professions juridiques : le point de référence est-il le droit de l'État d'accueil ou la connaissance du droit d'un autre État membre peut-elle être considérée comme équivalente au niveau de connaissance requis pour l'accès au stage ? La question est évidemment propre au secteur juridique, marqué, malgré le large mouvement d'harmonisation des droits initié par les institutions **européennes**, par d'importantes singularités nationales. Le cœur des matières dites obligatoires pour le premier examen d'État, à propos desquelles l'équivalence est vérifiée, demeure propre à chaque État. M. Pesla, titulaire d'un diplôme en droit délivré par la faculté de droit de l'université de Poznan **et** d'un titre académique de « Bachelor of German and Polish Law » délivré par l'université de Francfort-sur-l'Oder considère en somme qu'en lui refusant l'accès direct au stage judiciaire, le Land allemand ne reconnaît pas ses qualifications. Plus précisément, il soutient que « si les connaissances **et** capacités en droit allemand telles qu'exigées pour le premier examen d'État devaient constituer le critère d'appréciation à prendre en considération, un diplôme étranger ne pourrait en aucun cas satisfaire à un tel critère » (pt 16). Car même à la suite de son « Master of German and Polish Law », ses connaissances de droit allemand sont jugées nettement inférieures à celles requises pour présenter les épreuves du premier examen d'État (pt 14)). En réponse à ces questions, la **Cour** est donc appelée à clarifier le point de référence de l'examen d'équivalence. Elle rappelle d'abord que cet examen consiste en une « comparaison entre, d'une part, la qualification attestée par ses diplômes (*lire : de l'intéressé*), certificats **et** autres titres ainsi que par son expérience professionnelle pertinente **et**, d'autre part, la qualification professionnelle exigée par la législation nationale » (pt. 37 ; renvoyant aux arrêts *Vlassopoulou, op. cit. pt 16 et Morgenbesser, op. cit., pts 57 et 59*). Elle indique ensuite clairement que le point de comparaison est bien constitué par les connaissances exigées par le diplôme national ou en l'occurrence, par les connaissances du droit allemand sanctionnées par le premier examen d'État (pts 29, 45 **et** 48). M. Pesla fait, selon la **Cour**, une lecture erronée de la **jurisprudence** antérieure (pt 43) en suggérant que l'équivalence du niveau **et** de l'objet d'étude puisse suffire : poussée à l'extrême, cette lecture impliquerait qu'un candidat ne disposant d'aucune connaissance de droit allemand puisse s'inscrire directement au stage préparatoire aux professions juridiques (pt 46). La dernière question suit logiquement la réponse donnée aux deux premières. Si le point de référence lors de l'examen d'équivalence est bien la connaissance du droit de l'État d'accueil, ne convient-il pas d'abaisser, fût-ce légèrement, le niveau de connaissances requises en vue de conférer un effet utile à l'article 39 CE ? La **Cour** souligne que l'État dispose évidemment de « la faculté de procéder à un assouplissement de la qualification exigée » (pt 56). Le droit communautaire ne s'y opposerait pas. Par contre, le droit communautaire n'impose pas à l'État de réaliser un tel assouplissement, en particulier dans le cas précis de l'accès au stage préparatoire aux professions juridiques allemand. Dans le cadre de ce stage, le candidat est, en effet, appelé à exercer les différentes professions juridiques **et** doit disposer d'emblée d'un seuil de connaissances suffisant pour exécuter les missions qui lui sont confiées (pt 55). Ceci n'équivaut pas à considérer que le droit primaire n'exerce aucune influence sur l'examen d'équivalence. Premièrement, il impose un tel examen. Ensuite, il dicte les modalités d'exécution de cet examen en prescrivant la prise en considération de l'ensemble de la formation, académique **et** professionnelle, du candidat (pt 53). Cette prise en considération exerce une influence directe sur les modalités de l'examen d'aptitude ouvert aux candidats souhaitant s'inscrire au stage **et** dont l'admission directe a été refusée. Ainsi, lorsque l'examen d'équivalence révèle une correspondance partielle du niveau de connaissance du droit allemand, l'État d'accueil n'est « pas nécessairement en droit d'exiger (...) que soient passés des examens d'aptitude de la même envergure, indépendamment de l'étendue des connaissances partielles constatées » (pt 59). La **Cour** va jusqu'à préciser que la ventilation proposée ne devrait pas dispenser un candidat de l'examen relatif à certaines matières obligatoires dans lesquelles il ne disposerait que de connaissances ponctuelles (pt 60). En outre, l'examen d'aptitude prévu par la législation allemande, pour les candidats dont l'admission directe est refusée, semble moins exigeant que le premier examen d'État ce qui laisse entendre que la législation allemande prévoit bien la possibilité d'une reconnaissance partielle des connaissances acquises à l'étranger (pts 63 **et** 64). Après cet examen détaillé de l'impact du Traité sur l'admission au stage préparatoire aux professions juridiques, laissant à demi-mot entendre que la législation allemande est conforme au Traité, la **Cour** rappelle que la juridiction de renvoi, seule compétente pour se prononcer sur l'interprétation du droit interne, vérifiera si les conditions exposées par la juridiction **européenne** sont remplies en l'espèce (pt 64). Quoi qu'il en soit, la lecture de l'arrêt donne à penser que les particularités du système allemand sont préservées.

**Stéphanie Francq**

**Mots clés : Libre circulation des travailleurs. - Libre établissement. - Refus d'accès au stage juridique préparatoire aux professions juridiques réglementées. - Diplôme de juriste obtenu dans un autre État membre**

**Mots clés : Libre circulation des travailleurs. - Libre établissement. - Diplôme de juriste obtenu dans un autre État membre. - Examen d'équivalence**

