

Liberté d'établissement et libre prestation de services

(1^{er} janvier 2007 – 31 décembre 2008)

Anne-Lise SIBONY

*Chargée de cours en droit européen,
co-directrice de l'Institut d'études juridiques européennes (IEJE), Université de Liège*

Alexandre DEFOSSEZ

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

Sommaire

Section I. Législation

I. – INTRODUCTION

II. – LE CHAMP D'APPLICATION DE LA DIRECTIVE

A. – Définition des notions de services et d'établissement

1. La définition des services dans la directive
2. La définition de l'établissement

B. – Exceptions, exclusions : un paysage morcelé

1. Les exceptions découlant de la définition même des services
2. Les exceptions découlant de l'exclusion de certains services
3. Les exceptions découlant de l'application de directives sectorielles

III. – LES OBLIGATIONS DÉCOULANT POUR LES ÉTATS DE LA DIRECTIVE

A. – La liberté d'établissement

1. Les régimes d'autorisation
2. Exigences interdites ou soumises à évaluation

B. – La libre prestation de services

1. Les entraves interdites et les entraves à évaluer
2. Les droits des destinataires de services
3. Dérogations individuelles en matière de services

C. – Obligations communes aux deux libertés

1. La coopération administrative
2. Le Guichet unique
3. Quelques dispositions d'harmonisation

IV. – CONCLUSIONS

Section II. Jurisprudence

I. – ASPECTS COMMUNS À LA LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT ET À LA LIBRE PRESTATION DE SERVICES

- A. — *Exclusion des activités participant à l'exercice de l'autorité publique*
- B. — *Effet direct horizontal*
- II. — RESTRICTIONS À LA LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT ET À LA LIBRE PRESTATIONS DE SERVICES
 - A. — *Restrictions discriminatoires*
 - 1. *Restrictions discriminatoires à la liberté d'établissement*
 - a) Investissement direct étranger
 - b) Transfert du siège
 - c) Condition d'enregistrement
 - 2. *Restrictions discriminatoires à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement*
 - a) Restrictions discriminatoires en matière d'attribution de concessions publiques et d'accès aux commandes publiques
 - b) Restrictions discriminatoires en matière fiscale
 - B. — *Restrictions non discriminatoires*
 - 1. *Restrictions non discriminatoires à la liberté d'établissement*
 - a) Obligation de *must carry* imposée aux opérateurs de services télévisés
 - b) Règles transitoires sur les quotas de psychothérapeutes
 - c) Obligation de prestation de serment
- III. — JUSTIFICATIONS
 - A. — *Justifications visées par le Traité*
 - B. — *Exigences impératives d'intérêt général*
 - 1. *Droit fondamental : le droit de grève*
 - 2. *Rejet des justifications purement économiques*
 - 3. *Lutte contre la criminalité*
 - 4. *Protection des travailleurs*
 - 5. *Protection des consommateurs*
 - 6. *Sécurité juridique*
 - 7. *Promotion de l'enseignement et de la recherche*
 - 8. *Équilibre financier des systèmes de santé*
 - 9. *Répartition de la compétence fiscale et prévention de l'évasion fiscale*
- IV. — RESTRICTIONS À LA LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT ET À LA LIBRE PRESTATION DE SERVICES DANS LES SECTEURS HARMONISÉS
 - A. — *Reconnaissance des qualifications*
 - B. — *Professions réglementées*
 - C. — *Détachement de travailleurs*
 - D. — *Marchés publics*
 - E. — *Secteurs réglementés*
 - 1. *Les services postaux*
 - 2. *Le secteur du gaz*
 - F. — *Reconnaissance des permis de conduire*

Section I. Législation

La directive 2006/123 sur les services dans le marché intérieur

I. — INTRODUCTION

Rappeler que la directive « services » (1) a connu un parcours houleux est devenu une des grandes banalités du commentaire juridique (2). Le récit de ce par-

(1) Dir. 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE L 376, p. 36-68. Elle concerne en fait, malgré son intitulé, autant la liberté d'établissement que la libre prestation de services. V. également, le Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services » de la Commission européenne, disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/proposal_fr.htm#handbook.

cours du combattant, et des pertes accumulées en chemin (3), a d'ailleurs quelque peu occulté le fait que cette directive est aujourd'hui adoptée (4) et qu'elle contient, dans son état actuel, plusieurs éléments destinés à promouvoir les libertés de circulation en cause. Bien qu'en retrait par rapport au projet initial, surtout dans son volet libre prestation de services, la directive n'en demeure pas moins un instrument d'une grande importance pratique et d'une grande originalité juridique (5). Outre le fait de codifier une partie importante de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) (6), la directive impose en effet diverses obligations inédites aux Etats membres, que ce soit en termes de coopération administrative ou d'évaluation de leur législation nationale.

La directive services marque également un saut qualitatif important dans l'approche communautaire de ces libertés. En effet, jusqu'à présent, ces deux libertés étaient principalement encadrées, sauf réglementations spécifiques, par les dispositions pertinentes du Traité, auxquelles la Cour de justice avait conféré un effet direct. Dès lors, c'est la voie judiciaire, *a posteriori* et contentieuse, qui était privilégiée afin de lever les barrières aux échanges. Si cette solution est longtemps apparue comme la panacée (7), il a bien fallu se rendre à l'évidence et admettre qu'elle ne suffisait pas afin de permettre une ouverture suffisante du secteur des services, pourtant vital dans l'économie européenne moderne. L'approche horizontale, *a priori* et administrative, postulée par la directive services constitue donc bel et bien un saut qualitatif important (8) afin de créer un marché intérieur des services performants.

Notre objectif n'est pas, cela sortirait du cadre limité de cette chronique, de proposer une analyse exhaustive de la directive ce que, du reste, de nombreux autres auteurs ont fait avec talent (9). Plus modestement, nous souhaiterions insister sur les traits saillants de cette directive. Dès lors, après avoir défini son champ d'application (II), nous analyserons, les obligations nouvelles imposées aux Etats membres et les diverses échéances afférentes (III).

(2) Pour une présentation dudit parcours, V. I. Pingel, Le cheminement de la directive relative aux services dans le marché intérieur, *Europe*, 6/2007. Etude 7 ; C. Barnard, Unravelling the services directive, *CML Rev.* vol. 45, 2008. 323-394, p. 325 s. et S. d'Acunto, Directive Services (2006/123) : radiographie juridique en dix points, *RDUE* 2007. 261-327, p. 265 s.

(3) Dont le célèbre principe du pays d'origine. La question de sa suppression est toutefois très débattue en doctrine. V., not., V. Hatzopoulos, Que reste-t-il de la directive sur les services ?, *Cah. dr. eur.* 2007. 299-358, p. 302 à 318.

(4) Sa date limite de transposition est fixée au 28 déc. 2009 (art. 44 directive services, préc.).

(5) Il s'agit en effet, pour la première fois, d'un instrument « horizontal », couvrant tous les secteurs de la prestation de services, sauf exceptions. Nous verrons toutefois que ces exceptions sont nombreuses.

(6) La directive ne se contente pas de cela et apporte des innovations sensibles, notamment sur la question épineuse du contrôle par les Etats membres des activités des prestataires ou sur l'encadrement des justifications aux entraves en matière de services.

(7) L. Idot, La directive du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur : colloque CRUE (Paris I) – Cour de cassation, *Europe*, 6/2007. Repère 6.

(8) Pourvu que les Etats prennent leurs obligations au sérieux, nous y reviendrons.

(9) Ici aussi, l'exhaustivité n'est pas de mise. Outre C. Barnard, *op. cit.*, V. Hatzopoulos, *op. cit.*, et S. d'Acunto, *op. cit.*, on peut également citer, entre autres, K. Peglow, La libre prestation de services dans la directive n° 2006/123. Réflexion sur l'insertion de la directive dans le droit communautaire existant, *RTD eur.* 2008. 67-118 et M. Fallon et A.-C. Simon, La directive « services » : quelle contribution au marché intérieur, *JDE* n° 136, 2007. 33-43 et le numéro spécial de la revue *Europe*, 6/2007 entièrement consacré à celle-ci.

II. — LE CHAMP D'APPLICATION DE LA DIRECTIVE

La directive services définit, assez classiquement, les notions de « service » et « d'établissement », notions indispensables afin de percevoir les contours de son champ d'application. Ce faisant, elle intègre pleinement, comme nous le verrons, les apports de la jurisprudence communautaire qui a tenté au fil des années de définir la frontière parfois ténue qui existe entre ces deux libertés (A).

Quant aux exceptions, résultats combinés des négociations politiques et d'un lobbying intense, le champ d'application de la directive services est certainement le domaine qui a connu les évolutions les plus marquées depuis la présentation du projet de directive par la Commission. Celui-ci s'est en effet sensiblement contracté par l'introduction de toute sorte d'exclusions et d'exceptions qui n'ont certainement pas la cohérence juridique pour principal point commun (10) (B).

A. — Définition des notions de services et d'établissement

Une distinction doit bien entendu être effectuée entre les notions de « service » (1) et « d'établissement » (2). La directive service ne se contente en effet pas de reprendre, pour définir ces notions, les définitions proposées dans le Traité CE. Au contraire, elle intègre pleinement la jurisprudence de la CJCE.

1. La définition des services dans la directive

L'article 4 propose une définition de la notion de service comme « toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération, visée à l'article 50 du Traité ». Le considérant 17 précise à cet égard que le critère déterminant pour définir la notion est celle de contrepartie économique : la directive ne vise que les services fournis en échange d'une telle contrepartie. Ce faisant, elle reprend la jurisprudence de la CJCE sur la notion de « rémunération » présente à l'article 50 CE. La Cour a en effet fait de cette notion un critère déterminant pour l'application des règles du Traité sur les services (11).

L'article 2 précise également que seuls sont visés les services fournis par des prestataires ayant leur établissement dans un Etat membre. Classiquement, la directive insiste également sur la distinction entre activité salariée et non salariée dont le critère est le rapport de subordination qui existe entre employeur et employé : les salariés relèvent de la libre circulation des travailleurs (12). D'un point de vue économique, cette définition également le mérite de réconcilier enfin les notions juridiques et économiques du concept de « service », dépassant la définition supplétive proposée par le Traité de Rome (13).

(10) Il suffit de relever, à cet égard, avec V. Hatzopoulos, *préc.*, p. 319 que les termes utilisés dans les articles 1 et 2 de la directive pour définir le champ d'application (« ne traite pas », « ne s'applique pas », « ne porte pas atteinte », « n'affecte pas ») de celle-ci sont particulièrement divers et imprécis. Du reste, certaines exceptions sont reprises, parfois de manière redondante, à l'article 17 de la directive.

(11) Par ex., CJCE 27 sept. 1988, *Humbel*, 263/86, Rec. 5365.

(12) Considérant 87 de la directive.

(13) V. Hatzopoulos, *op. cit.*, p. 342 qui note que la définition essentiellement empirique proposée à l'article 50 CE correspond à celle d'une époque où la notion même de services était mal comprise et peu importante dans l'économie de l'époque.

Enfin, la directive définit les notions de « prestataire » et de « destinataire » de service, à l'article 4. Un prestataire est donc défini comme « toute personne physique ressortissante d'un Etat membre, ou toute personne morale visée à l'article 48 du Traité et établie dans un Etat membre, qui offre ou fournit un service » et un destinataire comme « toute personne physique ressortissante d'un Etat membre ou qui bénéficie de droits qui lui sont conférés par des actes communautaires, ou toute personne morale visée à l'article 48 du Traité et établie dans un Etat membre, qui, à des fins professionnelles ou non, utilise ou souhaite utiliser un service ». Les destinataires bénéficient donc eux aussi de la libre circulation de services, conformément à la jurisprudence de la Cour (14).

Sont donc potentiellement visées toutes les activités de services conformes à ces définitions, classiques du droit communautaire. On peut donc déjà exclure du champ d'application de la directive (sur cette simple base) toutes les activités qui, en vertu de la jurisprudence, ne rencontrent pas le critère de la contrepartie économique (15). Le considérant 33 de la directive donne plusieurs exemples d'activités entrant dans le champ d'application de la directive (16).

2. La définition de l'établissement

La directive, en son article 4, définit l'établissement comme « l'exercice effectif d'une activité économique visée à l'article 43 du Traité par le prestataire pour une durée indéterminée et au moyen d'une infrastructure stable à partir de laquelle la fourniture de services est réellement assurée ». Cette définition intègre deux apports de la jurisprudence par rapport à la définition de la notion d'établissement (17). Tout d'abord, que la durée de celui-ci n'est pas le critère déterminant afin de distinguer service et établissement. Ensuite, l'idée d'infrastructure stable, qui a été développée longuement par la jurisprudence communautaire notamment parce qu'elle constitue une des distinctions avec la liberté de prestation de services (18).

A cet égard, le considérant 37 de la directive précise qu'un établissement ne doit pas nécessairement prendre la forme d'une filiale, d'une succursale ou d'une agence, les trois formes visées à l'article 43 CE : il peut s'agir d'un bureau géré par le propre personnel d'un prestataire ou par une personne indépen-

(14) CJCE 31 janv. 1984, *Graziana Luisi et Giuseppe Carbone*, 286/82 et 26/83, Rec. 377.

(15) Considérant 34 de la directive.

(16) Par exemple, les services aux entreprises tels que les services de conseil en management et gestion, les services de certification et d'essai, de gestion des locaux et notamment d'entretien des bureaux, les services de publicité ou liés au recrutement ou encore les services des agents commerciaux. Les pages 10 et 11 du Manuel de la Commission, préc., contiennent aussi divers exemples de services couverts.

(17) La formule elle-même est reprise de l'arrêt CJCE 25 juill. 1991, *Factortame*, C-221/89, Rec. I-3905.

(18) Par ex. CJCE 30 nov. 1995, *Reinhard Gebhard*, C-55/94, Rec. I-4165, points 27 et 28 : « Le caractère temporaire de la prestation n'exclut pas la possibilité pour le prestataire de services, au sens du Traité, de se doter, dans l'Etat membre d'accueil, d'une certaine infrastructure (y compris un bureau, cabinet ou étude) dans la mesure où cette infrastructure est nécessaire aux fins de l'accomplissement de la prestation en cause (...) Toutefois, cette situation est à distinguer de celle de M. Gebhard qui, ressortissant d'un Etat membre, exerce, de façon stable et continue, une activité professionnelle dans un autre Etat membre où, à partir d'un domicile professionnel, il s'adresse, entre autres, aux ressortissants de cet Etat. Ce ressortissant relève des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement et non de celui relatif aux services ».

dante, mais mandatée pour agir de façon permanente pour l'entreprise, comme le ferait une agence, mais, en tout cas, une simple boîte aux lettres ne peut constituer un établissement.

B. — Exceptions, exclusions : un paysage morcelé

De manière générale, l'article premier de la directive énonce quelques généralités sur le champ d'application de celle-ci. Ainsi, la directive ne traite pas de la libéralisation des Services d'intérêt économique général (SIEG) ou de leur mode de financement, qui relève du droit des aides d'état. La directive n'affecte pas non plus le droit pénal des Etats membres, sous réserve toutefois que celui-ci ne soit pas utilisé à des fins protectionnistes, ni ne s'applique en matière de droit du travail ou de droit de la sécurité sociale. Elle ne porte pas non plus atteinte aux dispositions visant à la promotion de la diversité culturelle.

Le considérant 76 de la directive prévoit également une exception qui rappelle le caractère supplétif de la libre prestation de services. En effet, ce considérant réserve l'application prioritaire des articles 28 à 30 du Traité relatifs à la libre circulation des marchandises (19).

De manière plus spécifique, le nombre d'exceptions et d'exclusions prévu par la directive services est particulièrement important. Il a d'ailleurs subi une inflation substantielle après le compromis adopté, en première lecture, par le Parlement européen. Bien plus, ces exceptions ne sont pas organisées d'une manière particulièrement transparente : plusieurs articles introduisent ainsi, non sans redites, certaines exceptions. On peut malgré tout tenter de distinguer, dans ce bricolage, une logique sous-jacente à ces exceptions. On peut en distinguer trois types.

Tout d'abord, certains services sont exclus car ils ne satisfont pas à la définition générale de cette notion telle que postulée par la directive. Cette première catégorie renvoie notamment au débat (houleux) autour des notions de Services d'intérêt général (SIG) et Services d'intérêt économique général (SIEG) (20). Cette première exclusion couvre donc des activités qui ne pourront pas se voir appliquer les règles générales du Traité puisqu'il ne s'agit pas non plus de services au sens du droit primaire (1).

Ensuite, d'autres exclusions découlent du texte de la directive qui a choisi d'exclure, souvent pour des raisons politiques, certains services de son champ d'application. Dans ce cas, bien que les services en cause soient exclus du champ d'application de la directive, ceux-ci demeurent malgré tout, pour l'essentiel, soumis aux obligations découlant du droit primaire. Nous verrons également que certaines exclusions ne s'appliquent qu'au volet « services » de la directive et non au volet « établissement » (2).

(19) En apportant une précision importante à savoir que « les restrictions interdites en vertu de la disposition sur la libre prestation des services visent les exigences applicables à l'accès aux activités de services ou à leur exercice et non celles applicables aux biens en tant que tels ».

(20) Sur cette question, une mission spécifique a été confiée à T. Michel. V. Mission relative à la prise en compte des spécificités des services d'intérêt général dans la transposition de la directive « services » et l'application du droit communautaire des aides d'état, Paris, Inspection générale des affaires sociales, 2009, 50 p., disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/094000100/index.shtml?xtor=EPR-526>.

Enfin, il y a également les exclusions découlant de l'application d'autres dispositions de droit dérivé en application de l'adage *lex specialis generalibus derogant*. Ici aussi, certaines exclusions sont propres à la matière des services, à l'exclusion de l'établissement (3).

Concernant ces exclusions, notons toutefois, de manière générale, que l'article 41 de la directive prévoit une clause de réexamen qui permettra à la Commission, dans un rapport trisannuel fait au Parlement à partir de 2011, de faire des propositions de mesures supplémentaires concernant les questions qui sont exclues du champ d'application de la directive. Enfin, de manière plus spécifique cette fois, pour le 28 décembre 2010 au plus tard, la Commission devra examiner la possibilité de présenter des propositions d'instruments d'harmonisation pour l'accès aux activités de recouvrement judiciaire des dettes et les services de sécurité privée et le transport de fonds et d'objets de valeurs, domaines exclus du champ d'application de la directive (21).

1. Les exceptions découlant de la définition même des services

Comme indiqué ci-dessus, ne sont formellement visés, en tant que service, que ceux fournis en échange d'une contrepartie économique. Dès lors, le considérant 17 de la directive rappelle que les SIG ne sont pas couverts par la définition de l'article 50 du Traité et ne relèvent donc pas du champ d'application de la directive. Afin de déterminer si un service constitue bien un SIG, il faudra les examiner au cas par cas et de tenir compte de toutes leurs caractéristiques, notamment la manière dont elles sont fournies, organisées et financées dans l'Etat membre concerné (22). La directive, en se fondant sur la jurisprudence de la CJCE, donne quelques exemples de telles activités (23).

Par contre, les SIEG (24), qui sont des services fournis en contrepartie d'une rémunération, entrent dans le champ d'application de la présente directive. Toutefois, concernant ces derniers, certains, comme les services de transports, font l'objet d'une dérogation générale (25) et d'autres, comme les services postaux sont exclus du champ d'application de l'article 16 relatif à la libre prestation de services (26).

On peut également faire entrer dans cette catégorie l'exclusion, prévue à l'article 2 de la directive, les activités participant à l'exercice de l'autorité publique (27). Dans ce cadre, il est bien entendu nécessaire de se référer à la définition d'autorité publique telle que définie par la CJCE (28). La directive, en son

(21) Art. 38.

(22) Considérant 34.

(23) *Ibid.* Ainsi les activités qui sont accomplies, sans contrepartie économique, par l'Etat ou pour le compte de l'Etat, dans le cadre de ses missions dans les domaines social, culturel, éducatif et judiciaire, tels que les cours dispensés au sein du système d'éducation nationale ou encore la gestion des régimes de sécurité sociale qui n'ont aucune activité de nature économique.

(24) Considérant 70 : ce sont des services « fournis en application d'une mission particulière de service public confiée au prestataire par l'Etat membre concerné. L'attribution de cette mission devrait se faire au moyen d'un ou de plusieurs actes, dont la forme est déterminée par l'Etat membre concerné, et devrait définir la nature exacte de la mission attribuée ».

(25) *Infra.*

(26) *Infra.*

(27) V. art. 45 CE.

(28) CJCE 21 juin 1974, *Reyners*, 2-74, Rec. 631.

article 2 précise également que sont exclus les services fournis par les notaires et les huissiers de justice nommés par les pouvoirs publics. Cette catégorie spécifique peut être rattachée à l'exclusion générale des activités participant à l'exercice de l'autorité publique (29). Il s'agit d'une des innombrables redondances de la directive qui traduit sans doute le luxe de précautions dont a voulu s'entourer le législateur dans la définition de cette si controversée directive.

2. Les exceptions découlant de l'exclusion de certains services

L'article 2 exclut certains types de services du champ d'application de la directive. Ainsi, ne sont pas concernés par la directive les services financiers (30), les services dans le domaine des transports (31), les services des agences de travail intérimaire, les services de soins de santé (32), les services audiovisuels (33), les activités de jeux d'argent impliquant des mises ayant une valeur monétaire dans les jeux de hasard (34), les services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin (35), les services de sécurité privée. La directive ne s'applique pas non plus en matière fiscale.

L'article 17, spécifique à la matière des services, prévoit encore une liste d'exclusions particulières, parfois redondante avec la précédente. Il est ainsi prévu que l'article 16 ne s'applique pas aux services d'intérêt économique général qui sont fournis dans un autre Etat membre. L'article fournit une liste exemplative de ceux-ci (« notamment ») (36). Ne sont pas non plus visées les activités de re-

(29) Peut-être aussi pour ne laisser aucun doute sur le fait que ces activités entrent bien dans la définition étroite de la notion d'autorité publique telle que définie par la Cour.

(30) Tels que ceux ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance et à la réassurance, aux retraits professionnelles ou individuelles, aux titres, aux fonds d'investissements, aux paiements et aux conseils en investissement y compris les services énumérés à l'annexe I de la directive 2006/48/CE (dir. du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice JOUE L 177, p. 1).

(31) Y compris les services portuaires, qui entrent dans le champ d'application du titre V du Traité.

(32) Qu'ils soient ou non assurés dans le cadre d'établissements de soins et indépendamment de la manière dont ils sont organisés et financés au niveau national ou de leur nature publique ou privée. Cette exclusion s'explique par le projet de directive spécifique sur cette question de la Commission (COM(2008) 414 final).

(33) Y compris les services cinématographiques, quel que soit leur mode de production, de distribution et de transmission, et la radiodiffusion sonore.

(34) Y compris les loteries, les casinos et les transactions portant sur des paris.

(35) Mais uniquement ceux qui sont assurés par l'Etat, par des prestataires mandatés par l'Etat ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat.

(36) Toutefois, la question du caractère exhaustif ou pas de cette liste est débattu en doctrine, V. S. d'Acunto, *op. cit.*, p. 304-305. Les exemples donnés par la directive sont les suivants : dans le secteur postal, aux services couverts par la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service (JOCE L 15, 21 janv. 1998, p. 14), dans le secteur de l'électricité, aux services couverts par la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, dans le secteur du gaz (JOUE L 176, p. 37), aux services couverts par la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, aux services de distribution et de fourniture d'eau et aux services de traitement des eaux usées et au traitement des déchets (JOUE L 176, p. 57).

couvrement judiciaire des dettes, les actes pour lesquels la loi requiert l'intervention d'un notaire, l'immatriculation des véhicules pris en leasing dans un autre Etat membre et les dispositions relatives aux obligations contractuelles et non contractuelles, y compris la forme des contrats, déterminées conformément aux règles du droit international privé.

On le voit, le champ d'application de la directive est d'une géométrie particulièrement variable. Toutefois, force est de constater que certains de ces services font d'ores et déjà l'objet d'un encadrement jurisprudentiel important sur la seule base du droit primaire et n'échapperont pas à tout contrôle de la part du juge communautaire. On ne citera, pour l'exemple, que le cas des jeux de hasard (37).

3. Les exceptions découlant de l'application de directives sectorielles

L'article 2 prévoit que certains services sont exclus du champ d'application de la directive car ils sont visés par d'autres instruments spécifiques (38).

L'article 3 prévoit également, faisant application du principe *lex specialis*, que, si les dispositions de la directive entrent en conflit avec une disposition d'un autre acte communautaire régissant des aspects spécifiques de l'accès à une activité de services ou à son exercice dans des secteurs spécifiques ou pour des professions spécifiques, les dispositions de cet autre acte doivent prévaloir sur la directive service. La directive donne une liste, qu'il faut considérer comme non-exhaustive, de ces actes (39).

Cet article 3 prévoit également une clause générale de non-ingérence de la directive services dans le droit international privé (40). Ainsi, la directive ne porte pas sur les règles du droit international privé, en particulier les règles régissant le droit applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles, y compris celles garantissant que les consommateurs bénéficient de la protection que leur accordent les règles de protection des consommateurs contenues dans la législation en vigueur dans leur Etat membre. Ceci permet notamment de conserver, dans ces matières, tout l'effet utile de certains instruments spécifi-

(37) V. récemment, CJCE ord. du 6 mars 2007, *Aniello Gallo et Gianluca Damonte*, C-191/06, Rec. I-30*.

(38) Ainsi, les services et réseaux de communications électroniques ainsi que les ressources et services associés pour ce qui concerne les matières régies par les directives 2002/19/CE (JOCE L 108, 24 avr. 2002, p. 7), 2002/20/CE (JOCE L 108, 24 avr. 2002, p. 21), 2002/21/CE (JOCE L 108, 24 avr. 2002, p. 33), 2002/22/CE (JOCE L 108, 24 avr. 2002, p. 51) et 2002/58/CE (JOCE L 201, 31 juill. 2002, p. 37).

(39) Dir. 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 déc. 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JOCE L 18, 21 janv. 1997, p. 1 ; règl. (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, JOCE L 149, p. 2 (qui sera remplacé prochainement par règl. n° 883/2004, JOUE L 166, 30 avr. 2004, p. 1) ; dir. 89/552/CEE du Conseil du 3 oct. 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (JOCE L 298, p. 23) et dir. 2005/36/CE, du Parlement européen et du Conseil du 7 sept. 2005 relative à la reconnaissance des qualifications, JOUE L 255, p. 22.

(40) Sur ces questions, V. plus spécifiquement C. Kleiner, La conception des règles de DIP dans la directive services, Europe, 6/2007. Etude 17 et M. Wilderspin, Que reste-t-il du principe du pays d'origine ? le regard des internationalistes, Europe, 6/2007. Etude 11.

ques adoptés très récemment par la Communauté, comme les règlements Rome I et II (41).

Enfin, encore une fois, l'article 17 de la directive prévoit certaines exceptions spécifiques au dans le domaine des services en raison de l'application prioritaire de directives particulières (42). Ici aussi, les redites sont nombreuses, on songe notamment à l'application prioritaire de la directive 96/71, déjà visée à l'article 3. Ceci traduit, une fois de plus, le caractère hautement sensible du débat qui a entouré, très spécifiquement, la libre prestation de services.

III. – LES OBLIGATIONS DÉCOULANT POUR LES ÉTATS DE LA DIRECTIVE

La directive services, dont la date limite de transposition est fixée au 28 décembre 2009, impose toute sorte d'obligations aux Etats membres. Le chapitre 2 de la directive est ainsi spécifiquement consacré à la liberté d'établissement des prestataires alors que le chapitre 3 est consacré à la libre prestation de services. Dès lors, la directive impose des obligations différentes, bien que partageant une philosophie sous-jacente commune, à la matière de la liberté d'établissement (A) et à la libre prestation de services (B). Par contre, une dernière caté-

(41) Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JOUE L 177, p. 6 et règl. (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), JOUE L 199, p. 40.

(42) L'article 16 ne s'applique donc pas aux matières couvertes par la directive 96/71/CE, préc., aux matières couvertes par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 oct. 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JOCE L 281, p. 31), aux matières couvertes par la directive 77/249/CEE du Conseil du 22 mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation des services par les avocats (JOCE L 78, p. 17), aux matières couvertes par le titre II de la directive 2005/36/CE, préc., ainsi qu'aux exigences en vigueur dans l'Etat membre où le service est fourni, qui réservent une activité à une profession particulière, aux matières couvertes par le règlement (CEE) n° 1408/71, préc., en ce qui concerne les formalités administratives relatives à la libre circulation des personnes et à leur résidence, aux matières couvertes par les dispositions de la directive 2004/38/CE (JOUE L 158, 30 avr. 2004, p. 77) qui précisent les démarches administratives que les bénéficiaires doivent entreprendre auprès des autorités compétentes de l'Etat membre où le service est fourni, en ce qui concerne les ressortissants de pays tiers qui se déplacent dans un autre Etat membre dans le cadre d'une prestation de service, à la faculté des Etats membres de requérir un visa ou un permis de séjour pour les ressortissants de pays tiers qui ne sont pas couverts par le régime de reconnaissance mutuelle prévu à l'article 21 de la convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, ni à la faculté des Etats membres d'imposer aux ressortissants de pays tiers de se manifester auprès des autorités compétentes de l'Etat membre où le service est fourni au moment de leur entrée sur le territoire ou ultérieurement, en ce qui concerne les transferts de déchets, aux matières couvertes par le règlement (CEE) n° 259/93 du Conseil du 1^{er} févr. 1993 concernant la surveillance et le contrôle des transferts de déchets à l'entrée et à la sortie de la Communauté européenne (JOCE L 30, p. 1), aux droits d'auteur et droits voisins, aux droits visés par la directive 87/54/CEE du Conseil du 16 décembre 1986 concernant la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs (JOCE L 24, p. 36) et par la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données (JOCE L 77, p. 20) ainsi qu'aux droits de propriété industrielle et aux matières couvertes par la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés (JOUE L 157, p. 87).

gorie d'obligations est commune à l'ensemble de ces matières, comme les obligations de simplification administrative (C).

A. — La liberté d'établissement

Un premier grand volet d'obligations dans le cadre de la liberté d'établissement découle, pour les Etats membres, de l'encadrement des procédures d'autorisation (1). De plus, la directive prévoit que certaines exigences des Etats membres sont désormais interdites ou, à tout le moins, soumises à une obligation d'évaluation systématique (2). Ces obligations constituent sans doute l'apport le plus substantiel de la directive (43).

1. Les régimes d'autorisation

Les articles 9 et suivants de la directive encadrent les possibilités, pour les Etats membres, de soumettre à un système d'autorisations les prestataires souhaitant s'établir sur leur territoire (44).

Premier volet, l'article 9 limite les possibilités, pour les Etats membres de créer un nouveau système d'autorisation. Ainsi, les Etats membres ne peuvent subordonner l'accès à une activité de services et son exercice à un régime d'autorisation uniquement si certaines conditions sont réunies, à savoir la non-discrimination, la nécessité de ce régime au titre de la protection d'une raison impérieuse d'intérêt général et l'absence d'existence d'une mesure moins contraignante, notamment parce qu'un contrôle *a posteriori* interviendrait trop tardivement pour avoir une efficacité réelle.

A noter, la directive propose une définition de la notion de raisons impérieuses d'intérêt général, à l'article 4. Sont de telles raisons, « des raisons reconnues comme telles par la jurisprudence de la Cour de justice, qui incluent les justifications suivantes : l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la protection des consommateurs, des destinataires de services et des travailleurs, la loyauté des transactions commerciales, la lutte contre la fraude, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, la santé des animaux, la propriété intellectuelle, la conservation du patrimoine national historique et artistique, des objectifs de politique sociale et des objectifs de politique culturelle ». La liste de raisons impérieuses proposées est bien entendu non exhaustive, ce qui marque par ailleurs une différence fondamentale entre ce régime et celui prévu pour la libre prestation de services où, comme nous le verrons, la directive limite de manière draconienne le nombre de justifications admissibles.

En ce qui concerne les régimes d'autorisation déjà existants, les Etats membres devront justifier, dans un rapport à fournir à la Commission pour le 31 décembre 2009, leur compatibilité avec l'article 9. Comme nous le verrons, cette obligation de revue systématique de la législation nationale à l'aune de la directive

(43) V. Hatzopoulos, *op. cit.*, p. 342.

(44) A l'exclusion toutefois des régimes d'autorisation qui sont régis directement ou indirectement par d'autres instruments communautaires.

est un des grands apports de celle-ci mais également une charge de travail importante pour les administrations des Etats membres (45).

Une des grandes nouveautés introduites par la directive est que celle-ci impose aux Etats membres de tirer les conséquences du silence de l'administration face à une demande d'autorisation. L'article 13 prévoit en effet explicitement qu'en l'absence de réponse dans le délai prévu – c'est-à-dire dans les plus brefs délais et, en tout état de cause, dans un délai raisonnable fixé et rendu public à l'avance et éventuellement prolongé une seule fois et pour une durée limitée, lorsque la complexité du dossier le justifie – l'autorisation est considérée comme octroyée. Toutefois, un régime différent peut être prévu lorsque cela est justifié par une raison impérieuse d'intérêt général, y compris l'intérêt légitime d'une tierce partie.

Second volet, l'article 10 encadre, à supposer que le régime d'autorisation soit conforme à l'article 9, les conditions d'octroi de la dite autorisation. Les régimes d'autorisation doivent reposer sur des critères qui encadrent l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes afin que celui-ci ne soit pas utilisé de manière arbitraire. De plus, ces critères doivent être non discriminatoires, justifiés par une raison impérieuse d'intérêt général, proportionnels à cet objectif d'intérêt général, clairs et non ambigus, objectifs, rendus publics à l'avance, transparents et accessibles. Une décision de refus doit être motivée et doit pourvoir faire l'objet d'un recours.

De plus, les conditions d'octroi de l'autorisation pour un nouvel établissement ne doivent pas faire double emploi avec les exigences et les contrôles équivalents ou essentiellement comparables en raison de leur finalité, auxquels est déjà soumis le prestataire dans un autre Etat membre ou dans le même Etat membre.

Troisième volet, l'article 11 de la directive prévoit également certaines obligations en ce qui concerne la durée de vie de l'autorisation. Par principe, elle doit être octroyée pour une durée illimitée sauf si le renouvellement est automatique, si le nombre d'autorisations disponibles est limité par une raison impérieuse d'intérêt général ou une durée limitée d'autorisation est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général. Toutefois, le prestataire est obligé d'informer le guichet unique (46) lorsque certains changements intervenus dans son activité pourraient remettre en cause l'octroi de l'autorisation. Les Etats membres demeurent en effet libres de supprimer une autorisation si le prestataire n'en remplit plus les conditions.

Quatrième volet, l'article 12 s'intéresse quant à lui au cas particulier de l'existence d'un nombre limité d'autorisations pour mener certaines activités sur un territoire, notamment en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables (47). Dans ce cas, les Etats membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les

(45) Concernant la situation française, V. Où en est la transposition de la « directive services » ?, Rapp. d'information n° 199 (2007-2008) de M. J. Bizet, fait au nom de la délégation pour l'Union européenne, déposé le 7 févr. 2008 qui constate le retard important pris par l'administration française ainsi que le manque de moyens alloués à cette tâche.

(46) *Infra*.

(47) La proposition modifiée de directive sur les services (COM(2006) 160) donnait les exemples de l'octroi de fréquences radio analogique ou de l'exploitation d'une infrastructure hydroélectrique.

garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture. Dans ce cas, l'autorisation ne peut jamais être octroyée pour une durée illimitée ni faire l'objet d'un renouvellement automatique, afin d'éviter que certains prestataires ne bénéficient d'évidents avantages.

2. Exigences interdites ou soumises à évaluation

L'article 14, s'inspirant de la jurisprudence de la Cour de justice, prévoit une liste d'exigences nationales désormais proscrites. Une liste de huit restrictions interdites *per se* est ainsi prévue. Ainsi, et très classiquement, les exigences discriminatoires fondées directement ou indirectement sur la nationalité ou, en ce qui concerne les sociétés, l'emplacement du siège statutaire sont prohibées (48). Autre exemple, est absolument prohibée l'interdiction faite à un prestataire d'avoir un établissement dans plus d'un Etat membre ou d'être inscrit dans les registres ou dans les ordres ou les associations professionnels de plus d'un Etat membre. Ces restrictions ne sont susceptibles, d'après le texte de la directive, d'aucune justification, même pas celles prévues par l'article 46 CE. Il s'agit donc d'un durcissement sensible de l'état actuel du droit communautaire.

L'article 15, quant à lui, prévoit les règles s'appliquant aux exigences à évaluer. Celles-ci ne sont pas absolument proscrites mais sont soumises, pour leur validité, au respect de plusieurs conditions cumulatives. Les Etats membres sont donc soumis à une obligation de relever toutes les exigences existantes relatives à l'établissement de prestataires de services et de vérifier qu'elles remplissent ces conditions. Ils devront ici aussi faire un rapport, pour le 28 décembre 2009, à la Commission. De plus, depuis le 28 décembre 2006, les Etats membres ne peuvent plus introduire de nouvelles exigences qui ne respecteraient pas ces conditions. Ils doivent dans ce cas systématiquement les notifier, ainsi que leur justification, à la Commission (49).

Les exigences en question sont énumérées à l'alinéa 2 de l'article. Au nombre de huit, il s'agit notamment des limites quantitatives ou territoriales sous forme, par exemple, de limites fixées en fonction de la population ou d'une distance géographique minimum entre prestataires ou des exigences qui imposent au prestataire d'être constitué sous une forme juridique particulière. Ces exigences, pour être admises, devront – en apparence conformément au raisonnement tenu par la Cour de justice dans ce domaine mais avec quelques confusions – satisfaire à trois conditions : la non-discrimination (50), la nécessité (51) et la proportionnalité (52).

(48) Sont notamment visés l'exigence de nationalité pour le prestataire, son personnel, les personnes détenant du capital social ou les membres des organes de gestion ou de surveillance du prestataire et l'exigence d'être résident sur leur territoire pour le prestataire, son personnel, les personnes détenant du capital social ou les membres des organes de gestion ou de surveillance du prestataire.

(49) Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la notification, la Commission examine la compatibilité de ces nouvelles dispositions avec le droit communautaire et, le cas échéant, adopte une décision pour demander à l'Etat membre concerné de s'abstenir de les adopter, ou de les supprimer.

(50) « Les exigences ne sont pas directement ou indirectement discriminatoires en fonction de la nationalité ou, en ce qui concerne les sociétés, de l'emplacement de leur siège statutaire ».

B. — La libre prestation de services

La directive services impose également diverses obligations spécifiques aux Etats membres en ce qui concerne la libre prestation de services. C'est d'ailleurs principalement ce chapitre qui avait cristallisé, autour de la notion du principe du pays d'origine, les critiques les plus virulentes. De principe du pays d'origine, il n'est plus question désormais. Toutefois, le régime actuel contient encore de lourdes obligations pour les Etats membres et, surtout, plus strictes qu'en matière de liberté d'établissement.

La directive interdit de manière absolue certaines exigences alors que d'autres sont soumises à évaluation (1). En outre, la directive contient quelques dispositions d'harmonisation, toutefois bien maigres (2). Enfin, en matière de services, une possibilité de dérogations individuelles, très limitées, a été introduite (3).

1. Les entraves interdites et les entraves à évaluer

Le cœur de la matière se situe à l'article 16 de la directive, article qui contenait autrefois le principe du pays d'origine (53). A l'heure actuelle, le premier alinéa de cet article indique que les Etats membres respectent le droit des prestataires de fournir des services dans un Etat membre autre que celui dans lequel ils sont établis. Refusant de faire une distinction entre l'accès et l'exercice d'une telle activité, l'article 16 précise immédiatement que l'Etat membre dans lequel le service est fourni est tenu de garantir à la fois le libre accès à l'activité de service ainsi que son libre exercice sur son territoire.

Afin de garantir l'exercice effectif de cette liberté, l'article 16, alinéa 2, prévoit que certaines exigences seront désormais interdites *per se*. Ainsi, par exemple, les Etats membres ne peuvent pas restreindre la libre prestation de services par un prestataire établi dans un autre Etat membre en imposant une obligation pour untel prestataire d'avoir un établissement sur leur territoire ou une obligation pour ce prestataire d'obtenir une autorisation de leurs autorités compétentes (54). Aucune possibilité de justification n'est prévue, même si le troisième alinéa de l'article 16 est ambigu à cet égard.

En ce qui concerne les autres exigences à évaluer, comme en matière d'établissement, les Etats membres ne pourront les maintenir qu'à certaines conditions,

(51) Définie par la directive par le fait que « les exigences sont justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général », s'écarter ainsi de la définition classique de ce critère qui signifie normalement que la mesure est apte à atteindre un tel objectif. Dans ce sens, Ch. Lemaire, *La directive, la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Confirmations, innovations ?*, Europe, 6/2007. Etude 10, n° 47.

(52) « Les exigences doivent être propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi, ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif et d'autres mesures moins contraignantes ne doivent pas permettre d'atteindre le même résultat ». On retrouve ici le test d'aptitude décrit à la note précédente.

(53) Nous ne reviendrons pas sur les nombreuses exceptions spécifiques prévues en matière de libre prestation de services, à l'article 17, celle-ci ayant été détaillées ci-dessus.

(54) Y compris une inscription dans un registre ou auprès d'un ordre ou d'une association professionnels existant sur leur territoire, sauf dans les cas visés par la présente directive ou par d'autres instruments de la législation communautaire.

à savoir : la non-discrimination (55), la nécessité et la proportionnalité (56). Plusieurs points sont intéressants à relever puisque, sous une apparente codification de la jurisprudence, cet article apporte en fait de profondes modifications à l'approche traditionnelle de la Cour. Tout d'abord, en ce qui concerne le test de nécessité, la directive, à l'instar du cas de la liberté d'établissement, s'écarte de la définition traditionnelle de cette notion. Ici aussi, le test de nécessité recouvre le fait que la mesure soit justifiée. Toutefois, la directive ne fait pas, dans ce cas, contrairement au cas de la liberté d'établissement (57), référence de manière générale aux raisons impérieuses d'intérêt général mais limite les justifications admissibles aux raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement. On remarque que les trois premières découlent du Traité, et que seule la quatrième constitue une raison impérieuse. On assiste donc à une réduction particulièrement importante du nombre de justifications permettant de justifier une entrave à la libre prestation de service (58). Enfin, la directive ne reprend pas non plus l'exigence de la Cour, en matière de prestation de services, qu'une entrave ne peut être justifiée que dans la mesure où l'intérêt qu'elle cherche à sauvegarder ne l'est pas déjà par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'Etat membre où il est établi (59).

Il faut, hélas, également constater que la réduction des possibilités de justification des exigences tant discriminatoires que non discriminatoires ne se fait pas dans la plus grande cohérence. Ainsi, l'alinéa 3 de l'article 16 précise à nouveau que les Etats membres demeurent libres d'imposer des exigences concernant la prestation de services lorsque ces exigences sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement et d'appliquer, conformément au droit communautaire, ces règles en matière de conditions d'emploi, y compris celles énoncées dans des conventions collectives. Il faut sans doute considérer que la première partie de cet article ne constitue qu'une redite de l'alinéa premier (60), sans quoi la directive autoriserait la justification d'exigences qu'elle interdit pourtant *per se* (61).

(55) « L'exigence ne peut être directement ou indirectement discriminatoire en raison de la nationalité ou, dans le cas de personnes morales, en raison de l'Etat membre dans lequel elles sont établies ».

(56) « L'exigence doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif ». On retrouve le test d'aptitude du critère de nécessité mais à disparu le test consistant à vérifier si une mesure moins entravante pour le marché intérieur n'existe pas. Sur ce point, Ch. Lemaire, *op. cit.*, § 50.

(57) *V. supra.*

(58) Un silence qui a particulièrement agité la doctrine concerne l'absence de la protection des consommateurs de cette liste. C. Barnard, *op. cit.*, p. 363 et A. Jeanne, La libre prestation de services et la protection des consommateurs : une conciliation délicate, Europe, 6/2007. Etude 16.

(59) *V.*, entre autres, CJCE 3 oct. 2000, *Corsten*, C-58/98, Rec. I-07919, point 35 et affaires citées. Selon C. Barnard, cette exigence serait implicite dans la directive (*op. cit.*, p. 368).

(60) Dans ce sens, Ch. Lemaire, La directive, la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Confirmations, innovations ?, Europe, 6/2007. Etude 10, n° 29.

(61) Ici aussi, les Etats membres devront communiquer à la Commission, pour le 28 déc. 2009, un rapport concernant les exigences nationales dont l'application pourrait relever de l'article 16, § 1, 3^e alinéa, et de l'article 16, § 3, première phrase, en précisant les raisons pour lesquelles ils estiment que l'application de ces exigences remplit les critères visés par cet article. Par la suite, les Etats membres transmettent à la Commission toute modification apportée à ces exigences, y compris de nouvelles exigences au sens du premier alinéa, ainsi que les motifs qui s'y rapportent.

2. Les droits des destinataires de services

Non content d'encadrer les restrictions imposées aux prestataires de service, la directive entend également encadrer celles imposées aux destinataires de service (62). Ce faisant, la directive intègre pleinement les inflexions intervenues dans la jurisprudence depuis les affaires *Luisi et Carbone* (63) : on sait en effet que la libre prestation de services ne vise pas seulement le droit du prestataire de fournir un service mais également le droit du destinataire d'en recevoir un. L'article 19 interdit de ce fait de manière absolue certaines restrictions imposées aux destinataires (64). De manière générale, l'article 20 interdit que le destinataire de services ne soit soumis à des exigences discriminatoires.

3. Dérogations individuelles en matière de services

L'article 18 introduit une possibilité, par dérogation à l'article 16 (65), et uniquement dans des circonstances exceptionnelles, pour un Etat membre, de prendre, à l'encontre d'un prestataire ayant son établissement dans un autre Etat membre, des mesures relatives à la sécurité des services. Toutefois, ces mesures ne peuvent être prises que dans le respect de la procédure d'assistance mutuelle (66) et si certaines conditions sont réunies. Plus précisément, les dispositions nationales en vertu desquelles les mesures sont prises ne peuvent pas faire l'objet d'une harmonisation communautaire dans le domaine de la sécurité des services, les mesures adoptées doivent être plus protectrices pour le destinataire que celles que prendrait l'Etat membre d'établissement en vertu de ses dispositions nationales et il doit y avoir une absence de prise de mesures, où leur insuffisance, par l'Etat membre d'établissement. Enfin, les mesures doivent être proportionnées à l'objectif poursuivi.

D'autres obligations, au titre de l'assistance mutuelle entre Etats membres (67), s'imposent à l'Etat membre de prestation. Il doit ainsi communiquer avec l'Etat membre d'établissement et l'enjoindre à prendre des mesures à l'encontre du prestataire concerné. Ce n'est que s'il les estime inadéquates que l'Etat de prestation pourra prendre des mesures. La Commission européenne doit alors en être informée.

C. — Obligations communes aux deux libertés

L'ensemble des obligations communes ne seront pas analysée ici. Les plus importantes touchent à la simplification administrative imposée aux Etats membres par la directive (68). De manière générale, la directive postule la réduction des

(62) En ce compris, certains ressortissants de pays tiers, voir le 36^e considérant de la directive.

(63) Cité *supra* note 14.

(64) Sont visées l'obligation d'obtenir une autorisation de leurs autorités compétentes ou de faire une déclaration auprès de celles-ci et les limites discriminatoires à l'octroi d'aides financières au motif que le prestataire est établi dans un autre Etat membre ou pour des raisons liées à l'emplacement du lieu où le service est fourni.

(65) *Supra*.

(66) *Infra*.

(67) Art. 35 de la directive.

(68) On peut citer, pour le surplus, la procédure d'élaboration de code de conduite communautaire de l'article 37.

charges administratives pour les prestataires de services (69). Les Etats sont tenus de réduire les formalités inutiles imposées à ceux-ci pour l'accès et l'exercice à l'activité de prestation de services sur leur territoire. Pour les aider dans cette tâche, la Commission devrait mettre en place des formulaires harmonisés au niveau communautaire.

Deux obligations spécifiques méritent toutefois que l'on s'y arrête quelques instants : la coopération administrative entre Etats membres (1) et la notion de « guichet unique » (2). On notera enfin que la directive impose quelques obligations d'harmonisation (3).

1. La coopération administrative

Les articles 28 et suivants sont le cœur de la matière. Cette coopération administrative poussée entre Etats membres d'établissement et de prestation est indispensable, selon le considérant 105 de la directive, pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur des services. Ce que le législateur communautaire cherche ainsi à éviter est la multiplication des contrôles faisant double emploi au sein de la Communauté en établissant de des obligations claires et contraignantes sur les Etats membres. De par son organisation et son ampleur, ce système de coopération n'est pas sans rappeler celui mis en place dans le cadre du règlement n° 1/2003 en matière de droit de la concurrence (70).

De manière générale, les Etats membres sont tenus de se prêter une assistance mutuelle et prendre des mesures pour coopérer efficacement entre eux afin d'assurer le contrôle des prestataires et de leurs services. Pour ce faire, ils sont tenus de définir en leur sein, un ou plusieurs « points de liaison » dont ils communiquent les coordonnées aux autres Etats membres et à la Commission qui les publiera et les tiendra à jour. Ces points de liaison servent de relai pour répondre aux demandes d'informations d'autres Etats ou de la Commission.

Les obligations pesant sur les Etats membres d'établissement et de prestation sont clairement distinguées. Ainsi, l'Etat membre d'établissement est tenu de fournir les informations sur les prestataires établis sur son territoire demandées par un autre Etat membre et, en particulier, confirmer qu'un prestataire est bien établi sur son territoire et, qu'à sa connaissance, ce prestataire n'y exerce pas ses activités de manière illégale (71). Il procède également aux vérifications, inspections et enquêtes demandées par un autre Etat membre et informe celui-ci des résultats obtenus et, le cas échéant, des mesures prises. Il est également tenu d'informer d'office les autres Etats s'il a connaissance, dans le chef d'un prestataire établi sur son territoire et qui fournit des services dans d'autres Etats membres, d'un comportement ou d'actes précis qui pourraient causer un préjudice grave pour la santé ou la sécurité des personnes ou pour l'environnement (72).

L'Etat membre d'établissement a également des responsabilités de contrôles spécifiques lorsqu'un prestataire établi sur son territoire preste un service dans

(69) Art. 5 de la directive.

(70) Règl. (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 déc. 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, JOCE L 1, 4 janv. 2003, p. 1.

(71) Art. 29.

(72) Selon C. Barnard, *op. cit.*, p. 362-363, il s'agit là, par la responsabilité pesant sur l'état d'établissement, des dernières traces du principe du pays d'origine.

un autre état membre (73). Il doit ainsi continuer à effectuer des contrôles, dans le respect de ceux effectués par l'Etat de prestation, et ne peut pas prendre prétexte du fait que le service est presté dans un autre Etat membre pour se décharger de cette obligation. Il ne peut toutefois bien évidemment pas effectuer des contrôles sur le territoire de l'Etat membre où le service est fourni mais doit pour cela demander à ce dernier état de les effectuer.

D'ailleurs, en ce qui concerne le pays où le service est fourni en cas de prestation de services, l'article 31 prévoit qu'il est responsable du contrôle de l'activité du prestataire sur son territoire. Ainsi, il prend toutes les mesures nécessaires afin d'assurer que le prestataire se conforme aux exigences qui ont trait à l'accès à l'activité de service et de son exercice, et procède aux vérifications, inspections et enquêtes nécessaires pour contrôler le service fourni. Il peut également procéder, sur la demande de l'Etat membre d'établissement, aux vérifications, inspections et enquêtes nécessaires au contrôle effectif par l'Etat membre d'établissement. De leur propre initiative, les autorités compétentes de l'Etat membre où le service est fourni ne peuvent procéder à des vérifications, inspections et enquêtes sur place que si ces dernières sont non-discriminatoires, ne sont pas motivées par le fait qu'il s'agit d'un prestataire ayant son établissement dans un autre Etat membre et sont proportionnées.

Un mécanisme d'alerte est prévu à l'article 32 en cas de circonstances où des faits graves et précis en rapport avec une activité de services et susceptibles de causer un préjudice grave à la santé ou à la sécurité des personnes ou à l'environnement sur son territoire ou sur le territoire d'autres Etats membres sont portés à la connaissance d'un Etat membre. Cet Etat membre en informe l'Etat membre d'établissement, les autres Etats membres concernés et la Commission, dans les plus brefs délais. Un réseau européen des autorités des Etats membres devrait être mis en place à cette fin.

2. Le Guichet unique

L'objectif du guichet unique est que les prestataires puissent accomplir, par l'intermédiaire de guichets uniques, tout un ensemble de procédures et de formalités (74). Les guichets uniques deviendront également une source d'information pour les prestataires et les destinataires (75) puisque l'article 7 leur octroie un véritable « droit à l'information ». Ainsi, par exemple, les prestataires pourront bénéficier d'une présentation claire et non ambiguë des exigences applicables aux prestataires ayant leur établissement sur leur territoire, en particulier celles concernant les procédures et formalités à suivre pour accéder aux activités de services et les exercer. Bien plus, ils devront à cet égard bénéficier, à la demande, d'une assistance (76) des autorités compétentes sur la manière dont ces exigences sont généralement interprétées et appliquées.

(73) Art. 30.

(74) Art. 6 de la directive.

(75) V. également art. 21 de la directive. Les tâches d'information des destinataires peuvent être confiées aux guichets uniques ou à tout autre organisme, tels que les points de contact du Réseau des Centres européens des consommateurs, les associations de consommateurs ou les Euro Info Centres.

(76) Afin de faciliter la tâche de l'administration, cette assistance pourra comporter, le cas échéant, la remise d'un guide simple et indiquant la marche à suivre.

Bien entendu, l'expression « guichet unique » ne signifie pas qu'il ne peut y avoir qu'un seul guichet pour l'ensemble du territoire (77). Au contraire, un Etat pourra créer plusieurs guichets. Mais chacun devra être capable d'assurer l'ensemble des tâches qui lui sont assignées par la directive. C'est donc dans ce sens que le guichet est unique : il ne sera jamais nécessaire de se rendre dans plusieurs guichets pour obtenir toutes les informations et documents nécessaires. Les guichets doivent également être joignables par voie électronique.

3. Quelques dispositions d'harmonisation

Les articles 22 et suivants prévoient quelques dispositions harmonisatrices cherchant à améliorer la qualité des services. Il sortirait bien entendu du cadre de cet exposé de les analyser de manière exhaustive. Contentons-nous de relever que, d'une part, les prestataires seront tenus de mettre à disposition certaines informations comme leur nom, leur prix ou l'assurance obligatoirement souscrite en vertu de l'article 23 de la directive (78) et que, d'autre part, ils devront fournir de manière obligatoire certaines informations complémentaires sur demande du destinataire.

En ce qui concerne la qualité de l'information fournie, celle-ci doit être mise à disposition ou communiquée de manière claire et non ambiguë, et en temps utile avant la conclusion du contrat, ou avant la prestation du service lorsqu'il n'y a pas de contrat écrit.

Si ces dispositions d'harmonisation sont minimales, tout espoir n'est pas perdu de voir d'autres domaines faire l'objet d'une harmonisation. Ainsi, l'article 16 de la directive précise que, pour le 28 décembre 2011 au plus tard, la Commission présentera au Parlement européen et au Conseil un rapport dans lequel elle examinera, notamment, la nécessité de proposer des mesures d'harmonisation concernant les activités de services couvertes par la présente directive.

IV. – CONCLUSIONS

La version finale de la directive services n'a certes pas l'ampleur du projet de directive dit « Bolkestein ». Toutefois, il ne faudrait pas minimiser les apports de celle-ci : les nombreuses obligations pesant sur les Etats afin d'accélérer l'ouverture de ce marché traduisent en effet un changement profond de la méthode communautaire dans ce domaine. Une approche judiciaire, basée principalement sur l'effet direct du droit primaire, est ainsi remplacée par une méthode combinant une détection systématique des entraves et une coopération inédite, par son ampleur, entre les administrations. Les obligations de simplification et de coopération administratives seront également une aide précieuse tant pour le

(77) Sur ce point, S. d'Acunto, *op. cit.*, p. 283.

(78) Les Etats membres peuvent prévoir que les prestataires dont les services présentent un risque direct et particulier pour la santé ou la sécurité du destinataire ou d'un tiers ou pour la sécurité financière du destinataire, souscrivent une assurance responsabilité professionnelle appropriée (...) [sauf] si le prestataire est déjà couvert, dans un autre Etat membre dans lequel il est déjà établi, par une garantie équivalente ou essentiellement comparable pour ce qui est de sa finalité et de la couverture qu'elle offre sur le plan du risque assuré, de la somme assurée ou du plafond de la garantie ainsi que des activités éventuellement exclues de la couverture.

prestataire souhaitant s'établir dans un autre Etat membre que pour celui souhaitant plus simplement y prester un service.

Reste le champ d'application de la directive, sorte de gruyère juridique, qui rend l'appréhension de la directive particulièrement complexe. En effet, il ne faut pas oublier que, dans une grande partie des cas, bien qu'ils ne soient pas visés par la directive, les services exclus demeurent soumis au droit primaire. Un régime différencié, selon le type de services en cause, est donc appelé à s'appliquer. On peut s'interroger si cette façon de procéder, peu cohérente, est bénéfique pour intégrer un marché dont l'importance capitale pour la croissance et l'emploi dans l'Union européenne ne cesse d'être soulignée.

Section II. Jurisprudence

Champ d'application de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services

Champ d'application de la notion d'établissement

Dans son arrêt *Test claimant in the thin cap group litigation* (79), la Cour est amenée à préciser les contours de la notion de liberté d'établissement et, plus précisément, les critères qui permettent d'identifier les bénéficiaires de la liberté d'établissement parmi les sociétés commerciales. La liberté d'établissement concerne, pour les sociétés, uniquement les sociétés mères établies dans un Etat membre. Deux conditions cumulatives doivent être réunies : l'établissement primaire dans un Etat membre et le contrôle de la filiale située dans un autre Etat membre. Il en résulte que si une société mère ne contrôle pas réellement la filiale, il ne peut être question d'établissement (secondaire) de la société mère. Par ailleurs, s'il y a bien contrôle d'une filiale située dans un Etat membre mais que la société mère est établie dans un Etat tiers, il ne saurait non plus être question d'établissement au sens de l'article 43 CE (80).

Champ d'application de la notion de services

Jeux télévisés

Dans un arrêt qui porte sur l'application de directives sectorielles en matière de services télévisuels, on peut relever un point de portée plus générale concernant l'application de la notion de services à des jeux télévisés (81). La Cour relève que la participation à ces jeux implique un appel téléphonique surtaxé et en déduit que le jeu télévisé serait un service (82). Cet *obiter dictum* est susceptible d'avoir des implications car il conduit à envisager les téléspectateurs désirant

(79) CJCE 13 mars 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, Rec. I-2107.

(80) Points 97 à 100.

(81) CJCE 18 oct. 2006, *KommAustria/ORF*, C-195/06, Rec. 8817 ; E. Bernard, *Qualification des programmes télévisés*, Europe, 12/2007. comm. 337, p. 24-25.

(82) Point 34.

participer à des jeux télévisés comme des bénéficiaires de services (83). Dès lors, le fait que les numéros d'appels surtaxés fonctionnent souvent uniquement à l'intérieur d'un Etat membre pourrait apparaître comme une entrave. Compte tenu de l'effet direct horizontal reconnu à la libre prestation de services dans l'arrêt *Laval* commenté ci-dessous, les téléspectateurs pourraient invoquer à l'encontre des opérateurs de services télévisuels une entrave à leur liberté de bénéficier des services de jeux télévisés.

Enseignement

Selon une jurisprudence bien établie, les activités d'enseignement relèvent de la notion de services lorsqu'elles sont dispensées dans des établissements privés qui dispensent des cours contre rémunération (84). Deux arrêts rendus au cours de la période chroniquée apportent à cet égard une précision (85). La Cour indique qu'il n'est pas nécessaire pour que la notion de services trouve à s'appliquer à ces activités que le financement des établissements privés d'enseignement soit assuré principalement par les élèves ou leurs parents (86). La solution est déduite par la Cour de la jurisprudence selon laquelle, l'article 50 CE n'exige pas que le service soit payé par ceux qui en bénéficient (87). Si l'une des affaires concernait des parents établis en Allemagne qui souhaitaient faire bénéficier leurs enfants surdoués de l'enseignement d'une école spécialisée située en Ecosse (88), la portée de cette précision est naturellement plus large. En pratique, la solution semble également impliquer, par exemple, que la liberté des parents de bénéficier de services éducatifs couvre la situation où des parents qui souhaitent que leurs enfants étudient dans une école privée confessionnelle financée par des subventions de donateurs d'Etat tiers et située dans un Etat membre.

Services quasi-bénévoles

On sait que le critère déterminant pour qu'une activité puisse être qualifiée de service au sens de l'article 50 CE est qu'elle soit effectuée contre rémunération. L'affaire *Jundt* soumettait à la Cour le cas limite d'une activité quasi bénévole (89). M. Jundt résidait en Allemagne où il exerçait la profession d'avocat. A titre accessoire, il dispensait un enseignement à l'Université de Strasbourg. Cette université lui avait versé une somme qualifiée par l'intéressé dans sa déclaration fiscale d'indemnité pour frais professionnels. Cette qualification était contestée par le fisc allemand, qui considérait la somme imposable. La Cour retient que, si modique qu'ait pu être la somme en cause et quand bien même elle se limiterait à un simple défraiement, elle n'en constitue pas moins une ré-

(83) La Cour a reconnu dans l'arrêt *Luisi et Carbone* que la libre prestation de services s'entend non seulement de la liberté du prestataire de proposer ses services dans un autre Etat membre, mais aussi de la liberté du bénéficiaire des services de se rendre dans un autre Etat membre pour consommer des services (en l'espèce des services de santé) : CJCE 31 janv. 1984, *Luisi et Carbone*, 286/82, Rec. 377.

(84) CJCE 7 déc. 1993, *Wirth*, C-109/92, Rec. I-6447, point 17.

(85) CJCE 9 nov. 2007, *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, C-76/05, Rec. I-6849 (question préjudicielle) et CJCE 9 nov. 2007, *Commission c/ Allemagne*, C-318/05, Rec. I-6957 (manquement).

(86) *Commission c/ Allemagne*, préc., point 70.

(87) *Ibid* et jurispr. citée.

(88) *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, préc., point 6.

(89) CJCE 18 déc. 2007, *Jundt*, C-281/06, Rec. I-12231.

munération au sens de l'article 50 CE (90). La Cour rappelle également qu'il n'est pas nécessaire pour qu'une activité rémunérée soit qualifiée de services que le prestataire poursuive un but lucratif (91).

II. — ASPECTS COMMUNS À LA LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT ET À LA LIBRE PRESTATION DE SERVICES

A. — *Exclusion des activités participant à l'exercice de l'autorité publique*

L'article 45 CE limite le champ d'application des règles relatives à la liberté d'établissement en précisant qu'en sont exceptées « les activités participant (...) même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique ». L'article 55 CE rend cette même exception applicable en matière de libre circulation de services. Dans deux arrêts concernant respectivement l'Allemagne et l'Autriche, la Cour était amenée à se prononcer sur la portée de cette exception (92). En l'espèce la Commission avait engagé une procédure de manquement contre ces Etats au motif que les systèmes qu'ils avaient mis en place pour contrôler les exploitations agricoles apposant le label « agriculture biologique » sur leurs produits ne seraient pas conforme au règlement qui définit des exigences minimales en la matière (93).

Ce règlement prévoit notamment que les exploitations qui se prévalent du label « agriculture biologique » doivent se soumettre à un système de contrôle (94). Le règlement n'exclut pas que les organismes chargés de ce contrôle puissent être des organismes privés. En revanche, comme le relève la Cour, il ne contient aucune disposition relative à la fourniture de prestations de contrôle par les organismes privés dans un Etat membre autre que celui de leur agrément (95). Dans les deux espèces ayant donné lieu aux arrêts rapportés, la réglementation nationale faisait obligation aux organismes privés de contrôle de posséder un établissement, respectivement en Allemagne et en Autriche. Dans l'affaire autrichienne, des organismes privés agréés en Allemagne s'étaient plaints de ne pouvoir étendre leurs activités au territoire autrichien, sauf à créer un établissement en Autriche. La question était donc de savoir si l'activité de contrôle des exploitations agricoles se prévalant du label européen « agriculture biologique » relevait de la libre prestation de services ou bien de l'exception de participation à une activité de puissance publique. La république d'Autriche

(90) Point 34.

(91) Point 33 et jurispr. citée.

(92) CJCE 29 nov. 2007, *Commission c/ Allemagne*, C-404/05, Rec. I-10239 ; *Commission c/ Autriche*, C-393/05, Rec. I-10195 ; F. Kauff-Gazin, Portée de la dérogation de la participation à l'exercice de l'autorité publique, Europe, 1/2008. comm. 13, p. 20-21.

(93) Règl. (CEE) n° 2092/91 du Conseil, du 24 juin 1991, concernant le mode de production biologique de produits agricoles et sa présentation sur les produits agricoles et les denrées alimentaires (JOCE L 198, p. 1), tel que modifié par le règlement (CE) n° 1804/1999 du Conseil, du 19 juill. 1999 (JOCE L 222, p. 1).

(94) Règl. (CE) n° 1804/1999, art. 9.

(95) *Commission c/ Allemagne*, préc., point 30.

soutenait que l'activité de délivrance de certificats de conformité comportait, selon le droit administratif interne, une activité de puissance publique.

La Cour écarte cet argument. Elle considère tout d'abord que le règlement prévoit une supervision des organismes privés de contrôle par des autorités publiques, lesquelles sont, en dernière analyse, responsables des décisions prises par ces organismes (96). Elle en déduit que ceux-ci n'ont qu'un rôle « auxiliaire et préparatoire » qui n'équivaut pas à une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique (97). La Cour a également égard au fait que le règlement établit un système complètement harmonisé à travers un label européen (98). Un tel système n'oblige pas seulement les Etats membres à une reconnaissance mutuelle des certificats de conformité délivrés par les autorités compétentes des autres Etats membres, mais aussi à une reconnaissance mutuelle de la compétence des organismes agréés dans d'autres Etats pour délivrer lesdits certificats. En d'autres termes, les Etats membres, dans un domaine harmonisé, ne peuvent s'opposer à la concurrence que les organismes certificateurs sont susceptibles de se livrer au sein du marché unique dès lors qu'une harmonisation écarte le spectre d'une course au laxisme dans les contrôles.

B. — Effet direct horizontal

La question de l'effet direct des articles 43 et 49 CE a été, parmi d'autres, au cœur des arrêts *Viking* (99) et *Laval* (100) de la Cour de justice. Ces arrêts ont réveillé, avec quelques autres (101), toutes les craintes exprimées lors du débat entourant l'adoption de la directive services (102) : *dumping social*, détachement

(96) *Commission c/ Allemagne*, préc., point 44.

(97) *Ibid.*

(98) Il en va différemment dans un domaine faisant l'objet d'une harmonisation seulement partielle, comme celle en cause en matière d'immatriculation des véhicules, en cause dans l'arrêt *Van Schaik* dont se prévalait la république autrichienne (CJCE 5 oct. 1994, *Van Schaik*, C-55/93, Rec. I-4837). Cette discussion se trouve aux points 46 à 49 de l'arrêt rapporté.

(99) CJCE 11 déc. 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, C-438/05, Rec. I-10779, note D. Simon, Europe, 2/2008, comm. 40, p. 18-20 ; note C. Vigneau, JCP G 2008. II. 10060, p. 33-36 ; note J. Cavallini, JCP S 2008. 1086, p. 36-37 ; note P. Chaumette, Dr. soc. 2008. 210-220 ; note S. Thomas, RDUE 2008/1. 193-200 ; C. Barnard, Social dumping or dumping socialism ?, Cambridge Law Journal, 2008. 262-264 ; A. Defossez, Détachement des travailleurs, ordre public et dumping social, suite et certainement pas fin..., Rev. Dr. Ulg, 2008, vol. 4, p. 603 ; B. Bercusson, The Trade Union Movement and the European Union : Judgment Day, European Law Journal, 2007/3. 279-308 ; B. Teyssié, Esquisse du droit communautaire des conflits collectifs, JCP S 2008. 1075, p. 15-18 ; P. Rodière, Les arrêts *Viking* et *Laval*, le droit de grève et le droit de négociation collective, RTD eur. 2008. 47-67.

(100) CJCE 18 déc. 2007, *Laval*, C-341/05, Rec. I-11767.

(101) CJCE 3 avr. 2008, *Rüffert*, C-346/06, Rec. I-1989 ; CJCE 19 juin 2008, *Commission c/ Luxembourg*, C-319/06, Rec. I-4323. Sur cette jurisprudence, L. Driguez, Condition d'application du salaire minimum aux salariés détachés, Europe, 5/2008, comm. 151, p. 13-14 ; N. Moizard, La directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services : un « noyau dur » protecteur ?, Dr. soc. 2008. 866-872 ; F. Chaltiel, La Cour de justice européenne et le dumping social, LPA, 2008, n° 104 ; J. Cavallini, Sur le respect de la libre prestation de services dans l'Union européenne, JCP S 2008. 1352, p. 23-25 ; J.-Ph. Lhernould, Illicéité d'une clause sociale dans un appel d'offre de marchés publics : le pot de terre contre le pot de fer ?, RJS 2008. 601-604.

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

de travailleurs issus d'anciens pays de l'Est et mise à mal de la liberté syndicale. A tort ou à raison ? La réponse à cette question est pour le moins mitigée. Ces arrêts contiennent en effet plusieurs enseignements qui ne sont pas entièrement convergents du point de vue de la protection des droits des travailleurs.

L'arrêt *Viking* concerne une société finlandaise, Viking, qui affrète plusieurs navires, dont le *Rosella*, pour effectuer la traversée entre la Finlande et l'Estonie. L'activité n'est toutefois guère florissante et la compagnie décide, en 2003, de faire passer le *Rosella* sous pavillon estonien afin d'engager du personnel soumis au droit de ce pays. L'objectif est bien entendu de diminuer les coûts salariaux afin de revenir à la rentabilité. Le syndicat finlandais (FSU) proteste contre cette décision, aidé en cela l'International Transport Workers' Federation (ITF), la fédération internationale de syndicats des transports, auquel il est affilié. L'ITF, au nom de sa politique visant à prévenir les pavillons de complaisance, envoie une lettre à tous ses affiliés, les enjoignant de refuser toute forme de négociation avec la société Viking.

En 2004, l'Estonie devient un membre à part entière de l'Union européenne. Viking décide alors d'assigner ITF devant les tribunaux anglais, l'ITF ayant son siège à Londres. La société entend faire constater la violation, par les syndicats ITF et FSU, de sa liberté d'établissement telle que garantie par l'article 43 CE. La juridiction anglaise de première instance a fait droit à la demande de Viking. FSU et ITF ont interjeté appel de cette décision et la juridiction d'appel saisie du litige pose diverses questions préjudicielles à la Cour de justice.

L'arrêt *Laval* quant à lui concernait une société lettone en conflit avec plusieurs syndicats suédois. Une société lettone, Laval, avait obtenu un marché public portant sur la construction d'une école dans une commune suédoise (Vaxholm). Elle a détaché, via sa filiale suédoise (la société Baltic), plusieurs ouvriers lettons sur ce chantier. Elle avait également signé l'une des conventions collectives du secteur avec le syndicat letton des travailleurs du bâtiment mais n'était liée par aucune convention collective conclue avec les syndicats suédois. Des négociations entre Laval et les syndicats ont eu lieu en 2004, mais sans succès. Des grèves s'en sont suivies, grèves qui ont pris la forme d'un blocus du chantier de Laval. Cette grève a pris une telle ampleur que le contrat avec la commune de Vaxholm a été résilié du fait de l'impossibilité de Laval de remplir ses obligations. Baltic sera finalement déclarée en faillite.

La société Laval a saisi la justice suédoise afin de faire déclarer l'action des syndicats contraire aux libertés garanties par le Traité CE et aux dispositions de la directive sur le détachement de travailleurs (103). C'est dans ce cadre que la juridiction saisie a posé plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice.

Les questions préjudicielles posées à la Cour dans le cadre de ces deux litiges vont l'amener à trancher plusieurs questions épineuses de droit communautaire et, en premier lieu, celle de l'effet horizontal des dispositions du Traité relatives à la liberté d'établissement. En effet, cet effet horizontal, c'est-à-dire la possibilité d'invoquer les articles du Traité dans un litige entre particuliers, s'il a été clairement consacré dans le cadre de la liberté de circulation des travailleurs (104),

(103) Dir. 96/71/CE du parlement européen et du conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JOCE L 18, p. 1-6.

(104) CJCE 12 déc. 1974, *Walrave et Koch*, 36/74, Rec. 1405.

n'avait pas été, jusqu'ici, formellement consacré dans le domaine de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services. Cette question se posait toutefois dans ces affaires sous un angle inédit. En effet, alors que l'effet horizontal avait jusqu'à présent été invoqué en faveur de l'employé contre son employeur (105), il s'agissait ici d'une application exactement inverse puisqu'une entreprise invoquait l'effet horizontal des libertés à l'encontre de syndicats. Ce renversement de perspective a d'ailleurs ému une partie de la doctrine (106).

L'arrêt *Viking* a établi l'effet direct horizontal de l'article 43 CE et l'arrêt *Laval*, rendu une semaine plus tard, a confirmé cette analyse en ce qui concerne l'article 49 CE. Afin de justifier ce qui paraît être une extension du champ d'application de ces dispositions, la Cour tire argument de la cohérence générale de l'application du droit communautaire. En effet, « l'abolition entre les Etats membres des obstacles à la libre circulation des personnes et à la libre prestation des services serait compromise si la suppression des barrières d'origine étatique pouvait être neutralisée par des obstacles résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations et des organismes ne relevant pas du droit public » (107). Elle tire également argument de l'ensemble de sa jurisprudence relative à l'effet direct horizontal qu'elle a reconnu dans le cadre d'autres libertés (108). Rien ne justifie que la liberté d'établissement et la libre prestation de services soient traitées d'une manière différente. En conséquence, l'article 43 CE peut être directement invoqué par une entreprise privée à l'encontre d'un syndicat ou d'un groupement de syndicats. L'arrêt *Laval* reconnaît également l'effet direct horizontal de l'article 49 CE (109).

L'effet horizontal est donc bel et bien reconnu mais s'applique uniquement vis-à-vis des organes édictant des « réglementations » d'une nature, « autre que légale, visant à régler, de façon collective, le travail salarié, le travail indépendant et les prestations de services ». FSU et ITF entrent bien dans cette catégorie (110).

S'il faut reconnaître que cette conclusion est peu surprenante, voire même prévisible, il n'en demeure pas moins que ses conséquences sont de taille. En effet, comme nous l'indiquions déjà ci-dessus, si l'effet direct horizontal d'une disposition de droit primaire, n'est certes pas, en tant que tel, une nouveauté ; le contexte dans lequel il a été reconnu, l'action d'une entreprise à l'encontre d'un syndicat, n'est pas anodin. Le droit de grève, qui connaît parallèlement un vaste mouvement de judiciarisation au niveau national (111), n'échappera donc pas plus à l'application des règles de droit communautaire invoquées par les entreprises.

(105) V., par ex., *Walrave*, préc. et CJCE 8 avr. 1976, *Defrenne*, 43/75, Rec. 455.

(106) P. Rodière, *op. cit.*, p. 60.

(107) Arrêt *Viking*, préc., point 57.

(108) CJCE 12 déc. 1974, *Walrave et Koch*, 36/74, Rec. 1405 – CJCE 14 juill. 1976, *Donà*, 13/76, Rec. 1333 – CJCE 11 avr. 2000, *Deliège*, C-51/96 et C-191/97, Rec. I-2549 – CJCE 6 juin 2000, *Angonese*, C-281/98, Rec. I-4139 – CJCE 19 févr. 2002, *Wouters e.a.*, C-309/99, Rec. I-1577 et CJCE 15 déc. 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec. I-4921.

(109) Arrêt *Laval*, préc., point 98.

(110) *Ibid.*, point 60 : « les actions collectives menées par FSU et ITF ont pour objectif la conclusion d'une convention qui doit régler de façon collective le travail des salariés de Viking et que ces deux syndicats constituent des organismes qui ne sont pas des entités de droit public et qui exercent l'autonomie juridique qui leur est reconnue, notamment, par le droit national ».

(111) V. la synthèse de W. Warneck, *La réglementation des grèves dans l'Union des 27 et au-delà*, ETUI-REHS, 2008.

II. – RESTRICTIONS À LA LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT ET À LA LIBRE PRESTATIONS DE SERVICES

A. – Restrictions discriminatoires

1. Restrictions discriminatoires à la liberté d'établissement

La matière fiscale semble être le domaine d'élection des restrictions discriminatoire à la liberté d'établissement. Une section y est consacrée *infra*. En dehors de ce domaine, on peut relever des arrêts qui ont trait aux règles relatives à l'investissement direct étranger, au transfert de siège et aux conditions d'enregistrement des sociétés.

a) Investissement direct étranger

Dans un arrêt *Commission c/ Espagne*, la Cour condamne une réglementation qui dissuade l'investissement direct dans les entreprises du secteur énergétique. L'affaire *Eon/Endesa* en droit de la concurrence avait déjà mis sur le devant de la scène le protectionnisme du dispositif espagnol de réglementation du secteur de l'énergie. Parallèlement à cette affaire, la Commission avait considéré que cette réglementation était contraire à la liberté d'établissement et à la liberté de circulation des capitaux. Plus précisément, la Commission considérait que droit espagnol violait les dispositions du Traité relatives à ces libertés en ce qu'il soumettait à un régime d'autorisation préalable certaines prises de participation dans des sociétés exerçant une activité réglementée dans le secteur de l'énergie en Espagne. Saisie d'une action en manquement contre l'Espagne, la Cour juge ce régime d'autorisation préalable susceptible de dissuader les investisseurs étrangers d'acquérir des participations dans les entreprises espagnoles opérant dans le secteur de l'énergie et, partant, est contraire tant à l'article 43 CE (en ce qu'il concerne les prises de participations permettant d'exercer une influence certaine) qu'à l'article 56 CE (en toute hypothèse) (112).

b) Transfert du siège

Dans l'importante affaire *Cartesio* (113), la Cour de justice avait à se prononcer sur une législation nationale qui, au nom de la théorie dite du « siège réel » (114), restreignait les possibilités pour une société de transférer son siège dans un autre Etat membre. L'enjeu du litige consistait principalement à savoir si la Cour de justice maintiendrait sa jurisprudence *Daily Mail*, vieille d'une vingtaine d'an-

(112) CJCE 17 juill. 2008, *Commission c/ Espagne*, C-207/07, Rec. I-111*.

(113) CJCE 16 déc. 2008, *Cartesio*, C-210/06, nep. V. comm. A. Autenne et E.-J. Navez, *Cartesio* : les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités, *Cah. dr. eur.* 2009. 91-125 ; G. Goddin et B. Goddin, Arrêt « *Cartesio* » : l'étendue de la liberté d'établissement pour les sociétés « émigrantes », *JDE* 2009. 77-78 et L. Idot, Transfert du siège social sans changement de loi applicable, *Europe*, 2/2009. comm. 82.

(114) Concl. aff. gén. Poiares Maduro sous *Cartesio*, préc., point 23 : d'après cette théorie, une société doit respecter intégralement les dispositions en matière de droit des sociétés du pays où se situe son siège réel. En effet, dans la théorie du siège réel, « nationalité et résidence d'une société se trouvent entremêlées de façon inextricable ».

nées (115) ou si, au contraire, s'inspirant des solutions dégagées dans sa jurisprudence plus récente (116), elle allait revenir sur celle-ci.

En l'occurrence, la législation hongroise relative à l'enregistrement des sociétés interdit à une société qui souhaite transférer son siège dans un autre Etat membre de conserver son statut de société de droit hongrois. En effet, selon la loi hongroise en cause dans cette affaire, c'est le lieu où se situe le centre de direction des affaires d'une société, c'est-à-dire son siège réel, qui définit la nationalité de celle-ci. Or, la société Cartesio, société établie en Hongrie, entendait transférer son principal établissement en Italie tout en conservant son statut de société de droit hongrois. En application du droit hongrois, cela était impossible : transférant son siège réel en dehors du territoire, la société Cartesio aurait *ipso facto* perdu son statut de société de droit hongrois. Le Tribunal hongrois en charge de l'enregistrement des sociétés lui oppose donc un refus, refus que la société conteste. La Cour d'appel hongroise saisie du recours de Cartesio interroge la Cour sur la compatibilité de la législation hongroise avec les règles du Traité relative à la liberté d'établissement.

Malgré les arguments avancés par l'avocat général Poiars Maduro en faveur d'une modification de la jurisprudence *Daily Mail* (117), la Cour de justice considère que le droit primaire n'interdit pas qu'un Etat membre prévoie une telle interdiction. Elle en précise toutefois la portée afin d'éviter que la jurisprudence *Cartesio* ne soit utilisée pour bloquer définitivement toute possibilité d'émigration des entreprises.

La Cour procède pour ce faire à une analyse de la situation en cause à l'aune du droit primaire. Elle relève pour ce faire que l'article 48 CE ne fait que retranscrire les divergences entre les législations des Etats membres quant aux conditions requises afin de considérer qu'une société y est établie. Prenant acte de cette diversité, il en découle selon la Cour une nécessaire position de « neutralité » du droit primaire à l'égard du lien de rattachement national choisi, qu'il s'agisse de l'application de la théorie du siège réel, de l'administration centrale ou du principal établissement (118).

Cette neutralité du droit primaire trouve un écho, selon la Cour, dans sa jurisprudence. Elle rappelle à cet égard que l'arrêt *Überseering*, qui constatait déjà cette disparité législative, a autorisé les Etats membres à imposer, à une société constituée en vertu de son droit national, des restrictions au déplacement de

(115) CJCE 27 sept. 1988, *Daily Mail*, 81/87, Rec. 5483.

(116) Not. CJCE 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97, Rec. I-1459 et CJCE 30 sept. 2003, *Inspire Art*, C-167/01, Rec. I-10155.

(117) V. en particulier le point 31 de ses concl., préc., « il est, à mon avis, impossible de conclure que les Etats membres jouissent, en l'état actuel du droit communautaire, d'une liberté absolue pour déterminer les conditions de la "vie" et de la "mort" des sociétés constituées selon leur droit national, sans égard pour les conséquences que cela pourrait avoir pour la liberté d'établissement. Si tel devait être le cas, un Etat membre aurait carte blanche pour "condamner à mort" une société constituée selon sa loi nationale qui aurait simplement décidé de jouir de sa liberté d'établissement ».

(118) La Cour note (point 114 s.) également que les travaux législatifs entrepris afin d'obtenir une telle harmonisation n'ont toujours pas abouti. A cet égard, rappelons que la Commission européenne a arrêté le processus d'adoption de la 14^e directive en matière de droit des sociétés sur le transfert transfrontalier du siège statutaire des sociétés de capitaux. Toutefois, ces travaux semblent devoir reprendre dans un avenir proche (V. A. Autenne et E.-J. Navez, *op. cit.*, p. 92 à la note 2).

son siège effectif hors de son territoire pour que celle-ci puisse conserver la personnalité juridique dont elle bénéficie en vertu du droit de ce même Etat membre (119). Rien ne permet, selon la Cour, en l'état actuel du droit communautaire, de remettre en cause cette conclusion. Dès lors, « un Etat membre dispose (...) de la faculté de définir tant le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon son droit national et susceptible, à ce titre, de bénéficier du droit d'établissement que celui requis pour maintenir cette qualité ultérieurement » (120).

Toutefois, cette faculté n'implique pas une sorte d'immunité de la législation nationale au regard des règles du Traité. Au contraire, la Cour propose de distinguer deux situations. Il s'agit, d'une part, du cas, en cause dans l'arrêt *Cartesio*, du transfert du siège d'une société avec la volonté de maintenir l'application du droit du pays membre d'origine, et, d'autre part, la situation où le déplacement de la société implique un changement de droit national applicable en faveur du droit du pays de destination. Dans ce second cas, un Etat membre ne pourrait interdire à une telle société « de se transformer en une société de droit national de l'autre Etat membre pour autant que ce droit le permette » (121). Une telle interdiction serait contraire à l'article 43 CE sauf si elle venait à être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général. Le droit de « sortie » des entreprises est donc, dans cette mesure, sauvegardé.

c) Condition d'enregistrement

Un arrêt *Commission c/ Autriche* a permis à la Cour de remettre en cause une disposition de la loi autrichienne particulièrement révélatrice de l'état d'esprit qui a prévalu par rapport à l'élargissement de 2004 (122). La Cour trouve l'occasion de condamner une mesure particulièrement discriminatoire puisqu'elle n'opérait pas simplement une distinction entre les ressortissants autrichiens et les autres ressortissants communautaires, mais qu'elle visait, plus spécifiquement, les ressortissants des anciens pays de l'Est.

La loi autrichienne exigeait, pour l'enregistrement de sociétés au registre de commerce à la demande des ressortissants des Etats membres qui ont adhéré à l'Union européenne le 1^{er} mai 2004 (123), l'établissement de leur qualité d'indépendant par l'*Arbeitsmarktservice* (le service du marché de l'emploi) ou la production d'une dispense de permis de travail.

Or, si les règles transitoires adoptées lors de l'adhésion des nouveaux Etats membres permettent, sous certaines conditions, d'imposer des mesures transitoires à la libre circulation des personnes (124), rien n'est prévu concernant la

(119) CJCE 5 nov. 2002, *Überseering*, C-208/00, Rec. I-9919, point 70.

(120) Arrêt *Cartesio*, préc., point 110.

(121) Arrêt *Cartesio*, préc., point 112.

(122) CJCE 22 déc. 2008, *Commission c/ Autriche*, C-161/07, nep.

(123) A l'exception de la République de Chypre et de la République de Malte.

(124) Annexes V, VI, VIII, IX, X, XII, XIII et XIV : listes visées aux articles 24 des actes d'adhésion de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Pologne, de la République de Slovaquie et de la République slovaque à l'Union européenne, JOUE L 236, 23 sept. 2003 et Acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République de Bulgarie et de la Roumanie et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne, JOUE L 157, 21 juin 2005.

liberté d'établissement. La Cour rejette à cet égard l'argument de l'Autriche selon lequel les mesures en cause concernaient en fait exclusivement de la libre circulation des travailleurs, ce qui aurait permis qu'elles soient couvertes par les dites règles transitoires. En effet, la législation en cause soumet à des formalités administratives, sous certaines conditions, l'ensemble des ressortissants des huit nouveaux Etats membres souhaitant exercer une activité économique en Autriche en tant qu'associé d'une société de personnes ou d'une société à responsabilité limitée, sans distinguer entre les salariés et les non salariés (125). Dès lors, elle ne concerne pas exclusivement la libre circulation des travailleurs.

La mesure en cause constitue une différence de traitement en raison de la nationalité, prohibée en vertu de l'article 43 CE, puisqu'elle soumet uniquement les ressortissants des huit nouveaux Etats membres à l'exigence de prouver l'absence d'exercice d'une activité salariée. Les justifications sont, dans un tel cas de discrimination directe, limitées à celles explicitement prévues par le Traité CE (126). Or la justification avancée par l'Autriche, à savoir le bon fonctionnement du marché du travail et l'égalité des conditions de concurrence sur ledit marché, n'entre dans aucune d'entre elles (127). A le supposer même, la Cour précise pour le surplus que la mesure ne serait de toute façon pas proportionnée à un tel objectif (128).

2. Restrictions discriminatoires à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement

a) Restrictions discriminatoires en matière d'attribution de concessions publiques et d'accès aux commandes publiques : les libertés de circulation comme moyen d'ouverture à la concurrence

Les opérateurs écartés des commandes publiques par l'effet de procédures de sélection non transparentes ne peuvent pas toujours s'appuyer sur les directives marchés publics, dont le champ d'application est précisément délimité. En revanche, le droit commun de la liberté d'établissement peut leur être d'un grand secours, ainsi que l'illustre un arrêt *ASM Brescia* rendu à propos d'une réglementation italienne soumettant à des procédures de mise en concurrence l'attribution des concessions locales de distribution du gaz (129).

La plupart de ces concessions existantes au moment de l'entrée en vigueur de cette réglementation n'avaient pas été attribuées au terme d'une procédure transparente de mise en concurrence. Le décret litigieux prévoyait que ces concessions seraient maintenues au plus tard jusqu'à la fin d'une période transitoire fixée par le décret au 31 décembre 2005, mais pouvant être prorogée dans certaines hypothèses et ce au maximum jusqu'au 31 décembre 2007. Ce texte prévoyait en outre une ultime possibilité de prorogation, pour des motifs d'in-

(125) Arrêt C-161/07, préc., point 26.

(126) A savoir des motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

(127) Arrêt C-161/07, préc., points 34 s.

(128) *Ibid.*, points 38 s.

(129) CJCE 17 juill. 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, Rec. I-5641. V. aussi, quoique moins net pour des raisons probatoires CJCE 18 déc. 2007, *Commission c/ Irlande*, C-532/03, Rec. I-11353. Sur ce thème, V. P. Nihoul, Les marchés publics dans l'Union européenne (2006-2007), JDE 2008, vol. 9, p. 281.

térêt public, à l'initiative de l'autorité locale concédante. Postérieurement, un nouveau texte à reporté la fin de la période transitoire au 31 décembre 2007 et, dans certaines hypothèses, au 31 décembre 2009.

Ces prorogations étaient sans doute défavorables aux entreprises qui attendaient de pouvoir prendre part aux procédures d'appel d'offre, mais elles n'étaient pas contraires aux directives sur les marchés publics ou sur l'ouverture du marché gazier, car les concessions de distribution de gaz, seules en cause en l'espèce, n'entrent pas dans le champ de ces directives. La question qui se posait était donc de savoir si ces reports contrevenaient au droit commun du marché intérieur et, plus précisément, aux articles 43 et 49 CE.

A cet égard, la Cour rappelle que les autorités publiques sont tenues, lorsqu'elles envisagent d'attribuer des concessions de service public, de respecter les règles fondamentales du Traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier (130). La Cour ajoute que dans la mesure où les concessions en cause présentent un intérêt transfrontalier certain, leur attribution à des entreprises nationales, en l'absence de toute transparence, constitue une discrimination indirecte au détriment des entreprises des autres Etats membres (131).

En l'occurrence la Cour constate que cette législation introduit une discrimination à l'encontre des entreprises situées dans un autre Etat membre qui seraient intéressées par cette concession. Partant, à moins qu'elle ne se justifie par des circonstances objectives, une telle différence de traitement est interdite en application des articles 43 CE et 49 CE. Une telle justification pourrait notamment être tirée de la nécessité de respecter le principe de sécurité juridique qui fait partie, selon une jurisprudence bien établie, de l'ordre juridique communautaire (132).

La Cour retient toutefois plusieurs éléments à décharge de l'Italie et notamment le fait que la concession en cause au principal a été attribuée en 1984, « alors qu'à cette époque la Cour n'avait pas encore jugé qu'il résultait du droit communautaire primaire que les contrats qui présentaient un intérêt transfrontalier certain pourraient être soumis à des obligations de transparence » (133). Une période transitoire pour la remise en cause de ce type de concession est donc légitime, selon la Cour, afin de protéger le principe de sécurité juridique. Non seulement ce principe autorise la mise en place d'une telle période mais, bien plus, selon la Cour, il l'impose afin notamment de permettre « aux co-contractants de dénouer leurs relations contractuelles dans des conditions acceptables tant du point de vue des exigences du service public que du point de vue économique » (134).

En revanche, concernant l'allongement de cette période, la Cour est plus dubitative. On peut regretter sur ce point qu'elle charge la juridiction de renvoi la tâche d'apprécier si cet allongement peut être considéré comme nécessaire afin de respecter le principe de sécurité juridique, qui plus est sans fournir plus d'indications sur les critères à prendre en cause pour cette mise en balance.

(130) Point 58 et jurispr. citée.

(131) Points 59 et 60 et jurispr. citée.

(132) Arrêt C-347/06, préc., points 64 et 65.

(133) *Ibid.*, point 70.

(134) *Ibid.*, point 71.

Une autre affaire illustre également les ressources du droit commun en matière d'ouverture à la concurrence (135). Il s'agissait cette fois du secteur postal en Espagne. Le litige concernait un accord conclu entre un ministère et Correos, l'opérateur postal historique, pour l'acheminement de diverses catégories de courrier, y compris certaines catégories relevant des services postaux non réservés à l'opérateur de service public. Cet accord avait été conclu sans aucune procédure de publicité ni de mise en concurrence. Une association d'opérateurs privés de courrier faisait valoir devant une juridiction nationale que cette circonstance rendait l'accord contraire aux directives sur la libéralisation du secteur postal (136) et sur les marchés publics (137). Toutefois, la partie la plus intéressante de l'arrêt rendu par la Cour dans cette affaire ne concerne pas l'interprétation de ces directives, mais l'application du droit commun dans un secteur seulement partiellement harmonisé.

En l'espèce, le Traité – et non la directive sur les marchés publics – trouvait à s'appliquer en combinaison avec la directive postale, car il n'était pas acquis que l'accord litigieux portait sur un montant dépassant le seuil à partir duquel le recours à une procédure de marché public est obligatoire.

C'est ce qui conduit la Cour à appliquer, outre la directive 97/67/CE, les articles 43 et 49 CE, en combinaison avec l'article 86 CE et avec les principes généraux de non-discrimination et d'égalité de traitement. De ces deux principes généraux, la Cour déduit qu'une obligation de transparence incombe à l'autorité adjudicatrice. Celle-ci doit « garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication » (138). En outre, la Cour juge que, « [e]n principe, l'absence totale d'une mise en concurrence dans le cas de l'attribution d'un marché public de services tel que celui en cause au principal n'est pas conforme aux exigences des articles 43 CE et 49 CE » (139).

La Cour précise que l'article 86, § 2, relatif à l'application des règles de concurrence aux entreprises titulaires de droits spéciaux ou exclusifs, ne saurait fonder une dérogation à ce principe. En effet, la directive 97/67, applicable en l'espèce, met en œuvre cet article dans le secteur postal. Aussi, en présence de cette harmonisation, les dérogations envisagées par le Traité ne peuvent plus être invoquées (140).

La Cour s'appuie donc sur le Traité pour suppléer l'éventuelle inapplicabilité de la directive sur les marchés public et condamner sur le fondement du droit

(135) CJCE 18 déc. 2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, C-220/06, Rec. I-12175 ; obs. E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert, AJDA 2008. 248-249 ; L. Idot, Services postaux, activités réservées et non réservées, Europe, 2/2008. comm. 45, p. 22-23 ; G. Calley, La fourniture des services postaux face au droit communautaire des marchés publics, LPA, 2008, n° 88-89.

(136) Dir. 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 déc. 1997, concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, JOCE 1998, L 15, p. 14.

(137) Dir. 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, JOCE L 209, p. 1.

(138) C-220/06, préc. point 73.

(139) C-220/06, préc. point 75.

(140) C-220/06, préc., points 80 à 83.

commun l'absence de mise en concurrence, puis sur la directive postale, pour refuser toute justification qui aurait pu être tirée de la nécessité de soustraire à la concurrence certains services non réservés pour préserver l'équilibre économique de l'opérateur de service universel.

b) Restrictions discriminatoires en matière fiscale

En matière fiscale, il convient de traiter ensemble les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services, car les entraves discriminatoires aux deux libertés ont non seulement les mêmes origines, mais se trouvent parfois inextricablement mêlées. Si la plupart des affaires fiscales ayant trait à des discrimination concernent la fiscalité des entreprises, certaines concernent également celles des personnes physiques.

– Fiscalité des entreprises

Au cours de la période chroniquée, plusieurs arrêts condamnent des législations fiscales pour entraves discriminatoires à la liberté d'établissement, à la libre prestation des services ou à ces deux libertés prises ensemble. La plupart portent sur des règles relatives à l'imposition des groupes de sociétés lorsque les sociétés mères et leurs filiales ne sont pas établies dans un même Etat membre.

Une affaire espagnole illustre bien la concomitance des violations de l'article 43 et de l'article 49 CE (141). En l'espèce, l'Espagne avait été condamnée sur le double fondement de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services pour avoir maintenu une législation fiscale qui accordait un traitement plus favorable aux dépenses de recherche et développement lorsque celles-ci étaient effectuées au profit d'organismes de recherche situés en Espagne. La mesure entravait, d'une part, la liberté de consommation des services de recherche, en ce qu'elle dissuadait les entreprises espagnoles de faire appel à des centres de recherche étrangers, et, d'autre part, la liberté d'établissement d'entreprises qui auraient envisager de créer des ces centres de recherche en Espagne.

De manière générale, comme dans cette affaire particulière, les discriminations proviennent du fait que la législation en cause subordonne un avantage fiscal (possibilité de consolider des pertes, de déduire certaines dépenses ou transferts intra-groupes) à la condition que l'établissement secondaire soit situé l'Etat membre où la société mère est imposable. La différence de traitement entre une filiale implantée dans le même Etat membre et une filiale implantée dans un autre Etat membre est systématiquement considérée comme une entrave de nature à dissuader l'établissement (142). Joignant un raisonnement en

(141) CJCE 13 mars 2008, *Commission c/ Espagne*, C-248/06, Rec. I-47* ; A. Barba, I. Hidalgo, ECJ Rules Against Spanish R&D Tax Credit, Tax Notes International, 2008. 121-122.

(142) CJCE 23 nov. 2008, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*, C-157/07, Rec. I-8061 (consolidation des pertes entre une société mère établie en Allemagne et sa filiale autrichienne) ; CJCE 28 févr. 2008, *Deutsche Shell*, C-293/06, Rec. I-1129, obs. E. Traversa, JDE 2008, vol. 6, p. 180, obs. A.-L. Mosbrucker ; Rapatriement du capital de dotation, Europe, 4/2008, comm. 119, p. 21-22 – CJCE 2 oct. 2008, *Heinrich Bauer Verlag*, C-360/06, Rec. I-7333 (règle de valorisation des participations dans une société étrangère défavorisant l'investissement dans un autre Etat membre) ; CJCE 13 mars 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, Rec. I-2107 (déductibilité des intérêts versés en rémunération de fonds empruntés à une société mère) ; CJCE 18 juill. 2007, *Oy AA*, C-231/05, Rec. I-6373 (déductibilité des sommes transférées par une filiale à sa société mère) – CJCE ord. 23 avr. 2008, *The Test Claimants in the FCF and Dividend Group litigation*, C-201/05, Rec. I-2875 (même question). Sur ces derniers

termes d'obstacle à la constatation d'une différence de traitement, la Cour considère généralement qu'une différence de traitement fiscal est en tant que telle de nature à dissuader les entreprises de s'établir dans un autre Etat membre. Selon la formule consacrée, ce type de législation « rend moins attrayant l'exercice de la liberté d'établissement par des sociétés établies dans d'autres Etats membres, lesquelles pourraient en conséquence renoncer à l'acquisition, à la création ou au maintien d'une filiale dans l'Etat membre qui édicte cette mesure » (143). Dans les arrêts *Oy AA* et *Thin cap group litigation*, la Cour est particulièrement explicite sur la jonction entre l'analyse en termes de discrimination et en termes d'obstacle. Elle indique que seul un effet dissuasif potentiel est exigé et qu'il n'est pas nécessaire pour conclure à une entrave de démontrer que la législation en cause a effectivement eu pour effet de conduire certaines sociétés à renoncer à la création ou au maintien d'une filiale dans l'Etat membre concerné (144).

L'arrêt *Lidl* est illustratif de cette catégorie d'affaires. L'affaire *Jobra* illustre quant à elle le fait que la Cour choisit parfois de se placer sur le terrain de la libre circulation des services lorsque la qualification d'entrave paraît plus aisée à établir, quand bien même la catégorie de services est en principe résiduelle.

Lidl Belgium est une société du groupe Lidl établie en Allemagne. Ses activités de distribution discount, initialement limitées à la Belgique, s'étaient étendues au Luxembourg, où la société avait un établissement stable. Le différent fiscal qui a donné l'occasion à une juridiction allemande d'interroger la Cour sur l'interprétation de l'article 43 CE à l'occasion de l'affaire *Lidl Belgium* (145) était le suivant : Lidl Belgium souhaitait faire valoir pour le calcul de son imposition en Allemagne les pertes subies au Luxembourg, ce que refusaient les autorités fiscales allemandes en se fondant sur les dispositions de la convention fiscale germano-luxembourgeoise. En somme, la question était de savoir si un régime fiscal national qui autorise une société résidente à consolider fiscalement les pertes subies par un établissement situé dans le même Etat mais non celles subies par un établissement situé dans un autre Etat membre constituait une entrave à la liberté d'établissement.

Pour apprécier l'existence d'une telle entrave, la Cour rappelle tout d'abord que l'article 43 CE interdit non seulement les restrictions que pourrait opposer l'Etat d'accueil à des entreprises d'autres Etats membres (restrictions analogues à des restrictions à l'importation), mais également les restrictions que pourrait opposer l'Etat d'origine à l'établissement dans d'autres Etats membres de sociétés relevant de sa législation (restrictions analogues à des restrictions à l'exportation) (146). En l'espèce, il y a bien une entrave du second type. En effet, une

arrêts, V. A.-L. Mosbrucker, Imposition des dividendes, Europe, 6/2008. comm. 186, p. 18-19 ; K. Lenaerts, L. Bernardeau, L'encadrement communautaire de la fiscalité directe, Cah. dr. eur. 2007, vol. 2007/1-2. 19.

(143) CJCE 13 mars 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, Rec. I-2107, point 61.

(144) CJCE 18 juill. 2007, *Oy AA*, C-231/05, Rec. I-6373, point 42.

(145) CJCE 15 mai 2008, *Lidl Belgium*, C-414/06, Rec. I-3601 ; obs. E. Traversa, JDE 2008, vol. 6, p. 181 ; W. Kessler, R. Eicke, Cross-Border Loss Transfer After Lidl Belgium, Tax Notes International, 2008. 643-645 ; T. O'Shea, EU Cross-Border Loss Relief : Which View Will Prevail ?, Tax Notes International, 2008. 104-108.

(146) *Lidl Belgium*, préc., point 19 et jurispr. citée.

société allemande pouvait être dissuadée de créer un établissement dans un autre Etat membres plutôt qu'en Allemagne, puisqu'elle ne pourrait dans cette hypothèse bénéficier du même avantage fiscal (147).

Une question similaire à celle de l'affaire *Lidl* était posée à la Cour à l'occasion d'une affaire *Jobra* (148), la différence étant que, cette fois, la Cour se place sur le terrain de la libre prestation de services. L'avantage fiscal dont les conditions d'octroi pouvaient être défavorable aux activités transfrontalières était en l'espèce une prime accordée pour favoriser l'investissement dans certains biens et atteignant 10 % de la valeur de l'investissement. La société *Jobra* avait bénéficié de cette prime pour des achats de poids lourds, mais, à l'occasion d'un contrôle fiscal, le remboursement de cette prime lui avait été demandé, au motif qu'elle avait, au terme d'un contrat de leasing, mis les poids lourds en question à disposition d'une entreprise de transport qui déployait ses opérations principalement dans d'autres Etats membres. Dès lors, l'une des conditions d'octroi de la prime, à savoir le fait que les biens économiques objet de l'investissement soient « utilisés dans un établissement stable situé sur le territoire national » faisait défaut (149). Le juge saisi du recours fiscal intenté par la société *Jobra* interrogeait la Cour sur la compatibilité de cette disposition avec la liberté d'établissement et la libre prestation de services.

L'Autriche et l'Allemagne, dans leurs observations, se plaçaient sur le terrain de la liberté d'établissement, en s'appuyant sur le fait que l'entreprise locataire des camions opérait principalement à partir de sa succursale allemande. Ces Etats tiraient argument du principe de territorialité de l'impôt et faisaient valoir qu'un établissement stable en Autriche et un établissement stable en Allemagne n'avaient pas à recevoir le même traitement fiscal. Pour sa part, la Cour choisit de se placer sur le terrain de la libre prestation de services. Elle s'attache au fait que la location de véhicule est un service et que, indépendamment de la localisation de l'établissement à partir duquel la prestation de services est effectuée, c'est le lieu d'utilisation des camions (hors d'Autriche) qui semble avoir été déterminant pour refuser le bénéfice de la prime d'investissement à la société *Jobra*.

Sous cet angle, il est aisé de conclure à une entrave. En effet, une réglementation nationale telle que celle en cause au principal qui traite moins favorablement les investissements dans des biens utilisés dans d'autres Etats membres que les biens utilisés sur le territoire national « est susceptible de décourager les entreprises pouvant prétendre à cet avantage fiscal de fournir des services de location aux opérateurs économiques exerçant des activités dans d'autres Etats membres » (150). En outre, lorsque, comme en l'espèce, le donneur et le preneur à bail font partie d'un même groupe, « la réglementation nationale en cause est susceptible de décourager l'entreprise preneur en location d'exercer des activités transfrontalières ». Or, comme le rappelle la Cour, selon une jurisprudence constante, il suffit pour qu'une restriction à la libre prestation des services visées soit constituée que les mesures en cause interdisent, gênent ou rendent simplement moins attrayant l'exercice de cette liberté (151).

(147) *Lidl Belgium*, préc., point 25.

(148) CJCE 4 déc. 2008, *Jobra*, C-330/07, nep.

(149) *Jobra*, préc. point 8.

(150) *Jobra*, préc., point 24.

(151) *Jobra*, préc., point 19 et jurispr. citée.

Outre les arrêts condamnant les réglementations fiscales discriminatoires pesant sur les entreprises, la Cour a aussi eu l'occasion de condamner plusieurs dispositions fiscales applicables à des personnes physiques.

– *Fiscalité des personnes physiques*

Les règles fiscales applicables aux personnes physiques sont parfois condamnées pour les mêmes raisons que les règles applicables aux personnes morales. Il en va ainsi lorsqu'une règle fiscale impose aux seuls contribuables non résidents une base minimale d'imposition reposant sur une fiction (152) ou encore lorsque la règle en cause a pour effet de priver le prestataire de services d'un avantage fiscal dont il bénéficierait s'il offrait les mêmes services dans son propre Etat membre (153).

Toutefois, il existe également une spécificité de la fiscalité des personnes physiques, car les entraves qu'elle crée peuvent aussi être condamnées au regard de la libre circulation des travailleurs ou de la liberté de circulation garantie aux citoyens par l'article 18 CE. Ainsi, dans un arrêt *Commission c/ Belgique* (154), la Cour condamne une réglementation belge relative à la déductibilité des cotisations à des caisses de retraite complémentaire. La Cour constate que la réglementation nationale a pour effet d'accorder un avantage fiscal différent selon le lieu d'encaissement des cotisations et est, de ce fait, de nature à dissuader les travailleurs salariés et indépendants d'exercer leur droit de circuler librement dans un autre Etat membre (155). Le même raisonnement est étendu aux personnes qui n'entrent pas dans ces catégories, sur la base de l'article 18 CE (156).

De même dans deux autres arrêts rendus en matière fiscalité des personnes physique vise à la fois la liberté d'établissement, la libre prestation de services et les droits attachés à la citoyenneté (157). Dans ces deux affaires la règle contestée était la même. Il s'agissait d'une disposition du code des impôts allemand permettant aux contribuables établis en Allemagne de déduire une partie des frais de scolarité le leurs enfants, mais seulement dans le cas où ceux-ci étaient scolarisés dans cet Etat membre. Dans la mesure où l'enseignement privé, relevant de la libre prestation de services est concerné (158), la Cour constate que cette réglementation entraîne pour certains parents contribuables une charge fiscale plus importante dès lors qu'ils scolarisent leurs enfants dans une école privée située dans un autre Etat membre et non dans une école privée établie

(152) CJCE 22 mars 2008, *Talotta*, C-383/05, obs. E. Traversa, JDE 2008, vol. 6, p. 180 ; J. Malherbe, M. Wathélet, Incompatibilité avec l'article 43 du Traité CE de la législation belge prévoyant une assiette minimum pour les seuls contribuables non-résidents, RD fisc. n° 841, 2007. 39-40 ; F. Mariatte, Modalités de détermination du revenu imposable, Europe, 5/2007. comm. 139, p. 15-16 ; M. Quaghebeur, ECJ Condemns Belgian Minimum Tax Base for Nonresidents, Tax Notes International, 2007. 331-334.

(153) CJCE 18 déc. 2007, *Jundt*, C-281/06, Rec. I-12231 ; A.-L. Mosbrucker, Entrave à la libre prestation et éducation, Europe, 2/2008. comm. 46, p. 23-24 ; T. O'Shea, Denial of Exemption for Cross-Border Services Unjust, ECJ Says, Tax Notes International, 2008. 328-331.

(154) CJCE 5 juill. 2007, *Commission c/ Belgique*, C-522/04.

(155) *Commission c/ Belgique*, préc., point 66.

(156) *Commission c/ Belgique*, préc., points 65 à 72.

(157) CJCE 9 nov. 2007, *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, C-76/05, Rec. I-6849 et CJCE 9 nov. 2007, *Commission c/ Allemagne*, C-318/05, Rec. I-6957 ; F. Kauff-Gazin, Entrave à la libre prestation de services passive, Europe, 11/2007. comm. 296, p. 19-21 ; F. Kauff-Gazin, Education et droit communautaire : le marché prend-il le pas sur l'intérêt général ?, D. 2008. 666-671.

(158) *V. supra* p. 531.

sur le territoire national. Elle relève en outre que la réglementation a pour effet de dissuader la prestation de services d'enseignement destinés aux enfants de contribuables établis en Allemagne et en déduit que la réglementation en cause constitue une entrave à la libre prestation de services (159).

Cette même réglementation est également condamnée sur trois autres fondements : la Cour juge qu'elle entrave en outre la liberté de circulation des travailleurs (art. 39 CE) et des indépendants (art. 43 CE) en ce qu'elle est susceptible de les dissuader de s'établir en Allemagne s'ils souhaitent que leurs enfants restent scolarisés dans un autre Etat membre. Par ailleurs, dans la ligne de l'arrêt *Chen* (160), qui reconnaît aux citoyens européens le droit à la libre circulation dès le plus jeune âge, la Cour considère que la réglementation en cause porte atteinte à la liberté de circulation des enfants scolarisés dans un autre Etat membre que l'Etat de résidence de leurs parents. L'article 18 CE ne s'applique cependant que lorsque l'enseignement concerné n'est pas couvert par l'article 49 CE, par exemple lorsqu'il s'agit d'un enseignement public. La Cour considère que dans ce cas, on peut atteindre le même résultat sur le fondement de la citoyenneté que sur le fondement des libertés économiques, car les enfants qui étudient dans un autre Etat membre seraient défavorisés par rapport aux enfants qui n'ont pas exercé leur liberté de circulation. Si l'on comprend le souhait de la Cour d'éviter de consacrer un droit d'accès transfrontalier plus étendu à l'enseignement privé qu'à l'enseignement public, il n'en reste pas moins que, pour arriver à ce résultat, la Cour est obligée de considérer que les enfants subissent personnellement le désavantage fiscal, qui ne concerne pourtant *a priori* que leurs parents (161).

B. — Restrictions non discriminatoires

1. Restrictions non discriminatoires à la liberté d'établissement

a) Obligation de *must carry* imposée aux opérateurs de services télévisés

Dans un arrêt concernant une réglementation belge relative à la diffusion de services de télévision, la Cour rend un arrêt à la fois dans la ligne de sa jurisprudence antérieure et de la directive services (162). La réglementation en cause imposait aux câblo-opérateurs titulaires d'une autorisation d'exploiter un réseau de distribution dans la région Bruxelles-capitale une obligation dite de *must carry*, en vertu de laquelle ils devaient diffuser certains programmes dont la liste était arrêtée par les autorités régionales compétentes. Cette obligation de diffusion était l'un des moyens mis en place par les pouvoirs publics pour veiller au pluralisme des média télévisuels dans cette région bilingue.

Dans la mesure où le nombre de canaux de diffusion est limité, cette obligation réduisait mécaniquement les possibilités pour les câblo-opérateurs de diffuser

(159) *Commission c/ Allemagne*, C-318/05, préc. points 79 à 82 ; CJCE 9 nov. 2007, *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, C-76/05, préc., point 66.

(160) CJCE 9 oct. 2004, *Zhu et Chen*, C-200/02, Rec. I-9925.

(161) CJCE 9 nov. 2007, *Commission c/ Allemagne*, C-318/05, Rec. I-6957, point 137.

(162) CJCE 13 déc. 2009, *United Pan-Europe Communications Belgium SA e.a. c/ Etat belge*, C-250/06, Rec. I-11135 ; D. Simon, Programmes télévisés et obligations pour les câblo-distributeurs, *Europe*, 2/2008. comm. 47, p. 24.

d'autres programmes, non inclus sur la liste *must carry*. C'est précisément là la raison qui avait conduit différents éditeurs de programmes de télévision à contester devant le Conseil d'Etat belge la légalité de cette réglementation. Saisie sur recours préjudiciel, la Cour raisonne d'emblée en termes d'entrave, avant même de considérer la question du caractère éventuellement discriminatoire de la législation (163). Elle s'attache au fait que la réglementation en cause détermine les conditions d'accès des éditeurs de programmes d'autres Etats membres au marché régional bruxellois et qu'elle leur impose une charge qui ne pèse pas sur les chaînes *must carry* (164). Cette différence de traitement n'est pas discriminatoire au regard de la nationalité ou du lieu d'établissement puisqu'il existe également des chaînes belges qui ne bénéficient pas du statut de *must carry*. Le fait que ces opérateurs belges soient également gênés par la réglementation en cause est cependant sans incidence puisque la Cour s'attache seulement à l'existence d'un obstacle pour les opérateurs d'autres Etats membres (165).

A cet égard, la Cour relève que, eu égard aux buts de la réglementation, qui incluent l'objectif de rendre disponible une information nationale et régionale, il est probablement difficile pour un opérateur de services télévisés d'un autre Etat membre de se voir reconnaître le statut de *must carry*. La réglementation pourrait donc être indirectement discriminatoire (166). La Cour admet toutefois que la réglementation poursuit un but d'intérêt général (167). Elle précise que la légalité de la réglementation belge, qu'il revient à la juridiction de renvoi d'apprécier, dépend d'une série de critères très proches de ceux de l'article 10 de la directive services. Ainsi, les critères d'attribution du statut de *must carry* doivent être transparents et la procédure d'attribution doit être non discriminatoire. En outre et de manière plus spécifique, le privilège de *must carry* doit être accordé à une chaîne en fonction du contenu de ses programmes plutôt qu'à un opérateur pour l'ensemble de ses chaînes. Enfin, les restrictions éventuelles doivent être proportionnées : pour autant que la réglementation frappe en fait plus lourdement les opérateurs des autres Etats membres, elle ne doit le faire que dans la mesure strictement nécessaire à la réalisation de ses objectifs légitimes (168).

b) Règles transitoires sur les quotas de psychothérapeutes

Dans le cadre d'un recours en manquement contre l'Allemagne (169), la Cour de justice a considéré que la loi allemande instaurant un quota territorial de psychothérapeutes constitue une entrave à la liberté d'établissement.

En pratique, la loi allemande prévoit que le psychothérapeute qui s'installe dans une région ne peut y exercer, sous le régime du conventionnement, que si les psychothérapeutes n'y excèdent pas un certain nombre. Toutefois, la loi contient des dispositions transitoires qui, sous certaines conditions, permettent à ceux qui sont déjà installés dans la région et qui exercent sous le système du

(163) Point 33.

(164) *Ibid.*

(165) Points 33 et 37. L'arrêt cite à cet égard CJCE 10 mai 1995, *Alpine Investments*, C-384/93, Rec. I-1141, point 38. Le même type de raisonnement se retrouve en matière de libre circulation des personnes. V. par ex. CJCE 6 juin 2000, *Angonese*, C-281/98, Rec. I-4139, point 41.

(166) Points 34-35.

(167) Point 42.

(168) Points 44 à 49.

(169) CJCE 6 déc. 2007, *Commission c/ Allemagne*, C-456/05, Rec. I-10517.

conventionnement de continuer de bénéficier du conventionnement même si le nombre de psychothérapeutes dont une région a besoin est dépassé. La Commission reprochait à la loi allemande, concernant cette exception, qu'elle ne permettait en pratique qu'aux thérapeutes conventionnés en vertu du droit allemand d'en bénéficier et pas à ceux installés en Allemagne mais conventionnés dans d'autres Etats membres.

La Cour note que l'activité de psychothérapie ne fait pas l'objet d'une harmonisation au niveau communautaire : les Etats membres demeurent ainsi libres de définir les conditions d'exercice de cette activité, sous réserve du respect des dispositions pertinentes du Traité. Les exigences de la loi allemande constituent, à son estime, une restriction indistinctement applicable à la libre prestation de services : elles sont susceptibles de profiter davantage aux psychothérapeutes établis en Allemagne qu'à ceux établis dans d'autres Etats membres. La Cour considère qu'elle peut être justifiée par la protection d'un droit acquis, à savoir la détention d'une clientèle de patients à l'issue de plusieurs années d'activité professionnelle, qui constitue une raison impérieuse d'intérêt général. Toutefois la mesure prise est disproportionnée par rapport à cet objectif légitime : en effet, l'Allemagne n'a apporté aucun élément susceptible d'indiquer que la prise en compte des psychothérapeutes ayant exercé leur activité pendant la même période sous le régime de l'assurance obligatoire d'autres Etats membres aurait concerné un nombre de personnes tel qu'il aurait porté atteinte à la finalité des dispositions transitoires.

c) Obligation de prestation de serment

La directive « services » exclut de son champ d'application les services de sécurité privée (170). Pour *autant*, et une affaire italienne tranchée durant la période chroniquée le démontre une fois de plus, ces activités n'échappent pas à l'application des règles découlant du droit primaire (171).

A l'occasion d'un recours en manquement dirigé contre l'Italie (172), la Cour a ainsi considéré que, parmi d'autres dispositions de la loi italienne contestée dans le recours, le serment de fidélité à la République italienne imposé aux gardes particuliers était incompatible avec les articles 43 CE et 49 CE. Selon la Cour, les opérateurs implantés dans une province italienne ont en effet plus de

(170) Dir. 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE L 376, p. 36-68, art. 2, k.

(171) CJCE 13 déc. 2007, *Commission c/ Italie*, C-465/05, Rec. I-11091, note V. Michel, Europe, 2/2008. comm. 38, p. 16-17.

(172) La Cour censure également dans cet arrêt d'autres dispositions de la loi italienne à savoir que l'activité de sécurité privée ne peut être exercée par les prestataires de services établis dans un autre Etat membre que sur délivrance d'une autorisation du *Prefetto* de portée territoriale et que ladite autorisation a une validité territoriale limitée et que sa délivrance est subordonnée à la prise en compte du nombre et de l'importance des entreprises de sécurité privée opérant déjà sur le territoire en cause. Il est également reproché à l'Italie le fait que les entreprises de sécurité privée doivent avoir un siège d'exploitation dans chaque province où elles exercent leur activité, que le personnel des entreprises doit être individuellement autorisé à exercer l'activité de sécurité privée, sans qu'il soit tenu compte des contrôles et des vérifications déjà effectués dans l'Etat membre d'origine, que les entreprises de sécurité privée doivent disposer d'un effectif minimal et/ou maximal pour être autorisées, que les mêmes entreprises doivent déposer une caution auprès de la caisse des dépôts et des consignations et que les prix des services de sécurité privée sont fixés dans l'autorisation du *Prefetto* par rapport à une marge de variation préétablie.

facilité que ceux provenant d'autres Etats membres, et souhaitant exercer leurs activités en Italie, pour disposer de personnel acceptant de prêter le serment exigé par la législation italienne (173).

On le voit donc, les activités de sécurité privée n'échappent pas au mouvement de libéralisation du secteur des services initiés au niveau européen même si la directive « services » n'aura pas d'impact sur celles-ci. D'un point de vue pratique, ces activités échapperont, entre autres, aux obligations d'évaluation systématique de la législation nationale postulée par la directive et resteront soumises à une approche judiciaire et casuistique. La justification de cette exclusion est tout sauf claire, et doit sans doute plus à un lobbying efficace qu'à des raisons tenant à la particularité de ces services. On ne peut que le regretter.

III. — JUSTIFICATIONS

A. — Justifications visées par le Traité

Sécurité publique

Dans une affaire *Commission c/ Espagne* (174) relative au régime d'autorisation préalable auxquelles étaient soumises certaines prises de participation dans des sociétés exerçant une activité réglementée dans le secteur de l'énergie, le Royaume d'Espagne alléguait un objectif de sécurité publique. La Cour ne remet pas en cause la pertinence des considérations de sécurité publique dans le secteur de l'énergie en ce qui concerne la sécurité de l'approvisionnement, mais juge le système d'autorisation préalable disproportionné (175). En particulier, elle relève que le régulateur espagnol chargé de délivrer les autorisations jouit d'un pouvoir discrétionnaire trop grand, car il lui est loisible de les refuser pour des motifs « d'intérêt général » ou de « risques significatifs ». La justification est refusée parce que ces motifs sont trop imprécis et, partant, ne garantissent pas une sécurité juridique suffisante aux entreprises pas plus qu'ils ne permettent un véritable contrôle juridictionnel.

B. — Exigences impératives d'intérêt général

1. Droit fondamental : le droit de grève

Dans ses arrêts *Laval* et *Viking*, la Cour de justice reconnaît le caractère de droit fondamental du droit de mener une action collective. Toutefois, avant

(173) « Il est ainsi manifeste qu'une telle promesse solennelle de fidélité à la République italienne et au chef de l'Etat, en raison de sa portée symbolique, recevra plus aisément l'agrément de ressortissants de cet Etat membre ou de personnes d'ores et déjà installées dans ledit Etat. Les opérateurs étrangers sont, en conséquence, mis dans une situation désavantageuse par rapport aux opérateurs italiens implantés en Italie. Dès lors, la prestation de serment litigieuse, ainsi imposée aux salariés des entreprises de sécurité privée, constitue, pour les opérateurs non établis en Italie, une entrave à la liberté d'établissement ainsi qu'à la libre prestation des services » (arrêt C-465/05, préc., points 47 et 48)

(174) CJCE 17 juill. 2008, *Commission c/ Espagne*, C-207/07, Rec. I-111*.

(175) Points 54 et 55.

d'arriver à cette conclusion, la Cour a d'abord conclu que, contrairement à ce que soutenaient certains syndicats, le droit de mener une action collective entre dans le champ d'application du droit communautaire.

Un des principaux arguments des syndicats dans l'affaire *Viking* afin d'écarter l'application du droit communautaire était celui tiré de la jurisprudence *Albany* de la Cour (176). Dans cet arrêt, la Cour avait en effet considéré que des accords conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux en vue d'améliorer les conditions d'emploi et de travail doivent être considérés, en raison de leur nature et de leur objet, comme ne relevant pas de l'article 81 du Traité. Les syndicats en tiraient argument pour justifier que le droit de mener une action collective, indissociable de la négociation collective, devait être exclu du champ d'application de l'article 43 CE. La Cour rejette cet argument. Selon elle, il ne serait pas « inhérent » à l'exercice même de la liberté syndicale et du droit de mener une action collective de porter une certaine atteinte auxdites libertés fondamentales (177). Du reste, l'exclusion d'une activité du champ d'application des dispositions du Traité relatives au droit de la concurrence n'entraîne pas, de manière automatique, une exclusion du champ d'application des libertés garanties par le Traité dès lors que lesdites dispositions répondent à des conditions d'application différentes.

Plusieurs gouvernements soutenaient également l'argument selon lequel le droit de grève étant un droit fondamental, il devait être exclu du champ d'application de l'article 43 CE. La Cour reconnaît le caractère fondamental du droit de mener une action collective. Cette reconnaissance est fondée sur les différents instruments de droit international, auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré, qui le reconnaissent comme tel (178), ainsi que sur les instruments élaborés par les Etats membres au niveau communautaire ou dans le cadre de l'Union (179).

Toutefois, si le droit de mener une action collective, y compris le droit de grève, doit être reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire, il n'en demeure pas moins que son exercice peut être soumis à certaines restrictions. Il n'est donc pas exclu du champ d'application de l'article 43 CE. Dès lors, même si le droit de grève permet de justifier une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, il doit être concilié avec les exigences relatives aux droits protégés par ledit traité et conforme au principe de proportionnalité (180).

Ce faisant, la Cour, dans les arrêts *Laval* et *Viking*, évalue, au terme d'un raisonnement classique, si le droit de mener une action collective permet de justifier une restriction aux libertés d'établissement et de prestation de service et si

(176) CJCE 21 sept. 1999, *Albany*, C-67/96, Rec. I-5751.

(177) Arrêt *Viking*, préc., point 52.

(178) *Ibid.*, point 43. La Cour cite la charte sociale européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961, d'ailleurs expressément mentionnée à l'article 136 CE, et la convention n° 87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, adoptée le 9 juillet 1948 par l'Organisation internationale du travail.

(179) *Ibid.*, point 43. La Cour cite la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs adoptée lors de la réunion du Conseil européen tenue à Strasbourg le 9 décembre 1989, également mentionnée à l'article 136 CE, et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (JOCE C 364, p. 1).

(180) *Ibid.*, points 45 et 46. L'arrêt *Laval* reprend le même raisonnement en ses points 90 s.

oui, à quelles conditions. En effet, la Cour considère que l'action des syndicats dans ces deux affaires constitue bien une restriction à ces libertés (181).

Le droit de mener une action collective, droit fondamental, constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux libertés reconnues par le Traité. Elle ajoute, de manière sans doute superfétatoire, que la protection des travailleurs est également un intérêt légitime déjà reconnu par la jurisprudence qui permet de justifier cette entrave (182) et que le droit primaire reconnaît explicitement un objectif de « protection sociale élevé » à la construction du marché intérieur (183). Les libertés de circulation doivent donc être mises en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale. On perçoit toutefois difficilement en quoi cette constatation modifie le raisonnement classiquement développé par la Cour dans la suite de son arrêt.

En effet, la Cour propose, dans son arrêt *Viking*, une grille d'analyse, à l'usage de la juridiction de renvoi (184), afin de distinguer de ce qui constitue, à l'aune du critère de proportionnalité, une grève légitime d'une grève illégitime. Tout d'abord, une action collective ne peut être raisonnablement considérée comme relevant de l'objectif de protection des travailleurs que s'il est établi que les emplois ou les conditions de travail en cause n'étaient pas compromis ou sérieusement menacés (185). Ce travail d'évaluation est confié à la juridiction de renvoi. Si celle-ci constate que cette première condition est remplie, il lui incombera alors de vérifier si l'action collective engagée par ce syndicat est apte à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce dernier. Il lui faudra examiner, d'une part, si, en application de la législation nationale et du droit conventionnel qui est applicable à cette action, FSU ne disposait pas d'autres moyens, moins restrictifs de la liberté d'établissement, pour faire aboutir la négociation collective engagée avec *Viking* et, d'autre part, si ce syndicat avait épuisé ces moyens avant d'engager une telle action (186).

En ce qui concerne, l'action menée par ITF, la Cour considère que, « pour autant que cette politique aboutit à empêcher les armateurs d'immatriculer leurs navires dans un Etat autre que celui dont les propriétaires effectifs de ces navires sont les ressortissants, les restrictions à la liberté d'établissement qui découlent de telles actions ne sauraient être objectivement justifiées » (187). En effet ITF ne tient pas compte, pour la mise en œuvre de son action du fait que le na-

(181) *Ibid.*, point 74 et *Laval*, préc., point 99.

(182) CJCE 23 nov. 1999, *Arblade e.a.*, C-369/96 et C-376/96, Rec. I-8453, point 36. On peut s'interroger sur la pertinence de rattacher le droit fondamental de mener une action collective à cet intérêt légitime préexistant. Dans l'arrêt *Laval*, de manière plus orthodoxe, la Cour constate plus simplement que le droit de mener une action collective ayant pour but la protection des travailleurs de l'Etat d'accueil contre une éventuelle pratique de dumping social peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général (point 103).

(183) Arrêt *Viking*, préc., point 78 ; arrêt *Laval*, préc., points 104-105.

(184) En l'occurrence, ce travail d'analyse n'aura pas lieu. En effet, après le jugement de la Cour de justice, *Viking*, ITF et FSU sont parvenus à un accord et l'affaire a été retirée : le juge anglais n'aura donc jamais à se prononcer sur ces questions (J. Malmberg et T. Sigeman, *Industrial Actions and EU Economic Freedoms : the Autonomous Collective Bargaining Model Curtailed by the European Court of Justice*, CML Rev, vol. 45, 2008. 1120).

(185) Arrêt *Viking*, préc., point 81.

(186) *Ibid.*, point 87.

(187) *Ibid.*, point 88.

vire est enregistré dans un Etat garantissant aux travailleurs une protection sociale plus élevée que celle dont ils bénéficieraient dans le premier Etat. Dès lors, on ne peut considérer qu'elle a pour objectif, dans tous les cas, la protection des travailleurs.

2. Rejet des justifications purement économiques

Tout comme le secteur déjà évoqué de la sécurité publique, celui des paris et des jeux est exclu de l'application de la directive services (188). Pour autant, il demeure soumis au droit primaire, ce que démontre à l'envi une jurisprudence nombreuse. Concernant plus précisément la liberté d'établissement, on peut relever durant la période chroniquée une affaire mettant en cause un recours en manquement contre l'Italie (189).

En l'occurrence, le recours en manquement portait sur la procédure de renouvellement de 329 concessions pour la gestion des paris hippiques en Italie, et ce en dehors de toute procédure de mise en concurrence. S'agissant en l'occurrence d'une concession de services publics, la procédure est toutefois exclue du champ d'application de la directive 92/50 sur les procédures de passation de marchés publics de services (190). Mais les autorités publiques sont, néanmoins, en vertu des articles 43 et 49 CE, tenues de respecter certaines règles fondamentales (191). Selon la Cour, l'Italie a, par l'absence totale de mise en concurrence aux fins de l'octroi des concessions pour la gestion des paris hippiques, manqué aux obligations qui découlent des articles 43 CE et 49 CE.

L'Italie tentait de justifier ledit renouvellement sans appel d'offres par la nécessité, notamment, de décourager le développement d'activités clandestines de collecte et d'attribution des paris sans toutefois expliquer le lien entre cet objectif et le refus d'appel d'offre. Or, selon la jurisprudence de la Cour, « il appartient aux autorités nationales compétentes de démontrer, d'une part, que leur réglementation répond à un intérêt essentiel au sens des articles 45 CE et 46 CE ou à une exigence impérieuse d'intérêt général consacrée par la jurisprudence et, d'autre part, que ladite réglementation est conforme au principe de proportionnalité » (192). L'argument est donc rejeté par la Cour.

L'Italie cherchait également à justifier cette mesure par le fait de garantir aux titulaires d'une concession la continuité, la stabilité financière et un rendement

(188) Dir. 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE L 376, p. 36-68, art. 9 s. et considérant 39. Si la directive avait été applicable, la réglementation en cause aurait dû faire l'objet d'un examen au regard de la transparence des procédures d'autorisation.

(189) CJCE 13 sept. 2007, *Commission c/ Italie*, C-260/04, Rec. I-7083. Ce n'est pas la seule affaire de ce type concernant cet Etat. Sur la distinction entre « marché public » et « concession », V. CJCE 13 nov. 2008, *Commission c/ Italie*, C-437/07, non encore publié au Recueil ; obs. E. Bernard, Europe, 1/2009. comm. 30. *Adde* : P. Nihoul, Les marchés publics dans l'Union européenne (2006-2007), JDE vol. 9, 2008. 281 ; E. Meisse, Concession de service public, Europe, 11/2007. comm. 299, p. 23 ; A. Brown, The Obligation to Advertise Betting Shop Licences Under the EC Principle of Transparency : Case C-260/04, *Commission v. Italy*, *Public Procurement Law Review*, 2008, p. NA1-NA7.

(190) Dir. 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, JOCE L 209, p. 1-24.

(191) CJCE 21 juill. 2005, *Coname*, C-231/03, Rec. I-7287, point 16, parmi d'autres.

(192) Arrêt *Commission c/ Italie*, préc., point 33.

correct des investissements réalisés dans le passé. Cet argument est également rejeté au motif qu'un intérêt de nature économique ne peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général valable (193).

3. Lutte contre la criminalité

C'est encore une réglementation italienne sur les jeux et paris qui est en cause dans l'arrêt *Placanica* (194). La Cour y réitère le constat déjà dressé dans l'arrêt *Gambelli* (195) selon lequel cette législation viole à la fois les articles 43 et 49 CE en soumettant l'activité de collecte de paris à un système d'autorisation préalable excluant certaines catégories de prestataires, notamment les entreprises cotées. L'arrêt *Placanica* donnait à la Cour l'occasion de revenir sur les justifications de la réglementation en cause. A cet égard, elle reconnaît qu'un système de concessions peut constituer un mécanisme efficace permettant de contrôler les opérateurs actifs dans le secteur des jeux de hasard dans le but de prévenir l'exploitation de ces activités à des fins criminelles ou frauduleuses (196). En revanche, la Cour condamne les sanctions pénales qu'encourent les prestataires non munis des autorisations de police requises dans la mesure où il leur était impossible d'obtenir lesdites autorisations (197). Celles-ci étaient en effet subordonnées à la possession d'une concession, laquelle ne pouvait elle-même être obtenue par des commerçants gérant un centre de paris pour une société cotée britannique.

4. Protection des travailleurs

Dans un arrêt *Commission c/ Allemagne* (198), était en cause une réglementation allemande qui faisait obligation à toute entreprise employant des travailleurs sur des chantiers situés en Allemagne de tenir à la disposition des autorités de contrôle pour chaque ouvrier une version en langue allemande de son contrat de travail, des fiches de paie et documents attestant des horaires de travail et du paiement des salaires. Pour les entreprises établies dans d'autres Etats membres cette obligation représentait indéniablement un coût, puisqu'elle les obligeait à traduire en allemand des documents établis à l'origine dans une autre langue. Il y avait donc une discrimination indirecte, en ce qu'étaient imposés

(193) CJCE 6 juin 2000, *Verkooijen*, C-35/98, Rec. I-4071, point 48.

(194) CJCE 6 mars 2007, *Placanica*, C-338/04, Rec. I-1891 ; S. Destours, Monopole des jeux de hasard en ligne : rien ne va plus, RLC vol. 8, 2006. 67-69 ; L. Grynbaum, Lutte contre la délinquance et réglementation des jeux et paris à la lumière de la jurisprudence de la CJCE (Loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance et arrêt CJCE du 6 mars 2007, *Placanica et autres*), Droit de l'immatériel : informatique, médias, communication, vol. 26, 2007. 26-28 ; D. Simon, Faites vos jeux, rien ne va plus..., Europe, 5/2007. comm. 141, p. 17-18 ; T. Verbiest, E. Heffermehl, Jeux d'argent en ligne : l'impact de l'arrêt *Placanica*, Droit de l'immatériel : informatique, médias, communication, vol. 27, 2007. 69-71 ; J.-L. Clergerie, La compatibilité des réglementations nationales des jeux de hasard avec le droit communautaire, D. 2007. 1314-1316.

(195) CJCE 6 nov. 2003, *Gambelli e.a.*, C-243/01, Rec. I-13031.

(196) Point 57.

(197) Point 70.

(198) CJCE 18 juill. 2007, *Commission c/ Allemagne*, C-490/04, Rec. I-6095 ; P. Coursier, Sur l'impossibilité de soumettre le détachement temporaire de travailleurs à des formalités déclaratives spécifiques, JCP S 2007. 1695, p. 25-26.

aux entreprises établies dans un Etat membres non germanophone des coûts administratifs que les entreprises allemandes n'avaient pas à supporter. En ce sens, la réglementation allemande constituait une entrave à la libre prestation de services (199). La Cour juge toutefois cette restriction justifiée au regard de l'exigence impérative d'intérêt général que constitue la protection des travailleurs. Plus précisément, il s'agit de garantir aux travailleurs détachés sur des chantiers situés en Allemagne par des entreprises établies dans d'autres Etats membres la protection offerte par le droit allemand. A cet égard, la Cour juge l'exigence de traduction en allemand des contrats de travail et autres documents conforme au principe de proportionnalité. Elle relève en effet que l'obligation de traduction ne concerne qu'un nombre limité de documents standardisés et il n'existe pas de moyens moins contraignants de permettre le contrôle du respect de la législation sociale par les inspecteurs du travail allemands.

5. Protection des consommateurs

Dans une affaire *Dermoestética* (200), une société espagnole exploitant des cliniques privées avait mis en cause la compatibilité de la réglementation italienne sur la publicité médicale avec la libre prestation de services ainsi que la liberté d'établissement. Cette réglementation interdisait la publicité télévisée pour les traitements médicaux sur les chaînes de diffusion nationale, mais l'autorisait sur les chaînes locales. Cette incohérence rend la réglementation en cause inapte à atteindre le but de protection des consommateurs, si bien que la justification avancée par le gouvernement italien est, pour cette seule raison, rejetée.

6. Sécurité juridique

L'arrêt *ASM Brescia* (201), évoqué *supra*, concernait une législation italienne qui prévoyait qu'il soit mis fin de manière anticipée à des concessions de distribution du gaz afin que les communes puissent conclure de nouvelles concessions selon des procédures transparentes de mise en concurrence.

Si la Cour considère que le dispositif nouveau met fin à une situation contraire à l'article 43 CE, elle n'en juge pas moins favorablement la période transitoire, qui retarde la mise en conformité du droit italien avec le Traité, et ce au nom du principe de sécurité juridique. La Cour juge que ce principe « non seulement permet mais aussi impose que la résiliation anticipée [d'une concession de service public] soit assortie d'une période transitoire qui permette aux cocontractants de dénouer leurs relations contractuelles dans des conditions acceptables tant du point de vue des exigences du service public que du point de vue économique » (202). La Cour laisse à la juridiction de renvoi le soin d'apprécier si le report de la date à laquelle il devait au plus tard être mis fin aux anciennes concessions était ou non nécessaire à la sauvegarde de ces exigences.

On peut observer que seul le principe de sécurité juridique est visé et non le principe de confiance légitime, également évoqué dans le recours. Cela n'empêche

(199) *Commission c/ Allemagne*, cité *supra* note 86, points 68 et 69.

(200) CJCE 17 juill. 2008, *Corporación Dermoestética*, C-500/06, Rec. I-5785.

(201) CJCE 17 juill. 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, Rec. I-5641.

(202) Point 71.

pas la Cour de se placer du point de vue des opérateurs titulaires des concessions existantes et d'observer que, à l'époque où ces concessions ont été conclues, la Cour n'avait pas jugé que l'absence de mise en concurrence était contraire à l'article 43 CE. Si nul n'a droit au maintien d'une jurisprudence constante, en revanche, le principe de sécurité juridique permet de protéger les opérateurs contre les effets trop brutaux de rétroactivité de la jurisprudence communautaire, y compris en justifiant une l'allongement d'une période de transition prévue par une loi nationale visant à mettre fin à une infraction au Traité.

7. Promotion de l'enseignement et de la recherche

Dans une affaire *Commission c/ Espagne* déjà évoquée, la Cour a énoncé qu'il ne pouvait être exclu que la promotion des activités de recherche et développement constitue une raison impérieuse d'intérêt général (203), mais n'a pas analysé ce point de manière approfondie, car, la mesure en cause était une incitation fiscale dont le bénéfice était réservé aux investissements dans des activités de R&D réalisés en Espagne. Citant son arrêt *Laboratoire Fournier* (204), la Cour rappelle que cette différence de traitement est « directement contraire à l'objectif de la politique communautaire dans le domaine de la recherche et du développement technologique » (205), ce qui exclut toute justification.

8. Equilibre financier des systèmes de santé

Dans une affaire *Stamatelaki* (206), était en cause une législation grecque aux termes de laquelle, un patient affilié en Grèce à un organisme social pouvait se faire soigner gratuitement dans un hôpital grec, mais ne pouvait se faire rembourser des frais d'hospitalisation encourus dans un autre Etat membre. La seule exception concernait les enfants âgés de moins de 14 ans (207). L'entrave à la liberté des patients étant facilement constatée, l'apport de l'arrêt concerne les justifications admises. Il est apparent que la motivation du gouvernement grec tenait à la maîtrise des coûts. Il faisait en effet valoir que les hospitalisations à l'étranger étaient généralement plus coûteuses qu'en Grèce (208). Sans surprise, cet argument ne suffit pas à justifier la restriction à la libre circulation des patients. La Cour juge que le caractère absolu, sous réserve du cas des enfants âgés de moins de 14 ans, des termes de l'interdiction édictée par la législation grecque n'est pas adapté à l'objectif poursuivi (209).

9. Répartition de la compétence fiscale et prévention de l'évasion fiscale

Dans l'arrêt *Marks & Spencer* (210), des justifications tirées de la nécessité de sauvegarder la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les Etats

(203) CJCE 13 mars 2008, *Commission c/ Espagne*, C-248/06, Rec. I-47*, point 33.

(204) CJCE 10 mars 2005, *Laboratoires Fournier*, C-39/04, Rec. I-2057, point 23.

(205) CJCE 13 mars 2008, *Commission c/ Espagne*, C-248/06, Rec. I-47*, point 33.

(206) CJCE 19 avr. 2007, *Stamatelaki*, C-444/05, Rec. I-3185 ; note J.-Ph. Lhernould, RDSS 2007. 633-638.

(207) Point 26.

(208) Point 33.

(209) Point 35.

(210) CJCE 13 déc. 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, Rec. I-10837.

membres avaient été admises, en combinaison avec deux autres éléments, à savoir la nécessité de prévenir le risque de double emploi des pertes et d'évasion fiscale (211). Dans l'arrêt *Oy AA* (212), la Cour a admis des justifications de même nature. En ce qui concerne la répartition du pouvoir d'imposition, elle fait simplement application de sa jurisprudence *Marks & Spencer* et constate que l'extension aux sociétés mères étrangères de la déductibilité des transferts des filiales vers les sociétés mères aurait pour conséquence de soumettre la répartition du pouvoir d'imposition aux choix des opérateurs. Ceux-ci pourraient en effet transférer comme bon leur semble les bénéfices des filiales finlandaises vers des sociétés établies dans d'autres Etats membres et ainsi mettre en échec le pouvoir de l'Etat finlandais de lever l'impôt sur certaines sociétés établies sur son territoire. La Cour admet en particulier que l'extension de cette déductibilité aux transferts vers des sociétés mères établies dans d'autres Etats membres pourrait donner lieu à des montages purement artificiels destinés à organiser des transferts au bénéfices de sociétés mères établies dans des Etats membres où ces sommes seraient moins, voire pas du tout, imposées (213). Elle en déduit que la règle fiscale finlandaise est justifiable au regard de l'objectif de préserver la capacité des Etats à procéder conventionnellement à la répartition du leur pouvoir d'imposition, combiné avec l'objectif de prévention de l'évasion fiscale. Le critère de proportionnalité est par ailleurs jugé satisfait en l'espèce, car une règle moins restrictive (tenant par exemple compte des modalités d'imposition des revenus de la société mère) laisserait néanmoins une marge de manœuvre aux opérateurs de sorte que les Etats ne seraient plus maîtres de la répartition entre eux du pouvoir d'imposition.

Le même type de justification était en cause dans l'arrêt *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (214), à cette différence près que l'enjeu pour le fisc britannique était considérable puisque les règles en cause faisaient l'objet d'une série de recours l'opposant à diverses multinationales. Ces règles permettaient à une société résidente de déduire des intérêts versés en rémunération de fonds empruntés à une société mère lorsque cette dernière était également établie au Royaume-Uni. En revanche, lorsque la société mère créancière était établie dans un autre Etat membre, cette possibilité de déduction était limitée. Le Royaume-Uni avançait que la législation en cause visait à lutter contre les stratégies de groupe consistant à transférer les bénéfices réalisés par les filiales établies au Royaume-Uni vers d'autres Etats, autrement

(211) *Marks & Spencer*, préc., point 51.

(212) CJCE 18 juill. 2007, *Oy AA*, C-231/05, Rec. I-6373 ; Obs. E. Traversa, JDE vol. 6, 2008. 181 ; obs. L. Defalque, JDE vol. 8, 2008. 247 ; obs. F. Donnat, Revue juridique de l'économie publique, n° 655, 2008. 16 ; M.-C. Bergerès, L'impossibilité pour une filiale résidente de déduire de ses revenus imposables un transfert financier vers sa société mère étrangère est-elle compatible avec le droit communautaire ?, RD fisc. 2008. comm. 1092, p. 32-36.

(213) Point 58.

(214) CJCE 13 mars 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, Rec. I-2107 ; obs. E. Traversa, JDE vol. 6, 2007. 170 ; obs. F. Donnat, Revue juridique de l'économie publique, n° 655, 2008. 15-16 ; F. Fontaneau Vandoren, La Cour de justice européenne se prononce sur les règles de la « sous capitalisation » en Grande-Bretagne, Fiscalité européenne, n° 149, 2007. 3-8 ; F. Mariatte, Sous-capitalisation et droit communautaire, Europe, 5/2007. comm. 140, p. 16-17 ; F. Perrotin, Un élargissement inattendu de la notion communautaire d'abus de droit, LPA, 2007, n° 66 ; J. Tronnet, La décision CJCE *Test Claimants in the Thin Group Cap Litigation* (13 mars 2007, aff. C-524/04) : un plaidoyer « indirect » en faveur de l'« euro-compatibilité » de l'article 57 du CGI ?, RD fisc. 2008. Etude 327, p. 9-11.

dit d'échapper à l'impôt dans cet Etat en organisant le sous capitalisation (*thin capitalisation*) des sociétés résidentes (215).

La Cour rappelle sa jurisprudence concernant la possibilité pour les Etats membres d'édicter des règles destinées à éviter les abus. Selon cette jurisprudence, une mesure nationale restreignant la liberté d'établissement peut être justifiée lorsqu'elle vise spécifiquement les montages purement artificiels dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation de l'Etat membre concerné (216). La lutte contre les montages frauduleux doit constituer l'objet spécifique de la mesure en cause. En outre, pour satisfaire au test de proportionnalité, l'application de la mesure doit être fondée sur un examen d'éléments objectifs et vérifiables pour déterminer si une transaction présente le caractère d'un montage purement artificiel à des seules fins fiscales (217). En second lieu, lorsque la vérification de tels éléments aboutit à la conclusion que la transaction en cause correspond à un montage purement artificiel dépourvu de raisons commerciales réelles, la requalification des intérêts versés en bénéfices distribués doit se limiter à la fraction de ces intérêts qui dépasse un taux normal (218). Enfin, la législation doit ménager aux sociétés imposées la possibilité d'établir que les prêts avaient une justification (219).

V. – RESTRICTIONS À LA LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT ET À LA LIBRE PRESTATION DE SERVICES DANS LES SECTEURS HARMONISÉS

A. — Reconnaissance des qualifications

L'épineux problème de la reconnaissance des qualifications professionnelles a fait l'objet d'un grand nombre d'arrêts durant la période chroniquée (220), preuve s'il en était besoin que des progrès considérables demeurent à réaliser dans ce domaine. La matière est caractérisée par l'émission de dispositions de droit secondaire applicables, ce qui ne facilite certes pas une compréhension aisée de l'ensemble de la matière. Il est à cet égard encore trop tôt pour évaluer si la directive « horizontale » 2005/36 (221), dont la date de transposition a échoué durant la période (222), apportera des progrès décisifs dans ce domaine et si le nombre de recours diminuera à l'avenir.

(215) point 52.

(216) Points 72-74 et jurispr. citée.

(217) Point 82.

(218) Point 84.

(219) Point 86.

(220) CJCE 18 janv. 2007, *Commission c/ République tchèque*, C-203/06, Rec. I-6 – CJCE 18 janv. 2007, *Commission c/ République tchèque*, C-204/06, Rec. I-7* – CJCE 24 mai 2007, *Commission c/ Portugal*, C-43/06, Rec. I-73* – CJCE 10 juill. 2008, *Commission c/ Portugal*, C-307/07, Rec. I-107* – CJCE 17 avr. 2008, *Willem Van Leuken*, C-197/06, Rec. I-02627 – CJCE 4 déc. 2008, *Theologos-Grigorios Chatzithanasis*, C-151/07, nep – CJCE 4 déc. 2008, *Commission c/ Grèce*, C-84/07, nep – CJCE 23 oct. 2008, *Commission c/ Espagne*, C-286/06, Rec. I-8025 – CJCE 23 oct. 2008, *Commission c/ Grèce*, C-274/05, Rec. I-7969 – CJCE 2 oct. 2008, *Commission c/ Grèce*, C-36/08, Rec. I-135*.

(221) Dir. 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 sept. 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, JOUE L 255, p. 22-142.

(222) 20 oct. 2007.

B. — Professions réglementées

Directive 86/653 : agents commerciaux

Plusieurs arrêts (223) rendus durant la période chroniquée concernent l'interprétation de la directive 86/653 relative aux agents commerciaux indépendants (224). La première affaire concernait l'interprétation de l'article 17 de cette directive sur l'indemnité de cessation. La question posée à la Cour consiste à savoir si l'article 19 de la directive doit être interprété en ce sens que l'indemnité de cessation de contrat prévue à l'article 17, § 2, de la directive peut être remplacée, en application d'une convention collective, par une indemnité déterminée en fonction de critères autres que ceux fixés par cette disposition. La Cour répond que cette substitution n'est pas permise sauf s'il est établi que l'application d'une telle convention garantit, dans tous les cas, à l'agent commercial une indemnité égale ou supérieure à celle qui résulterait de l'application de la directive.

La seconde affaire concernait la qualification même d'agent commercial : un intermédiaire indépendant qui est intervenu dans la conclusion d'un contrat unique mais prorogé durant plusieurs années, et non d'une succession de contrats, peut-il être considéré comme un agent commercial au sens de l'article 1 de la directive ? Selon la Cour (225), dans une telle situation, la condition de permanence posée par l'article 1^{er}, § 2, de la directive exige que cet intermédiaire ait été chargé de manière permanente par le commettant de négocier les prorogations successives de ce contrat, à moins qu'il existe d'autres facteurs de nature à traduire l'existence d'un mandat permanent de négociation. Il appartient à la juridiction nationale de renvoi de procéder aux constatations nécessaires à cet égard. La Cour ajoute toutefois que la simple circonstance que l'intermédiaire ait entretenu des relations avec le commettant pendant toute la période contractuelle est, à elle seule, insuffisante pour démontrer l'existence d'un tel mandat.

Enfin, dans une dernière affaire, M. Chevassus-Marche, représentant exclusif de certaines filiales de la société Danone pour les îles de Mayotte et de la Réunion, était en conflit avec ladite société pour le paiement de diverses commissions. Ces demandes ont été rejetées par les juridictions du fond aux motifs que ces commissions concernaient des achats effectués auprès de centrales d'achat établies en France métropolitaine, en dehors du contrôle de la société Groupe Danone et de ses filiales et sans intervention de M. Chevassus-Marche. Le plaignant s'est pourvu en cassation, action reprise par ses héritiers à son décès. La Cour de cassation française a, dans ce cadre, demandé à la CJCE si l'article 7, § 2, de la directive doit être interprété en ce sens qu'un agent commercial chargé d'un secteur géographique déterminé a droit à une commission dans le cas où une opération commerciale a été conclue entre un tiers et un client appartenant à ce secteur, sans que le mandant intervienne de façon directe ou indirecte

(223) CJCE 23 mars 2006, *Honyvem Informazioni Commerciali*, C-465/04, Rec. I-2879 – CJCE 16 mars 2006, *Poseidon Chartering*, C-3/04, Rec. I-2505 – CJCE 17 janv. 2008, C-19/07, *Héritiers de Paul Chevassus-Marche*, Rec. I-159.

(224) Dir. 86/653/CEE du Conseil du 18 déc. 1986 relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants, JOCE L 382, p. 17-21.

(225) Arrêt C-3/04, préc., point 26.

dans cette opération. La Cour considère que l'agent commercial chargé d'un secteur géographique déterminé n'a pas droit à la commission pour les opérations conclues par des clients appartenant à ce secteur avec un tiers en l'absence d'intervention, directe ou indirecte, du commettant. Il appartient à la juridiction de renvoi, la Cour de cassation, d'établir si les éléments dont elle dispose, « appréciés en tenant compte du souci de protection de l'agent commercial, qui constitue l'un des objectifs de la directive, ainsi que de l'obligation de loyauté et de bonne foi, qui incombe au commettant en vertu de l'article 4 de la directive, lui permettent ou non d'établir l'existence d'une telle intervention, que cette intervention soit de nature juridique, par exemple par l'intermédiaire d'un représentant, ou factuelle » (226).

C. — *Détachement de travailleurs*

La Cour de justice a été confrontée, outre l'arrêt *Laval*, à d'autres affaires traitant de l'interprétation à donner à la directive sur le détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services. Les arrêts *Rüffert* (227) et *Commission c/ Luxembourg* (228) ont ainsi également précisé les contours de celle-ci.

A titre de prolégomènes, il n'est pas inutile de rappeler en quelques mots le contenu de cette directive. Elle prévoit en substance deux types règles. Tout d'abord, son article 3.1 impose que le travailleur détaché bénéficie d'un « noyau dur » de dispositions sociales – dont elle fournit une liste – du pays de détachement, mais sans toutefois en harmoniser le contenu matériel. Cette liste n'est pas exhaustive puisque la directive laisse une porte ouverte, en son article 3.10, en prévoyant explicitement que les Etats membres peuvent imposer d'autres dispositions de leur droit national à la condition qu'elles soient d'ordre public. Toute la question est évidemment celle de la portée de cette notion d'ordre public. De nombreux Etats, dont le Luxembourg, se sont référés à une conception purement nationale de cette notion, et c'est notamment ce point que la Commission conteste dans l'affaire le mettant en cause.

Au niveau formel, ce noyau dur de dispositions doit normalement être fixé soit par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives soit, dans le secteur de la construction, par des conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale. C'est ce deuxième point qui est au cœur du litige survenu dans les affaires *Laval* et *Rüffert*.

Le deuxième grand type de règles prévues par la directive sont des règles visant à l'encadrement des mesures de contrôle destinées à assurer l'effectivité des règles posées par la directive. Ce contentieux est largement antérieur à la directive qui, d'ailleurs, demeure assez évasive sur cette question (229). Retenons surtout que celle-ci tente de mettre en place une coopération entre administrations

(226) Arrêt C-19/07, préc., point 22.

(227) CJCE 3 avr. 2008, C-346/06, *Rüffert*, Rec. I-1989. Sur cet arrêt, V. entre autres, S. Robin-Olivier, Libre prestation de services, marchés publics et régulation sociale : le droit européen privilégie la concurrence fondée sur le coût du travail (CJCE 3 avr. 2008, *Rüffert*, C-346/06), RTD eur. 2008. 485-496.

(228) CJCE 19 juin 2008, C-319/06, *Commission c/ Luxembourg*, Rec. I-4323.

(229) V. art. 4 à 6 de la directive.

nationales, coopération qui s'est révélée jusqu'à présent inefficace (230). S'agissant des sanctions, l'article 5 de la directive autorise les Etats membres à prendre « des mesures adéquates en cas de non-respect de la présente directive ». Bien entendu, ce contrôle doit se faire en gardant en tête deux des principaux objectifs de la directive, à savoir la protection des travailleurs détachés et la libre prestation de services. Dans ce cadre, le Luxembourg imposait diverses obligations aux entreprises désirant détacher des travailleurs sur son territoire, obligations que la Commission considérait contraires au Traité.

En ce qui concerne l'arrêt *Laval*, rappelons qu'il concerne une société lettone qui avait décroché un contrat de construction d'une école à Vaxholm en Suède, près de Stockholm. Pour ce faire, elle détacha vers sa filiale suédoise (la société Baltic) plusieurs ouvriers lettons. Avant d'entrer dans le vif du sujet, un bref aperçu du système suédois de négociation collective n'est sans doute pas superflu. En effet, ce système est tout à fait particulier. En ce qui concerne les salaires minimaux, la loi suédoise demeure muette : la fixation de celui-ci est de la compétence des partenaires sociaux, entreprises et syndicats. Un syndicat peut ainsi exiger qu'une entreprise accepte de débiter des négociations en vue de fixer les salaires si celle-ci n'est pas liée par une convention collective. Si l'entreprise refuse, le syndicat peut alors utiliser la technique du blocus afin de la faire plier. Le blocus peut même être étendu à d'autres syndicats (par exemple, le syndicat des électriciens) que celui en cause (le syndicat des ouvriers du bâtiment), c'est d'ailleurs ce qui devait s'être passé dans l'affaire *Laval*.

Toutefois, la jurisprudence suédoise, dans une affaire dite *Britannia* avait limité la possibilité d'utiliser ce système : la Cour suprême suédoise avait en effet jugé que ce moyen ne pouvait être utilisé qu'en l'absence totale de convention collective conclue par l'entreprise en cause, même si ces conventions étaient des conventions étrangères. Sous la pression des syndicats, le Parlement adopta une loi, dite *Lex Britannia*, qui contrecarre cette jurisprudence en la limitant aux seules conventions collectives conclues avec des syndicats suédois. La société Laval avait en l'occurrence conclu une convention collective avec les syndicats lettons. Toutefois, le salaire de ces ouvriers était largement inférieur au salaire se pratiquant normalement en Suède dans ce secteur et, en vertu de la *Lex Britannia* n'avait du reste pas à être reconnu par les syndicats suédois. Les syndicats suédois entendaient que Laval conclue des conventions collectives avec eux.

La société Laval refusa finalement d'entrer dans les négociations avec les syndicats. Ceux-ci organisèrent un blocus des chantiers de Laval, mettant la société dans l'incapacité de remplir ses obligations, ce qui entraîna la résiliation du contrat. En 2005, la société Baltic fut déclarée en faillite. La société Laval a lancé une action judiciaire contre les syndicats suédois. C'est dans ce cadre que plusieurs questions préjudicielles furent posées à la Cour de justice sur la compatibilité de ces actions syndicales avec le droit communautaire et notamment la directive 96/71.

On peut assez aisément résumer le problème soumis à la Cour : le système suédois, par lequel les syndicats négocient certaines conditions salariales, peut-il

(230) La Commission tente pourtant de développer celle-ci. V., récemment, la recommandation de la Commission du 31 mars 2008 relative à l'amélioration de la coopération administrative dans le contexte du détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JOUE C 85, p. 1-4.

être considéré comme une transposition correcte de la directive 96/71 ? Pour répondre à cette question, la Cour procède à l'analyse de l'article 3 de la directive et des effets des conventions collectives.

La Cour constate que, en Suède, « les conventions collectives ne sont pas déclarées d'application générale et que cet Etat membre n'a pas fait usage de la possibilité prévue à l'article 3, paragraphe 8, deuxième alinéa, de cette directive ». En conséquence, il faut conclure « qu'un Etat membre dans lequel les taux de salaire minimal ne sont pas déterminés par l'une des voies prévues à l'article 3, § 1 et 8, de la directive 96/71 n'est pas en droit d'imposer, en vertu de cette directive, aux entreprises établies dans d'autres Etats membres, dans le cadre d'une prestation de services transnationale, une négociation au cas par cas, sur le lieu de travail, tenant compte de la qualification et des fonctions des salariés, afin qu'elles aient connaissance du salaire qu'elles devront verser à leurs travailleurs détachés ». C'est donc tout le système de négociation collective suédois qui est remis en question par cet arrêt.

De plus, la *Lex Britannia* elle-même, en tout cas en ses dispositions qui prévoient l'impossibilité de voir reconnaître, par les syndicats suédois, une convention collective négociée dans un autre Etat membre, est également censurée par le juge communautaire (231). En effet, cette mesure, discriminatoire, constitue selon lui une entrave injustifiable à la libre prestation de services telle que garantie par le Traité. Injustifiable en effet puisque le gouvernement suédois invoquait divers objectifs qui peuvent se résumer à la lutte contre le dumping social. Or, s'agissant d'une mesure discriminatoire, celle-ci peut être uniquement justifiée par une exception explicitement prévue par le Traité. Or, la lutte contre une telle concurrence déloyale n'en fait pas partie. C'est donc un second coup porté au modèle suédois.

L'arrêt *Rüffert* concerne une législation du Land allemand de Basse-Saxe qui impose, dans le cadre des règles relatives à la passation de marchés publics, aux sociétés adjudicatrices de respecter les conventions collectives locales, notamment celles touchant au salaire minimum dans le secteur du bâtiment. Toutefois, la législation en cause n'impose pas cette condition dans le cadre des marchés privés. En l'occurrence, une entreprise détachant des travailleurs polonais en Allemagne s'est vue retirer un marché public car elle ne respectait pas le salaire minimum tel que fixé par la convention collective rendue obligatoire par la loi du Land.

La question posée à la CJCE mettait en doute la compatibilité de cette loi avec la libre prestation de services prévue à l'article 49 CE. La Cour considère quant à elle, à juste titre, que la directive 96/71, déjà en cause dans l'arrêt *Laval*, trouve à s'appliquer en priorité en la matière. Elle rappelle tout d'abord que l'article 3, § 8, deuxième alinéa, de la directive 96/71 donne la possibilité aux Etats membres, en l'absence d'un système de déclaration d'application générale de conventions collectives ou de sentences arbitrales, de prendre pour base les conventions ou sentences ayant un effet général sur toutes les entreprises similaires appartenant au secteur concerné ou les conventions conclues par les organisations des partenaires sociaux les plus représentatives sur le plan national et qui sont appliquées sur l'ensemble du territoire nationale.

(231) Arrêt *Laval*, préc., points 112 s.

Or, en premier lieu, la convention collective en cause, « Bâtiments et travaux publics », n'est pas une convention collective déclarée d'application générale : la loi du Land allemand ne peut pas avoir pour effet de lui conférer une telle portée car elle ne répond pas aux conditions posées par la loi allemande de transposition de la directive 96/71.

De plus, en second lieu, la Cour constate que la convention collective ne peut non plus être considérée comme constituant une convention collective au sens de l'article 3, § 8, deuxième alinéa et, plus particulièrement, comme une convention collective, mentionnée au premier tiret de cette même disposition, ayant « un effet général sur toutes les entreprises similaires appartenant au secteur ou à la profession concernés et relevant du champ d'application territoriale de [celle-ci] ». En effet, comme nous l'avons dit, cette convention ne vise que les marchés publics à l'exclusion des marchés privés, et ne vise donc pas tout le secteur de la construction.

En conséquence, le « taux de salaire ne saurait être considéré comme constituant un taux de salaire minimal, au sens de l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, sous c), de cette même directive, que les Etats membres sont en droit d'imposer, en vertu de celle-ci, aux entreprises établies dans d'autres Etats membres, dans le cadre d'une prestation de services transnationale » (232). La Cour complète son raisonnement en analysant la directive à la lumière l'article 49 CE qu'elle entend mettre en œuvre. Elle considère que la loi du Land est, au regard de l'article 49 CE, une entrave ne pouvant être justifiée par la protection des travailleurs.

Enfin, dans l'arrêt *Commission c/ Luxembourg*, il était tout d'abord reproché une transposition beaucoup trop généreuse de la notion d'ordre public présente à l'article 3.10 de la directive. Le Grand-Duché imposait en effet le respect de diverses dispositions excédant le noyau dur de l'article 3.1 au nom d'une interprétation nationale de la notion d'ordre public. La Cour censure cette approche. Se référant à une jurisprudence antérieure, elle rappelle que « la qualification de dispositions nationales de lois de police et de sûreté par un Etat membre vise les dispositions dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'Etat membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet Etat membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci » (233).

Elle reproduit également, en appui de son raisonnement, la déclaration n° 10 ajoutée au procès verbal du Conseil lors de l'adoption de la directive 96/71 pour établir la portée de la notion d'ordre public. Cette déclaration énonce que « les mots "dispositions d'ordre public" devraient être considérés comme couvrant celles des dispositions obligatoires à l'égard desquelles on ne peut pas déroger et qui, par leur nature et leur objectif, répondent aux exigences impératives de l'intérêt public. Ces dispositions peuvent inclure, en particulier, l'interdiction du travail forcé ou l'implication d'autorités publiques dans la surveillance du respect de la législation concernant les conditions de travail ».

(232) Arrêt *Rüffert*, préc., point 31.

(233) CJCE 23 nov. 1999, *Arblade e.a.*, C-369/96 et C-376/96, Rec. I-8453, point 30.

La Cour analyse les dispositions de la loi luxembourgeoise en détails pour vérifier qu'elles rencontrent bien ces exigences. Elle considère ainsi que l'obligation de ne détacher uniquement des travailleurs liés par un contrat écrit à l'entreprise du pays d'établissement, l'indexation automatique des salaires non minimaux, la réglementation du travail à temps partiel, l'obligation de respecter toute convention collective de travail sans considération pour le contenu matériel de celles-ci (234), ne sont pas des obligations pouvant être qualifiée d'ordre public au sens de la directive. En particulier, concernant l'indexation automatique, la Cour considère sur ce dernier point que le Luxembourg n'a pas apporté la preuve de la nécessité et la proportionnalité de cette réglementation pour atteindre le but de protection de la paix sociale.

Il faut également noter que la Cour n'a pas, dans tous les cas, procédé à l'analyse complète des mesures en cause. Ainsi, concernant l'obligation d'existence d'un contrat écrit, exigence qui ne fait pas partie du noyau dur de la directive, la directive 91/533 prévoit que les Etats membres sont tenus de soumettre les contrats de travail à certaines exigences de forme (235). Pour le Luxembourg, l'exigence d'un écrit par sa loi de transposition n'est qu'une redite de la directive 91/533 et est, partant, conforme au droit communautaire. La Cour ne cherche pas à vérifier si cette exigence est conforme ou pas à la notion d'ordre public en tant que disposition excédant le noyau dur de la directive 96/71. Elle constate simplement qu'il est de jurisprudence constante qu'un Etat ne peut pas imposer sa législation nationale aux travailleurs détachés si ceux-ci jouissent « déjà de la même protection, ou d'une protection essentiellement comparable, en vertu des obligations auxquelles leur employeur est déjà soumis dans l'Etat membre dans lequel il est établi » (236). Or, force est de constater que l'employeur est déjà soumis dans son Etat d'origine aux exigences posées par la directive 91/533. Dès lors, l'exigence luxembourgeoise est contraire à la libre prestation de services. Ce raccourci permet à la Cour de ne pas procéder à une analyse de cette partie de la loi luxembourgeoise à l'aune du critère d'ordre public (237).

Il était également reproché au Luxembourg, de manière plus générale, le manque de clarté de sa loi, et plus particulièrement de l'article 7 de sa loi de transposition. Sans doute cet argument pourrait-il valoir pour bon nombre de pays européens dont la qualité du travail législatif laisse parfois à désirer. La Cour considère que les ambiguïtés sur la portée réelle de l'article 7 « sont susceptibles de dissuader les entreprises désirant détacher des travailleurs au Luxembourg d'exercer leur liberté de prestation de services. En effet, d'une part, l'étendue des droits et des obligations de ces entreprises ne résulte pas précisément de cette disposition. D'autre part, les entreprises n'ayant pas observé les obligations prévues par ladite disposition encourent des sanctions non

(234) « Rien ne justifie que les dispositions ayant trait aux conventions collectives de travail, à savoir celles qui en encadrent l'élaboration et la mise en œuvre, puissent, *per se* et sans autre précision, relever de la notion d'ordre public » (arrêt *Commission c/ Luxembourg*, préc., point 65).

(235) Dir. 91/533/CEE du Conseil, du 14 oct. 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, JOCE L 288, p. 32-35.

(236) Arrêt *Commission c/ Luxembourg*, préc., point 42.

(237) Le même raccourci est effectué s'agissant de la réglementation du travail à temps partiel.

négligeables » et constitue une violation de l'article 49 CE relatif à la libre prestation de service.

Enfin, la désignation obligatoire par les entreprises d'un mandataire *ad hoc* sur le territoire luxembourgeois pour effectuer un détachement de travailleurs était également contestée. Ce mandataire, désigné avant le détachement, devait recueillir tous les documents et les conserver pour une durée indéterminée même après la fin du détachement afin de faciliter le travail de contrôle des services d'inspection luxembourgeois. Dans son arrêt *Arblade*, la Cour avait déjà censuré une obligation similaire prévue par le droit belge. Le Luxembourg n'apportant aucun élément neuf pour justifier cette disposition, la Cour considère qu'il y a ici aussi une violation de l'article 49 CE. Elle écarte notamment l'argument du Grand-Duché sur l'ineffectivité du système organisé de coopération ou d'échange d'informations entre Etats membres prévu à l'article 4 de la directive 96/71.

D. — *Marchés publics*

La matière des marchés publics a été particulièrement riche durant la période chroniquée (238). Notre ambition ne peut donc qu'être modeste par rapport à l'ampleur de la matière. Nous nous contenterons donc d'insister sur les arrêts les plus importants rendus par la Cour.

Il faut tout d'abord citer l'important arrêt *Coditel* (239). La commune d'Uccle souhaitait vendre son réseau de télédistribution en passant par une procédure d'adjudication. L'offre de la société Coditel lui semblant insuffisante, la commune renonça à la vente. Elle s'affilia ensuite à l'intercommunale Brutélé et lui concéda la gestion de son réseau de télédistribution. La société Coditel contesta cette affiliation devant le Conseil d'Etat belge qui décida de poser plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice. La principale question concernait la possibilité pour une commune de s'affilier à une intercommunale comme Brutélé, sans appel à la concurrence.

La Cour analyse tout d'abord la distinction entre les notions de « marché public » et de « concession » (240) pour constater que l'affaire en cause relève de la seconde catégorie (241). Dès lors, les directives « marchés publics » ne s'appli-

(238) CJCE 13 nov. 2008, *Commission c/ Italie*, C-437/07, nep – CJCE 19 juin 2008, *Nachrichtenagentur GmbH*, C-454/06, Rec. I-4401 – CJCE 10 avr. 2008, *Ing. Aigner*, C-393/06, Rec. I-2339 – CJCE 3 avr. 2008, *Commission c/ Espagne*, C-444/06, Rec. I-2045 – CJCE 21 févr. 2008, *Commission c/ Italie*, C-412/04, Rec. I-619 – CJCE 11 oct. 2007, *Lämmerzahl GmbH*, C-241/06, Rec. I-8415 – CJCE 11 oct. 2007, *Commission c/ Grèce*, C-237/05, Rec. I-8203 – CJCE 18 janv. 2007, *Jean Auroux*, C-220/05, Rec. I-385.

(239) CJCE 13 nov. 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, non encore publié au Recueil ; note D. Simon, Europe, janv. 2009, comm. 27 ; obs. A.-L. Durviaux et N. Thirion, JT 2009. 178 et J.-M. Wolter, Arrêts « Coditel » et « Commission c/ Italie » : Quelques précisions sur les règles applicables, en droit communautaire, aux concessions administratives de services et de travaux, JDE 2009. 48-49. V. également CJCE 13 sept. 2007, *Commission c/ Italie*, C-260/04, Rec. I-7083, dans cette chronique.

(240) V. également CJCE 13 nov. 2008, *Commission c/ Italie*, C-437/07, nep.

(241) Se fondant sur la définition donnée dans l'arrêt du 13 octobre 2005, *Parking Brixen* (C-458/03, Rec. I-8585, point 40), la Cour constate que « la rémunération de Brutélé provient non

quent pas dans ce cas. Toutefois, comme nous l'avons déjà indiqué, les entreprises, dans le cadre d'une concession, sont malgré tout tenues de certaines obligations, découlant des articles 43 et 49 CE, notamment d'une obligation de transparence.

Or, dans certaines circonstances, l'application de ces principes n'est pas obligatoire. En effet, « l'application [de ces principes] est cependant exclue si, tout à la fois, le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire par l'autorité publique concédante est analogue à celui que cette dernière exerce sur ses propres services et si cette entité réalise l'essentiel de son activité avec l'autorité ou les autorités qui la détiennent » (242). Il s'agit de critères dégagés par la Cour de justice dans une affaire *Teckal* (243). La question posée à la Cour portait sur la possibilité d'appliquer à cette intercommunale « pure », c'est-à-dire non ouverte à des affiliés privés, de cette exception. Or, en l'occurrence, ces deux conditions sont réalisées (244). Si la seconde ne faisait aucun doute, la première était plus délicate à trancher. Afin de parvenir à cette conclusion, la Cour retient, entre autres, que l'entité concessionnaire est une intercommunale « pure », que le conseil d'administration de Brutélé est composé de représentants des communes affiliées et que « malgré l'étendue des pouvoirs reconnus à son conseil d'administration, Brutélé ne jouit pas d'une marge d'autonomie excluant que les communes qui lui sont affiliées exercent sur elle un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services » (245). Ce faisant la Cour semble sensible aux arguments de son avocat général qui avait souligné (246), dans ses conclusions, combien la coopération intercommunale serait rendue impossible si l'appréciation des conditions *Teckal* était faite trop strictement.

Autre affaire intéressante, l'affaire *Varec* (247). La Cour y confronte en effet le droit des marchés publics et le droit fondamental au procès équitable. Plus précisément, la Cour était appelée à se prononcer sur la conciliation de la directive 89/665 sur la coordination des procédures de recours en matière de passation de marchés publics (248) et de la directive 93/36 portant coordination des procédures de passation des marchés de fournitures (249). Il s'agissait en l'occur-

pas de la commune, mais de paiements effectués par les utilisateurs de ce réseau. Ce mode de rémunération caractérise une concession de services publics » (Arrêt *Coditel*, préc., point 24).

(242) *Ibid.*, point 26.

(243) CJCE 18 nov. 1999, *Teckal*, C-107/98, Rec. I-8121.

(244) Sous réserve, s'agissant de la première, de la vérification des faits par la juridiction de renvoi.

(245) Arrêt *Coditel*, préc., point 39.

(246) Concl. av. gén. Trstenjak sous *Coditel Brabant*, préc., points 80 s.

(247) CJCE 14 févr. 2008, *Varec*, C-450/06, Rec. I-581 ; obs. V. Michel, *Europe*, 4/2008, comm. 103, p. 10-11 ; obs. E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert, *AJDA* 2008. 881 ; note T. Bombois et C. Dubois, *JT* 2008. 426-431. Une seconde affaire anecdotique concernait une absence de transposition de la part du Luxembourg, CJCE 26 févr. 2008, *Commission c/ Luxembourg*, C-273/07, Rec. I-35.

(248) Dir. 89/665/CEE du Conseil, du 21 déc. 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, JOCE L 395, p. 33-35.

(249) Dir. 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, JOCE L 199, p. 1-53 remplacée par la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE L 134, p. 114-240. La Cour écarte l'application de cette dernière directive au litige en cours, arguant que celle-ci n'était pas en vigueur au moment de la naissance du litige.

rence d'une procédure de marché public pour la fourniture de maillons de chenilles pour des chars de type Léopard lancée par l'Etat belge. Deux soumissionnaires avaient remis une offre, à savoir la société Varec et la société Diehl Remscheid. La Belgique avait repoussé l'offre de Varec aux motifs qu'elle ne satisfait pas aux conditions de sélection de caractère technique et était irrégulière. Elle avait donc attribué le marché à l'autre société.

Varec avait introduit un recours contre cette décision devant le Conseil d'Etat en demandant que l'offre de son concurrent soit versée au dossier. L'Etat belge avait fourni le dossier mais Diehl s'y était opposé parce qu'il contenait des données et des informations confidentielles. Elle s'opposait dès lors à ce que des parties tierces puissent en prendre connaissance. Le Conseil d'Etat avait décidé de poser une question préjudicielle à la CJCE : est-ce que l'article 1^{er} de la directive 89/665, lu en combinaison avec l'article 15 de la directive 93/36, impose que l'instance responsable des procédures de recours prévues doive garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires contenus dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause ?

La Cour constate que la directive 89/665 ne contient aucune disposition qui régle explicitement la question de la protection des informations confidentielles (250). Toutefois, cette directive poursuit, notamment, comme objectif l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les Etats membres (251). Or, selon la Cour, pour atteindre cet objectif, « il importe que les pouvoirs adjudicateurs ne divulguent pas d'informations ayant trait à des procédures de passation de marchés publics dont le contenu pourrait être utilisé pour fausser la concurrence, soit dans une procédure de passation en cours, soit dans des procédures de passation ultérieures » (252). Afin de garantir la confiance nécessaire entre le pouvoir adjudicateur et les opérateurs économiques, l'article 15, § 2, de la directive 93/36 prévoit d'ailleurs que celui-ci a l'obligation de respecter le caractère confidentiel de toutes les informations données par les fournisseurs.

Bien que ne concernant que les pouvoirs adjudicateurs, l'effet utile de cette disposition serait amoindri, selon la Cour, si, « lors d'un recours formé contre une décision prise par un pouvoir adjudicateur relative à une procédure de passation d'un marché public, l'ensemble des informations relatives à cette procédure de passation devaient, sans aucune limitation, être mis à la disposition de l'auteur de ce recours, voire même d'autres personnes telles que des parties intervenantes » (253). La conséquence de cette conclusion est qu'une instance de recours, comme le Conseil d'Etat, doit pouvoir décider que certaines informations ne doivent pas être communiquées aux parties et à leurs avocats, si cela est nécessaire pour assurer la protection de la concurrence loyale ou des intérêts légitimes des opérateurs économiques voulue par le droit communautaire.

Toutefois, il bien entendu impossible, dans un tel cas, d'ignorer les obligations qui découlent de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (Convention EDH) et, plus particulièrement, du droit fondamental au procès équitable. La CJCE s'interroge donc sur la compatibilité d'une telle approche avec l'article 6 de la Convention EDH. Analysant certains

(250) Arrêt C-450/06, préc., point 31.

(251) CJCE 11 janv. 2005, *Stadt Halle et RPL Lochau*, C-26/03, Rec. I-1.

(252) Arrêt C-450/06, préc., point 35.

(253) *Ibid.*, point 39.

arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (254), la CJCE conclue à cet égard que si le principe du contradictoire implique certes le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance des preuves et des observations présentées devant le juge et de les discuter, « dans certains cas, il peut être nécessaire de ne pas communiquer certaines informations aux parties afin de préserver les droits fondamentaux d'un tiers ou de sauvegarder un intérêt public important » (255). Parmi ceux-ci figurent notamment le droit au respect de la vie privée prévu notamment à l'article 8 de la Convention EDH qui n'exclue pas « les activités professionnelles ou commerciales des personnes physiques comme des personnes morales » (256). La jurisprudence de la CJCE reconnaît également que la protection des secrets d'affaires peut constituer un principe général susceptible de s'appliquer dans ce cas (257).

De tout cela découle donc que le principe du contradictoire n'est pas un droit absolu. Il doit être mis en balance avec le droit d'autres opérateurs économiques à la protection de leurs informations confidentielles et de leurs secrets d'affaires. Il appartient à la juridiction saisie de donner la possibilité aux parties d'invoquer le caractère confidentiel des données présentes dans le dossier et d'en autoriser ou non la divulgation aux tiers. La seule limite posée par la CJCE à ce pouvoir d'appréciation semble être le fait que la procédure devra malgré tout respecter, dans son ensemble, le droit à un procès équitable (258).

E. — Secteurs réglementés

1. Les services postaux

La libéralisation des services postaux est encore loin d'être une réalité. De nombreux obstacles demeurent avant que cet objectif ne soit atteint. Une affaire *International Mail Spain* (259) en fournit une illustration. En l'espèce, l'entreprise à l'origine du litige était un opérateur privé de services de courrier qui avait déployé dans les zones touristiques d'Espagne un système d'acheminement international des cartes postales parallèle à celui de la poste espagnole. Pour utiliser ce service, les expéditeurs achetaient des vignettes commercialisées dans les mêmes lieux que les cartes postales et déposaient leurs cartes dans des boîtes spéciales placées dans les hôtels et les campings. La société *International Mail Spain* avait été condamnée à une amende administrative pour avoir presté des services réservés à l'opérateur du service universel. La Cour, interrogée par le juge saisi en appel de la légalité de cette condamnation, rappelle que, aux termes de la directive, des services postaux transfrontaliers ne peuvent être réser-

(254) CEDH 16 févr. 2000, *Rowe et Davis c/ Royaume-Uni*, Rec. 2000-II, § 61 – CEDH 24 avr. 2007, *V. c/ Finlande*, non encore publié au Recueil, § 75.

(255) Arrêt C-450/06, préc., point 47.

(256) CEDH 16 déc. 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, série A, n° 251-B, § 29 – CEDH 16 avr. 2002, *Société Colas Est e.a. c/ France*, Rec. 2002-III, § 41 – ainsi que CEDH 28 janv. 2003, *Peck c/ Royaume-Uni*, Rec. 2003-I, § 57.

(257) CJCE 24 juin 1986, *AKZO Chemie et AKZO Chemie UK c/ Commission*, 53/85, Rec. 1965 et CJCE 19 mai 1994, *SEP c/ Commission*, C-36/92 P, Rec. I-1911.

(258) Arrêt C-450/06, préc., point 55.

(259) CJCE 15 nov. 2007, *International Mail Spain*, C-162/06, Rec. 9911 ; L. Idot, Services postaux et activités réservées, Europe, 1/2008. comm. 12, p. 19-20.

vés que dans la mesure nécessaire à l'accomplissement et à l'équilibre financier du service public. Un prestataire de services postaux transfrontaliers ne peut donc se voir opposer par un Etat membre des raisons tirées de considérations d'opportunité.

La période chroniquée montre aussi que tous les cas d'entrave à la liberté de prestation de services en matière postale ne sont pas aussi simples que celui des cartes postales espagnoles et que les initiatives législatives récentes sont sans doute nécessaires pour donner un coup d'accélérateur à ce processus (260). Une affaire mettant en cause la Poste allemande l'illustre (261). L'affaire concernait notamment, la société Vediz, une entreprise privée active dans le secteur postal en Allemagne. Celle-ci se chargeait de certaines opérations préparatoires à la livraison de courrier, à savoir la collecte et le pré-tri de certaines quantités minimales de courrier auprès de clients professionnels. Ces courriers pré-triés étaient ensuite fournis aux centres locaux de la Deutsche Post, le prestataire du service universel qui se chargeait de la livraison aux destinataires. Vediz demandait à pouvoir bénéficier d'un tarif particulier et préférentiel, à l'instar de celui proposé aux clients professionnels qui effectuent ce type d'opérations préalables, ce qui lui avait été refusé par l'autorité sectorielle de régulation au motif que la loi postale allemande n'autorise pas les entreprises privées qui ont obtenu une licence pour prêter des services dans ce secteur de prêter des activités touchant à certaines parties de la chaîne d'acheminement du courrier.

Suite à certaines décisions de l'autorité allemande de la concurrence, cette décision avait été partiellement révisée par la suite. L'autorité sectorielle de régulation avait ainsi contraint la Deutsche Post à accorder aux intermédiaires l'accès aux centres postaux aux conditions générales applicables aux intermédiaires professionnels. Un appel avait été interjeté contre cette décision. C'est dans ce contexte que la juridiction saisie a interrogé la CJCE sur la portée exacte des articles 12 et 7 de la directive 97/67 (262). Plus particulièrement, la juridiction allemande se demande si ces articles imposent à un prestataire du service universel qui applique des tarifs spéciaux aux clients professionnels qui remettent des envois postaux dans le réseau postal en les déposant pré-triés dans les centres postaux, est obligé d'appliquer ces tarifs spéciaux également aux entreprises qui collectent les envois postaux auprès de l'expéditeur et les trient à l'avance pour remettre ces envois dans le réseau postal aux mêmes points d'accès et aux mêmes conditions que les clients professionnels. Deutsche Post opposait son obligation d'assurer le service universel.

La Cour conclut que l'article 12 de la directive impose l'égalité de traitement dans un tel cas. Selon la Cour, la philosophie qui sous-tend l'article 12 impose à un

(260) Dir. 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 févr. 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté, JOUE L 52, p. 3-20.

(261) CJCE 6 mars 2008, *Deutsche Post*, C-287/06 à C-292/06, Rec. I-1243 ; L. Idot, *Domaine réservé et service universel*, Europe, 5/2008. comm. 152, p. 14.

(262) Dir. 97/67/CE du Parlement Européen et du Conseil du 15 déc. 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, JOCE L 15, 21 janv. 1998, p. 14-25 modifiée par la directive 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté, JOUE L 176, p. 21-25.

prestataire du service postal universel de respecter les principes de transparence et de non-discrimination lorsqu'il octroie certains tarifs spéciaux. Aucun argument invoqué par l'Allemagne ou par la Deutsche Post ne permet de remettre en cause cette constatation. Ainsi, l'activité de levée, de transport et de tri effectuée par les intermédiaires concernés ne relève pas du domaine susceptible d'être réservé en vertu de l'article 7, § 1, de la directive 97/67 (263). La Cour rejette également l'argument tiré du maintien de l'équilibre financier la poste allemande. La directive permet en effet de tenir compte des coûts spécifiques liés à la prestation du service postal universel, « de sorte que l'octroi de tarifs spéciaux n'affecte pas l'équilibre financier du prestataire du service postal universel » (264). Enfin, ces parties faisaient valoir que l'article 12 ne constitue qu'une disposition tarifaire qui ne peut avoir pour effet d'obliger de donner accès à des prestations partielles aux concurrents. Même si la Cour reconnaît que l'article 12 ne vise pas à régler la question de principe consistant à savoir si un prestataire du service postal universel doit ou non accorder un accès à la chaîne postale à des conditions et en des points différents de ceux du service de la poste aux lettres traditionnel, celui-ci impose toutefois de manière certaine aux Etats membres le respect des principes de transparence et de non-discrimination dans l'hypothèse où un tel accès à des tarifs spéciaux est accordé (265).

2. Le secteur du gaz

L'affaire *Brescia*, dont les aspects relatifs au droit commun ont déjà été évoqués (266) illustre à loisir les difficultés d'ouverture à la concurrence du secteur de l'énergie. Cette société avait obtenu en 1984 une concession pour la distribution du gaz naturel sur le territoire d'une commune italienne. Celle-ci devait s'éteindre en 2014 mais a été reportée, par un simple avenant, au 31 décembre 2029. Or, entre-temps, la commune italienne en cause avait voté, conformément à la législation italienne en vigueur à l'époque, une échéance anticipée de la concession pour décembre 2005, avec un remboursement à Brescia des amortissements résiduels, et préparé un appel d'offre afin de désigner un nouveau concessionnaire. La société avait intenté un recours contre cette délibération de la commune. Or, une législation italienne entrée en vigueur dans l'intervalle a prévu que les échéances anticipées seraient prolongées automatiquement du 31 décembre 2005 au 31 décembre 2007.

Le Tribunal saisi pose plusieurs questions à la CJCE. La première porte sur la compatibilité avec l'article 10 CE et l'article 23 et de divers considérants de la directive 2003/55 (267) d'une réglementation qui allonge de manière automatique la durée de la période transitoire au terme de laquelle intervient la cessation anticipée d'une concession de distribution du gaz naturel attribuée sans procédure de mise en concurrence. La Cour juge qu'il ne découle pas des termes de cette directive une obligation à la charge des Etats membres de mettre

(263) Arrêt C-287/06 à C-292/06, préc., points 30 s.

(264) *Ibid.*, point 37.

(265) *Ibid.*, point 41.

(266) CJCE 17 juill. 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, Rec. I-5641.

(267) Dir. 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, JOUE L 176, p. 57-78.

fin aux contrats de distribution attribués en l'absence de toute procédure de mise en concurrence.

F. — *Reconnaissance des permis de conduire*

Plusieurs affaires tranchées durant la période chroniquée témoignent des tentatives de détournement des règles du droit primaire aux fins de contourner un retrait de permis de conduire (268). La Cour de justice a donc été confrontée à la difficile démarcation entre l'usage légitime de la possibilité offerte aux particuliers de voir reconnaître le permis de conduire obtenu dans un autre Etat que leur Etat d'origine et un véritable « tourisme du permis de conduire » visant exclusivement à détourner les sanctions fulminées pour la violation des règles de sécurité routière. Si la problématique n'est pas neuve, la jurisprudence rendue par la Cour durant la période chroniquée lui a permis d'affiner son approche de cette question.

Les deux arrêts rendus durant la période sous examen répondent à des questions similaires et portent sur l'important problème du « tourisme du permis de conduire », stratégie qui consiste à tenter d'obtenir un permis dans un pays européen où les conditions d'obtention sont moins strictes afin de s'en servir dans un pays où les conditions d'obtention sont plus strictes. Dans les affaires en cause s'ajoutait le fait que les « touristes du permis » en question cherchaient à détourner des mesures allemandes spécifiquement adressées à des personnes qui, comme eux, avaient vu leur permis retiré à cause d'une conduite en état d'ivresse ou sous l'influence de stupéfiants.

Les différentes personnes en cause dans ces affaires s'étaient vues retirer leur permis de conduire en Allemagne pour conduite en état d'ivresse ou sous l'influence de stupéfiants. Elles pouvaient le repasser (après un délai d'interdiction totale) mais devaient se soumettre auparavant à un rapport d'expertise médico-psychologique constatant leur capacité à conduire (baptisé familièrement *l'Idiotentest*).

Refusant de se soumettre à ces exigences, elles ont obtenu un nouveau permis en République tchèque où toutes ces formalités n'étaient pas requises : les cinq requérants le savaient parfaitement et le motif frauduleux qui sous-tendait leur action ne faisait aucun doute (des sites internet allemands renseignent d'ailleurs ce tour de passe-passe juridique). On était là dans un cas assez clair d'abus du droit communautaire (269). L'Allemagne refusait donc de reconnaître ce permis, à défaut de rapport d'expertise. La question posée à la Cour par le Tribunal allemand saisi du litige est simple : ce refus est-il compatible avec la directive 91/439 (270) qui organise, entre autres, une reconnaissance automatique des permis européens ?

(268) CJCE 20 nov. 2008, *Frank Weber*, C-1/07, nep – CJCE 26 juin 2008, *Arthur Wiedemann et Peter Funk*, C-329/06 et C-343/06, Rec. I-4635 – CJCE, 26 juin 2008, *Zerche*, C-334/06 à C-336/06, Rec. I-4691 – CJCE ord. 28 sept. 2006, *Stefan Kremer*, C-340/05, Rec. I-98* – et CJCE ord. 6 avr. 2006, *Daniel Halbritter*, C-227/05, Rec. I-49*.

(269) Bien que la Cour, contrairement à son avocat général, ne fasse pas référence à cette notion dans son arrêt.

(270) Dir. 91/439/CEE du Conseil, du 29 juill. 1991, relative au permis de conduire, JOCE L 237, p. 1-24

En effet, il ressort du premier considérant de la directive 91/439 que le principe général de reconnaissance mutuelle des permis de conduire délivrés par les Etats membres, énoncé à l'article 1^{er}, § 2, de cette directive, a été établi notamment en vue de faciliter la circulation des personnes qui s'établissent dans un Etat membre autre que celui dans lequel elles ont passé un examen de conduite. Or, selon la Cour, « ledit article 1^{er}, paragraphe 2, prévoit la reconnaissance mutuelle, sans aucune formalité, des permis de conduire délivrés par les Etats membres. Cette disposition impose aux Etats membres une obligation claire et précise, qui ne laisse aucune marge d'appréciation quant aux mesures à adopter pour s'y conformer » (271).

En tant que telle, l'exigence d'un rapport d'expertise préalable à la reconnaissance d'un permis issu d'un autre pays européen est contraire à la directive. Si l'Etat membre de reconnaissance doute que le titulaire d'un permis issu d'un autre pays membre remplissait bien, à la date de la délivrance du permis, les conditions d'obtention de celui-ci, il ne lui appartient pas de refuser la reconnaissance dudit permis. Il « lui incombe d'en faire part à [l'Etat qui a délivré le permis] dans le cadre de l'assistance mutuelle et de l'échange d'informations institués à l'article 12, paragraphe 3, de la directive 91/439. Au cas où l'Etat membre de délivrance ne prendrait pas les mesures appropriées, l'Etat membre d'accueil peut engager à l'encontre de ce dernier une procédure en application de l'article 227 CE, visant à faire constater par la Cour un manquement aux obligations découlant de la directive 91/439 » (272).

La situation serait bien entendu différente en cas de comportements illicites postérieurs à la délivrance du nouveau permis. Dans un tel cas, l'Allemagne serait fondée à suspendre le permis tchèque si, par exemple, les personnes en cause étaient contrôlées à nouveau en état d'ivresse sur les routes allemandes. Mais ici, la suspension avait lieu pour des causes antérieures à la délivrance du permis étranger. La situation serait également différente si les personnes se trouvaient toujours dans la période d'interdiction ou de suspension de permis (273). En effet, après la constatation de l'infraction, outre le retrait de permis, celui-ci ne peut plus être obtenu pendant une certaine période. Ainsi, dans le cas de M. Zecher, le retrait avait eu lieu en 2002 et un nouveau permis ne pouvait être obtenu qu'à partir de 2004. Or les conducteurs concernés avaient obtenu un nouveau permis tchèque après cette date.

Toutefois, afin d'éviter les conséquences fâcheuses d'une reconnaissance mutuelle automatique, qui rendrait de fait la lutte contre l'alcoolisme au volant en Allemagne inopérante, la Cour tempère cette double constatation afin d'éviter que ne se mette en place un « tourisme du permis de conduire ». En effet, les personnes en cause n'étaient pas des résidents tchèques mais des résidents allemands. Leur permis tchèque indique d'ailleurs bien qu'ils résident en Allema-

(271) Point 47 de l'arrêt *Zecher*, préc.

(272) *Ibid.*, point 57.

(273) C'est ce qu'illustre l'arrêt *Weber*, préc. Dans ce cas, la faculté pour les autorités compétentes comme pour les juridictions d'un Etat membre de refuser de reconnaître la validité du permis de conduire obtenu, dans un autre Etat membre, par une personne sous le coup d'une mesure de suspension temporaire de son permis de conduire dans le premier Etat membre est reconnue, sur le fondement de l'article 8, § 4 de la directive, de façon absolue et définitive lorsque la mesure de suspension temporaire est suivie d'une mesure de retrait de l'autorisation de conduire sanctionnant les mêmes faits (point 36).

gne. Or, « il ressort du quatrième considérant de cette directive que parmi les conditions instaurées pour assurer la sécurité routière figurent celles énoncées à l'article 7, paragraphe 1, sous a) et b), de ladite directive, qui subordonne la délivrance d'un permis de conduire à des exigences relatives, respectivement, à l'aptitude à la conduite et à la résidence » (274).

Dans un tel cas, s'il est possible d'établir, « non pas en fonction d'informations émanant de l'Etat membre d'accueil, mais sur la base de mentions figurant sur le permis de conduire lui-même ou d'autres informations incontestables provenant de l'Etat membre de délivrance, que la condition de résidence imposée à l'article 7, paragraphe 1, sous b), de la directive 91/439 n'était pas remplie lors de la délivrance de ce permis, l'Etat membre d'accueil, sur le territoire duquel le titulaire dudit permis a fait l'objet d'une mesure de retrait d'un permis de conduire antérieur, peut refuser de reconnaître le droit de conduire résultant du permis de conduire ultérieurement délivré par un autre Etat membre en dehors de toute période d'interdiction de solliciter un nouveau permis » (275).

On peut constater que la Cour n'a pas repris le raisonnement de son avocat général, M. Bot, qui, dans ses conclusions sous ces affaires, avait reconnu un impact beaucoup plus grand à l'objectif de sécurité routière postulé par la directive. Cet objectif est, selon lui, aussi important que l'objectif de libre circulation des personnes ce qui permet aux Etats un contrôle relativement large en matière de prévention de l'alcoolisme au volant. L'avocat général ne fait donc aucune référence à la notion de résidence découlant des informations indiquées sur le permis afin d'autoriser les Etats membres à ne pas reconnaître un permis, mais cantonne son analyse à la notion d'abus de droit. Toutefois, l'arrêt de la Cour aboutit en pratique à un résultat similaire.

(274) *Ibid.*, point 65.

(275) *Ibid.*, point 69.