

Borgeat Solène

Numéro d'étudiant

Adresse postale

Numéro de téléphone

E-mail

Nombre de semestres effectués

AVIS IMPORTANT et REMERCIEMENTS

Les exemples choisis visent à donner quelques idées de la structure et des règles de rédaction autant formelles que matérielles d'un travail de proséminaire en droit européen ou en droit européen des migrations. Pour ce fait, nous avons sélectionné quelques bons exemples de travaux qui ont été rédigés sous la direction de la Prof. Progin–Theuerkauf, et qui répondent dans l'ensemble à nos attentes.

Nous attirons néanmoins votre attention sur le fait que ces travaux écrits ne sont pas toujours exemptés de toute faute. Ils ne doivent donc pas être considérés comme des modèles impératifs, mais servir d'exemple par rapport aux indications énoncées !

Nous remercions vivement les étudiant-e-s qui ont accepté de mettre leur travail à disposition, au profit d'autres étudiant-e-s qui souhaitent rédiger un travail de proséminaire. La publication des noms des étudiant-e-s est faite d'un commun accord.

L'application de la formule « Keck / ANETT » sur les autres libertés fondamentales

Travail de proséminaire en droit européen II

chez la Prof. Sarah Progin-Theuerkauf

Chaire de droit européen et droit européen des migrations

Faculté de droit

Université de Fribourg

Sujet attribué le 12 octobre 2021

Remis le 10 janvier 2022

Table des matières

TABLE DES MATIÈRES	I
TABLE DES ABRÉVIATIONS.....	III
BIBLIOGRAPHIE.....	V
INTRODUCTION.....	1
1. LA NOTION DE MEERQ À L'IMPORTATION DANS LA LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES.....	2
1.1. L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE	2
1.1.1. La Directive 70/50/CEE	2
1.1.2. L'arrêt Dassonville	3
1.2.3. La jurisprudence Cassis de Dijon	3
1.2. LA FORMULE « KECK ».....	5
1.2.1. Les conditions imposées aux produits	6
1.2.2. La notion de « modalités de vente »	6
1.3. L'APPORT DE ANETT.....	8
1.3.1. Le critère de l'accès au marché	8
1.3.2. Les faits et l'analyse de l'entrave	9
1.3.3. L'arrêt ANETT : précision ou modification de la formule « Keck » ?	10
2. LA FORMULE « KECK / ANETT » DANS LA LIBRE PRESTATION DES SERVICES	11
2.1. VERS UNE UNITÉ DES LIBERTÉS FONDAMENTALES	11
2.1.1. Les divergences entre marchandises et services	11
2.1.2. Les convergences.....	12
2.1.3. La formule « Keck » comme contribution à la convergence des libertés fondamentales	13
2.2. LA NOTION D'ENTRAVE DANS LE DOMAINE DE LA LIBRE PRESTATION DES SERVICES .	14
2.2.1. Quelques généralités	14
2.2.2. La notion de « modalités de prestations de services ».....	14
2.3. LES RÉPONSES POTENTIELLES DE LA CJUE	15
2.3.1. L'arrêt Alpine Investments	15
2.3.2. La jurisprudence récente : Mobistar et Belgacom	17

3. L'APPLICATION DE « KECK / ANETT » À LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES.....	19
3.1. LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS.....	19
3.1.1. L'entrave et la libre circulation des travailleurs.....	19
3.1.2. L'affaire Graf.....	21
3.1.3. Les possibilités d'analogie de « Keck / ANETT » dans la libre circulation des travailleurs	22
3.2. LA LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT.....	23
3.2.1. L'entrave dans la liberté d'établissement	23
3.2.2. L'arrêt Pfeiffer	23
3.2.3. La transférabilité de « Keck / ANETT » dans la liberté d'établissement	25
CONCLUSION	26

Table des abréviations

aff.	affaire(s)
AG	avocat général
ANETT	Asociación Nacional de Expendedores de Tabaco y Timbre
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
CE	Traité instituant la Communauté européenne
CEE	Communauté économique européenne
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
v. ég.	voir également
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
EM	État(s) Membre(s)
et al.	<i>et alius, et alii</i> (« et autre », « et autres »)
EU	= UE
FJS = SJK	Fiches juridiques suisses
MEERQ	mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative
n ^{o(s)}	numéro(s)
p.	page

pt(s).	point(s)
Rec.	Recueil de la jurisprudence de la CJCE / CJUE
resp.	respectivement
s.	suivant(e)
ss	suivant(e)s
SJK = FJS	Schweizerische Juristische Kartothek
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'UE
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union Européenne
Vol.	volume

Bibliographie

Doctrine

Andenas Mads / Wulf-Henning Roth (édit.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford 2002.

Azoulai Loïc (édit.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles 2011.

BOUTAYEB Chahira, *Les grands arrêts du droit de l'union européenne – droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Issy-les-Moulineaux 2014.

DA CRUZ VILAÇA José Luís, *On the Application of Keck in the Field of Free Provision of Services*, in : Andenas Mads / Roth Wulf-Henning (édit.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford 2002, p. 25 ss.

DE GROVE-VALDEYRON Nathalie, *Droit du marché intérieur européen*, 5^e éd., Issy-les-Moulineaux 2017.

DEMARET Paul, *L'accès au marché des services réglementés : la libéralisation du commerce des services dans le cadre du traité CE*, *Revue internationale de droit économique*, Vol.t. XVI (2), 2002, p. 259 ss.

Demaret Paul / Govaere Inge / Hanf Dominik (édit.), *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe – 30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe*, Bruxelles 2005.

Dubout Edouard / Maitrot de la Motte Alexandre (édit.), *L'unité des libertés de circulation – In varietate concordia*, Bruxelles 2013.

ENCHELMAIER Stefan, *The Awkward Selling of a Good Idea – or a Traditionalist Interpretation of Keck*, *Yearbook of European law* Vol. 22.1 / 2003 p. 249 ss.

EPINEY Astrid / MOSTERS Robert / PROGIN-THEUERKAUF Sarah, *Droit européen II – Les libertés fondamentales de l'Union européenne*, 2^e éd., Berne 2016.

EPINEY Astrid / MOSTERS Robert, *Droit européen – La libre circulation des personnes et des services / Europarecht – Personenfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit*, FJS / SJK n° 94, juin 2003, p. 35.

FEIDEN Sonja, *Die Bedeutung der “Keck” – Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten : ein Beitrag zur Konvergenz der Freiheiten*, thèse Francfort-sur-le-Main, Berlin 2003.

GODIVEAU Grégory / LECLERC Stéphane, *Droit du marché intérieur de l’Union européenne*, Issy-les-Moulineaux 2016.

GRISEL Diane, *La libre prestation de services en droit de l’Union européenne – Examen des limites à l’application des articles 56 et ss TFUE*, 2^e éd., thèse Genève, Bâle 2015.

HAMMER Kristina, *Handbuch zum freien Warenverkehr – eine Analyse der Rechtsprechung zu Art 30 EGV vor und nach dem Urteil « Keck und Mithouard »*, Berne 1998.

HATZOPOULOS Vassilis, *Case C-384/93 – “Alpine Investments BV v. Minister van Financien – Judgment of 10 May 1995*, Common market law review Vol. 32.6 / 1995 p. 1427 ss [HATZOPOULOS, Alpine Investments].

HATZOPOULOS Vassilis, *Trente ans après les arrêts fondamentaux de 1974, les quatre libertés : quatre?*, in : Demaret Paul / Govaere Inge / Hanf Dominik (édit.), *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe – 30 ans d’études juridiques européennes au Collège d’Europe*, Bruxelles 2005, p. 185 ss [HATZOPOULOS, Les quatre libertés].

JARASS Hans D., *A unified Approach to the Fundamental Freedoms*, in : Andenas Mads / Roth Wulf-Henning (édit.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford 2002, p. 141 ss.

KORT Michael, *Schranken der Dienstleistungsfreiheit im europäischen Recht*, Juristenzeitung, n° 3/1996, p. 132 ss.

Leidenmühler Franz et al. (édit.), *Grundfreiheiten – Grundrechte – Europäisches Haftungsrecht : Beiträge zum 11. Österreichischen Europarechtstag 2011 in Linz*, Vienne 2012.

OLIVER Peter, *La libre circulation des marchandises*, in : Dubout Edouard / Maitrot de la Motte Alexandre (édit.), *L’unité des libertés de circulation – In varietate concordia*, Bruxelles 2013, p. 277 ss. [OLIVER, Libre circulation des marchandises].

OLIVER Peter, *Forces et faiblesses de l'arrêt Keck*, Revue trimestrielle de droit européen, n° 4/2014, p. 849 ss. [OLIVER, Forces et faiblesses de Keck].

PARAPATITS Felicitas, *Zur Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung auf die Dienstleistungsfreiheit*, in : Leidenmühler Franz et al. (édit.), *Grundfreiheiten, Grundrechte, Europäisches Haftungsrecht : Beiträge zum 11. Österreichischen Europarechtstag 2011 in Linz*, Vienne 2012, p. 113 ss.

PICOD Fabrice, *La jurisprudence Keck et Mithouard a-t-elle un avenir ?*, in : Azoulay Loïc (édit.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles 2011, p. 47 ss.

POIARES MADURO Miguel, *La Cour de justice de l'Union européenne et la Cour suprême des États-Unis face à l'entrave*, in : Azoulay Loïc (édit.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles 2011, p. 260 ss. [POIARES MADURO, Face à l'entrave].

POIARES MADURO Miguel, *Harmony and Dissonance in Free Movement*, in : Andenas Mads / Roth Wulf-Henning (édit.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford 2002, p. 41 ss. [POIARES MADURO, Harmony and Dissonance].

RITLENG Dominique, *L'accès au marché est-il le critère de l'entrave aux libertés de circulation ?*, in : Dubout Edouard / Maitrot de la Motte Alexandre (édit.), *L'unité des libertés de circulation – In varietate concordia*, Bruxelles 2013, p. 159 ss.

SIBONY Anne-Lise / DEFFOSSEZ Alexandre, *Marché intérieur – Libre circulation des marchandises, libre prestation de services, droit d'établissement et libre circulation des capitaux*, Revue trimestrielle de droit européen, n° 3/2012, p. 731-105 ss.

TOBLER Christa, *Endlich : Keck im freien Dienstleistungsverkehr – einige Anmerkungen zum Urteil des EuGH in den Rechtssachen Mobistar & Belgacom vom 8. September 2005*, Jusletter 31 octobre 2005.

VAN CLEYNENBREUGEL Pieter, *Droit matériel de l'Union européenne : libertés de circulation et marché intérieur*, Bruxelles 2017.

WEATHERILL Stephen, *The Several Internal Market*, Yearbook of European law Vol. 36 n° 1 / 2017 p. 125 ss.

Jurisprudence et conclusions des avocats généraux

CJCE, arrêt du 10 décembre 1968, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, aff. C-7/68, Rec. 1968 p. 00617, ECLI:EU:C:1968:51 [CJCE, Commission / Italie].

CJCE, arrêt du 11 juillet 1974, *Procureur du Roi contre Benoît et Gustave Dassonville*, aff. C-8/74, Rec. 1974 p. 00837, ECLI:EU:C:1974:82 [CJCE, Dassonville].

CJCE, arrêt du 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. C-120/78, Rec. 1979 p. 00649, ECLI:EU:C:1979:42 [CJCE, Cassis de Dijon].

CJCE, arrêt du 17 décembre 1981, *Hoge Raad der Nederlanden contre Alfred John Webb*, aff. C-279/80, Rec. 1981 p. 03305, ECLI:EU:C:1981:314 [CJCE, Webb].

CJCE, arrêt du 19 mars 1991, *Commission des Communautés européennes contre République hellénique*, aff. C-205/89, Rec. 1991 p. I-01361, ECLI:EU:C:1991:123 [CJCE, Commission / Grèce].

CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, *Manfred Säger contre Dennemeyer & Co*, aff. C-76/90, Rec. 1991 p. I-04221, ECLI:EU:C:1991:331 [CJCE, Säger].

CJCE, arrêt du 24 novembre 1993, *Procédure pénale contre Bernard Keck et Daniel Mithouard*, aff. jointes C-267/91 et C-268/91, Rec. 1993 p. I-06097, ECLI:EU:C:1993:905 [CJCE, Keck et Mithouard].

CJCE, arrêt du 9 février 1995, *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec contre TF1 Publicité SA et M6 Publicité SA*, aff. C-412/93, Rec. 1995 p. I-00179, ECLI:EU:C:1995:26 [CJCE, Leclerc-Siplec].

CJCE, arrêt du 10 mai 1995, *Alpine Investments BV contre Minister van Financiën*, aff. C-384/93, Rec. 1995 p. I-01141, ECLI:EU:C:1995:126 [CJCE, Alpine Investments].

CJCE, arrêt du 6 juillet 1995, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln contre Mars GmbH*, aff. C-470/93, Rec. 1995 p. I-01923, ECLI:EU:C:1995:224 [CJCE, Mars].

Conclusions de l'AG Carl Otto LENZ du 20 septembre 1995, CJCE, aff. C-415/93, ECLI:EU:C:1995:293 [CJCE, Conclusions LENZ].

CJCE, arrêt du 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard contre Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, aff. C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 [CJCE, Gebhard].

CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contre Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA contre Jean-Marc Bosman et autres et Union des associations européennes de football (UEFA) contre Jean-Marc Bosman*, aff. C-415/93, Rec. 1995 p. I-04921, ECLI:EU:C:1995:463 [CJCE, Bosman].

CJCE, arrêt du 11 mai 1999, *Pfeiffer Großhandel GmbH contre Löwa Warenhandel GmbH*, aff. C-255/97, Rec. 1999 p. I-02835, ECLI:EU:C:1999:240 [CJCE, Pfeiffer].

Conclusions de l'AG Nial FENNELY du 16 septembre 1999, CJCE, aff. C-190/98, ECLI:EU:C:1999:423 [CJCE, Conclusions FENNELY].

CJCE, arrêt du 27 janvier 2000, *Volker Graf contre Filzmoser Maschinenbau GmbH*, aff. C-190/98, Rec. 2000 p. I-00493, ECLI:EU:C:2000:49 [CJCE, Graf].

CJCE, arrêt du 3 octobre 2000, *Angelo Ferlini contre Centre hospitalier de Luxembourg*, aff. C-411/98, Rec. 2000 p. I-08081, ECLI:EU:C:2000:530 [CJCE, Ferlini].

CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, *Deutsche Paracelsus Schulen für Naturheilverfahren GmbH contre Kurt Gräbner*, aff. C-294/00, Rec. 2002 p. I-06515, ECLI:EU:C:2002:442 [CJCE, Gräbner].

CJCE, arrêt du 18 septembre 2003, *Tommaso Morellato contre Comune di Padova*, aff. C-416/00, Rec. 2003 p. I-09343, ECLI:EU:C:2003:475 [CJCE, Morellato].

CJCE, arrêt du 14 octobre 2004, *Commission des Communautés européennes contre Royaume des Pays-Bas*, aff. C-299/02, Rec. 2004 p. I-09761, ECLI:EU:C:2004:620 [CJCE, Commission / Pays-Bas].

CJCE, arrêt du 8 septembre 2005, *Mobistar SA contre Commune de Fléron et Belgacom Mobile SA contre Commune de Schaerbeek*, aff. jointes C-544/03 et C-545/03, Rec. 2005 p. I-07723, ECLI:EU:C:2005:218 [CJCE, Mobistar et Belgacom].

Conclusions de l'AG Yves Bot du 8 juillet 2008, CJCE, aff. C-110/05, ECLI:EU:C:2006:646 [CJCE, Conclusions Bot].

CJUE, arrêt du 10 février 2009, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, aff. C- 110/05, Rec. 2009 p. I-00519, ECLI:EU:C:2009:66 [CJUE, Commission / Italie].

CJUE, arrêt du 4 juin 2009, *Åklagaren contre Percy Mickelsson et Joakim Roos*, aff. C-142/05, Rec. 2009 p. I-04273, ECLI:EU:C:2009:336 [CJUE, Mickelsson et Roos].

CJUE, arrêt du 26 avril 2012, *Asociación Nacional de Expendedores de Tabaco y Timbre (ANETT) contre Administración del Estado*, aff. C-456/10, Publié(e) au Recueil numérique (Recueil général), ECLI:EU:C:2012:241 [CJUE, ANETT].

Documents officiels de l'UE

Directive 70/50/CEE de la Commission européenne du 22 décembre 1969 fondée sur les dispositions de l'article 33 paragraphe 7, portant suppression des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du traité CEE, JO n° L 013 du 19/01/1970, p. 29 ss, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A31970L0050>, consulté le 09 décembre 2021 [Directive 70/50/CEE].

Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JO n° L 376 du 27/12/2006, p. 36 ss, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32006L0123>, consulté le 20 décembre 2021 [Directive 2006/123/CE « services »].

Introduction

La notion d'entrave s'est vu être modifiée et précisée plusieurs fois selon les affaires portées devant la Cour. En effet, une entrave se révèle souvent difficile à détecter et l'analyse de celle-ci dépend des critères utilisés afin de la définir comme telle. Dans chaque cas, elle semble être différente et toucher diverses libertés de circulation, rendant l'unification des libertés, en tout cas concernant l'entrave, plutôt compliquée¹. Les arrêts dont nous parlerons dans ce travail démontrent des divers critères auxquels la Cour se réfère afin d'analyser et de caractériser une réglementation nationale d'entrave. Les arrêts Keck et ANETT précisent la notion d'entrave dans la libre circulation des marchandises. Partant, avant de se pencher sur l'application de la formule « Keck / ANNET » sur les autres libertés fondamentales, il convient de poser le contexte de l'introduction de la notion de « mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative » ayant fait l'objet de nombreuses controverses, en premier lieu dans le domaine de la libre circulation des marchandises. La finalité étant de saisir l'impact de cette notion sur les autres libertés de circulation².

Nous verrons les diverses jurisprudences que cette notion a impliquées (*infra*, 1.1.), pour arriver à l'arrêt « Keck » qui a permis d'adopter une nouvelle manière de désigner une MEERQ (*infra*, 1.2.), et enfin à l'affaire « ANETT » (*infra*, 1.3.) ayant encore précisé cette notion. Ensuite, il conviendra d'analyser la possibilité de transposer ces jurisprudences sur les autres libertés fondamentales. Tout d'abord, nous comparerons la libre prestation des services avec la libre circulation des marchandises afin de déchiffrer si ces deux libertés pourraient se voir appliquer un régime similaire (*infra*, 2.1.). Les particularités de la notion d'entrave dans la libre prestation des services seront examinées plus particulièrement (*infra*, 2.2.). Nous verrons les réponses de la CJUE concernant une potentielle transférabilité de « Keck » (resp. « ANETT ») dans la libre prestation des services (*infra*, 2.3.). Ensuite, le travail portera sur une analyse des possibilités d'appliquer ces jurisprudences de manière analogue à la libre

¹ JARASS, p. 145 ss.

² DE GROVE-VALDEYRON, n° 33 ss ; TOBLER, n° 1.

circulation des personnes, en se concentrant sur la libre circulation des travailleurs (*infra*, 3.1.) et sur la liberté d'établissement (*infra*, 3.2.).

En termes de vocabulaire, nous avons choisi d'utiliser les expressions « Keck » (resp. « ANETT ») afin de démontrer que ces deux arrêts demeurent liés en apportant, chacun à sa façon, une nouvelle vision de la manière d'examiner une entrave et de la qualifier, s'il le faut, de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative. Il convient également de préciser que ce travail ne portera pas sur la libre circulation des capitaux. En effet, étant donné le manque de développement de la CJUE concernant une potentielle analogie de « Keck » (resp. « ANETT ») sur cette liberté³, ce choix nous paraît judicieux.

1. La notion de MEERQ à l'importation dans la libre circulation des marchandises

1.1. L'évolution de la jurisprudence

Les traités ne contiennent pas de définition précise de la notion de mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative⁴. En effet, cet élément a connu de nombreuses évolutions dans les différentes jurisprudences de la Cour, dont les principales seront détaillées dans ce point.

1.1.1. La Directive 70/50/CEE

La notion de MEERQ a été consacrée pour la première fois par la Commission dans la Directive 70/50/CEE du 22 décembre 1969⁵. Le premier paragraphe de l'art. 2 de cette Directive spécifie la notion de MEERQ, celle-ci représentant des mesures qui empêchent la réalisation d'importations potentielles et qui rendent cette opération plus difficile ou plus onéreuse en comparaison à celle de la production nationale. Ces réglementations, provenant d'un État membre, créent une discrimination directe ou indirecte envers les produits importés

³ EPINEY / MOSTERS / PROGIN-THEUERKAUF, p. 144.

⁴ VAN CLEYNENBREUGEL, p. 91.

⁵ DE GROVE-VALDEYRON, n° 33.

puisqu'elles ne sont pas applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés⁶.

1.1.2. L'arrêt Dassonville

A défaut d'une définition législative, une définition jurisprudentielle a ensuite dû être mise en place pour préciser les éléments émanant de cette Directive. La Cour a profité de définir la notion de MEERQ dans le cadre d'une affaire qui concernait une réglementation belge imposant à l'importateur de se munir, pour les produits d'appellations d'origine (du whisky écossais en l'espèce), d'une pièce officielle attestant de l'authenticité et de l'origine du produit, délivrée par le gouvernement de l'exportateur⁷. Dans cet arrêt dit Dassonville⁸, la Cour donne une interprétation plutôt large de la notion de « mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative »⁹. En effet, les MEERQ sont définies dans cette jurisprudence comme « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire »¹⁰, ajoutant ainsi une autre catégorie de mesures interdites que celles ayant un caractère discriminatoire direct ou indirect. Cette volonté de la Cour d'interpréter de façon plutôt ouverte les mesures d'effet équivalent démontre d'un dessein d'englober toutes les futures entraves, telles celle du cas d'espèce, qui pourraient tomber sous le coup de l'art. 34 TFUE, élargissant ainsi la protection. Cependant, au vu de l'interprétation restrictive de la Cour concernant les justifications à de potentielles entraves, prévues à l'art. 36 TFUE comme des motifs déterminés et exhaustifs, certaines difficultés ont été provoquées¹¹.

1.2.3. La jurisprudence Cassis de Dijon

L'arrêt Cassis de Dijon¹², permet d'élargir les possibilités de justification d'entraves à l'art. 34 TFUE, lorsque les motifs écrits de l'art. 36 TFUE ne suffisent pas¹³. En l'espèce, une réglementation allemande imposait un degré d'alcool

⁶ VAN CLEYNENBREUGEL, p. 92.

⁷ DE GROVE-VALDEYRON, p. 52 ; GODIVEAU / LECLERC, n° 50.

⁸ CJCE, *Dassonville*.

⁹ TOBLER, n° 4.

¹⁰ CJCE, *Dassonville*, p. 852, pt. 5.

¹¹ CJCE, *Commission / Grèce* ; EPINEY / MOSTERS / PROGIN-THEUERKAUF, p. 42.

¹² CJCE, *Cassis de Dijon*.

¹³ POIARES MADURO, *Face à l'entrave*, p. 268.

minimal de 32% pour autoriser la commercialisation de liqueur de fruits. La boisson spiritueuse en cause, dite « Cassis de Dijon », possédait une teneur alcoolique de 15 à 20%¹⁴. La société Rewe-Zentral, productrice de cette liqueur en France, où elle est commercialisée légalement, pouvait importer ce produit en République fédérale d'Allemagne mais celui-ci n'aurait pas pu être commercialisé dans cet EM. Dans cette affaire, la Cour a dû répondre à la question de savoir si la mesure allemande était compatible avec l'art. 34 TFUE, du fait de certaines justifications, ou si celle-ci constituait une MEERQ interdite par ce même article¹⁵. Tout d'abord, la Cour rappelle qu'une « mesure apte à entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, les importations » constituent une MEERQ¹⁶. Ensuite, la Cour admet qu'une réglementation commune de la production et de la commercialisation de l'alcool fait défaut et que les EM demeurent compétents dans ce domaine, pouvant ainsi créer, au vu des différences de législations, des empêchements à la circulation intracommunautaire. Cependant, elle précise que ces obstacles doivent être « nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs »¹⁷. Les arguments soulevés par le gouvernement allemand, tirés de l'art. 36 TFUE, étaient la sauvegarde de la santé publique et la protection des consommateurs¹⁸. D'une part, concernant la préservation de la santé publique, le gouvernement allemand soutenait que la réglementation litigieuse aurait pu éviter certaines dépendances, les alcools à teneur alcoolique modérée étant plus addictifs que ceux à plus forte teneur¹⁹. D'autre part, selon le gouvernement allemand, la protection du consommateur aurait été assurée contre les pratiques déloyales de producteurs ou distributeurs de boissons spiritueuses²⁰. La Cour ne retiendra pas ces aspects, opposant que ceux-ci « ne

¹⁴ VAN CLEYNENBREUGEL, p. 95.

¹⁵ CJCE, *Cassis de Dijon*, p. 651 ; GODIVEAU / LECLERC, n° 79.

¹⁶ CJCE, *Cassis de Dijon*, p. 651.

¹⁷ *Idem*, pt. 8.

¹⁸ BOUTAYEB, n° 609 ; GODIVEAU / LECLERC, n° 79.

¹⁹ CJCE, *Cassis de Dijon*, pt. 10.

²⁰ *Idem*, pt. 12.

poursuivent pas un intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises »²¹.

Dans cet arrêt, la Cour élargit la notion de MEERQ aux mesures indistinctement applicables en écartant l'argument du gouvernement allemand qui soutient que sa réglementation nationale s'applique de la même manière aux produits nationaux et aux produits importés. Selon elle, une disposition nationale qui entrave la commercialisation des produits nationaux de la même manière que les produits importés, peut désormais également être considérée comme une MEERQ²². Les justifications des entraves (non-discriminatoires) à l'art. 34 TFUE, prévues à l'art. 36 TFUE, ne suffisant pas, la Cour permet de le faire par des raisons non-écrites que représentent ces exigences impératives d'intérêt général²³. La jurisprudence Cassis de Dijon introduit également le principe de la reconnaissance mutuelle selon lequel les marchandises peuvent circuler librement dans l'ensemble du marché intérieur européen lorsqu'elle répond aux exigences légales du pays d'origine²⁴.

1.2. La formule « Keck »

L'arrêt Keck et Mithouard²⁵ permet de délimiter la notion de MEERQ. Après les deux arrêts précités, les questions préjudicielles n'ont fait qu'augmenter à la Cour²⁶. En effet, les opérateurs économiques y ont perçu la possibilité de contester « toute espèce de réglementations qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale »²⁷ ; il a donc fallu restreindre ces premières définitions. Cette affaire porte sur une procédure pénale contre les propriétaires de supermarchés au Luxembourg qui vendent des marchandises à perte en France, alors même qu'une réglementation française l'interdit spécifiquement. La revente à perte consiste en une revente des produits à des prix inférieurs à leurs prix d'achats effectifs²⁸. Dans cet arrêt, la Cour a dû répondre à la question de

²¹ *Idem*, pt. 14.

²² BOUTAYEB, n° 618 et 620.

²³ EPINEY / MOSTERS / PROGIN-THEUERKAUF, p. 42.

²⁴ BOUTAYEB, n° 614.

²⁵ CJCE, *Keck et Mithouard*.

²⁶ GODIVEAU / LECLERC, n° 54 ; VAN CLEYNENBREUGEL, p. 95.

²⁷ CJCE, *Keck et Mithouard*, pt. 14.

²⁸ BOUTAYEB, n° 980 ; GODIVEAU / LECLERC, n° 57.

savoir si l'interdiction française en cause constituait une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation interdite par l'art. 34 TFUE, et si l'éventualité d'un effet restrictif suffisait pour la qualifier comme telle²⁹. En effet, on pourrait concevoir que l'interdiction générale de revente à perte empêche certaines importations en provenance d'autres EM puisque les ventes sont éventuellement susceptibles d'être limitées et la concurrence faussée³⁰. Profitant de cette affaire, la Cour opère, après avoir rappelé les principes des jurisprudences précédemment citées (*supra*, 1.1.), une distinction entre les mesures qui concernent les « modalités de ventes » relatives au produit et celles qui touchent directement aux « conditions imposées au produit »³¹.

1.2.1. Les conditions imposées aux produits

Les mesures qui appliquent des « règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises (telles que celles qui concernent leur dénomination, leur forme, leurs dimensions, leur poids, leur composition, leur présentation, leur étiquetage, leur conditionnement) peuvent être caractérisées de MEERQ³². En effet, ces réglementations, même si elles sont indistinctement applicables, doivent être justifiées « par un but d'intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises »³³. Cette affirmation rappelle simplement les principes de Dassonville et de Cassis de Dijon, en ajoutant une précision quant à la notion de « condition imposée au produit » qui sera toujours considérée comme une MEERQ si elle n'est pas justifiée.

1.2.2. La notion de « modalités de vente »

Au contraire, les réglementations nationales qui appliquent des limitations ou qui interdisent certaines modalités de vente à des marchandises provenant d'autres EM, ne sont plus considérées comme des MEERQ à condition qu'elles « s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité

²⁹ CJCE, *Keck et Mithouard*, pt. 13 ; DE GROVE-VALDEYRON, p. 55.

³⁰ CJCE, *Keck et Mithouard*, pts. 4 et 13 ; VAN CLEYNENBREUGEL, p. 96 s.

³¹ DE GROVE-VALDEYRON, p. 55 ; FEIDEN, p. 17.

³² CJCE, *Keck et Mithouard*, pt. 15.

³³ *Ibidem*.

sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres »³⁴. Cela implique qu'une mesure qui remplit ces conditions (donc non-discriminatoire et modalité de vente), tel que jugé pour la disposition française en cause³⁵, échappe au champ d'application de l'art. 34 TFUE puisqu'elle n'est pas de nature à restreindre ou à gêner l'accès au marché des produits étrangers « davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux »³⁶. La notion de « certaines modalités de vente » n'a pas tout de suite été précisée par la Cour et a fait l'objet de certaines confusions quant à savoir si celle-ci entendait interdire seulement une catégorie de modalités de vente et pas leur totalité³⁷. Cette ambiguïté a ensuite pu être clarifiée dans plusieurs arrêts confirmant de réglementations considérées comme des modalités de vente : les règles relatives aux heures d'ouvertures des magasins³⁸ ; certaines interdictions de publicité³⁹; les règles relatives aux types de magasins ou aux personnes autorisées à vendre certains produits⁴⁰ ; les contrôles de prix⁴¹.

1.2.3. Les limites de Keck et Mithouard

La jurisprudence Keck et Mithouard a démontré ses limites, surtout concernant certaines difficultés à distinguer clairement entre les deux catégories que sont les « conditions imposées au produit » et les « modalités de vente »⁴². En effet, dans des arrêts ultérieurs, la Cour a dû se prononcer sur des cas plutôt complexes qui pouvaient entrer soit dans l'une ou l'autre catégorie, soit même dans aucune des deux⁴³. Le domaine de la publicité a été particulièrement touché par ces difficultés ; dans l'arrêt Mars⁴⁴ qui concernait l'interdiction de déposer sur l'emballage d'un produit une promotion de « + 10% » susceptible

³⁴ *Idem*, pt. 16.

³⁵ CJCE, *Keck et Mithouard*, pt. 18 ; BOUTAYEB, n° 984 ; VAN CLEYNENBREUGEL, p. 97.

³⁶ CJCE, *Keck et Mithouard*, pt. 17.

³⁷ OLIVER, Forces et faiblesses de Keck, p. 870-21 ; v. ég. : PICOD, p. 52.

³⁸ FEIDEN, p. 18.

³⁹ HAMMER, p. 128 ; OLIVER, Forces et faiblesses de Keck, p. 870-22.

⁴⁰ OLIVER, Forces et faiblesses de Keck, p. 870-22 ; FEIDEN, p. 18.

⁴¹ CJCE, *Keck et Mithouard* ; OLIVER, Forces et faiblesses de Keck, p. 870-22.

⁴² BOUTAYEB, n° 986.

⁴³ PICOD, p. 57.

⁴⁴ CJCE, *Mars*.

de tromper le consommateur, la Cour devait catégoriser la mesure alors que celle-ci touchait, en tant que publicité, à la vente du produit – entrant de ce fait dans les « modalités de vente » – et en même temps au produit lui-même puisque tous les emballages contenant cette mention publicitaire devaient être modifiés – représentant ainsi une « condition imposée au produit » donc une MEERQ à l'importation interdite par l'art. 34 TFUE⁴⁵. Cette réglementation, au même titre que celles des affaires *Leclerc-Siplec*⁴⁶ et *Morellato*⁴⁷ ont donc été caractérisées de zones grises et démontrent des limites de Keck et Mithouard. D'autres problèmes ont vu le jour lorsque certaines réglementations n'entraient dans aucune des deux catégories. En effet, les mesures nationales limitant l'utilisation de certains produits ne concernent ni les modalités de vente ni les conditions imposées aux produits⁴⁸.

1.3. L'apport de ANETT

1.3.1. Le critère de l'accès au marché

Pour imaginer le critère de l'accès au marché, prenons l'affaire *Mickelsson et Roos*⁴⁹ qui concerne une mesure suédoise interdisant l'utilisation de véhicules nautiques en dehors des couloirs publics de navigations prédéfinis ce qui restreint l'utilisation du produit d'une façon si grande qu'elle peut être comparée à une interdiction de l'usage même de cette marchandise⁵⁰. En effet, l'usage de ce produit en est tellement limité que cela semble dénué de sens en tant que consommateur de l'acheter. La Cour a refusé dans cet arrêt, comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Commission / Italie*⁵¹, de créer une nouvelle catégorie de MEERQ pour les conditions relatives à l'utilisation des produits. Cependant, elle y a vu une possibilité d'introduire un nouveau critère d'analyse de l'entrave qui est celui de l'effet contraignant d'une réglementation sur l'accès au marché⁵². Le critère de l'accès au marché, introduit par les deux arrêts précités,

⁴⁵ PICOD, p. 56.

⁴⁶ CJCE, *Leclerc-Siplec*.

⁴⁷ CJCE, *Morellato*.

⁴⁸ EPINEY / MOSTERS / PROGIN-THEUERKAUF, p. 51.

⁴⁹ CJCE, *Mickelsson et Roos*.

⁵⁰ DE GROVE-VALDEYRON, p. 60.

⁵¹ CJCE, *Commission / Italie*.

⁵² *Idem*, pt. 56 ; CJCE, *Mickelsson et Roos*, pt. 26. ; DE GROVE-VALDEYRON, p. 60 s. ; PICOD, p. 69.

atteste d'une nouvelle forme d'examen de l'entrave de la part de la Cour. En effet, l'entrave n'est plus analysée en fonction de l'objet qu'elle interdit ou restreint, mais en fonction de son effet sur le marché et le commerce intercommunautaire⁵³. Ne retenant pas les conclusions de l'avocat général BOT dans l'affaire *Commission / Italie*⁵⁴, la Cour n'a pas voulu faire de ce critère d'accès au marché un critère unique pour déterminer l'entrave. En effet, ce critère est souvent utilisé pour analyser l'entrave mais il ne semble pas avoir supplanté les autres manières de déceler une entrave, auxquelles la jurisprudence « Keck » (resp. « ANETT ») appartient avec le fait de mettre l'objet de la mesure en cause au centre de l'examen⁵⁵.

1.3.2. Les faits et l'analyse de l'entrave

L'arrêt ANETT⁵⁶ concerne une réglementation espagnole interdisant aux détaillants de tabac d'importer des produits de tabac manufacturés à partir d'autres EM, privilégiant ainsi les grossistes qui sont autorisés à le faire en vertu d'un monopole national et qui se doivent d'approvisionner les détaillants⁵⁷. La Cour se pose d'abord la question de savoir si la réglementation nationale doit être interprétée à l'aide de l'art. 37 TFUE puisqu'elle concerne, au sens de cet article, le fonctionnement d'un monopole à caractère commercial⁵⁸. Cependant, elle répond à cela qu'une mesure qui affecte les concessionnaires du monopole concerné, à savoir les détaillants de tabac, peut être dégagée du fonctionnement du monopole « dès lors qu'elle se rapporte non pas aux modalités de la vente au détail des produits de tabac sur le territoire espagnol, mais au marché de ces produits en amont »⁵⁹. Partant, il convient de ne pas assimiler la réglementation en cause à une mesure relative à l'existence ou au fonctionnement du monopole mais plutôt de l'analyser à l'aune de l'art. 34 TFUE⁶⁰. Après avoir rappelé les principes de *Dassonville*, les critères d'analyse de l'entrave de l'arrêt *Commission / Italie*⁶¹, et ayant écarté le

⁵³ DE GROVE-VALDEYRON, p. 61.

⁵⁴ CJCE, Conclusions BOT, pt. 111 ; RITLENG, p. 172.

⁵⁵ RITLENG, p. 173.

⁵⁶ CJUE, ANETT.

⁵⁷ SIBONY / DEFFOZEZ, p. 731-106.

⁵⁸ CJUE, ANETT, pt. 22.

⁵⁹ *Idem*, pt. 29.

⁶⁰ *Idem*, pts. 30 s.

⁶¹ CJCE, *Commission / Italie*.

caractère discriminatoire de la réglementation nationale en cause, la Cour s'intéresse plus particulièrement au critère de l'accès au marché. Selon elle, l'interdiction en cause présente une restriction de l'accès au marché du fait qu'elle empêche les détaillants de tabac de proposer une gamme de produit différente de celle disponible auprès des grossistes agréés⁶². Plus particulièrement, ces buralistes ne peuvent pas commercialiser un produit de tabac qui viendrait d'un autre EM si les grossistes ne l'ont pas dans leur assortiment ou dans leurs stocks⁶³. En conséquence, les consommateurs s'en trouvent directement affectés dans leurs possibilités de choix, l'accès au marché étant ainsi entravé et la réglementation nationale considérée comme une MEERQ interdite par l'art. 34 TFUE⁶⁴. La mesure en cause n'est pas non plus justifiée par les intérêts invoqués⁶⁵.

1.3.3. L'arrêt ANETT : précision ou modification de la formule « Keck » ?

Dans l'affaire ANETT nous remarquons que la Cour propose de manière claire une classification des mesures considérées comme des MEERQ en trois catégories distinctes dont l'applicabilité est alternative. Premièrement les « mesures prises par un État membre ayant pour objet ou pour effet de traiter moins favorablement des marchandises en provenance d'autres États membres », ensuite les « règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre ces dernières, même si de telles règles sont indistinctement applicables à tous les produits », et enfin « toute autre mesure qui entrave l'accès au marché d'un État membre des produits originaires d'autres États membres »⁶⁶. Ainsi, cette jurisprudence démontre de la volonté de la Cour de favoriser le critère de l'accès au marché pour analyser l'entrave. Cette finalité ne semble pas être un revirement de jurisprudence après l'arrêt Keck et Mithouard mais plutôt les prémisses d'une nouvelle méthode de qualification de MEERQ.

⁶² SIBONY / DEFOSSEZ, p. 731-106.

⁶³ CJUE, ANETT, pt. 39.

⁶⁴ SIBONY / DEFOSSEZ, p. 731-107.

⁶⁵ CJUE, ANETT, pt. 55.

⁶⁶ DE GROVE-VALDEYRON, p. 61 s.

2. La formule « Keck / ANETT » dans la libre prestation des services

Les libertés fondamentales connaissent certaines analogies, tout comme des distinctions qui les rendent uniques et spécifiques dans les domaines de protection auquel elles se rapportent. La libre prestation des services et la libre circulation des marchandises, nonobstant leurs particularités, s'accordent désormais sur leur interprétation large de la notion d'interdiction de toute forme de restriction⁶⁷.

2.1. Vers une unité des libertés fondamentales

2.1.1. Les divergences entre marchandises et services

Tout d'abord, la notion de services est définie à l'art. 57 al. 1 TFUE comme « les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes ». Cette définition met en exergue le fait que la libre prestation des services est considérée comme une catégorie résiduelle par rapport aux autres libertés fondamentales⁶⁸, et conçue comme une garantie afin qu'aucune activité n'échappe au champ d'application des traités⁶⁹. Partant, les dispositions des art. 56 ss TFUE diffèrent des articles concernant la libre circulation des marchandises⁷⁰.

S'ajoutant à cela, la notion de services implique des prestations immatérielles les distinguant ainsi des marchandises qui sont des « produits ayant une valeur appréciable en argent et susceptibles, comme tels, de former l'objet de transactions commerciales »⁷¹. Enfin, il convient de préciser que la Directive 2006/123/CE « services » du 12 décembre 2006 donne plus de précisions quant aux prestations qui entrent dans le champ d'application de la libre prestation des services et celles qui en sont exclues. A titre de conclusion partielle, nous observons que les divergences entre les services et les marchandises

⁶⁷ POIARES MADURO, *Harmony and dissonance*, p. 60.

⁶⁸ VAN CLEYNENBREUGEL, p. 130.

⁶⁹ EPINEY / MOSTERS / PROGIN-THEUERKAUF, p. 119.

⁷⁰ PARAPATITS, p. 116.

⁷¹ CJCE, *Commission / Italie* ; GODIVEAU / LECLERC, p. 30.

demeurent plutôt formelles et textuelles que fondamentales dans leur concept⁷².

2.1.2. Les convergences

L'arrêt *Webb*⁷³, suivi de l'arrêt *Säger*⁷⁴, ont élargi les interdictions de restrictions concernant la libre prestation des services, donnant ainsi un concept qui s'apparente à celui de la libre circulation des marchandises⁷⁵. En effet, dans l'arrêt *Säger*, la Cour précise que la libre prestation des services ne concerne pas seulement l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité, mais également l'interdiction de toute forme de restriction même indistinctement applicable aux prestataires nationaux qu'à ceux d'autres EM⁷⁶. Cette affirmation démontre l'application d'une interprétation large de la notion de restriction dans le domaine de la libre prestation des services, semblable à celle prévue par l'arrêt *Cassis de Dijon*⁷⁷ dans la libre circulation des marchandises⁷⁸.

Il semble également intéressant de rappeler l'objectif principal de l'Union européenne qui est la réalisation du marché intérieur⁷⁹. Cette finalité ne peut être atteinte sans l'établissement des libertés fondamentales⁸⁰. Ainsi, la libre prestation des services poursuit le même but originaire que la libre circulation des marchandises, ce qui rapproche encore ces deux domaines⁸¹.

Enfin, depuis l'arrêt *Gebhard*⁸², les libertés fondamentales font l'objet d'une structure dogmatique commune et ainsi d'une interprétation parallèle, à savoir l'analyse des entraves et ensuite des justifications de celles-ci⁸³, avec comme finalité la cohésion de la notion de marché intérieur et de sa réalisation⁸⁴. En effet, une mesure n'est pas toujours considérée comme une violation d'une liberté fondamentale puisqu'elle peut être justifiée afin de créer une restriction

⁷² FEIDEN, p. 177.

⁷³ CJCE, *Webb*.

⁷⁴ CJCE, *Säger*.

⁷⁵ PARAPATITS, p. 116 ; DEMARET, p. 268.

⁷⁶ CJCE, *Säger*, pt. 12.

⁷⁷ CJCE, *Cassis de Dijon*.

⁷⁸ POIARES MADURO, *Harmony and dissonance*, p. 60.

⁷⁹ FEIDEN, p. 14 ; DE LA ROSA, p. 17.

⁸⁰ FEIDEN, p. 125.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² CJCE, *Gebhard*.

⁸³ VAN CLEYNENBREUGEL, p. 271.

⁸⁴ DA CRUZ VILAÇA, p. 35 s.

à cette liberté⁸⁵. Pour ce faire, la disposition en cause doit répondre à plusieurs critères : les motifs écrits, les motifs non écrits et la proportionnalité. Concernant les motifs écrits pour la libre prestation des services, l'art. 62 TFUE, par renvoi à l'art. 52 TFUE, les mesures prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers qui sont justifiées par l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique restent licites. De plus, la Cour a permis la justification d'une entrave (non directement discriminatoire) à la libre prestation des services par des raisons non écrites qui doivent représenter des exigences impératives d'intérêt général, et qui ne sont pas de nature économique⁸⁶. Comme précisé plus haut, cette possibilité s'avère analogue à la décision de l'arrêt *Cassis de Dijon* concernant la libre circulation des marchandises, rapprochant ainsi d'autant plus les deux libertés⁸⁷. Enfin, le principe de proportionnalité doit dans tous les cas être respecté afin qu'une mesure ne soit pas considérée comme une violation mais comme une restriction⁸⁸.

2.1.3. La formule « Keck » comme contribution à la convergence des libertés fondamentales

Pour conclure, les différences entre les libertés fondamentales devraient être évitées puisqu'elles visent le même objectif et répondent, le plus souvent, aux mêmes principes de base⁸⁹. Cependant, un régime uniforme et absolu ne semble pas possible au vu des spécificités de chaque liberté⁹⁰. De son côté, FEIDEN estime que la jurisprudence « Keck » a contribué à la convergence des libertés fondamentales ayant ramené la libre circulation des marchandises à un niveau correspondant à celui de la libre prestation des services⁹¹. Au vu des diverses analogies entre les libertés fondamentales, il convient d'analyser si la formule « Keck » est réellement transposable à la libre prestation des services et si certaines mesures doivent, de ce fait, être exclues du champ d'application des entraves à cette liberté⁹².

⁸⁵ JARASS, p. 153 s.

⁸⁶ EPINEY / MOSTERS, p. 10.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ JARASS, p. 159 s.

⁸⁹ OLIVER, Libre circulation des marchandises, p. 287.

⁹⁰ *Idem*, p. 278.

⁹¹ FEIDEN, p. 178.

⁹² TOBLER, n° 10.

2.2. La notion d'entrave dans le domaine de la libre prestation des services

2.2.1. Quelques généralités

L'art. 56 TFUE contient une interdiction générale de discrimination qu'elles soient directes ou indirectes⁹³. Les discriminations directes concernent les cas où un EM prend une mesure qui restreint la possibilité pour les ressortissants d'autres EM de faire valoir leur liberté fondamentale dans ce pays, en raison de leur nationalité, alors que les ressortissants de l'État en question sont en droit d'appliquer cette même liberté⁹⁴. Les discriminations indirectes représentent des discriminations « cachées », car elles sont dissimulées et donc invisibles en soi, mais aboutissent en réalité, après application d'autres critères de distinction, au même résultat qu'une discrimination directe⁹⁵. De plus, et comme dit précédemment (*supra*, 2.1.2.), les arrêts *Webb* et *Säger* ont modifié la notion de restriction à la libre prestation des services, l'élargissant aux mesures non-discriminatoires également⁹⁶. En effet, la Cour admet une interdiction générale d'entrave à l'art. 56 TFUE⁹⁷, ce qui implique que les prestations de services rendues plus difficiles ou empêchées (même potentiellement et indirectement) entrent déjà dans le champ d'application de cet article même lorsqu'elles sont indistinctement applicables en raison de la nationalité⁹⁸. Par conséquent, il conviendra de se pencher sur la question de la transférabilité de la jurisprudence « *Keck* » (resp. « *ANETT* ») dans le domaine de la libre prestation des services.

2.2.2. La notion de « modalités de prestations de services »

Une possibilité quant à la transposition de « *Keck* » (resp. « *ANETT* ») dans la libre prestation des services est de rechercher une notion comparable à celle de « modalités de vente » applicable dans le domaine de la libre circulation des marchandises. Cette alternative est cependant plutôt complexe et controversée en doctrine. Certains auteurs estiment que les « modalités de vente »

⁹³ EPINEY / MOSTERS, p. 9.

⁹⁴ FEIDEN, p. 127.

⁹⁵ CJCE, *Ferlini*, pt. 57.

⁹⁶ GRISEL, p. 301 ; PICOD, p. 70.

⁹⁷ CJCE, *Van Binsbergen*.

⁹⁸ EPINEY / MOSTERS, p. 9.

sont employées seulement dans la libre circulation des marchandises, et ainsi non transposables à d'autres libertés fondamentales⁹⁹. En effet, la distinction entre les réglementations affectant le produit directement et celles concernant les moyens utilisés pour le vendre est déjà suffisamment ambiguë dans le domaine des marchandises. DA CRUZ VILAÇA, quant à lui, considère qu'un terme plus adapté mais avec le même sens pourrait être utilisé dans le domaine de la libre prestation des services¹⁰⁰. Il établit, en prenant l'exemple de la publicité, deux catégories de mesures propres aux services : les « caractéristiques intrinsèques » du service, et les « conditions générales ou "extrinsèques" dans lesquelles les services peuvent être fournis »¹⁰¹. La première catégorie représente les « conditions imposées au produit » de la jurisprudence Keck et Mithouard et serait donc considérée comme une MEERQ interdite par les traités si elle n'est pas justifiée. Une mesure de ce type toucherait directement le « contenu ou la nature des images utilisées (par exemple, interdiction de la nudité ou de violence dans les publicités), la méthode ou la technique de la publicité ou le mode de présentation »¹⁰². La seconde catégorie concernant les conditions générales ou « extrinsèques » serait, en comparaison avec la libre circulation des marchandises, évaluée comme une « modalité de vente » et n'entrerait donc pas dans le champ d'application des libertés fondamentales¹⁰³. La méthode utilisée par cet auteur paraît théoriquement pertinente, cependant la Cour se méfie d'une distinction ambiguë et préfère donc donner à la notion d'entrave aux prestations de services une interprétation plus large, même si cela implique qu'elle doit ensuite se pencher sur chaque cas d'espèce¹⁰⁴.

2.3. Les réponses potentielles de la CJUE

2.3.1. L'arrêt Alpine Investments

L'arrêt *Alpine Investments*¹⁰⁵ porte sur une réglementation du ministère des Finances néerlandais qui a prononcé une interdiction générale du

⁹⁹ En ce sens : KORT, p. 136 ; DEMARET, p. 274 ; v. ég. : ENCHELMAIER, p. 320.

¹⁰⁰ DA CRUZ VILAÇA, p. 33 ss ; v. ég. : FEIDEN, p. 139 ss.

¹⁰¹ DA CRUZ VILAÇA, p. 40 ; TOBLER, n° 22.

¹⁰² DA CRUZ VILAÇA, p. 40.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ DEMARET, p. 274.

¹⁰⁵ CJCE, *Alpine Investments*.

démarchage téléphonique sans le consentement préalable des clients. La société Alpine Investments a fait valoir que cette interdiction restreignait la possibilité d'entrer en contact avec de potentiels clients établis dans un autre EM¹⁰⁶. Partant, la Cour doit répondre à la question de savoir si la prohibition de cette pratique appelée « cold calling » est compatible avec la libre prestation des services ou si celle-ci représente une restriction interdite par l'art. 56 TFUE. D'abord, la Cour assimile les prestations fournies par Alpine Investments à un service parce que celles-ci sont « effectuées contre rémunération », le champ d'application de l'art. 57 TFUE étant donc touché¹⁰⁷. Concernant le démarchage téléphonique, le prestataire du service est établi dans un EM et ne se déplace pas de ce dernier pour fournir une prestation à un destinataire potentiel qui lui est établi dans un autre EM. La Cour confirme que l'art. 56 TFUE doit être interprété dans un tel sens¹⁰⁸. Une interdiction de la sorte entre dans le champ d'application de l'art. 56 TFUE puisqu'elle « prive les opérateurs concernés d'une technique rapide et directe de publicité et de prise de contact avec des clients potentiels se trouvant dans d'autres États membres. Elle est dès lors susceptible de constituer une restriction à la libre prestation des services transfrontaliers »¹⁰⁹.

Les gouvernements néerlandais et du Royaume-Uni arguent encore que la réglementation ne concerne pas l'art. 56 TFUE parce qu'elle est d'application générale, non-discriminatoire et n'a pas pour objet ou pour effet de procurer un avantage au marché national par rapport aux prestataires de services d'autres EM¹¹⁰. Ces arguments sont d'autant plus intéressants ici car les gouvernements comparent l'interdiction en cause aux mesures réglementant les modalités de vente dans la libre circulation des marchandises, qui, depuis Keck et Mithouard ne sont plus considérées comme des MEERQ interdites par l'art. 34 TFUE¹¹¹. Cependant, la Cour décide de prendre une autre voie pour déterminer de l'existence d'une entrave à la libre prestation des services dans le cas d'espèce. Selon elle, les faits de l'affaire Alpine Investments ne

¹⁰⁶ HATZOPOULOS, *Alpine Investments*, p. 1428.

¹⁰⁷ CJCE, *Alpine Investments*, pt. 15.

¹⁰⁸ *Idem*, pt. 22.

¹⁰⁹ *Idem*, pt. 28.

¹¹⁰ DA CRUZ VILAÇA, p. 26.

¹¹¹ CJCE, *Alpine Investments*, pt. 33.

sont pas comparables à ceux de l'affaire Keck et Mithouard¹¹². En effet, la Cour considère qu'une telle interdiction peut tout de même constituer une restriction à la libre prestation des services du fait qu'elle conditionne directement l'accès au marché des services dans les autres EM qui pourraient voir les offres, adressées à de potentiels clients établis sur leur territoire, se réduire¹¹³. En effet, Alpine Investments utilisait le démarchage téléphonique comme moyen d'attirer des clients d'autres EM et interdire cette technique revenait à exclure du marché la prestation de services proposée par cette société¹¹⁴. L'interdiction d'utiliser cette pratique est donc susceptible d'entraver le commerce intracommunautaire des services¹¹⁵. Cet arrêt montre que la Cour n'a pas directement éloigné la possibilité d'une application analogue de la formule « Keck » à la libre prestation des services, elle a choisi plutôt, au vu de l'interdiction en cause et de son effet sur le commerce intracommunautaire, de se tourner vers un autre critère d'analyse de l'entrave : l'accès au marché¹¹⁶. La doctrine est partagée entre voir ce refus de la Cour d'appliquer la jurisprudence « Keck » (resp. « ANETT ») comme une impossibilité de transposition à la libre prestation des services¹¹⁷, ou alors comme une réponse négative dans le cas d'espèce uniquement, laissant ainsi une porte ouverte pour une éventuelle application analogue dans une affaire avec des faits comparables à ceux de l'arrêt en question¹¹⁸.

2.3.2. La jurisprudence récente : Mobistar et Belgacom

Plus récemment, dans l'arrêt Mobistar et Belgacom¹¹⁹, la Cour s'est à nouveau penchée sur l'interprétation de l'art. 56 TFUE après la demande préjudicielle du Conseil d'État belge. L'affaire au principal concernait une réglementation nationale instaurant une taxe sur les pylônes, mâts et antennes de diffusion pour la communication mobile, payable par les propriétaires de ceux-ci¹²⁰. Les

¹¹² *Idem*, pts. 35 s. ; TOBLER, n° 11.

¹¹³ DA CRUZ VILAÇA, p. 26.

¹¹⁴ ENCHELMAIER, p. 316 s.

¹¹⁵ CJCE, *Alpine Investments*, pt. 38.

¹¹⁶ DEMARET, p. 273 ; EPINEY / MOSTERS, p. 9.

¹¹⁷ En ce sens : DEMARET, p. 273 ; HATZOPOULOS, *Alpine Investments*, p. 1439 ; GRISEL, p. 304.

¹¹⁸ En ce sens : DA CRUZ VILAÇA, p. 27 ; FEIDEN, p. 148 ; PARAPATITS, p. 122 ; TOBLER, n° 16.

¹¹⁹ CJCE, *Mobistar et Belgacom*.

¹²⁰ TOBLER, n° 17.

entreprises de téléphonie mobile concernées, Mobistar et Belgacom Mobile, ont déposé un recours contre ce règlement auprès du Conseil d'État faisant valoir que cette mesure restreignait le développement de leur réseau de téléphonie mobile, rendant possiblement ce service plus cher depuis l'étranger vers la Belgique et inversement, et représentait ainsi une restriction à la libre prestation des services au sens de l'art. 56 TFUE¹²¹. La CJCE, après avoir précisé que la directive concernait la concurrence, a rappelé la portée de l'art. 56 TFUE concernant la libre prestation des services : « l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services établi dans un autre État membre en raison de sa nationalité », ainsi que « la suppression de toute restriction même si cette restriction s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux d'autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou à gêner davantage les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services analogues »¹²².

Concernant une éventuelle application analogue de la jurisprudence « Keck » (resp. « ANETT ») à la libre prestation des services, la Cour précise que « l'article 59 du traité CE [actuel art. 56 TFUE] ne couvre pas les mesures qui ont pour seul effet d'entraîner des coûts supplémentaires pour la prestation concernée et qui affectent la prestation de services entre États membres de la même manière que la prestation de services à l'intérieur d'un seul État membre »¹²³. Par cette phrase, la Cour affirme qu'il semble possible de faire échapper au champ d'application de l'art. 56 TFUE les mesures nationales qui ne font que créer des coûts supplémentaires, mais qui demeurent indistinctement applicables aux prestataires nationaux et à ceux d'autres EM¹²⁴. Par rapport aux faits de l'affaire en cause, la Cour répond que tous les propriétaires d'installations de téléphonie mobile sur la commune belge sont soumis aux taxes en question, au même titre d'ailleurs que les opérateurs étrangers¹²⁵. De plus, les mesures fiscales litigieuses en l'espèce ne gênent pas la prestation de services transfrontaliers ou ne la rendent plus difficile que la prestation de

¹²¹ EPINEY / MOSTERS / PROGIN-THEUERKAUF, p. 134.

¹²² CJCE, *Mobistar et Belgacom*, pt. 29.

¹²³ *Idem*, pt. 31.

¹²⁴ WEATHERILL, p. 137.

¹²⁵ CJCE, *Mobistar et Belgacom*, pt. 32.

services nationaux¹²⁶. Enfin, « aucun élément du dossier ne permet de penser que l'effet cumulé des taxes locales compromet la libre prestation des services de téléphonie mobile entre les autres États membres et le Royaume de Belgique »¹²⁷. Ainsi, nous remarquons dans cet arrêt une analogie avec la formule « Keck » précitée (*supra*, 1.2.) qui excluait les « modalités de vente » du champ d'application de l'art. 34 TFUE. Même s'il est vrai que la Cour n'a pas explicitement mentionné « Keck » (resp. « ANETT ») dans l'arrêt *Mobistar et Belgacom*, l'idée derrière le considérant 31 demeure analogue ; c'est-à-dire que certaines mesures peuvent échapper au champ d'application d'une liberté fondamentale, que ce soit la libre circulation des marchandises ou la libre prestation des services. Ces mesures nationales ne représentent donc pas d'entrave à la libre circulation et poursuivent l'objectif de la réalisation du marché intérieur.

3. L'application de « Keck / ANETT » à la libre circulation des personnes

3.1. La libre circulation des travailleurs

La libre circulation des travailleurs contient quelques spécificités, et se distingue de la libre prestation des services par son caractère de dépendance. En effet, les services représentent des prestations effectuées de manière indépendante, alors que les prestations de travail démontrent d'une relation connexe entre l'employé et son employeur¹²⁸.

3.1.1. L'entrave et la libre circulation des travailleurs

Les entraves à la libre circulation des travailleurs se trouvent à l'art 45 al. 2 TFUE qui garantit la suppression de toute discrimination fondée sur la nationalité (qu'elle soit directe ou indirecte) entre les travailleurs des EM, que ce soit dans l'emploi, la rémunération ou les conditions de travail¹²⁹. S'ajoutant à cela, l'art. 45 al. 3 TFUE énumère certains droits accordés aux travailleurs. De

¹²⁶ *Idem*, pt. 33.

¹²⁷ CJCE, *Mobistar et Belgacom*, pt. 34.

¹²⁸ EPINEY / MOSTERS, p. 8.

¹²⁹ FEIDEN, p. 218.

manière plus concise, on peut affirmer qu'aucune réglementation nationale ne devrait empêcher un ressortissant d'accepter ou d'exercer une profession dans un autre EM¹³⁰. Dans l'arrêt *Bosman*¹³¹, le champ d'application de l'art. 45 TFUE a notamment été élargi, créant une interdiction générale d'entraves non discriminatoires à la libre circulation des travailleurs¹³².

L'affaire en cause concernait les règles d'organisation du football, plus particulièrement celles relatives aux transferts, de l'UEFA et de la Fédération belge de football. Le footballeur belge J.-M. Bosman demande son transfert vers un club français, son contrat arrivant à terme. Selon les règles, une indemnité devait être versée par le club français au club belge pour ce transfert¹³³. Les faits exposent que M. Bosman n'a en définitive pas pu être transféré. Partant, il fait valoir que ces règles constituent une entrave à la libre circulation des travailleurs, l'empêchant d'exercer son métier dans un autre EM¹³⁴. La Cour reconnaît que même si les mesures en cause sont indistinctement applicables¹³⁵, elles représentent des entraves à la libre circulation des travailleurs. On y pourrait voir une application analogue de la jurisprudence « Keck » (resp. « ANETT »), cependant la Cour a refusé de transposer cette formule dans cette affaire, bien que l'avocat général LENZ l'eût également proposé dans ses conclusions¹³⁶. Ce refus est motivé par le fait que les réglementations litigieuses « conditionnent directement l'accès au marché du travail dans les autres États membres et sont ainsi aptes à entraver la libre circulation des travailleurs »¹³⁷. Lorsqu'une réglementation conditionne l'accès au marché, la cour préférera ce critère pour examiner l'entrave à celui d'une « modalité de vente » au sens de Keck et Mithouard¹³⁸. Il convient de comparer l'affaire *Bosman* avec l'arrêt *Alpine Investments* précité (*supra*, 2.3.1.) dans lequel la Cour avait également écarté l'application de la formule « Keck » choisissant, par rapport aux faits, de se concentrer sur le critère de l'accès au marché¹³⁹.

¹³⁰ EPINEY / MOSTERS, p. 19.

¹³¹ CJCE, *Bosman*.

¹³² EPINEY / MOSTERS / PROGIN-THEUERKAUF, p. 89.

¹³³ CJCE, *Bosman*, pt. 31.

¹³⁴ BOUTAYEB, n° 1035.

¹³⁵ CJCE, *Bosman*, pt. 96.

¹³⁶ CJCE, Conclusions LENZ, pts. 204 s.

¹³⁷ CJCE, *Bosman*, pt. 103.

¹³⁸ ENCHELMAIER, p. 312.

¹³⁹ FEIDEN, n° 11.

3.1.2. L'affaire Graf

La jurisprudence Graf¹⁴⁰ porte sur le refus d'une société de payer une indemnité de congédiement à un employé ayant résilié son contrat de travail pour s'installer en Allemagne et y occuper un nouveau poste auprès d'une autre entreprise¹⁴¹. La question posée à la Cour est la suivante : « L'article 48 du traité CE s'oppose-t-il à une réglementation nationale en vertu de laquelle un travailleur ressortissant d'un État membre n'a pas droit à une indemnité de congédiement lorsque sa relation d'emploi prend fin du seul fait qu'il a résilié lui-même cette relation d'emploi par notification d'un préavis pour exercer dans un autre État membre une activité salariée »¹⁴². En l'espèce, la question qui se pose est de savoir s'il convient de distinguer le salarié qui a pris l'initiative de résilier son contrat de travail, de celui qui voit son contrat prendre fin sans avoir agi de la sorte, n'accordant au premier aucun droit de toucher une indemnité de congédiement. Tout d'abord, la Cour écarte la question de la discrimination, au motif que la réglementation en cause s'applique indépendamment de la nationalité du travailleur¹⁴³. Elle rappelle ensuite la jurisprudence Bosman précitée (*supra*, 3.1.1), en précisant que les mesures qui défavorisent les ressortissants communautaires lorsqu'ils souhaitent exercer une activité salariée sur le territoire d'un autre EM sont contraires à la libre circulation des travailleurs¹⁴⁴. En effet, les réglementations nationales, même lorsqu'elles sont indistinctement applicables, ne devraient pas dissuader ou empêcher un travailleur de quitter son État d'origine pour travailler dans un autre EM. Ces réglementations, si elles conditionnent l'accès des travailleurs au marché du travail, constituent des entraves à la libre circulation des travailleurs¹⁴⁵. En l'espèce, la Cour considère que la disposition en cause « n'est pas de nature à empêcher ou à dissuader le travailleur de mettre fin à son contrat de travail pour exercer une activité salariée auprès d'un autre employeur, car le droit à l'indemnité de congédiement ne dépend pas du choix du travailleur de rester ou non chez son employeur actuel, mais d'un événement futur et hypothétique,

¹⁴⁰ CJCE, *Graf*.

¹⁴¹ *Idem*, pt. 5.

¹⁴² CJCE, *Graf*, pt. 12.

¹⁴³ *Idem*, pt. 15.

¹⁴⁴ CJCE, *Bosman*, pt. 94.

¹⁴⁵ CJCE, *Graf*, pt. 23 ; ENCHELMAIER, p. 313.

à savoir la rupture ultérieure de son contrat sans qu'il ait pris lui-même l'initiative de cette rupture ou que celle-ci lui soit imputable »¹⁴⁶. Par cela, la Cour précise que la mesure en cause ne doit pas dépendre d'une circonstance trop aléatoire et indirecte, mais qui est effectivement apte à restreindre l'exercice de la libre circulation¹⁴⁷.

D'ailleurs, l'AG FENNELY avait proposé une application analogue des conclusions concernant la libre circulation des marchandises dans le domaine de la libre circulation des travailleurs¹⁴⁸. Il affirme que la jurisprudence Keck et Mithouard pourrait fournir des indications utiles sur l'application de l'art. 48 [actuel art. 45 TFUE], tout en considérant les différences entre les deux libertés.

Dans l'arrêt Graf, on voit que la Cour adopte un examen qui ressemble à celui de Keck et Mithouard en affirmant que les mesures indistinctement applicables entrent dans le champ d'application de l'art. 45 TFUE que si elles restreignent l'accès au marché du travail¹⁴⁹.

3.1.3. Les possibilités d'analogie de « Keck / ANETT » dans la libre circulation des travailleurs

Comme nous l'avons vu, l'arrêt Bosman ne donne pas de réponse claire quant à une possible transférabilité de la jurisprudence « Keck » (resp. « ANETT ») puisque la Cour a refusé une telle analogie, favorisant le critère de l'accès au marché. Il convient de se demander si ce refus concerne exclusivement le cas concret par rapport aux faits de l'affaire ou si celui-ci démontre d'une volonté plus profonde de ne pas assimiler le concept applicable dans la libre circulation des marchandises à la libre circulation des travailleurs. Cependant, l'arrêt Graf démontre d'une certaine analogie avec « Keck » (resp. « ANETT »), lorsque la Cour précise que les réglementations non discriminatoires qui conditionnent l'accès au marché du travail entrent dans le champ d'application de l'art. 45 TFUE, alors que celles qui ne restreignent pas cet accès ne tombent pas sous le coup de cet article.

¹⁴⁶ CJCE, *Graf*, pt. 24.

¹⁴⁷ *Idem*, pt. 25 ; HATZOPOULOS, *Les quatre libertés*, p. 5.

¹⁴⁸ CJCE, *Conclusions FENNELY*, pts. 18 ss.

¹⁴⁹ EPINEY / MOSTERS, p. 19.

L'interdiction générale d'entraves non discriminatoires introduite par l'arrêt Bosman ayant étendu le champ d'application de l'art. 45 TFUE, il conviendrait peut-être de poser certaines limites à cet élargissement. Il semble envisageable que « des mesures puissent affecter, indirectement ou potentiellement, la libre circulation des travailleurs mais qu'en réalité elles n'influencent que les modalités d'exercice de l'activité salariée et non pas la possibilité même pour un travailleur d'avoir accès à cet emploi »¹⁵⁰. Partant, l'art. 45 TFUE et la notion d'entraves à la libre circulation des travailleurs pourrait se voir être limitée, de la même manière que dans la libre circulation des marchandises ; les « modalités d'emploi » échappant au champ d'application de cet article tout comme les « modalités de vente ».

3.2. La liberté d'établissement

3.2.1. L'entrave dans la liberté d'établissement

Tout d'abord, il convient de préciser que l'art. 49 TFUE s'applique également pour les mesures indistinctement applicables, en plus des discriminations directes et indirectes¹⁵¹. En effet, la Cour a précisé cela dans un arrêt en affirmant que cet article s'oppose à toute mesure nationale qui est « susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires, de la liberté d'établissement garantie par le traité »¹⁵² même lorsque celle-ci est indistinctement applicable selon la nationalité. Partant, l'applicabilité de la jurisprudence « Keck » (resp. « ANETT ») à la liberté d'établissement peut être questionnée puisque celle-ci concerne, dans le domaine de la libre circulation des marchandises, les mesures non discriminatoires qui créent tout de même une restriction à l'exercice de la liberté fondamentale.

3.2.2. L'arrêt Pfeiffer

L'arrêt Pfeiffer¹⁵³ concerne une réglementation autrichienne sur la concurrence déloyale qui interdit à une entreprise d'utiliser, comme désignation spécifique d'une entreprise, un nom commercial, afin d'éviter les risques de

¹⁵⁰ *Idem*, p. 19 s.

¹⁵¹ PICOD, p. 70.

¹⁵² CJCE, *Commission / Pays-Bas*, pt. 15.

¹⁵³ CJCE, *Pfeiffer*.

confusions entre plusieurs entreprises¹⁵⁴. Cette disposition nationale protégerait la société qui est la plus ancienne, dans le cas d'espèce la société Pfeiffer qui utilise la dénomination « Plus KAUF PARK », et interdirait la société Löwa Warenhandel de prendre le nom commercial de « Plus » sur une partie du territoire autrichien. La Cour doit se prononcer sur cette interdiction et sur une éventuelle restriction de la liberté d'établissement de la société Löwa Warenhandel, qui fait valoir que cette disposition nationale l'empêche d'utiliser la même dénomination qu'elle possède déjà dans les autres EM. Tout d'abord, la Cour rappelle que la liberté d'établissement s'applique aussi bien aux personnes morales qu'aux personnes physiques¹⁵⁵. Le droit à l'établissement contient la possibilité pour les ressortissants des EM d'avoir accès sur le territoire des autres EM à « toutes sortes d'activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, la création d'agences, de succursales ou de filiales »¹⁵⁶. Une réglementation nationale qui empêcherait cet accès et qui serait désavantageuse en droit ou en fait par rapport à la situation des sociétés de l'EM d'établissement consisterait donc en une restriction à la liberté d'établissement. La Cour ajoute que même si la mesure en cause était indistinctement applicable et non justifiée ou justifiable, elle constituerait une restriction¹⁵⁷. Elle considère que l'interdiction autrichienne en cause est susceptible de gêner les entreprises qui voudraient étendre le nom commercial, qu'elles utilisent légalement dans l'EM où leur siège social se trouve, dans les autres EM¹⁵⁸. Ces entreprises seraient empêchées de mettre en place un « concept publicitaire uniforme au niveau communautaire puisqu'elle peut les contraindre à aménager de façon différente la présentation de leurs exploitations en fonction du lieu d'établissement »¹⁵⁹. En effet, une telle mesure peut potentiellement affecter la promotion de certains produits du fait que les consommateurs ne reconnaîtraient pas forcément la marque si celle-ci possède un nom différent dans les EM. Pourtant, la Cour a jugé que la réglementation en cause dans l'arrêt Pfeiffer était justifiée par des raisons

¹⁵⁴ *Idem*, pts. 10 s.

¹⁵⁵ CJCE, *Pfeiffer*, pt. 18.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ CJCE, *Pfeiffer*, pt. 19.

¹⁵⁸ *Idem*, pt. 20.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

impérieuses d'intérêt général que sont la protection de la propriété industrielle et commerciale et la protection contre le risque de confusion¹⁶⁰.

Concernant l'analogie de « Keck » (resp. « ANETT »), la Cour aurait pu prendre position dans cet arrêt mais s'est précisément abstenu de le faire. En effet, on peut considérer que dans cette affaire l'accès à l'établissement représente la possibilité pour la société Löwa Warenhandel d'exercer son droit de créer une succursale ou une filiale dans un autre EM ; l'accès à cette liberté n'ayant pas été entravé, la mesure ne constitue pas une restriction à la liberté d'établissement. Alors que les modalités et la manière d'exercer les activités concernées ont bel et bien été touchées du fait que la société doit utiliser un autre nom dans l'EM où elle veut établir sa succursale. Comme nous le savons, dans la jurisprudence « Keck », une mesure qui concerne seulement les « modalités de vente » ne représente pas une restriction à la libre circulation des marchandises. En appliquant ce concept à la liberté d'établissement, une disposition nationale qui règle seulement les modalités d'exercice de la liberté d'établissement échapperait au champ d'application de l'art. 49 TFUE. La Cour n'a cependant pas adopté un tel schéma d'analyse de l'entrave et a ainsi évité de prendre position quant à la transférabilité de « Keck » ou de « ANETT » dans le domaine de la liberté d'établissement¹⁶¹.

3.2.3. La transférabilité de « Keck / ANETT » dans la liberté d'établissement

Dans le cadre d'une analogie de « Keck » (resp. « ANETT »), l'art. 49 TFUE devrait être scindé en deux catégories – entre les mesures qui concernent « l'accès à l'établissement », comparées aux « conditions imposées au produits » et celles qui règlent la manière d'exercer les activités concernées, représentant les « modalités de vente » dans la libre circulation des marchandises¹⁶². Selon l'opinion défendue dans ce travail, il serait envisageable que des réglementations puissent affecter, indirectement ou potentiellement, la liberté d'établissement, mais qu'en réalité elles touchent seulement les

¹⁶⁰ CJCE, *Pfeiffer*, pt. 21.

¹⁶¹ EPINEY / MOSTERS, p. 14.

¹⁶² *Idem*, p. 13.

modalités d'exercice de cette liberté et non pas le droit d'accéder à celle-ci. De ce fait, le champ d'application de l'art. 49 TFUE pourrait être limité tout comme la notion d'entraves à la liberté d'établissement qui paraît parfois trop large¹⁶³. Cependant, tout comme dans l'arrêt Pfeiffer, dans l'affaire Gräbner¹⁶⁴, la Cour a évité de prendre position quant à la question de l'application analogue de la jurisprudence « Keck » (resp. « ANETT »)¹⁶⁵. Ce refus de se prononcer peut-être vu comme la volonté de ne pas généraliser le concept de ces deux jurisprudences et de garder un certain contrôle afin d'examiner les entraves concernant la liberté d'établissement dans chaque cas concret.

Conclusion

Bien que la Cour n'ait pas répondu explicitement à la question d'une possible analogie de « Keck » (resp. « ANETT ») aux autres libertés fondamentales, il convient de conclure à l'aide des arguments exposés dans ce travail, qu'une telle transférabilité paraît réalisable. En effet, toutes les libertés fondamentales possèdent une interdiction en raison de la nationalité, qu'elle soit directe ou indirecte, mais également une interdiction générale d'entraves non discriminatoires. Cette similarité, ainsi que les autres ressemblances structurelles entre les libertés de circulation, amènent à penser que les principes de base de la jurisprudence « Keck » (resp. « ANETT ») applicables dans le domaine des marchandises peuvent être adaptées dans les autres domaines du marché intérieur. En effet, selon l'opinion défendue dans ce travail, il semble possible qu'une mesure susceptible d'avoir des effets potentiels sur les autres libertés fondamentales ne touche en réalité que les modalités de l'exercice de la liberté en cause. Partant, il serait concevable de limiter la notion d'entraves dans les autres libertés fondamentales, à l'instar de ce que la jurisprudence « Keck » (resp. « ANETT ») a fait pour l'art. 34 TFUE en excluant les « modalités de vente » de son champ d'application.

Dans cette optique, la Cour peut se référer à plusieurs critères pour déceler une entrave. En effet, elle peut considérer qu'une mesure nationale est directement ou indirectement discriminatoire, ou que celle-ci règle les

¹⁶³ *Idem*, p. 14.

¹⁶⁴ CJCE, *Gräbner*.

¹⁶⁵ EPINEY / MOSTERS, p. 14.

« conditions » de la liberté fondamentale ; la réglementation entrant ainsi dans le champ d'application des traités. Au surplus, l'entrave peut également être analysée à l'aune du critère de l'accès au marché lorsque la disposition litigieuse rend cet accès moins attrayant. Ce critère semble intéressant dans la mesure où il permettrait d'unifier les libertés fondamentales autour de la même manière d'examiner l'entrave. Cependant, l'accès au marché ne représente pas l'unique critère de qualification de l'entrave et l'utiliser comme tel serait peut-être trop restrictif du fait qu'il ne prend pas en compte l'objet même de la réglementation nationale, se concentrant sur les effets de celle-ci.

Fribourg, le 10 janvier 2022

Borgeat Solène