МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

**Федеральное государственное автономное образовательное учреждение выcшего образования**

«**Национальный исследовательский Нижегородский государственный университет**

**им. Н.И. Лобачевского**»

Юридический факультет

**Ю.М.Орлова**

Право внутреннего рынка ЕС

Учебное пособие

для иностранных студентов, обучающихся в ННГУ по направлению подготовки **40.04.01 «юриспруденция»** (магистратура)

Международное право для делового человека

на французском языке

Нижний Новгород

2017

О-66 Орлова Ю.М. Право внутреннего рынка ЕС: Учебное пособие. – Нижний Новгород: Нижегородский госуниверситет, 2017. – 42 с.

Рецензент:

Романовская В.Б. – д.ю.н., профессор кафедры теории и истории государства и права юридического факультета ННГУ

Настоящее учебное пособие «Право внутреннего рынка ЕС» посвящено рассмотрению основных 4-х свобод, которые действуют на сегодняшний день в экономическом пространстве ЕС – свободное движение товаров, лиц, услуг и капиталов.

**© Нижегородский государственный**

**университет им. Н.И. Лобачевского, 2017**

**Le Ministère de l’Education et des Sciences de la Fédération de Russie**

**L’Etablissement d’enseignement publique de l’enseignement professionnel supérieur**

L’Université d’Etat Lobatchevski de Nizhni Novgorod -

L’Université Nationale de recherches

**Y.M.Orlova**

Droit du marché intérieur de l’Union Européenne

Manuel d’études

Pour les étudiants qui font leurs études dans le cadre de l’entrainement

MA **40.04.01**

**“Droit international pour l’homme d’affaires”**

(en langue française)

Nijni Novgorod

2017

О-66 Y.M.Orlova Droit du marché intérieur de l’Union Européenne: Manuel d’études– Nijni Novgorod: L’Université d’Etat Lobatchevski, 2017. – 42 p.

Relecteur:

Romanovskaia V.B. – professeur de la chaire de la théorie et de de l’histoire du droit de la Faculté de droit

Le cours de Master « Droit du marché intérieur de l’UE» est consacré à l’étude-synthèse des normes et des principes des 4 libertés fondamentaux: libre circulation des marchandises, libre circulation des personnes, libre circulation des capitaux et libre circulation des services.

**© L’Université d’Etat Lobatchevski, 2017.**

Contenu

[**1. L’Introduction au droit du marché intérieur 5**](#_Toc435359579)

[**2. La libre circulation des marchandises 8**](#_Toc435359580)

[**3. La libre circulation des capitaux 18**](#_Toc435359581)

[**4. La liberté de circulation et de séjour 25**](#_Toc435359582)

[**5. La libre prestation de services 33**](#_Toc435359583)

[**Bibliographie 39**](#_Toc435359584)

# L’Introduction au droit du marché intérieur

**L’intégration économique**

L’intégration économique régionale consiste à créer un espace économique unifié entre les pays d’une même zone du monde.

L’objectif de l’intégration économique est d’assurer une plus grande prospérité aux pays membres, au travers de plusieurs mécanismes

- l’augmentation des échanges, qui permet la spécialisation et la localisation de la production là où elle est effectuée de la manière la plus performante

- l’augmentation de la taille des marchés qui permet la réalisation d’économies d’échelle

- l’intensification de la concurrence (baisse des prix et incitation à l’innovation)

- la création d’un environnement économique favorable aux affaires (la diminution des risques de change et des risques de politiques protectionnistes est favorable à l’investissement)

On espère aussi que l’interdépendance économique va favoriser les relations pacifiques entre les nations et que l’UE sera garante de la paix.

L’intégration économique connaît des degrés que l’on peut résumer sous forme d’un tableau[[1]](#footnote-1).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Degré d’intégration** | **Définition** | **Réalisation en Europe** |
| Zone de libre échange | Libre circulation des biens | Traité de Rome (1957) |
| Union douanière | zone de libre échange doublée d’un tarif douanier commun vis à vis des autres pays du monde | 1968 |
| Marché commun | Union douanière et libre circulation des facteurs de production (capital et travail) | Acte unique (1986) débouchant sur le marché unique (1993), espace Schengen (1990) |
| Union économique | Politiques communes ou harmonisées | CECA (1951) PAC (1962) |
| Union monétaire | Monnaie unique | Traité de Maastricht (1992) |

L’Europe est région qui est allée le plus loin dans l’intégration économique. La prospérité promise par l’intégration n’a toutefois pas été au rendez vous. Par exemple le "livre blanc" sur le marché unique prévoyait 4% de croissance, alors que le début des années 90 a été particulièrement sombre sur le plan économique (récession en 1993 pour la France).

L’union monétaire.

La fluctuation des taux de change est dommageable à l’économie car elle rend difficiles les prévisions des entrepreneurs (compétitivité de leurs produits, coûts d’approvisionnement à l’étranger, rentabilité des investissements à l’étranger).

Les pays européens ont donc cherché à limiter les fluctuations de leurs monnaies à l’aide du "serpent monétaire européen" (1972-1978) et du SME (1979-1992). Ces tentatives ont été vouées à l’échec à cause des attaques spéculatives dont furent victimes certaines monnaies (lire italienne, le franc en 1982). La monnaie unique s’impose alors comme la seule solution capable d’éliminer les problèmes générés l’instabilité des taux de change. Par ailleurs, dans le SME, le mark s’était imposé comme monnaie de référence, les banques centrales s’efforçant de maintenir une parité parfaite de leur monnaie avec celui-ci. Ainsi les pays européens avaient dores et déjà limité l’autonomie de leur politique monétaire pour assurer la stabilité des changes.

Outre l’élimination du risque de change, on attend plusieurs autres avantages de la monnaie unique :

- faciliter le commerce et limiter les coûts de transaction (commissions de change par ex.)

- augmentation de la concurrence via la transparence et la comparabilité des prix

- disposer d’une monnaie de référence, dans laquelle peuvent être libellées les transactions internationales, qui mette les pays européens à l’abri des fluctuations du dollar (sensible aux politiques monétaires américaines).

La monnaie unique est décidée au traité de Maastricht (1992). Les taux de conversion des différentes monnaies par rapport à l’euro sont fixés en 1999, et la monnaie fiduciaire entre en circulation en janvier 2002.

La politique monétaire dans la zone euro est confiée à la Banque Centrale Européenne 1998. Cet organisme indépendant des pouvoirs politiques s’efforce essentiellement d’assurer la stabilité des prix. Son objectif d’inflation est de moins de 2%, et cet objectif a globalement été atteint dans la zone euro.

Du point de vue de son adoption, l’euro est une réussite : il n’a pas suscité de rejet de la population, bien qu’on lui attribue souvent en France une hausse temporaire des prix (effet d’aubaine lié à la perte des repères et arrondis). Il a été particulièrement bien accepté dans les pays qui connaissaient une forte inflation (monnaie faible). Il s’est imposé comme monnaie de réserve et monnaie de transaction au niveau international (les transactions euro ont dépassé les transactions libellées en dollar).

Cependant l’adoption d’une monnaie unique impose des contraintes et génère des problèmes spécifique.

L’article 26 TFUE prévoit qu’il existe quatre grandes libertés de circulation[[2]](#footnote-2) :

• Liberté de circulation des marchandises

• Liberté de circulation des personnes

• Liberté de circulation des services

• Liberté de circulation des capitaux

La liberté principale est celle des marchandises, de part la place qui lui est accordée dans le cadre du traité et d'autre part, par l'importance qu'elle a joué dans le cadre de la jurisprudence de la CJUE.

S'agissant du traité, il existe un titre sur la circulation des marchandises, et un titre qui regroupe les trois autres libertés. Dans la jurisprudence, la liberté de circulation des marchandises a servi de "laboratoire", elle a consacré toutes ses jurisprudences de principe dans le cadre de la liberté de circulation des marchandises, pour ensuite les transposer aux autres libertés.

La CJUE a développé une conception extensive de la notion d'entrave, dans le cadre de la liberté de circulation des marchandises puis a transposé cette conception large de l'entrave dans les autres libertés.

Concernant les justifications que les Etats peuvent invoquer pour justifier l'entrave, le traité ne prévoit que la possibilité pour les Etats de limiter les échanges pour des raisons fixées dans le traité (l'ordre public, la santé publique, la sécurité publique). L'environnement n'est pas une justification qui figure dans le traité mais aujourd'hui les Etats peuvent justifier leur limitation par des préoccupations environnementales, car la CJUE a développé dans le domaine de libre circulation des marchandises, une jurisprudence qui permet aux Etats de justifier des réglementations par des exigences impératives d'intérêt général.

La réalisation d'un Marché commun est l'objet central du Traité de Rome de 1957 instituant la Communauté économique européenne. C'est en effet sur la mise en place du Marché commun que repose la réalisation des objectifs assignés à la Communauté. C'est également sur la base de ce marché qu'ont été développées la plupart des politiques européennes.

On parle désormais de Marché intérieur, voire de Marché unique, ce qui prouve le degré d'intégration économique atteint en cinquante ans.

La mise en place d'un Marché commun repose sur l'abolition des entraves aux échanges de marchandises, de personnes, de capitaux et de services entre les Etats membres. Cette démarche répond à des objectifs économiques, mais aussi politiques. Le Marché commun doit en effet permettre aux entreprises de développer plus facilement leurs activités, ce qui engendre des gains économiques mais aussi des bénéfices pour les consommateurs qui disposent d'une plus grande variété de produits à des prix plus compétitifs. Mais en servant de fondement à la réalisation des politiques prévues par le Traité et en favorisant la libre circulation des produits, des hommes des idées, le Marché commun s'inscrit indéniablement dans l'objectif de rapprochement des peuples européens.

La libéralisation du commerce des marchandises (article 23 et 24 TCE)[[3]](#footnote-3) est la première étape dans la réalisation du Marché commun. Si la suppression des droits de douane entre les Etats membres est effective dès 1968, de nombreuses entraves non tarifaires continuent de porter atteinte aux échanges de marchandises entre Etats membres tout au long des années 70.

L'Acte unique européen de 1986, qui s'appuie sur les recommandations préconisées par la Commission Delors, a pour objectif d'approfondir le Marché commun – on parle désormais de Marché intérieur – et de redynamiser l'économie européenne en supprimant ces entraves persistantes. Ce traité généralise le principe de reconnaissance mutuelle et facilite la prise de décision communautaire. Les Etats peuvent ainsi procéder aux harmonisations législatives dans les domaines où cela est nécessaire. Ces mesures ont été couronnées de succès puisque depuis le 1er janvier 1993, la libre circulation des marchandises est effective.

La libre circulation des personnes (article 39 TCE)[[4]](#footnote-4) a été plus délicate à mettre en œuvre. Si cette liberté ne concerne au départ que les travailleurs au début de la Communauté européenne, l'élaboration d'une citoyenneté de l'Union par le Traité de Maastricht d'une part, et l'entrée en vigueur de la Convention de Schengen en 1995 d'autre part, ont permis d'étendre cette liberté à un grand nombre de personnes.

La libre circulation des capitaux (article 56 TCE)[[5]](#footnote-5) s'est également heurtée à de nombreuses entraves. Mise en œuvre par une directive en 1988, celle-ci a été singulièrement facilitée par l'introduction de l'euro.

Enfin, la libre circulation des services (article 49 TCE)[[6]](#footnote-6) est sans doute celle qui a posé le plus de difficultés. Après avoir identifié un certain nombre d'entraves à la libre circulation des services et à la liberté d'établissement – et à la suite d'un débat passionné – l'Union européenne s'est dotée en décembre 2006 d'une directive sur les services[[7]](#footnote-7).

# La libre circulation des marchandises

La définition traditionnellement citée a été donné par la cour dans un arrêt du 10 décembre 1968 Commission contre Italie[[8]](#footnote-8), dans lequel la CJUE explique que par "marchandise, il faut entendre "les produits appréciables en argent et susceptibles comme tels de former l'objet d'une transaction commerciale". Dans un arrêt du 21 septembre 1999, Läärä[[9]](#footnote-9), elle ajoute "qu'une marchandise est un bien susceptible de faire l'objet d'importation ou d'exportation". Ce qui exclut les enfants ou tous les produits qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une transaction licite.

Quand est ce qu'une monnaie relève de la marchandise, ou capitaux ? Si elle est utilisable, qu'elle peut servir à payer des marchandises, alors elle fait partie des capitaux, sinon c'est une marchandise.

Distinction avec la liberté de circulation des services et celles des marchandises, la CJUE fait jouer la théorie selon laquelle l'accessoire fait suivre le principal.

Quelles sont les marchandises visées par le traité ? Les produits originaires (liberté totale de circulation) des Etats membres et les produits en provenance des Etats tiers qui se trouvent en libre pratique dans les Etats membres. A l'article 28[[10]](#footnote-10), on prévoit que "sont considérés comme étant en libre pratique dans un État membre, les produits en provenance des pays tiers pour lesquels les formalités d'importation ont été accomplies et les droits de douanes et taxes d'effets équivalents (TEE) exigibles ont été perçus dans et État membre".

*LA LIBERTÉ DE CIRCULATION DES MARCHANDISES PROTÉGÉE PAR LE TFUE*

Deux types d'entraves : tarifaires et non tarifaires.

**L'interdiction des entraves tarifaires**

Cette interdiction est prévue par deux dispositions du traité :

• Article 30 qui prévoit que les "droits de douanes a l'importation et a l'exportation ou TEE sont interdits entre les Etats membres". Cette interdiction s'applique également aux droits de douane à caractère fiscal.

• Article 110 interdit les discriminations intérieures au protectionnisme (c'est à dire taxer les produits en provenance d'autre Etats membres) [[11]](#footnote-11)

L'interdiction des droits de douane et des TEE

Il interdit deux types de barrières tarifaires : les droits de douanes et les TEE.

L'article 30 a été reconnu par la CJUE comme étant d'effet direct. Les particuliers ont pu pousser les Etats à respecter cette réglementation.

1) La définition des droits de douanes et des TEE

Le droit de douanes n'appelle pas beaucoup d'éléments, ils étaient regroupés dans un document formel des tarifs douaniers. Le droit de douane est une charge pécuniaire imposée en raison de l'importation voire dans certains cas de l'exportation, d'une marchandise et ce sans préjudice de l'application des impôts nationaux. C'est une taxe perçue lors du passage de la frontière.

Sont interdites en vertu de l'article 30[[12]](#footnote-12) les droits de douane au sens technique (caractère protecteur qui vise a protéger la marchandise nationale en taxant le produit d'un pays tiers) mais aussi les droits de douanes à caractère fiscal (pas de caractère protectionniste, son objectif étant de faire rentrer de l'argent dans les caisses de l'Etat, il peut s'appliquer à des produits importés même en l'absence de produits similaires sur le territoire national).

Pour les TEE, le but était d'appréhender l’ensemble des charges pécuniaires qui entraînent des conséquences assimilables à celles d'un droit de douane qui n'en sont pas. Ce sont des charges pécuniaires perçues en raison du passage de la frontières (ex : contrôle sanitaire avec en contrepartie l'acquittement d'une charge pécuniaire). La CJUE a donné une définition des très large de la notion de TEE dans un arrêt du 1er juillet 1969 Commission contre Italie[[13]](#footnote-13), elle estime qu'une "charge pécuniaire, fut-elle minime, quelque soit son appellation et sa technique, et frappant les marchandises nationales ou étrangères à raison du fait qu'elles franchissent la frontière lorsqu'elle n'est pas un droit de douanes proprement dit, constitue une TEE au sens du traité alors même qu'elle serait perçue au profit de l'Etat qu'elle n'exercerait aucun effet discriminatoire ou protecteur et sur le produit imposé ne se trouverait pas en concurrence avec un reproduction nationale"[[14]](#footnote-14).

• Le montant de l'imposition importe peu.

• On se fiche de la dénomination et de la forme mais aussi des raisons qui peuvent justifier la perception de la taxe pécuniaire.

• Peu importe qu'elle ait un caractère discriminatoire ou pas.

Il faut une charge pécuniaire et qu'elle soit perçue en raison du passage de la frontière. La CJUE est venue donner une définition très large de la notion de "frontière". La frontière est la frontière nationale mais aussi régionale ou locale.

2) les conséquences de l'interdiction des droits de douanes et des TEE

S'agissant des Etats membres, ils ont dû modifier nombreuses de leurs réglementations instaurant des taxes jugées d'effet équivalents. Cela impliquait tous les frais administratifs pour couvrir une opération douanière. Cela a conduit à la suppression de tous les frais sur les contrôles sanitaires ou vétérinaires effectués au passage d'une frontière.

S'agissant du justiciable, il a pu se prévaloir de l'article 30 devant les autorités nationales. Par ce biais, il a pu contester toutes les réglementations instaurant des taxes contraires à cette disposition. Quelles sont les conséquences pour lui de la non compatibilité d'une taxe avec l'article 30? La CJUE est venue déterminer les conséquences de la constatation de l'incompatibilité : elle pose le principe de la restitution intégrale. Deux limites : dans certaines hypothèses, l'administration peut rembourser moins pour des questions de sécurité juridique (lorsque le reversement intégral de la taxe conduirait à procurer au bénéficiaire un avantage démesuré par rapport à ses concurrents), voire plus lorsqu'il est établi que le contribuable a subi un préjudice. Dans ce cas, le contribuable a droit au remboursement de la taxe et à des dommages et intéressant correspondant au préjudice subi[[15]](#footnote-15).

3) les dérogations au principe de l'interdiction des droits de douanes et TEE

Aucune n'est prévue par le traité. Mais la jurisprudence est venue poser des hypothèses dans lesquelles elle admet qu'un État puisse déroger au principe de L'interdiction des droits de douanes et TEE :

• quand la taxe est la contrepartie d'un service rendu : une société importe des téléviseurs, quand elle passe la frontière française, elle ignore son lieu de livraison. Elle peut avoir la possibilité d'entreposer sa marchandise dans un entrepôt en attendant que la destination soit fixée. Les sévices des entrepôts vont demander une contrepartie financière. La CJUE considère que dans cette hypothèse l'Etat peut imposer une charge pécuniaire s'il y a un service rendu et que la charge pécuniaire soit la contrepartie proportionnée du service rendu. S'agissant du service rendu, il doit s'agir d'un avantage spécifique procuré à l'opérateur économique, qui est fait dans l'intérêt de ce dernier. Ce service doit être facultatif, à la demande de l'intéressé et lui procurer un avantage individuel. La CJUE reconnaît rarement un service rendu.

• quand la taxe découle d'un principe communautaire ou une convention internationale : dès lors qu'un texte permet ces taxes, elles deviennent licites. Des textes harmonisent les contrôles sanitaires entre les Etats membres et peuvent prévoir la possibilité pour eux d'obliger les sociétés faisant l'objet du contrôle à s'acquitter d'une redevance.

B) l'interdiction des impositions discriminatoires et protectionnistes.

Aujourd'hui encore, les Etats disposent d'une souveraineté fiscale, ils disposent dans ce domaine d'une compétence exclusive. Mais ces compétences exclusives doivent être exercées dans le respect du droit de l'UE. Il ne faut pas que les Etats membres réintroduisent des barrières tarifaires sous couvert de cette compétence exclusive.

Cette interdiction est codifiée à l'article 110 qui prévoit que "aucun État membre ne frappe directement ou indirectement les produits des autres Etats membres d'impositions intérieures de quelque nature qu'elle soit, supérieure à celle qui fera directement ou indirectement les produits nationaux similaires. En outre, aucun État membre ne frappe les produits des autre Etats d'imposition intérieure de nature à protéger indirectement d'autres productions".[[16]](#footnote-16) Le paragraphe 1 interdit les impositions intérieures discriminatoires et le paragraphe 2 interdit les impositions intérieures protectionnistes.

1) l'interaction des impositions intérieures discriminatoires et protectionnistes

Concernant les interdictions des impositions intérieures discriminatoires, on interdit d'imposer plus lourdement les produits en provenance d'autres Etats membres. La discrimination peut se voir au regard des sanctions fiscales.

Concernant les interdictions d'impositions intérieures protectionnistes,

Selon l’article 110 §1 du TFUE[[17]](#footnote-17), il est interdit d’imposer plus lourdement les produits en provenance d’autres Etats membres selon un critère de nationalité ou un critère de résidence. La discrimination est notamment visible au niveau des sanctions fiscales. Toutes ces taxes sont donc strictement interdites mais pourtant ces impositions en elles-mêmes sont légales.

Au titre de cette disposition, la CJUE a censuré aussi bien des discriminations directes que des discriminations indirectes. Les discriminations directes sont dues au fait que l’Etat concerné impose plus lourdement et de manière explicite les produits en provenance d’autres Etats membres. La discrimination indirecte suppose quant à elle qu’en droit il n’y a pas de discrimination formelle alors qu’en réalité la réglementation conduit à discriminer plus lourdement les produits en provenance d’autres Etats membres. Dans un arrêt du 9 mai 1985, arrêt Michel Humblot contre Directeur des services fiscaux[[18]](#footnote-18), la CJUE a condamné le système de la vignette auto (système progressif : le montant de la taxe auto augmente progressivement en fonction de la puissance du moteur). De facto les véhicules soumis à une taxe-auto très forte n’étaient pas des véhicules français (étaient notamment concernées les voitures allemandes). Le système, sur papier, n’est pas discriminatoire mais pourtant la CJUE le juge discriminatoire puisque la taxe peut tripler et donc être trop élevé.

2) Les impositions intérieures protectionnistes

L’article 110, alinéa 2[[19]](#footnote-19) interdit de frapper, lorsqu’il n’y a pas de production nationale similaire, plus lourdement les produits d’autres Etats membres avec un objectif protectionniste, c'est-à-dire l’objectif de protéger une production nationale avec laquelle les produits importés se trouvent dans un rapport de concurrence. La CJUE a par exemple considéré que la banane était un produit concurrent des oranges. La CJUE dans un arrêt du 9 juillet 1987 Commission contre Belgique, se trouve face à une réglementation fiscale belge qui prévoyait une TVA plus lourde pour la livraison des vins que la livraison de la bière. Se pose la question de savoir si cette réglementation nationale est conforme à l’article 110, alinéa 2? Le raisonnement de la CJUE montre qu’il faut raisonner en deux temps :

- 1ère étape : il faut déterminer si les produits se trouvent en rapport de concurrence ;

- 2ème étape : il faut établir le caractère protecteur du régime fiscal mis en place, c'est-à-dire qu’il faut démontrer que ce régime conduit à altérer la concurrence et à privilégier les produits nationaux.[[20]](#footnote-20)

La CJUE dans cet arrêt estime que la 1ère étape est remplie, c'est-à-dire que la bière et le vin sont dans un rapport de concurrence, en revanche elle estime que la 2nde étape n’est pas remplie.

L’article 111 du TFUE dispose que « les produits exportés vers les territoires des autres Etats membres ne peuvent bénéficier d’aucune ristourne d’imposition intérieure supérieure aux impositions dont ils ont été frappés directement ou indirectement »[[21]](#footnote-21). Cette disposition c’est donc le pendant de l’article 110 en ce qui concerne les exportations. Conformément aux règles du GATT et aujourd’hui de l’OMC, les marchandises sont soumises au principe de fiscalité de l’Etat d’importation. Les règles du GATT autorisent l’Etat d’exportation a remboursé à l’exportateur le montant de la fiscalité qui a grevé ses produits sur son territoire. Mais le GATT pose quand même une limite à ce remboursement : l’Etat exportateur ne peut pas rembourser à l’exportateur plus que ce qui n’a été perçu par le pays importateur, car tout dépassement serait jugé non conforme à l’article 111.

3) Relations de l’article 110 avec les autres dispositions du traité

L’interdiction des discriminations discriminatoires et protectionnistes est conçue comme un complément des autres interdictions, et notamment comme un complément nécessaire et indispensable de l’interdiction des droits de douane et taxes d’effet équivalent. Mais il est impératif de distinguer les impositions intérieures des taxes d’effet équivalent, puisqu’au regard du droit de l’UE le régime applicable aux deux est très différent :

*- Taxes d’effet équivalent/droit de douane :*

* cela est automatiquement jugé incompatible au droit de l’UE et donc supprimé ;
* ces taxes et droits de douane relèvent de la compétence externe de l’Etat ;
* ils sont perçus au passage de la frontière ;

- *Impositions intérieures :*

* elles sont licites sauf lorsqu’elles sont discriminatoires et protectionnistes ;
* elles relèvent de la compétence fiscale de l’Etat ;
* elles sont internes (pas perçues au passage d’une frontière)

Mais dans certains cas la CJUE a requalifié des impositions intérieures en taxe d’effet équivalent, de fait la taxe a été jugée automatiquement incompatible avec le droit de l’UE. L’hypothèse est la suivante, c’est lorsqu’une imposition intérieure frappe les produits nationaux et les produits importés mais il s’avère que les recettes liées à cette imposition sont destinées à financer des activités qui vont profiter de façon exclusive aux produits nationaux.

Lorsque la CJUE a un doute entre la notion de taxe d’effet équivalent et d’imposition intérieure, elle va plutôt vers la qualification de taxe d’effet équivalent (car son régime est beaucoup plus favorable aux libertés de circulation).

§2. L’interdiction des obstacles non tarifaires

Les obstacles non tarifaires peuvent prendre diverses formes, des systèmes de quotas et de contingentements par exemple, mais ces entraves ont aujourd’hui disparu. C’est surtout la diversité des réglementations nationales qui en constituait en elle-même une véritable entrave non tarifaire qui altérait la concurrence et la liberté de circulation des marchandises. Ces entraves constituent une entrave non tarifaire sauf lorsqu’elle est justifiée par certains impératifs. Dans le traité on trouve trois dispositions qui concernent les entraves non tarifaires, deux dispositions qui interdisent et une disposition qui permet de justifier ces entraves non tarifaires.

- Article 34 – TFUE : « les restrictions quantitatives à l’importation ainsi que toute mesure d’effet équivalent sont interdites entre les Etats membres » ;

- Article 35 – TFUE : « Les restrictions quantitatives à l'exportation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres. » ;

- Article 36 – TFUE : « Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralitéÌ publique, d'ordre public, de sécuritéÌ publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriétéÌ industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres. »[[22]](#footnote-22)

La CJUE est venue compléter la définition de l’article 36 et a permis aux Etats d’invoquer d’autres motifs d’intérêt général que ceux fixés de manière exhaustive à l’article 36, à travers ce qu’elle a appelé les exigences impératives d’intérêt général (comme la protection du consommateur/de l’environnement).

Ces dispositions ont été jugées comme étant d’effet direct et ont donc pour conséquence la possibilité d’être soulevées devant les juridictions nationales et européennes.

**L’interdiction des entraves non tarifaires**

Les articles 34 et 35 du TFUE interdisent donc les restrictions quantitatives et les mesures d’effet équivalent à des restrictions quantitatives.

- Les restrictions quantitatives = systèmes de quotas + de contingentement ;

- Les mesures d’effet équivalent à des restrictions quantitatives = notion qui n’est pas définie dans le traité elle peut être assimilée à une notion fonctionnelle dont l’objectif est de permettre d’appréhender l’ensemble des réglementations qui conduisent à entraver la liberté de circulation des marchandises.

1**. La notion de mesure d’effet équivalent**

La Commission européenne a tenté de cerner cette mesure d’effet équivalent à des restrictions quantitatives, elle a surtout tenté d’identifier les comportements qui pouvaient rentrer dans le champ d’application de cette mesure. Elle l’a fait dans une directive du 22 décembre 1969 où elle identifie deux catégories de mesures d’effet équivalent à des restrictions quantitatives :

- 1ère catégorie : les mesures spécifiquement applicables aux produits importés qui vont avoir pour effet de rendre plus difficile et/ou plus onéreuse l’écoulement de la production sur le territoire de l’Etat d’importation ;

- 2ème catégorie : les mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et importés mais qui vont avoir un effet restrictif notamment en raison des exigences disproportionnées qu’ils imposent aux importateurs.

Cette définition de la Commission a été confirmée par la CJUE qui est, quant à elle, venue définir la notion de mesure d’effet équivalent. Trois arrêts très importants ont permis l’identification de cette notion :

* Arrêt du 11 juillet 1974 Dassonville [[23]](#footnote-23)
* Arrêt du 20 février 1979 Cassis de Dijon [[24]](#footnote-24)
* Arrêt du 24 novembre 1993 Keck et Mithouard[[25]](#footnote-25)

L’article 35 interdit les restrictions quantitatives et les mesures d’effet équivalent à des restrictions quantitatives à l’exportation. A l’origine la CJUE optait pour une interprétation beaucoup plus restrictive (que celle de l’article 34), l’arrêt de principe date du 8 novembre 1979, arrêt Groenveld[[26]](#footnote-26). Dans le cadre de cet arrêt la CJUE établit que trois conditions sont nécessaires pour arriver à la qualification de mesure d’effet équivalent

à des restrictions quantitatives :

* 1ère condition : la réglementation doit avoir pour effet de restreindre spécifiquement les courants d’importation ;
* 2ème condition : elle doit provoquer une différence de traitement entre le commerce intérieur d’un Etat et son commerce extérieur.
* 3ème condition : il doit en résulter un avantage pour une production nationale au détriment de celle d’un Etat membre.

2. Le champ d’application des entraves tarifaires

Un élément d’extranéité est ici indispensable qui implique que la réglementation soit susceptible d’affecter le commerce entre Etat membre. Cet élément d’extranéité suppose l’exclusion des situations purement internes. La CJUE opte pour une interprétation très restrictive des situations purement internes.

Dans l’affaire Pistre du 7 mai 1997[[27]](#footnote-27), la CJUE était saisie d’une question préjudicielle relatif à des poursuites pénales exercées à l’encontre de plusieurs ressortissants français – ayant établi une société en France – à propos de l’étiquetage de certains produits étant de nature à induire le consommateur en erreur.

B) Les dérogations au principe de l’interdiction des entraves non tarifaires

Aujourd’hui on a deux types de dérogations qui sont admises :

- dérogations textuelles : elles résultent de l’article 36 TFUE, la liste de cet article étant exhaustive ;

- dérogations jurisprudentielles : elles sont données par la CJUE ;

1) Le champ d’application de l’article 36 TFUE

L’article 36 TFUE permet la dérogation au principe de l’interdiction des entraves non-tarifaires. Des « raisons de moralité publique, d’ordre public et de sécurité publique » peuvent être invoquées, permettant aux Etats membres de disposer d’une certaine marge de manœuvre afin de déterminer ce que recouvrent ces termes.[[28]](#footnote-28)

2) Les conditions de mise en œuvre

Il ne suffit pas qu’une réglementation poursuive l’un des objectifs fixés par l’article 36 TFUE pour qu’elle soit justifiée. Il faut aussi que la mesure soit nécessaire et proportionnée à l’objectif poursuivi.

Dans le cadre d’un cas pratique, il faut se poser les questions suivantes:

Est-ce que la réglementation poursuit l’un des objectifs fixés à l’article 36 TFUE ?

Est-ce que la mesure est nécessaire ?

Il faut s’interroger sur la cohérence de la réglementation par rapport à l’objectif poursuivi.

Le fondement des exigences impératives d’intérêt général est un fondement bien distinct de l’article 36 TFUE, les deux justifications ne peuvent être invoquées en même temps. La question qui s’est posée est de savoir pourquoi la CJUE a dégagé les exigences impératives d’intérêt général. Deux justifications sont souvent invoquées :

- 1ère justification : rassurer les Etats membres : l’arrêt Cassis de Dijon étend le champ d’application de la notion d’entrave et permet de faire rentrer dans l’article 34 TFUE toutes les mesures indistinctement applicables tout en permettant des justifications autres que celles de l’article 36 TFUE[[29]](#footnote-29) ;

- 2ème justification : un appel au législateur européen : par cette jurisprudence la CJUE forcerait les institutions européennes à adopter des mesures d’harmonisation dans les domaines couverts par les justifications. Par le biais de sa jurisprudence, la CJUE a entraîné l’adoption de mesures d’harmonisation[[30]](#footnote-30).

Le régime des exigences impératives d’intérêt général est presque le même que celui des justifications de l’article 36 TFUE. Pour être justifiée la mesure doit poursuivre une exigence impérative d’intérêt général, elle doit être nécessaire à la poursuite de cet intérêt et elle doit être proportionnée. Mais deux différences importantes subsistent :

- 1ère différence : les exigences impératives d’intérêt général sont érigées par une liste jurisprudentielle, liste qui peut donc évoluer à tout moment il y a eu les justifications de l’arrêt Cassis de Dijon et d’autres érigées par la suite (défense d’une langue par exemple). Précision, les exigences impératives d’intérêt général ne sont jamais de nature directement économique ;

- 2ème différence : les réglementations qui peuvent être justifiées par une exigence impérative d’intérêt général sont uniquement les réglementations indistinctement applicables, c'est-à-dire celles qui ont vocation à s’appliquer à la fois aux produits nationaux et aux produits importés.

Le raisonnement de la CJUE lorsqu’elle statue sur une exigence impérative d’intérêt général est différent de celui qu’elle adopte au regard de l’article 36 puisque dans ce dernier cas elle statue en deux temps :

- elle qualifie la réglementation d’entrave ;

- elle considère que la réglementation est contraire à l’article 34 et s’interroge sur la possibilité de justifier l’entrave au regard de l’article 36 ;

Lorsqu’elle statue au regard des exigences impératives d’intérêt général, tout son raisonnement se situe au niveau de la qualification de l’entrave et le fait qu’une réglementation soit justifiée par une exigence impérative d’intérêt général empêche la qualification de MERQ au sens de l’article 34. Dans un arrêt du 20 sept. 1988, arrêt Commission c/ Danemark, la CJUE était confrontée à une réglementation nationale danoise qui avait mis en place un système de consigne particulier s’agissant des bières et des boissons rafraîchissantes. Le système mis en place était le suivant: la réglementation prévoyait dans un premier temps la commercialisation des bières et boissons dans un emballage spécifique, pour les autres boissons non emballées dans cet emballage spécifique la réglementation prévoyait un système de consigne et de reprise, mais cela ne marchait pas pour les emballages mécaniques et il était limité en quantité par producteur. Selon le gouvernement danois une telle réglementation est justifiée par un motif d’intérêt général érigé par la CJUE en tant qu’exigence impérative : la protection de l’environnement. Selon la Commission une telle réglementation constitue une MERQ contraire à l’article 34 TFUE. La CJUE recherche donc :

- si la mesure constitue une entrave à l’article 34 : elle admet que la réglementation poursuit une exigence impérative d’intérêt général ;

-sur la cohérence de la mesure : il s’agit d’une mesure cohérente au regard de l’objectif poursuivi ;

- sur la proportionnalité de la mesure : la CJUE estime ici que la réglementation n’est pas proportionnée à l’objectif poursuivi, notamment en raison des conditions particulières ;

La CJUE en conclut que la réglementation constitue une MERQ contraire à l’article 34. Si la réglementation avait été proportionnée alors elle n’aurait pas été qualifiée de MERQ.

# 3. La libre circulation des capitaux

La liberté de circulation des capitaux est marquée par une spécificité : elle s'est réalisée tardivement mais elle apparaît aujourd'hui comme la liberté de circulation la plus abouti.

Elle peut conduire à une déstabilisation du taux de change et un risque d'évasion fiscale.

La libéralisation de la liberté des capitaux date des années 80, elle ne résulte pas à l'origine des traités, mais de l'adoption de directives.

Définitions :

1/ Notion de capitaux

On a une notion européenne dégagée par la CJUE 31 Janvier 1984 – Luisi et Carbone[[31]](#footnote-31). Dans cet arrêt, la cour de justice explique que les capitaux correspondent à des opérations financières visant essentiellement le placement ou l'investissement du montant en cause.

La directive du 24 Juin 1988 [[32]](#footnote-32)établissait une liste des capitaux et faisait une distinction entre 13 grandes catégories de capitaux dont elle assurait la libéralisation.

Exemple : Elle distinguait les investissements directs, immobiliers, opérations en compte courant, opérations su titre, prêts et crédits financiers...

Cette directive n'est plus en vigueur aujourd'hui, mais elle conserve une importance pour l'identification des capitaux, cela ressort d'un arrêt Trummer et Mayeur 1999[[33]](#footnote-33)dans lequel la CJUE explique que cette liste conserve la valeur indicative qui était la sienne pour définir la notion de mouvements de capitaux. La Cour précise que la liste fixée n'est pas limitative.

2/ Circulation des capitaux

Pour qu'il y ait circulation, il faut un transfert de valeurs et de monnaies, ce transfert peut avoir des formes différentes (souscription d'un emprunt, virement de comptes à comptes, achats de produits financiers...).

Un élément d'extranéité est nécessaire qui implique que ce transfert de valeurs ou de monnaies soient effectué entre deux personnes de nationalités différentes ou entre deux personnes de nationalité identiques mais résident dans des états différents. Il faut que le transfert passe une frontière.

La liberté de circulation des capitaux doit être distinguée des autres libertés de circulation

- Capitaux/Marchandises : Quand les pièces de monnaie ont un cour légal on est dans la libre circulation des capitaux sinon elles deviennent des marchandises.

- Capitaux/Liberté d'établissement et Libre prestation de service : Le droit d'établissement constitue souvent un préalable aux mouvements de capitaux. Les mouvements de capitaux sont réalisés par des établissements bancaire, de crédit qui sont soumis aux règles de la liberté d'établissement et de la libre prestation de service. Il est donc difficile de savoir dans quelle catégorie on se trouve : la CJUE fait jouer la théorie selon laquelle l'accessoire suit le principal.

Elle a un champ d'application plus large car elle vaut dans les rapports intra communautaires et avec les Etats tiers.

**La libéralisation progressive des mouvements de capitaux.**

1 : *LES DISPOSITIONS DU TRAITE DE ROME*

Les traités prévoient un volet interne et externe : articles 67 à 73 TCEE.

Volet interne :

Article 67 TCEE : « Les Etats membres suppriment progressivement entre eux, pendant la période de transition et dans le mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché commun, les restrictions aux mouvements de capitaux appartenant à des personnes résidents dans des états membres.

L'article 67 fait une distinction entre : Les capitaux et les paiements courant[[34]](#footnote-34).

La Cour de Justice est venue expliquer cette distinction, notamment dans le cadre de l'arrêt Luisi Carbone[[35]](#footnote-35). Elle explique que, les paiements courant sont des transferts de devise qui constituent une contre prestation dans le cadre d'une transaction sous-jacente alors que les mouvements de capitaux sont des opérations financières qui visent essentiellement le placement ou l'investissement du montant en cause et non la rémunération d'une prestation.

Le paiement courant va être lié à la fourniture d'un service, d'une marchandise ou d'un travail salarié.

Cette distinction a un réel intérêt car les paiements courant suivent le régime de a libre circulation auquel il se rapporte. Cela ressortissant de l'article 67 TCEE.

En revanche, les capitaux sont soumis au régime de libre circulation des capitaux ce qui avait des conséquences importantes car ce qui résulte de l'article 67 c'est qu'en 1957, les traités ne posaient pas le principe d'interdiction des entraves.

Ce qui ressort de l'article 67, est que les Etats membres ne sont tenus d'éliminer les entraves à la libre circulation des capitaux que dans la mesure où cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché commun.

L'article 67 fait référence à une période de transition mais ne fixe pas de calendrier, donc on ne sait pas quand se termine la fin de la période.

Cette formulation « floue » était renforcée par plusieurs éléments :

• L'article 71 posait le principe selon lequel les Etats doivent s'efforcer de n'introduire aucune nouvelle restriction de change et de ne pas rendre restrictif des réglementations existantes.

• Les traités initiaux prévoyaient de nombreuses clauses de sauvegarde qui permettaient aux Etats de maintenir des entraves à la liberté de circulation des capitaux, notamment en cas de crise grave de balance de paiement d'un Etat membre.

Du fait de son caractère flou, la Cour de Justice ne lui a pas reconnu l'effet direct (disposition claire, inconditionnelle et précise) : CJUE 11 Novembre 1981 – Casati. [[36]](#footnote-36)

Volet Externe :

Article 70 TCEE : Il prévoyait simplement la coordination progressive des politiques de change des Etats membres vis à vis des Etats tiers[[37]](#footnote-37).

2 : *LES DIRECTIVES ADOPTEES PAR LE CONSEIL*

Ces directives ont été adoptées sur le fondement de l'article 67 TCEE qui permettait au conseil d'adopter des actes pour la généralisation renforcée des capitaux.

La directive la plus importante est celle du 24 Juin 1988 : c'est elle qui va mettre en place la libéralisation complète des mouvements de capitaux[[38]](#footnote-38).

**Exemples** :

L'article 1 prévoit que les Etats membres suppriment les restrictions aux mouvements de capitaux intervenant entre les personnes résidents entre les états membres. Cette directive pose clairement le principe de l'interdiction des restrictions.

L'article 4 prévoit que les Etats membres conservent le droit de prendre des mesures indispensables pour faire échec aux infractions, à leur loi et règlements, notamment en matière fiscale et de prévoir des procédures de déclarations de mouvements de capitaux à des fins d'information administratives et statistiques.

L'objectif de cette disposition est d'éviter la fraude.

L'article 7 paragraphe 1 : La directive aborde aussi l'aspect externe de la libre circulation des capitaux. « Les Etats membres s'efforcent d'atteindre, dans le régime qu'ils appliquent aux transferts afférents aux mouvements de capitaux avec les pays tiers, le même degré de libération que celui des opérations intervenant avec les résidents des autres états membres[[39]](#footnote-39).

3 : *LES DISPOSITIONS DU TFUE*

Elles ont été insérées par Maastricht (TCE). Le traité codifie en partie la directive de 1988 mais il va plus loin, s'agissant de l'aspect externe : il aligne l'aspect externe sur l'aspect interne (Article 63 TFUE).

Article 63 paragraphe 1 : Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites.

Article 63 paragraphe 2 : Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux paiements entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites.

L'aspect externe et interne sont traités de la même manière de façon explicite. C'est en cela que la liberté de circulation des capitaux apparaît comme la plus aboutie.

L'article 63 maintient la distinction entre les mouvements de capitaux et les paiements. Aujourd'hui, cette distinction présente peu d'intérêt car le même régime s'applique.

Elle a encore une importance dans la mesure où des restrictions ne peuvent être apportées qu'aux mouvements de capitaux.

La CJUE est venue déterminer la mesure des restriction pour la libre circulation des capitaux. Elle a transposé sa notion d'entrave.

4 conditions pour entrer dans la libre circulation de capitaux :

1ère condition : La mesure doit être imputable à un Etat membre. L’État étant entendu dans sa fonction étatique mais aussi quand il agit en tant qu'opérateur économique.

2ème condition : Il faut que la mesure nationale porte sur la notion de capital au sens de la directive de 1988.

3ème condition : Il faut un caractère d'internationalité (pas extranéité car on prend en compte les états tiers).

4ème condition : La mesure doit avoir un caractère restrictif.

La CJUE a transposé sa jurisprudence et elle condamne les entraves directes et indirectes et elle a admis qu'une réglementation puisse être contraire à l'article 60 même si elle n'a pas de caractère discriminatoire dès lors qu'elle est de nature à dissuader les ressortissants à un mouvement de capital (CJUE 26 Septembre 2000 – Commission vs France[[40]](#footnote-40)).

La CJUE s'est d'abord intéressée aux discriminations directes : des mesures nationales de change qui soumettent à autorisation préalable l'exportation de billets de banque à destination de l'étranger constituent des restrictions contraires à l'article 63.

Pour les entraves indirectes : des conditions posées rendent plus onéreux les mouvements de capitaux effectués par les autres états membres. CJUE 14 Octobre 1979 – Sandoz : Une législation autrichienne qui assujettissait un droit de timbre de 0,8% de la valeur du prêt souscrit les contrats de prêt entre un prêteur résident et un emprunteur non résident.

Ce sont souvent les législations fiscales qui sont remises en cause au titre de la liberté de circulation des capitaux.

Le TFUE va plus loin que la directive de 1988 :

• Dans la directive, il était prévu que les Etats membres alignent le régime interne et externe, ce qui devient effectif avec l'article 63. Aujourd'hui découle des traités, une obligation juridique contraignante de ne pas entraver la liberté de circulation avec les Etats tiers.

• Le traité prévoit un alignement externe pour les capitaux et les paiements. L'UE veut devenir une zone financière intégrée mais ouverte au reste du monde et la généralisation est liée à l'espace économique et monétaire.

Il existe des exceptions beaucoup plus nombreuses à l'aspect externe pour la libre circulation des capitaux.

La CJUE a été amené à revoir sa jurisprudence pour l'article 63 (qui est clairement inconditionnel, clair et précis) de la CJUE 14 Décembre 1995 Sanz de Lera [[41]](#footnote-41): reconnaît un effet direct.

On a eu des remises en cause de la réglementation nationale au regard de cette disposition.

**Les limites à la liberté de circulation des capitaux.**

LES LIMITES PREVUES PAR LE TFUE

**Les dérogations de caractère général**

Ces dérogations permettent aux Etats de réduire la libre circulation des capitaux et des paiements courant dans leurs relations avec les Etats membres ou avec les Etats tiers ou les deux à la fois.

Article 65 paragraphe 1 TFUE :

L'article 65 ne porte pas atteinte au droit qu'ont les États membres:

a) d'appliquer les dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui établissent une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis La différence de traitement est justifiée par une différence de situation. On permet aux Etats membres d'avoir des législations fiscales qui vont inciter l'installation sur leur territoire.

b) de prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers, de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique ou de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique.

Cette réserve figurait dans la directive de 1988. Le but est d'éviter que la liberté de circulation des capitaux ne soit utilisée à des fins de fraudes fiscales et elle se justifie par l'insuffisance de l'harmonisation fiscale des Etats Membres.

La possibilité d'accorder aux Etats membres de prendre des mesures justifiées par l'ordre public ou la sécurité publique est interprété restrictivement par la CJUE (Ordre public). Elle a transposé la conception de l'ordre public de l'arrêt Bouchereau de 1978: Arrêt du 14 Mars 2000 – Église Scientologie[[42]](#footnote-42). La législation en cause était une législation Française qui prévoyait un régime d'autorisation préalable pour les investissements étrangers présentant une menace à l'ordre public. La législation a été jugée contraire à la clause d'ordre public car elle ne donnait aucune précision sur les conditions de la demande.

L'article 65 paragraphe 3 précise que la mesure doit être compatible avec le traité.

**Les restrictions spécifiques aux relations avec les pays tiers**.

L'article 64 TFUE

Article 64 paragraphe 1 TFUE :

« L'article 63 ne porte pas atteinte à l'application, aux pays tiers, des restrictions existant le 31 décembre 1993 en vertu du droit national ou du droit de l'Union en ce qui concerne les mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers lorsqu'ils impliquent des investissements directs, y compris les investissements immobiliers, l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés des capitaux. En ce qui concerne les restrictions existant en vertu des lois nationales en Bulgarie, en Estonie et en Hongrie, la date en question est le 31 décembre 1999 ».

Article 64 paragraphe 2 et 3 TFUE :

« Tout en s'efforçant de réaliser l'objectif de libre circulation des capitaux entre États membres et pays tiers, dans la plus large mesure possible et sans préjudice des autres chapitres des traités, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent les mesures relatives aux mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers, lorsqu'ils impliquent des investissements directs, y compris les investissements immobiliers, l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés des capitaux ».

« Par dérogation au paragraphe 2, seul le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale, à l'unanimité et après consultation du Parlement européen, peut adopter des mesures qui constituent un recul dans le droit de l'Union en ce qui concerne la libéralisation des mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers ».

Ce moyen de recul apparaît comme un moyen de pression de l'UE sur les ET car la particularité du système mis en place par l'UE est un système unilatéral : il n'y a pas d'accord avec les Etats tiers.

Les article 66 et 75 TFUE

Article 66 TFUE : Permet aux Etats d'adopter des mesures de sauvegarde pour des raisons économiques. Les mesures adoptées seront des mesures communautaires.

« Lorsque, dans des circonstances exceptionnelles, les mouvements de capitaux en provenance ou à destination de pays tiers causent ou menacent de causer des difficultés graves pour le fonctionnement de l'Union économique et monétaire, le Conseil, statuant sur proposition de la Commission et après consultation de la Banque centrale européenne, peut prendre, à l'égard de pays tiers, des mesures de sauvegarde pour une période ne dépassant pas six mois pour autant que ces mesures soient strictement nécessaires ».

Article 75 TFUE : Permet à l'UE et aux Etats membres d'adopter des mesures de sauvegarde pour des raisons d'ordre politiques. Depuis Maastricht, l'UE peut adopter des mesures de rétention quand il est établit qu'un ET viole ses obligations internationales (économiques ou domaine des droits fondamentaux). Ces mesures peuvent être de nature économique et peuvent avoir des conséquences dans le domaine de la libre circulation des capitaux.

L'article 75 prévoit que pour « la prévention du terrorisme et des activités connexes, ainsi que la lutte contre ces phénomènes, le PE et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, définissent un cadre de mesures administratives concernant les mouvements de capitaux et les paiements, telles que le gel des fonds, des avoirs financiers ou des bénéfices économiques qui appartiennent à des personnes physiques ou morales, à des groupes ou à des entités non étatiques, sont en leur possession ou sont détenus par eux. Le Conseil, sur proposition de la Commission, adopte des mesures afin de mettre en œuvre le cadre visé au premier alinéa (mesures administratives générales».

Ces mesures devront être appliquées directement par les états membres.

# 4. La liberté de circulation et de séjour

Initialement, la liberté de circulation était reconnue uniquement aux travailleurs communautaires, soit de manière explicite, soit de manière implicite à travers l'interdiction des restrictions. Pour le travailleur salarié on avait une reconnaissance explicite, notamment avec l’article 45 TFUE qui prévoit que la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de l'UE. Quant aux travailleurs qui souhaitent s'établir ou faire une prestation de service, il y a consécration implicite à travers la liberté d'établissement (article 49) et la libre prestation de service (article 56).

Le traité de Maastricht a rompu l'équation entre liberté de circulation et séjour des travailleurs et a permis l'octroi de la liberté de circulation et de séjour aux citoyens européens. L’article 21 TFUE prévoit que « tout citoyen a le droit de circuler et séjour librement sur le territoire des États membres sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application »[[43]](#footnote-43).

*1. LES BÉNÉFICIAIRES DE LA LIBERTÉ DE CIRCULATION ET DE SÉJOUR*

Il y a eu une extension des bénéficiaires du droit de séjour depuis 1957 qui s'est faite en trois temps :

- Le Traité de 1957 et actes dérivés : les bénéficiaires étaient uniquement les travailleurs communautaires et leur famille ;

- L’adoption de trois directives en 1990 : extension du droit de séjour notamment aux retraités et étudiants ;

- Le Traité de Maastricht : reconnaît la liberté de circulation et séjour aux citoyens européens, avec une question : la reconnaissance d'une liberté de circulation et de séjour au profit du citoyen européen conduit-elle à une généralisation totale du droit au séjour ?

§1. Des bénéficiaires initialement limités au travailleur communautaire et à sa famille

Dans le cadre du Traité (articles 45, 49 & 56)[[44]](#footnote-44), la liberté de circulation et de séjour est accordée exclusivement aux travailleurs communautaires, c'est-à-dire qui a la nationalité d'un Etat membre. Le droit dérivé est venu rapidement reconnaître un droit au séjour et à la liberté de circulation aux membres de la famille du travailleur communautaire. Cette extension est justifiée par un motif économique car on s'est rapidement rendu compte que pour que le travailleur utilise la mobilité intracommunautaire, il fallait nécessairement étendre cette liberté à la famille.

- Le droit au séjour pour la famille du travailleur communautaire est régi par certains textes :

o Règlement 1612/68 du 15 octobre 1968 sur la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la communauté : reconnaissance de la liberté de séjour et circulation de la famille du travailleur salarié ;

o Directive 2004/38 du 30 avril 2004 : relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des Etats membres et à leur famille à l'intérieur de l'UE.

- S'agissant des travailleurs indépendants :

o Directive du 21 mai 1973 relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des Etats membres à l'intérieur de l'UE en matière d'établissement et des libres prestations de service.

B) La notion de travailleur

La CJUE a donné une définition européenne de la notion de travailleur et en a donné une définition extensive car cela permet une extension de la liberté de circulation et de séjour dans un arrêt Levin du 23 mars 1982[[45]](#footnote-45). La CJUE explique que l'article 45 TFUE ne saurait recevoir une interprétation variant selon les droits nationaux mais qu’il revêt une portée communautaire. Cette notion communautaire doit donc être interprétée de façon extensive car elle définit le champ d'application d'une liberté fondamentale : la libre circulation des travailleurs.

La CJUE a défini le travailleur comme celui qui exerce effectivement une activité économique contre rémunération avec distinction entre travailleur indépendant et travailleur salarié. Pour le travailleur salarié il faut un lien de subordination entre le travailleur et son employeur. La CJUE est venue poser le principe selon lequel la durée de l'activité importe peu : un travailleur à temps partiel entre dans le champ d'application, de même que le chercheur d'emploi avec cependant une limite temporelle pour ce dernier. L’assimilation « travailleur – chercheur » a notamment été soulevée par la Cour dans un arrêt Antonissen du 26 février 1991[[46]](#footnote-46).

B) Les membres de la famille

Ces membres sont identifiés par les actes de droit dérivé cités ci-dessous :

- Dans le cadre de la réglementation initiale étaient visés :

* le conjoint marié (quelle que soit sa nationalité : Etat membre et tiers) ;
* les descendants du travailleur communautaire ou de son conjoint s'ils ont moins de 21 ans ou s'ils sont à charge ;
* les ascendants du travailleurs ou de son conjoint s'ils sont à charge.

La condition posée à la charge du travailleur était celle de devoir disposer d'un logement décent capable d'accueillir sa famille. Dès la fin des années 60, le droit communautaire a organisé un véritable droit au regroupement familial au profit des travailleurs communautaires, mais ce droit ne jouait que si le travailleur se rendait ou séjournait dans un autre Etat membre.

**Les libertés professionnelles**

La liberté de circulation et de séjour n’a été reconnue dans les traités que pour permettre l’exercice des libertés professionnelles prévues par ce même traité et notamment exercer une activité salarié ou indépendante dans un autre Etat membre.

A ce titre le traité reconnait trois libertés :

- Une liberté qui s’adresse aux travailleurs salariés : la liberté de pratiquer une activité salariée dans un autre Etat membre ;

- Les deux autres libertés s’adressent aux travailleurs indépendants qui peuvent s’établir dans un autre Etat membre et prester un service dans un autre Etat membre liberté d’établissement et liberté de prester ;

Ces trois libertés sont régies par des dispositions spécifiques qui se traduisent par un régime assez similaire à savoir un principe d’interdiction des entraves à ces différentes libertés avec en contrepartie une possibilité pour les Etats membres de justifier certaines entraves, soit en vertu des dispositions des traités, soit sur le fondement de la jurisprudence de la CJUE. Ces libertés sont régies par certains principes communs.

LE RÉGIME SPÉCIFIQUE RÉGISSANT CHAQUE LIBERTÉ PROFESSIONNELLE

- Articles 45 à 48 concernent l’exercice de la liberté de circulation des travailleurs salariés ;

- Articles 49 à 55 concernent le droit d’établissement ;

- Articles 56 à 62 concernent la libre prestation de service ;

§1. La liberté de pratiquer une activité salariée dans un autre Etat Membre

Cette liberté repose sur un principe d’interdiction des entraves à la liberté de circulation des travailleurs, compensé par une possibilité pour les Etats membres de justifier et de permettre le maintien des entraves à celle-ci.

A) L’interdiction des entraves à la liberté de circulation des travailleurs salariés

Le régime résulte de l’article 45 TFUE :

- §1 : « la liberté de circulation des travailleurs est assurée à l’intérieur de l’Union ».

- §2 : « l’abolition de toutes discriminations fondées sur la nationalité entre les travailleurs des Etats membres en ce qui concerne l’emploi, la rémunération et les autres conditions de travail. »[[47]](#footnote-47).

- §3 : « le droit sous réserve des limitations justifiées par des raisons d’ordre public, de sécurité publique et de

santé publique, de répondre à des emplois effectivement offerts, de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des états membres, de séjourner dans un Etat membre afin d’y exercer un emploi et de demeurer sur le territoire d’un Etat membre après y avoir occupé un emploi. »

Au regard de ces dispositions, cela implique l’interdiction des entraves directes, des entraves indirectes et l’interdiction des mesures indistinctement applicables qui conduisent à limiter l’accès aux emplois salarié.

B) Les justifications pouvant être invoquées par les Etats pour maintenir une entrave à la liberté de circulation des travailleurs

Comme en matière de liberté de circulation de marchandises, on trouve deux types de justifications :

- Les justifications textuelles :

o Article 45 §3 TFUE : possibilité qui est reconnu par cet article de limiter la liberté d’exercer une activité de salarié par un Etat pour des raisons d’ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. Cela implique que la qualité de travailleur communautaire n’empêche pas l’Etat d’expulser la personne pour ces raisons ;

o Article 45 §4 : « les dispositions relatives à la liberté de circulation des travailleurs salariés ne sont pas applicables aux emplois de l’administration publique ». Cette disposition est formulée de manière générale et donc la question de ce qu’il fallait entendre par emploi de l’administration publique s’est posée.

Cela recouvre en réalité des hypothèses restreintes, tous les emplois liés au maintien de l’armée, la gendarmerie, etc. Entrent aussi dans le champ toutes les administrations qui vont exercer une fonction d’une particulière importance pour l’Etat (administration fiscale ou la diplomatie). Sont aussi concernés tous les emplois qui dans les ministères ou les collectivités correspondent à des activités liées au pouvoir de décision ou à l’élaboration et à l’application du droit.

Cette réglementation a eu un impact direct sur le statut des fonctionnaires en France, puisque pour être fonctionnaire il fallait avoir la nationalité française. Le statut a été modifié en 1999 puis en 2005, depuis 1999 le principe est que la fonction publique peut être exercée par des nationaux et des ressortissants des autres Etats membres et ce n’est qu’à titre d’exception que l’accès de certains concours est réservé aux nationaux (profession liée à l’exercice de prérogative de puissance publique).

- Les justifications jurisprudentielles : ici il faut que la réglementation soit proportionnée et nécessaire à l’objectif poursuivi. La nécessité implique un objectif de cohérence et la proportionnalité demande de regarder s’il n’y a pas des moyens moins attentatoires pour arriver au même résultat.

§2. La liberté de s’établir dans un autre Etat Membre

Le régime applicable aux travailleurs indépendants qui souhaitent s’établir dans un Etat membre et ceux qui souhaitent prester un service dans cet Etat membre ne sera pas le même.

A) Définition de la liberté d’établissement

Cette liberté d’établissement n’est pas définie dans le traité de manière précise, car l’article 49 TFUE pose le principe de l’interdiction des restrictions à la liberté d’établissement des ressortissants d’un Etat membre et il prévoit que cette interdiction s’étend aussi à la création d’agences de succursales ou de filiales par les ressortissants d’un Etat membre établit sur le territoire d’un autre Etat membre.

La liberté d’établissement s’entend donc comme le droit reconnu aux ressortissants des Etats membres d’accéder aux activités non salariées sur le territoire de cet Etat au moyen d’une implantation matérielle (ex : location de bureaux) et le cas échéant juridique (création de succursales/filiales).

La liberté d’établissement recouvre deux formes d’établissements, c'est-à-dire qu’elle recouvre le droit à l’établissement principal et le droit à l’établissement secondaire.

S’agissant du droit à l’établissement principal prend essentiellement deux formes :

- Création ex nihilo d’une société, d’un cabinet, ou d’un établissement principal dans un autre Etat membre que celui dont il a la nationalité ;

- Migration d’un établissement principal préexistant : la migration du siège social d’une société d’un Etat membre à l’autre se heurte à de nombreux obstacles, et notamment des obstacles fiscaux.

S’agissant du droit d’établissement secondaire, il ne peut s’exercer que si la personne physique ou morale détient déjà un établissement principal dans l’un des Etats membres de l’UE. L’article 49 TFUE énumère un certain nombre de formes d’établissement secondaire :

- l’agence : forme d’établissement secondaire qui repose sur la technique du mandat ;

- la succursale : établissement dépourvu de la personnalité morale et qui ne va pas être juridiquement autonome de la société mère ;

- la filiale : établissement dotée de la personnalité morale et va donc être juridiquement indépendant de la société mère mais reste économiquement dépendant de celle-ci.

La question qui s’est posée est celle de savoir si cette liste est limitative ? Ou, la liberté d’établissement peut-elle bénéficier à d’autres formes d’établissements secondaires ? La CJUE a estimé que la liste n’était pas limitative, il faut seulement que l’implantation du ressortissant dans l’autre état membre, quelle que soit sa forme, permette à celui-ci de participer de manière stable à la vie économique du pays. Cette implantation doit donc illustrer une présente permanente du ressortissant dans l’Etat Membre.

B) Les bénéficiaires de la liberté d’établissement

Les bénéficiaires sont à la fois les personnes physiques mais aussi les personnes morales.

S’agissant des personnes physiques une condition de nationalité est posée pour pouvoir bénéficier de cette liberté d’établissement, il faut donc avoir la nationalité d’un Etat membre et se trouver dans le champ d’application du DUE, il faut que la situation de la personne physique révèle un élément d’extranéité.

S’agissant des personnes morales, leur liberté d’établissement découle de l’article 49, alinéa 2 du TFUE : « La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants ». Un ressortissant d’un autre Etat membre ou d’une autre société doit avoir la possibilité de créer des sociétés selon les conditions prévues par le droit national pour ses propres ressortissants dans n’importe quel autre Etat membre.

L’article 54 TFUE visé par l’article 49 donne des indications sur la notion de société, il prévoit en son premier alinéa que : « Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des états membres. ».[[48]](#footnote-48) Il faut donc que les sociétés aient été créées en conformité avec la législation d’un état membre, et dans le cadre d’un établissement secondaire il faut que la société mère ait été installée sur le territoire d’un Etat membre.

L’alinéa 2 de l’article 54 explique que : « Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif. ». Cela montre que le DUE retient une définition large de la notion de société.

C) Régime applicable à la liberté d’établissement

Le traité pose un principe d’interdiction des entraves à la liberté d’établissement qui est entendu très largement par la CJUE, le traité et la jurisprudence permettent cependant aux Etats membres de maintenir certaines réglementations qui portent atteinte à cette liberté avec le principe que toutes ces exceptions doivent être interprétées restrictivement. La liberté d’établissement se distingue de la liberté de circulation des travailleurs en ce qu’elle est exclusivement régie par les dispositions du traité.

1) L’interdiction des restrictions à la liberté d’établissement

L’article 49 TFUE prévoit donc l’interdiction des restrictions à la liberté d’établissement des ressortissants d’un Etat membre dans un autre état membre, mais aussi l’interdiction des restrictions à la création d’agents, de succursales ou de filiales par des ressortissants d’un Etat membre établis sur le territoire d’un autre Etat membre.

Cette interdiction suppose donc implicitement une interdiction des discriminations en raison de la nationalité et donc une obligation pour les Etats membres de traiter de la même manière que leurs nationaux les travailleurs indépendants qui souhaiteraient s’établir sur leur territoire. L’égalité de traitement s’applique certes au travail – cela implique donc une égalité dans l’accès de l’activité professionnelle et dans l’exercice de celle-ci – mais aussi en matière fiscale et également au niveau social.

2) Les dérogations à la liberté d’établissement

a) Les dérogations textuelles

Il existe deux dérogations textuelles comme en matière de liberté de circulation des travailleurs et on les trouve aux articles 51 et 52 TFUE, ce sont donc des dérogations liées à des considérations d’ordre public, de santé publique et de sécurité publique.

L’article 52 TFUE pose une réserve d’ordre public, de santé publique et de sécurité publique, il prévoit que : « Les prescriptions du présent chapitre et les mesures prises en vertu de celles-ci ne préjugent pas l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. ». Cela permet à un Etat membre de refuser l’accès à son territoire à une personne qui souhaite s’y établir si elle présente des dangers dits d’ordre public, la mesure d’expulsion/d’interdiction d’accès au territoire soit nécessaire et proportionnée au risque que représente l’individu pour l’ordre public, la santé publique ou la sécurité publique.

Selon l’article 51 : « Sont exceptées de l'application des dispositions du présent chapitre, en ce qui concerne l'État membre intéressé, les activités participant dans cet État, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique. ». C’est donc le pendant pour les travailleurs indépendants de l’article 45§4 concernant les travailleurs salariés et qui prévoit que « les dispositions relatives aux travailleurs salariés ne sont pas applicables aux travailleurs de l’administration publique ». Le libellé de l’article 51 est bien plus large puisque ce ne sont pas les activités de l’administration publique qui sont exclusivement visées et que l’exclusion vaut pour les activités qui participent à titre occasionnel à l’exercice de l’autorité publique.[[49]](#footnote-49)

# 5. La libre prestation de services

La libre prestation de services implique le droit de prester un service dans un autre Etat membre et surtout dans un Etat membre autre que celui dans lequel le prestataire est établi, et elle implique le droit d’offrir à partir d’un établissement implanté dans l’UE – qu’il soit principal ou secondaire – des services sur tout le territoire de l’UE. Le critère permettant de distinguer la libre prestation de services de la liberté d’établissement c’est le caractère temporaire.

**Le champ d’application de la libre prestation de service**

1) La notion de prestation de services

Ici, le traité est plus développé et la notion de prestation de services se retrouve à l’article 57 TFUE au terme duquel : « Au sens des traités, sont considérées comme services 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. Les services comprennent notamment:

a) des activités de caractère industriel,

b) des activités de caractère commercial,

c) des activités artisanales,

d) les activités des professions libérales. »[[50]](#footnote-50).

Plusieurs caractéristiques apparaissent alors pour définir une prestation de services :

* l’activité doit être une prestation de service exercée à titre contractuel ;
* l’activité doit être de nature économique offerte normalement contre rémunération, le paiement peut être en nature (du troc par exemple), il peut être indirect tout en ayant un lien entre la rémunération et l’activité ;
* l’activité doit être indépendante;
* l’activité doit être exercée à titre temporaire (le caractère temporaire s’apprécie en fonction de la durée de la prestation mais aussi de sa fréquence).

La CJUE a posé le principe selon lequel le caractère temporaire de l’activité n’exclut pas la possibilité pour le prestataire de service de se doter dans l’Etat member d’accueil d’une infrastructure s i elle est nécessaire à l’exercice de sa prestation ;

* l’activité doit être transfrontalière, il doit nécessairement y avoir un caractère d’extranéité caractérisé par le passage d’une frontière avec une appréciation large du passage de la frontière car ce passage peut être le fait du prestataire, du destinataire, du service lui-même ;
* pour être prestataire, il faut soit avoir la nationalité d’un Etat membre (personne physique) soit être une société constituée conformément à la législation d’un Etat membre (personne morale), et il faut justifier d’un établissement principal ou secondaire dans un Etat membre de l’UE.

2) Les bénéficiaires de la libre prestation de service

Ce sont les mêmes que les bénéficiaires de la liberté d’établissement, c'est-à-dire que ce sont des personnes physiques (prestataire/destinataire devant remplir une condition de nationalité + condition d’établissement dans un Etat membre pour le prestataire) et des personnes morales (sociétés constituées en vertu de l’article 54 TFUE en conformité avec la législation d’un EM).

**Le régime applicable à la libre prestation de service**

Il découle des dispositions du traité mais aussi d’une directive adoptée le 12 décembre 2006 relative au service dans le marché intérieur[[51]](#footnote-51). Le régime prévu par le traité est toujours le même : interdiction des restrictions à la libre prestation de services et possibilité de dérogations.

1) Les règles permettant la réalisation de la libre prestation de services

a) Les deux aspects de la libre prestation de services

La libre prestation de services comporte deux aspects :

- le droit pour un prestataire de services de prester son service dans un autre Etat membre ;

- le droit pour un destinataire de services de se rendre dans un autre Etat membre que celui dans lequel il réside pour y bénéficier de prestations de services.

Le traité avait pour conséquence une interdiction de restrictions à la libre prestation de services et celui d’égalité de traitement. Concrètement cela implique que le prestataire doit être soumis au même traitement que les nationaux qui exerce les mêmes services ; concernant le destinataire l’accès aux services dans les mêmes conditions que les nationaux.

Le traité n’envisage que le premier aspect c'est-à-dire la liberté pour le prestataire de services de prester son service dans un autre Etat membre. C’est d’abord la jurisprudence qui est venue étendre le champ d’application du traité au destinataire de service, à l’origine elle ne l’a pas fait par le biais des dispositions relatives à la libre prestation de services mais en s’appuyant sur la disposition du traité (actuel article 18 TFUE) qui pose de manière générale le principe de non discrimination en raison de la nationalité.

Arrêt Luisi et Carbonne du 31 janvier 1984 [[52]](#footnote-52): la CJUE a assimilé les touristes à des destinataires de services avec pour conséquence que toutes les réglementations applicables aux touristes en tant que destinataires de services devenaient non conformes au DUE dès lors qu’elles introduisaient une discrimination en raison de la nationalité.

La directive de 2006 a codifié la notion de destinataire de services et reconnaît explicitement des droits au titre de la prestation de services à ses destinataires. Elle contient une section consacrée aux destinataires de services qui contient deux dispositions :

- Article 19, « Restrictions interdites » : « les Etats membres ne peuvent pas imposer au destinataire des exigences qui restreignent l’utilisation d’un service fourni par un prestataire ayant son établissement dans un autre Etat membre ».

- Article 20, « Non discriminations » :

§1 : « les Etats membres veillent à ce que le destinataire ne soit pas soumis à des exigences discriminatoires fondées sur la nationalité ou son lieu de résidence» ;

§2 : « les Etats membres veillent à ce que les conditions générales d’accès à un service qui sont mis à la disposition du public par un prestataire ne contiennent pas des conditions discriminatoires en raison de la nationalité ou du lieu de résidence du destinataire sans que cela porte atteinte à la possibilité de prévoir des différences dans les conditions lorsque ces conditions sont directement justifiées par des critères objectifs ».

b) Les règles destinées à la protection de la libre prestation de services

Elles découlent essentiellement de deux dispositions du Traité :

- Article 56 TFUE : « Les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation ».

- Article 57 TFUE, §3 : « le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans l'État membre où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que cet État impose à ses propres ressortissants. »[[53]](#footnote-53).

Sont donc posés les principes d’interdiction et de non-discrimination en raison de la nationalité. Il faut ici comprendre que le régime applicable aux prestataires de services va être différent à celui applicable qui souhaite s’établir de manière durable dans l’EM, d’où l’importance de distinguer entre la liberté d’établissement et la libre prestation de services. La personne qui s’établit dans un autre Etat membre est intégralement soumise au droit de l’Etat member d’accueil, et notamment à toute la réglementation sur le travail.

S’agissant du prestataire de services le caractère temporaire de l’activité rejaillit sur le droit applicable au prestataire de services car le droit principalement applicable au prestataire de services est celui dans lequel il a son établissement et les seules réglementations nationales pouvant s’appliquer au prestataire de services ce sont des réglementations justifiées par l’intérêt général et qui incombent à toute personne/ entreprise exerçant la même activité sur l’Etat member d’accueil. Ces règles ne vont s’imposer que dans la mesure où cet intérêt n’est pas sauvegardé de manière suffisante par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l’Etat member où il est établi.

Les restrictions à la libre prestation de services sont entendues largement par la CJUE, on retrouve donc les discriminations directes, les discriminations indirectes, et les mesures indistinctement applicables qui conduisent à rendre plus difficile l’accès à la libre prestation de services.

2) Les dérogations à la libre prestation de services

a) Les dérogations textuelles

L’article 62 TFUE dispose que : « Les dispositions des articles 51 à 54 inclus sont applicables à la libre prestation de services. ». L’article 51 permet donc d’exclure du champ d’application de la libre prestation de services les activités qui participent même à titre occasionnel à l’exercice de la puissance publique. L’article 52 prévoit les dérogations en raison de l’ordre public, de la santé publique et de la sécurité publique et permet donc à l’Etat d’empêcher l’accès sur le territoire d’un prestataire de services ou de l’expulser pour les motifs invoqués.

b. Les dérogations jurisprudentielles

La CJUE a transposé aussi en matière de libre prestation de services la jurisprudence Cassis de Dijon et permet aux Etats membres de justifier des réglementations nationales qui entravent la libre prestation de services dès lors qu’elles sont nécessaires et proportionnées à un objectif qualifié de raison impérieuse d’intérêt général.

Ne peut-on pas étendre le champ d’application des dérogations aux droits fondamentaux ? Est-ce qu’un Etat membre ne pourrait pas justifier une atteinte à la libre prestation de service par une justification liée à la protection des droits fondamentaux ? Cette question s’est notamment posée dans un arrêt Omega du 14 octobre 2004[[54]](#footnote-54) dans lequel le maire d’une commune autrichienne avait interdit, par arrêté, l’exploitation d’une salle de laser-game, et le maire justifiait cette interdiction par l’atteinte au principe de la dignité humaine consacré au niveau constitutionnel. Donc, une telle réglementation était-elle conforme à la liberté de circulation des marchandises et à la libre prestation de services ? La CJUE a admis qu’une telle réglementation était justifiée au regard de la libre prestation de services car justifiée par la nécessité de préserver le principe de dignité humaine.

Mais la CJUE ne semble pas faire des droits fondamentaux une justification à part entière des dérogations aux libertés de circulation car dans l’arrêt Omega elle rattache la dignité humaine à l’ordre public.

3) apport de la directive du 12 décembre 2006 du Parlement et du Conseil relatif aux services dans le marché intérieur[[55]](#footnote-55).

Sur de nombreux points, elle codifie la jurisprudence de la cours, notamment sur les destinataires de service et reprend les principes posées par le traité.

Elle a pour objectif de faciliter « pratiquement » l'accès à la libre prestation de service.

Elle opère une simplification administrative :

- Notamment en laissant la possibilité à la commission de mettre en place des formulaires harmonisées.

- Elle prévoit la mise en place de guichet unique.

- Elle prévoit l'obligation pour les Etats membres de rendre possible l'accomplissement de ces procédures par voie électronique.

Elle renforce les droits des consommateurs :

- Obligation d'information

- Indications sur les modalités de règlement des litiges.

Elle renforce la confiance mutuelle entre les Etats membres :

La directive Bolkenstein posait un principe de reconnaissance automatique : le prestataire était entièrement régi par son droit d'origine.

On reste sur un statu quo, l'état d'accueil peut apporter des restrictions dans le domaine du droit du travail : Article 16 de la directive : Les Etats membres respectent le droit des prestataires de fournir des services dans un autre Etat membre que celui dans lequel ils sont établis, l'Etat membre dans lequel le service est fourni garantit le libre accès à l'activité de service ainsi que son libre exercice sur son territoire[[56]](#footnote-56).

# Bibliographie

1. Cartou L., Clergerie JL, Gruber A. et Rambaud P., L’Union européenne, Précis, Dalloz, 2008
2. Craig P. et De Burca G., European Union Law, Oxford University Press, 2008
3. Dubouis L.et Blumann C., Droit matériel de l’Union européenne, Domat, Montchrestien, 2009
4. Dutheil de la Rochère J., Droit communautaire matériel, coll. Les fondamentaux, 3ème édition, Hachette, 2006
5. Gavalda et Parleani G., Droit des affaires de l’Union européenne, Litec, 2009
6. Pertek J., Droit matériel de l’Union européenne, PUF, Thémis, 2005

Юлия Михайловна **Орлова**

**Право внутреннего рынка ЕС**

***Учебно-методическое пособие***

Федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования "Нижегородский государственный университет им. Н.И. Лобачевского».

603950, Нижний Новгород, пр. Гагарина, 23.

1. http://jp.malrieu.free.fr/SES702/article.php3?id\_article=74 [↑](#footnote-ref-1)
2. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-2)
3. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-3)
4. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-4)
5. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-5)
6. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-6)
7. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:32006L0123 [↑](#footnote-ref-7)
8. http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&T,F&num=7-68 [↑](#footnote-ref-8)
9. http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=C-124/97 [↑](#footnote-ref-9)
10. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-10)
11. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-11)
12. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-12)
13. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61968CJ0024 [↑](#footnote-ref-13)
14. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61968CJ0024 [↑](#footnote-ref-14)
15. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61968CJ0024 [↑](#footnote-ref-15)
16. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-16)
17. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-17)
18. http://alineabyluxia.fr/eu/jp/1985/5/9/61984J0112 [↑](#footnote-ref-18)
19. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-19)
20. www.curia.eu [↑](#footnote-ref-20)
21. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-21)
22. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-22)
23. http://www.cvce.eu/obj/arret\_de\_la\_cour\_de\_justice\_dassonville\_affaire\_8\_74\_11\_juillet\_1974-fr-2cb93b05-5db7-47f7-9e76-3d090678d439.html [↑](#footnote-ref-23)
24. http://www.lexinter.net/JPTXT/arret\_cassis\_de\_dijon.htm [↑](#footnote-ref-24)
25. http://www.cvce.eu/obj/arret\_de\_la\_cour\_de\_justice\_keck\_et\_mithouard\_affaires\_jointes\_c\_267\_91\_et\_c\_268\_91\_24\_novembre\_1993-fr-14626330-6947-4cfd-aad7-f36bdf92deb4.html [↑](#footnote-ref-25)
26. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?isOldUri=true&uri=CELEX:61979CJ0015 [↑](#footnote-ref-26)
27. http://curia.europa.eu/fr/actu/communiques/cp97/cp9723fr.htm [↑](#footnote-ref-27)
28. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-28)
29. http://www.lexinter.net/JPTXT/arret\_cassis\_de\_dijon.htm [↑](#footnote-ref-29)
30. http://www.lexinter.net/JPTXT/arret\_cassis\_de\_dijon.htm [↑](#footnote-ref-30)
31. http://www.cvce.eu/obj/arret\_de\_la\_cjce\_luisi\_et\_carbone\_31\_janvier\_1984-fr-85e846ed-d24d-42a4-87d3-5b0cc7f316d7.html [↑](#footnote-ref-31)
32. http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000332909 [↑](#footnote-ref-32)
33. http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=101448&doclang=FR [↑](#footnote-ref-33)
34. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-34)
35. http://www.cvce.eu/obj/arret\_de\_la\_cjce\_luisi\_et\_carbone\_31\_janvier\_1984-fr-85e846ed-d24d-42a4-87d3-5b0cc7f316d7.html [↑](#footnote-ref-35)
36. http://www.cvce.eu/obj/arret\_de\_la\_cjce\_procedure\_penale\_contre\_guerrina\_casati\_11\_novembre\_1981-fr-22c06da7-1d5d-4ea0-beb5-498e1ae61948.html [↑](#footnote-ref-36)
37. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-37)
38. http://admi.net/eur/loi/leg\_euro/fr\_388L0361.html [↑](#footnote-ref-38)
39. http://admi.net/eur/loi/leg\_euro/fr\_388L0361.html [↑](#footnote-ref-39)
40. http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=45685&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=153666 [↑](#footnote-ref-40)
41. http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=99842&doclang=FR [↑](#footnote-ref-41)
42. http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=C-54/99 [↑](#footnote-ref-42)
43. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-43)
44. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-44)
45. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61981CJ0053 [↑](#footnote-ref-45)
46. https://www.docs-en-stock.com/droit-public-et-prive/commentaire-arret-antonissen-cjce-26-fevrier-1991-aff-c-292-134188.html [↑](#footnote-ref-46)
47. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-47)
48. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-48)
49. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-49)
50. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-50)
51. http://www.sgae.gouv.fr/webdav/site/sgae/shared/03\_Autorites\_FR\_et\_UE/Autres-positions/Directive\_services/201001-Presentation\_processus\_transposition\_dir\_services.pdf [↑](#footnote-ref-51)
52. http://www.cvce.eu/obj/arret\_de\_la\_cjce\_luisi\_et\_carbone\_31\_janvier\_1984-fr-85e846ed-d24d-42a4-87d3-5b0cc7f316d7.html [↑](#footnote-ref-52)
53. http://traite-de-lisbonne.fr/ [↑](#footnote-ref-53)
54. http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=C-36/02 [↑](#footnote-ref-54)
55. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32006L0114 [↑](#footnote-ref-55)
56. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32006L0114 [↑](#footnote-ref-56)