



Jean Monnet Working Paper Series

-

Environment and Internal Market

Vol. 2019/3

L'assujettissement de la réglementation d'ordre planologique des installations commerciales aux libertés fondamentales d'établissement et de la libre circulation des services

par

Nicolas de SADELEER

Jean Monnet Chair, Saint Louis University

Published on <http://www.desadeleer.eu>

© Nicolas de Sadeleer, 2012

desadeleer@fusl.ac.be

Table des matières

I. Introduction

II. Les assises du marché intérieur

III. La politique de l'aménagement du territoire confrontée à l'âge du numérique à un économie de services

IV. Directive « services »

A. Généralités

B. Champ d'application

1°. *La vente au détail constitue un service au sens de la directive 2006/123*

2°. *Application de la directive “services” à des situations purement internes*

C. Liberté d'établissement du prestataire de services

1°. *Le « régime d'autorisation »*

2°. *Le « régime d'exigences »*

IV. Conclusions

I. Introduction

Rendu par la grande chambre de la Cour de justice le 30 janvier 2018, l'arrêt *Visser*, qui apporte d'importantes précisions quant à l'interprétation des dispositions de la directive « services », est passé quelque peu inaperçu auprès des spécialistes du droit de l'aménagement du territoire. Or, cet arrêt fait passer sous le boisseau du droit du marché intérieur les plans d'aménagement qui affectent la distribution de marchandises. L'objectif du présent article est d'exposer les contraintes qui résultent de cette directive pour la politique de l'aménagement du territoire à la lumière des enseignements de l'arrêt *Visser*¹. Dans cette affaire, la Cour a dû se prononcer sur la compatibilité d'un plan communal d'aménagement du territoire avec la directive « services ». Ce plan empêchait l'ouverture de points de vente de chaussures et de vêtements à prix cassés en dehors des zones du centre-ville, qui était réservé au commerce de détail.

Nous rappellerons, dans un premier temps, l'agencement entre les différentes libertés économiques fondamentales consacrées par le traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) et le rôle complémentaire que joue l'harmonisation des règles nationales (II). Ensuite, à l'ère du numérique, la distribution des marchandises est confrontée à une économie de services, laquelle relève des dispositions de droit primaire et de droit dérivé concernant la prestation de services (III). Il s'ensuit que les plans d'occupation des sols réglementant l'implantation des activités de commerce de gros et de détail sont susceptibles de tomber sous le coup de la directive « services » (IV).

II. Les assises du marché intérieur

Avec ses libertés fondamentales, le marché intérieur constitue la pierre angulaire de l'intégration économique en Europe. Depuis l'Acte unique européen, ce concept est défini comme constituant « un espace [...] dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités »². La compatibilité entre les mesures environnementales adoptées par les Etats membres et les libertés économiques doit être appréhendée sous deux angles distincts : l'application directe des libertés de circuler et, de manière complémentaire, l'harmonisation positive³.

+ L'auteur tient à remercier Mr Gauthier Michiels pour la relecture de ce texte.

¹ CJUE, 30 janvier 2018, *X BV et Visser*, aff. jointes C-360/15 et C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44. Voy. les commentaires suivants : S. ROSET, « Directives « services » », *Europe*, n° 3, mars 2018, p. 21 – 22 ; J. SNELL, « Independence Day for the Services Directive : *Visser* », *CMLRev*, 2019, n° 56, p. 1119-1135. Nous n'aborderons pas ici la première affaire (C- 360/15) tranchée dans le même arrêt par la Cour, laquelle concernait la contestation de redevances en rapport avec une autorisation délivrée à un opérateur chargé du placement d'un réseau de câbles à fibres optiques. Dans cet arrêt, la Cour a cerné les contours des compétences communales quant à la perception de taxes et de redevances sur la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques. Elle a exclu l'application des dispositions de la directive services aux entreprises habilitées à fournir des réseaux et des services de communications électroniques en plaçant des câbles optiques.

² Article 26 TFUE.

³ N. de SADELEER, *Commentaire Mégret Environnement et marché intérieur*, Bruxelles, Ed. de l'Université libre de Bruxelles, 2010, p. 413-420.

En premier lieu, à défaut de règles d'harmonisation, les dispositions du TFUE consacrant la liberté de faire circuler librement ses marchandises (articles 28, 34, 35 et 110 TFUE) et des services (article 56 TFUE) trouvent pleinement à s'appliquer. Vecteurs centripètes au service du marché intérieur, ces dispositions agissent de manière négative en interdisant aux États membres d'établir entre eux des obstacles au commerce des marchandises et des services. A cela, il convient d'ajouter que le régime du marché intérieur est particulièrement ardu en raison de son éclatement dans des catégories juridiques distinctes : à chaque type d'entraves à la libre circulation des marchandises et des services correspond une prohibition répondant à des règles bien précises. Ces différents régimes sont, au demeurant, exclusifs les uns des autres. L'objectif poursuivi par les auteurs du TFUE est « de ne pas voir une activité économique échapper au champ d'application des libertés fondamentales »⁴.

Le TFUE, à l'article 49, reconnaît, pour tout ressortissant d'un État membre, la faculté de s'installer durablement sur le territoire d'un autre État en vue d'y exercer une activité économique indépendante. A la différence de la libre prestation de services, l'activité économique relevant de la liberté d'établissement n'est pas exercée à titre temporaire dans l'État d'accueil, mais de manière stable et continue. Des obstacles de nature administrative peuvent aussi bien affecter les opérateurs économiques qui souhaitent s'établir dans d'autres États membres (droit d'établissement en vertu de l'article 49 TFUE) que ceux qui fournissent un service dans un autre État membre sans pour autant s'y établir (libre circulation des services en vertu des articles 56-57 TFUE).

Comme la qualification de la mesure nationale est essentielle pour l'application du régime d'interdiction communautaire et des dérogations y afférant, celles qui sont destinées à protéger le milieu, d'un caractère nouveau, soulèvent d'incessantes guerres de frontières. Pendant longtemps, l'établissement et les services ont été éclipsés par cette jurisprudence. S'agissant des mesures environnementales, celles-ci ont généralement relevé de la libre circulation des marchandises et non celle se rapportant aux services.

En outre, aucune de ces libertés économiques n'est absolue. Les dérogations prévues par les auteurs des traités ont été progressivement complétées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE (CJUE) qui voulait, de la sorte, refléter l'éclosion de nouvelles valeurs non mercantiles, comme la protection des consommateurs et de l'environnement. « Objectif mouvant », le droit du marché intérieur se situe entre les deux « plaques tectoniques » que forment, d'une part, les libertés fondamentales de circulation et, d'autre part, les intérêts nationaux de nature économique⁵. Jusqu'à présent, peu de conflits entre ces libertés fondamentales et les mesures nationales environnementales *sensu lato* ont été tranchés par la Cour de justice.

En second lieu, le TFUE a habilité le législateur de l'Union à approfondir le droit primaire pour une foultitude de secteurs économiques. Là aussi, à l'instar de la CJUE, le législateur cherche à trouver un point d'équilibre entre l'intégration économique et les intérêts non mercantiles. Aussi le pouvoir d'adopter des règles de police spécifiques se trouve-t-il encadré par des règles d'harmonisation adoptées par les institutions dans le cadre tracé par le droit primaire. Ainsi la liberté d'appréciation des autorités nationales se restreindra-t-elle en

⁴ CJUE, 3 octobre 2006, *Fidium Finanz AG* C-452/04, ECLI:EU:C:2006:631, point 32.

⁵ Conclusions de l'avocat général M. Maciej Szupnar, présentées le 18 mai 2017, dans les affaires jointes C-360/15 et C-31/16, point 103.

fonction de l'approfondissement de l'harmonisation. Si ce droit dérivé ou secondaire n'est pas indispensable à la mise en œuvre de la liberté de faire circuler des marchandises et des services au sein du marché intérieur, il lui est pourtant complémentaire. En vue de faciliter le marché des services au sein du marché intérieur, le législateur adopta en 2006, à la suite de laborieuses négociations émaillées des modifications substantielles de la proposition initiale de la Commission européenne, la directive 2006/123 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (ci-après directive « services »)⁶.

III. La politique de l'aménagement du territoire confrontée à l'âge du numérique à un économie de services

En vue d'éviter l'asphyxie économique des centres-villes historiques, de nombreuses municipalités prévoient, dans leur plan d'aménagement du territoire, que les zones d'activités économiques situées en dehors des centres-villes soient réservées à des activités de commerce de gros. Il s'ensuit qu'elles interdisent les activités de commerce de détail de produits non-volumineux dans des zones géographiques situées en dehors des centres-villes. En effet, les petits commerces de détail rendent les centres-villes plus attractifs. La présence d'activité commerciale de proximité a également pour effet de diminuer la pression de la circulation automobile. La Cour de justice a récemment dû répondre à des questions préjudicielles de la part des juridictions espagnoles quant à la compatibilité d'un impôt régional catalan sur les grands établissements commerciaux avec la liberté d'établissement. La Cour a jugé que la réglementation en cause comportait un critère objectif qui ne défavorisait pas les ressortissants d'autres Etats membres. Elle a exclu, de la sorte, l'existence d'une discrimination déguisée, qui aurait constitué en une violation de l'article 49 TFUE⁷.

Depuis l'arrivée d'Internet, la vente au détail a connu une profonde évolution ; elle dut se transformer profondément en raison de la concurrence de la livraison de biens à domicile grâce au recourt à des services électroniques⁸. De surcroît, l'évolution de l'économie de services, dans laquelle il devient normal pour les clients de s'attendre à une multitude de services pendant et même après l'achat d'un produit, amplifie le chevauchement entre le droit applicable aux marchandises et le droit applicable aux services. Ainsi, la distribution de marchandises se situe-t-elle au cœur de ce chevauchement⁹.

Dans l'affaire *Visser*, la société de droit néerlandais Bristol BV, qui vendait des chaussures et de vêtements à prix cassés, avait conclu un contrat avec la société Visser en vue de s'implanter dans un zoning en dehors des zones du centre-ville d'Appingedam. Or, le plan communal empêchait l'ouverture de points de vente de telles marchandises en dehors des zones du centre-ville qui étaient réservées au commerce de détail. Seuls des biens dits « volumineux », comme les véhicules automobiles, les cuisines, salles de bains, les meubles, les matériaux de construction, etc., pouvaient être commercialisés en dehors du centre-ville, dans

⁶ JO L 376 du 27 décembre 2006, p. 36–68.

⁷ Commentaire de N. de SADELEER, *Aménagement – environnement*, 2018/5, p. 297 – 298. N. de SADELEER, 'Preliminary ruling on the compatibility of taxation of superstores with the right to freedom of establishment and State aid law: Case C-233/16, *ANGED*' *RECIEL* 2018(1)-(7) 341-347; M. SZYDLO, "Differential tax burdens of undertakings and internal market law", *CMLRev*, 2019, n° 56, p. 1093-1118.

⁸ Conclusions de l'AG, point 102.

⁹ *Ibid.*, point 103.

des zones spécialement affectées à de telles activités. La Cour a dû se prononcer sur la compatibilité d'un plan communal d'aménagement du territoire avec la directive « services ».

Étant donné que la règle de droit dérivé - en l'espèce la directive « services » - l'emporte sur la liberté économique fondamentale consacrée dans le traité, la Cour de justice devait éclairer le juge *a quo* exclusivement au regard de la directive « services », interprétée le cas échéant à la lumière de dispositions de droit primaire.

Dans l'hypothèse où l'application au cas d'espèce de la directive « services » aurait été exclu, les opérateurs économiques néerlandais auraient sans doute éprouvé quelques difficultés à convaincre leurs juridictions nationales de la violation des libertés économiques fondamentales consacrées dans le TFUE¹⁰.

Tout d'abord, la libre circulation des services (article 56 TFUE) n'aurait pu s'appliquer, étant donné que cette liberté est conditionnée par l'absence d'un établissement permanent dans l'État d'accueil. En l'espèce, la société Bristol BV cherchait à s'implanter durablement à proximité du centre-ville de Appingendam.

Ensuite, la liberté d'établissement aurait été elle aussi déclarée inapplicable dans la mesure où l'article 49 TFUE qui la consacre ne s'applique qu'à l'établissement sur le territoire d'un autre État membre. En l'espèce, tous les éléments litigieux se référaient à une situation purement interne.

Enfin, les opérateurs économiques néerlandais auraient également pu invoquer la libre circulation des marchandises (articles 34 à 36 TFUE), étant donné que les restrictions communales pourraient avoir un impact potentiel sur les importations de chaussures aux Pays-Bas. Des réglementations qui concernent les « modalités de vente » des marchandises au sens de la jurisprudence *Keck*¹¹ échappent toutefois au principe de libre circulation des marchandises. Certes, pour être qualifiée de modalités de vente, la mesure nationale doit respecter deux conditions : d'une part, elle doit s'appliquer à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national et, d'autre part, elle doit affecter de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres¹². On peut présumer que ces deux conditions auraient été remplies en l'espèce, le plan d'aménagement du territoire n'ayant pas pour objet de discriminer en droit ou en fait les opérateurs économiques étrangers.

Devant cette impasse, les opérateurs économiques contestant le plan communal ne pouvaient dès lors qu'invoquer la violation de la directive « services ».

¹⁰ En ce sens, J. SNELL, *op.cit.*, p. 1124-1125.

¹¹ La Cour de justice a fait échapper au champ d'application des articles 34 et 35 TFUE les entraves concernant les « modalités de vente » : interdiction de la vente à perte, mesures relatives à la publicité, ouverture des magasins le dimanche, etc. Cf. CJ, 24 novembre 1993, *B. Keck et D. Mithouard*, C-267/91 et C-268/91, *Rec.*, p. I-6097, points 16 et 17.

¹² *Ibid.*, point 16.

IV. Directive « services »

A. Généralités

Partant du constat que la suppression des obstacles à la réalisation d'un marché des services « ne peut se faire uniquement par l'application directe des articles [49 et 56 TFUE] », la directive « services » a pour objectif « d'éliminer les obstacles à la liberté d'établissement des prestataires dans les États membres et à la libre circulation des services entre États membres et de garantir aux destinataires et aux prestataires la sécurité juridique nécessaire à l'exercice effectif de ces deux libertés fondamentales du traité »¹³.

Comme le confirment les deux facettes de la directive « services » (son chapitre III est consacré à la liberté d'établissement alors que le chapitre IV se rapporte aux services), il existe des points de jonction entre la liberté d'établissement et celle de faire circuler librement des services. En effet, la libre prestation des services peut être facilitée par l'établissement de nouvelles bases logistiques permettant d'offrir des services aux ressortissants de l'Etat d'accueil ainsi qu'à ceux d'autres Etats membres. Comme les services constituent aujourd'hui plus des deux tiers du produit national brut de l'Union et sont la principale source de création d'emplois, ce mode de création de richesses à part entière est susceptible d'être réglementé à des fins environnementales au même titre que les marchandises.

En raison de la pusillanimité des nombreuses obligations, la version définitive de la directive « services » avait manifestement déçu de nombreux partisans du marché intérieur.¹⁴ Cela étant dit, comme l'atteste l'arrêt *Visser* que nous commentons dans le présent article, la Cour de justice a tendance à interpréter la portée de certaines de ses dispositions bien au-delà des espérances de plusieurs ardents partisans de l'intégration économique. Les articles 53 et 62 TFUE constituent la base juridique de cette directive.

B. Champ d'application

Comme nous allons le voir, l'importance que revêt cette directive tient à l'ampleur de son champ d'application. Cependant, le texte de la directive est parsemé de dérogations ne présentant pas toujours une grande cohérence¹⁵. Un certain nombre d'entre elles couvrent différents services pouvant concerner l'exploitation des ressources naturelles ou la protection de l'environnement.

1°. La vente au détail constitue un service au sens de la directive 2006/123

L'article 4 de la directive définit le "service" comme constituant « toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération, visée à l'article [57 TFUE] ». Cette définition se réfère donc à l'article 57, premier alinéa, du TFUE, qui précise qu'« [a]u sens des traités, sont considérés comme services les prestations fournies normalement contre

¹³ Considérants 5 et 6.

¹⁴ N. de SADELEER, *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*, Bruxelles, éd. de l'Université libre de Bruxelles, 2010, p. 416 et sv.

¹⁵ M. FALLON et A.C. SIMON, « La directive « Services » : quelle contribution au marché intérieur ? », *JTDE*, 2007, p. 34 ; V. HATZOPOULOS, « Que reste-t-il de la directive sur les services ? », *CDE*, 2007/3-4, p. 320.

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 ».

Cela soulève la question de savoir si les services en cause – la vente de chaussures – n'étaient pas régis par d'autres libertés du traité, notamment celle de la libre circulation des marchandises (34 à 36 et 110 TFUE) au sens de l'article 57 TFUE, ce qui signifierait qu'ils ne relèvent pas du champ d'application de la directive 2006/123.

La juridiction néerlandaise demandait à la CJUE si l'article 4, point 1, de la directive « services » devait être interprété en ce sens que l'activité de commerce de détail de produits tels que des chaussures et des vêtements constitue un « service » aux fins de l'application de cette directive ou une activité de commercialisation de marchandises, ce qui aurait eu pour effet de le faire échapper au champ d'application de la directive. La réglementation de l'emplacement des activités de commerce de détail de produits était-il soumis aux dispositions du TFUE régissant la libre circulation des marchandises et non à celles relatives à la libre prestation des services ? S'agissant de la notion de « service », l'article 57, premier alinéa, TFUE, précise qu'il s'agit des prestations qui « ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes ». Étant donné que les prestations de services ne sont considérées comme telles que « dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises [...] », cette notion a traditionnellement revêtu une nature résiduelle¹⁶. Mais, comme on va le voir, cela ne signifie nullement qu'il existerait un ordre de priorité entre les libertés fondamentales¹⁷.

La directive « s'applique, conformément à son article 2, par. 1, aux services fournis par les prestataires ayant leur établissement dans un État membre »¹⁸.

Étant donné que l'activité de commerce de détail constitue, d'une part, une activité économique non salariée exercée contre rémunération et, d'autre part, ne relève pas des exclusions du champ d'application de la directive « services », cette dernière relève donc du champ d'application de la directive.

De surcroît, la Cour souligne que les plans d'aménagement du territoire « [ne] concernent non pas les biens en tant que tels, mais les conditions d'implantation géographique d'activités portant sur la vente de certains biens et, partant, les conditions d'accès à ces activités »¹⁹.

Enfin, la Cour estime que l'applicabilité de la directive « services » ne peut dépendre d'une analyse préalable du centre de gravité de la mesure nationale en cause en vue de la rattacher soit à la prestation de services, soit à la libre circulation des marchandises. En effet, la directive d'harmonisation vise, par souci de sécurité juridique, à faire prévaloir la libre

¹⁶ Actuellement, lorsqu'une mesure nationale affecte tant la libre prestation des services que la libre circulation des marchandises, la Cour l'examine, en principe, au regard de l'une seulement de ces deux libertés fondamentales s'il s'avère que, dans les circonstances de l'espèce, l'une de celles-ci est tout à fait secondaire par rapport à l'autre et peut lui être rattachée. Voy., en ce sens, CJ, 24 mars 1994, *Schindler*, C-275/92, *Rec.*, p. I-1039, point 22 ; CJ, 22 janvier 2002, *Canal Satellite Digital*, C-390/99, *Rec.*, p. I-607, point 31 ; CJ, 25 mars 2004, *Karner*, C-71/02, *Rec.*, p. I-3025, point 46 ; CJ, 14 octobre 2004, *Omega*, C-36/02, *Rec.*, p. I-9609, point 27.

¹⁷ CJUE, 3 octobre 2006, *Fidium Finanz AG* C-452/04, ECLI:EU:C:2006:631, point 32.

¹⁸ Point 58 de l'arrêt.

¹⁹ Point 90 de l'arrêt.

prestation des services sur la libre circulation des marchandises²⁰. De surcroît, une analyse au cas par cas de chaque mesure nationale aurait présenté une complexité toute particulière en raison de l'imbrication croissante du commerce des marchandises et celle des services²¹.

Si cette interprétation s'écarte de la jurisprudence de la CJUE relative à l'articulation entre, d'une part, les dispositions du TFUE relatives à la libre prestation des services et, d'autre part, celles régissant la libre circulation des marchandises, le législateur a souhaité aller au-delà des distinctions opérées dans le droit primaire. Cette « harmonisation ciblée opérée par ladite directive » revient dès lors à exclure un examen au cas par cas des mesures en cause²². Il s'ensuit que le champ d'application de la directive “services” est nettement plus large que les dispositions du traité relatif à la liberté d'établissement.

2°. Application de la directive “services” à des situations purement internes

Le litige qui devait être tranché par le juge *a quo* ne présentait aucun élément d'extranéité, dans la mesure où la société de droit néerlandais souhaitait désirant ouvrir un point de vente pour sa chaîne de magasins de chaussures et de vêtements à prix cassés en s'implantant en dehors du centre-ville de la commune de Appingedam. C'est à bon droit que la juridiction hollandaise se demandait si la directive “services” pouvait s'appliquer à une situation dont tous les éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre.

On le sait, en droit du marché intérieur, il est de jurisprudence constante que les libertés fondamentales ne s'appliquent pas à des situations purement internes²³. Ainsi, les articles 54 et 49 TFUE ne s'appliquent pas à des situations internes.

À partir d'une analyse textuelle, contextuelle et systématique de la directive, la Cour aboutit à la conclusion que son application n'est conditionnée par aucun élément transfrontalier.²⁴

La Cour justifie son interprétation au motif que «la pleine réalisation du marché intérieur des services requiert, avant tout, la suppression des obstacles que rencontrent les prestataires pour s'établir dans les États membres, que ce soit dans leur propre État membre ou dans un autre État membre, et qui sont susceptibles de porter atteinte à leur capacité de fournir des services à des destinataires se trouvant dans l'ensemble de l'Union »²⁵.

²⁰ Point 94 de l'arrêt.

²¹ Point 95 de l'arrêt.

²² Point 96 de l'arrêt.

²³ Voy., notamment, 15 novembre 2016, *Ullens de Schooten*, C- 268/15. Un justiciable placé dans une situation purement interne peut-il tirer des droits des dispositions du TFUE relatives au droit d'établissement, à la libre prestation de services et à la libre circulation des capitaux ? Les faits de l'espèce étaient dépourvus d'un quelconque élément d'extranéité dans la mesure où ils étaient cantonnés à la seule Belgique. Il s'agissait indéniablement d'une situation purement interne. La Cour de justice a toutefois jugé que ces renvois étaient non pertinents, dans la mesure où la Cour d'appel de Bruxelles avait omis de lui communiquer les éléments qui auraient pu justifier un lien de rattachement concret qui rendrait l'interprétation préjudicielle sollicitée nécessaires à la solution du litige.

²⁴ Points 99 et sv. Dans son arrêt du 1er mars 2018, *CMVRO*, aff. C-297/16, la Cour avait éludé la question de l'application de la directive services à des situations purement internes. Voyez les conclusions de l'avocat général, point 44 et suivants.

²⁵ Point 105 de l'arrêt.

Qui plus est, à la différence des articles 49 et 56 TFUE, les articles 53, par. 1er et 62 TFUE qui constituent la base légale de la directive ne font référence à aucune exigence transfrontalière.

Alors qu'auparavant le droit primaire relatif à la libre circulation des services n'était d'application qu'à des situations transfrontalières, le droit dérivé s'applique désormais à des situations dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre.

La directive s'étend donc au-delà de ce que prévoient strictement les dispositions du TFUE afférentes à la liberté d'établissement et à la libre circulation des services. On ne peut, dès lors, sous-estimer les conséquences de ces dispositifs de libéralisation de l'économie sur toutes les règles locales, régionales et nationales en matière d'aménagement du territoire lorsque ces dernières affectent soit la libre circulation des services, soit la liberté d'établissement.

C. Liberté d'établissement du prestataire de services

On rappellera qu'à l'origine la Cour de justice fut relativement favorable à l'application intégrale de la réglementation de l'Etat d'accueil. Par la suite, elle a progressivement limité le pouvoir discrétionnaire de ce dernier vis-à-vis des personnes souhaitant s'établir sur son territoire. Le chapitre III de la directive codifie les principes dégagés par la Cour. La Cour devait d'abord s'interroger sur le point de savoir si les plans d'aménagement tombaient sous le coup de la directive. Dans l'affirmative, elle devait vérifier si ledit plan relevait d'un « régime d'autorisation » ou d'une « exigence ». En effet, le chapitre III est divisé en deux sections : l'une sur les autorisations, traitant des régimes d'autorisation et des conditions et procédures afférentes (section 1, soit les articles 9 à 13 de la directive 2006/123) et l'autre sur les exigences interdites ou soumises à évaluation (section 2, soit les articles 14 et 15 de la directive 2006/123). L'applicabilité d'une de ces sections dépend donc du point de savoir si le plan d'occupation des sols en cause constitue une restriction sous la forme d'un « régime d'autorisation » ou sous la forme d'une « exigence » au sens de la directive.

1°. Le « régime d'autorisation »

Le « régime d'autorisation » est défini comme « toute procédure qui a pour effet d'obliger un prestataire ou un destinataire à faire une démarche auprès d'une autorité compétente en vue d'obtenir un acte formel ou une décision implicite relative à l'accès à une activité de service ou à son exercice ». Si le plan autorise le développement de certaines activités de commerce de détail dans des zones géographiques déterminées, « une telle possibilité procède non d'un acte formel obtenu à l'issue d'une démarche que ces prestataires auraient été tenus d'effectuer à cette fin, mais de l'approbation par le conseil communal [...] de règles d'application générale qui figurent dans ledit plan »²⁶.

Pour les spécialistes du droit de l'aménagement du territoire, il tombe sous le sens qu'un plan d'aménagement de nature réglementaire n'est pas assimilable à une autorisation administrative individuelle. Au demeurant, la possibilité offerte par le droit néerlandais de contester dans les juridictions administratives la légalité de ces plans ne fait pas de ces derniers des autorisations

²⁶ Point 115 de l'arrêt.

au sens de la directive²⁷. Il s'ensuit que le plan en cause ne répond pas à la définition de la notion d'« autorisation » au sens de ladite directive.

2°. Le « régime d'exigences »

Conformément à l'article 4, 7°, de la directive, la notion d'« exigence » est entendue comme visant notamment « toute obligation, interdiction, condition ou limite prévue dans les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres ». Une kyrielle d'« exigences » auxquelles l'établissement de l'activité pourrait être subordonné sont soit expressément interdites, soit soumises à l'évaluation, de leur caractère non discriminatoire, de leur nécessité ainsi que de leur proportionnalité²⁸.

Une distinction est opérée entre les « *exigences à interdire* » et celles « *à évaluer* ».

a. Les « exigences à interdire »

La première catégorie, qualifiée de « liste noire », a pour objectif d'assurer la levée systématique et rapide de huit restrictions à la liberté d'établissement. À cet égard, on observera que l'article 14 de la directive « services » stipule ce qui suit :

« Les États membres ne subordonnent pas l'accès à une activité de services ou son exercice sur leur territoire au respect de l'une des exigences suivantes :

[...]

5) l'application au cas par cas d'un test économique consistant à subordonner l'octroi de l'autorisation à la preuve de l'existence d'un besoin économique ou d'une demande du marché, à évaluer les effets économiques potentiels ou actuels de l'activité ou à évaluer l'adéquation de l'activité avec les objectifs de programmation économique fixés par l'autorité compétente ; cette interdiction ne concerne pas les exigences en matière de programmation qui ne poursuivent pas des objectifs de nature économique mais relèvent de raisons impérieuses d'intérêt général [...]. »

Aussi l'établissement d'un commerce ne peut être subordonné à l'application, au cas par cas, d'un test économique. Or, comme le plan d'aménagement en cause ne prévoyait aucun test de cette nature, ce dernier échappait au régime d'interdiction.

b. Les « exigences à évaluer »

S'agissant des « *exigences à évaluer* », l'article 15, par. 2, prévoit que :

« Les États membres examinent si leur système juridique subordonne l'accès à une activité de service ou son exercice au respect de l'une des exigences non discriminatoires suivantes :

a) les limites quantitatives ou territoriales sous forme, notamment, de limites fixées en fonction de la population ou d'une distance géographique minimum entre prestataires ;²⁹

²⁷ Point 116 de l'arrêt.

²⁸ Articles 14 et 15.

²⁹ D'après la Commission européenne, cette « exigence » ne concerne pas les limites imposées aux facteurs de production, au volume des activités ou aux émissions, par exemple des émissions de CO₂,

[...]. »

Ce régime s'avère moins drastique que celui applicable aux « autorisations ». En effet, l'interdiction cède le pas à une obligation d'évaluer les effets de l'exigence sur la liberté d'établissement. En vertu du paragraphe 3 de l'article 15, les États membres sont tenus de vérifier « que les exigences visées au paragraphe 2 remplissent les conditions suivantes :

- a) non-discrimination : les exigences ne sont pas directement ou indirectement discriminatoires en fonction de la nationalité ou, en ce qui concerne les sociétés, de l'emplacement de leur siège statuaire;
- b) nécessité : les exigences sont justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général;
- c) Proportionnalité : les exigences doivent être propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi, ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif et d'autres mesures moins contraignantes ne doivent pas permettre d'atteindre le même résultat. »

L'avocat général Szupnar attira l'attention de la Cour sur le fait que « le plan restreint l'espace potentiel dans lequel les prestataires de services peuvent s'établir, mais il ne limite pas leur nombre, à condition que suffisamment d'espace ait été désigné pour leurs activités »³⁰.

La CJUE a suivi son raisonnement. La réglementation en cause subordonne l'accès à une activité de service ou son exercice à une limite territoriale. Assurément, l'obligation de poursuivre une activité de vente au détail dans une zone géographique déterminée, à savoir dans un centre-ville, a pour effet d'augmenter les coûts d'établissement et, partant, d'affecter la liberté d'établissement des prestataires de services.

Il s'ensuit que la directive « services » ne s'oppose pas à une exigence liée à une limitation territoriale dans la mesure où les conditions de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité énoncées à l'article 15, par. 3, sont remplies.

Aussi faut-il rappeler qu'il est de jurisprudence constante que les restrictions à la liberté d'établissement qui sont applicables sans discrimination tenant à la nationalité peuvent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, à condition qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif³¹. Raison impérieuse d'intérêt général, la « protection de l'environnement urbain » est reconnue à l'article 4, point 8, de la directive ainsi que dans plusieurs de ses considérants³². Cette disposition codifie à cet égard la jurisprudence existante concernant l'article 56 TFUE³³. Par conséquent, rien n'empêche une ville de maintenir le caractère de son centre historique, au moyen d'un plan d'occupation des sols, tant que les critères énoncés ci-dessus sont respectés.

où les émissions d'autres gaz. Cf. Commission européenne, *Manuel de 2007 relatif à la mise en œuvre de la directive « service »*, Luxembourg, p. 33.

³⁰ Conclusions précitées de l'AG, point 143.

³¹ Arrêts du 10 mars 2009, *Hartlauer*, C-169/07, Rec. p. I-1721, point 44; du 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, C-171/07 et C-172/07, Rec. p. I-4171, point 25, ainsi que *Blanco Pérez et Chao Gómez*, précité, point 61.

³² Voy. les considérants 40, 56 et 66 de la directive.

³³ CJUE, 29 novembre 2001, *De Coster*, aff. C-17/00, EU:C:2001:651, point 38

La directive « services » n'a donc pas vocation à s'appliquer à des exigences qui ne peuvent pas être regardées comme étant constitutives de telles restrictions dès lors qu'elles ne réglementent pas ou n'affectent pas spécifiquement l'accès à une activité de service ou son exercice. Ces exigences doivent cependant être observées par les prestataires dans l'exercice de leur activité économique, de la même façon que par des personnes agissant à titre privé³⁴.

c. Le champ d'application du chapitre III n'exclut pas les plans d'aménagement du territoire

Le considérant 9 de la directive « services » précise que celle-ci exclut « les exigences telles que [...] la réglementation en matière d'aménagement ou de développement du territoire, la réglementation relative à l'aménagement des zones urbaines et rurales, [...] ainsi que les sanctions administratives infligées en cas de non-respect de ces règles qui ne réglementent pas ou n'affectent pas spécifiquement l'activité de service, mais doivent être respectées par les prestataires dans l'exercice de leur activité économique, de la même façon que par des personnes agissant à titre privé ».

Le problème tenait ici au fait que ce considérant n'était pas reflété dans les dispositions de la directive. Si un considérant « peut permettre d'éclairer l'interprétation à donner à une règle de droit, il ne saurait constituer par lui-même une telle règle »³⁵. Ainsi, le défaut de normativité des considérants n'empêche-t-il pas la Cour de justice de s'en inspirer régulièrement pour interpréter les dispositions d'un acte juridique contraignant.

L'avocat général développa une interprétation textuelle, au motif que le considérant 9 n'avait été repris dans aucun dispositif normatif³⁶. D'après ce dernier, si la directive « n'a pas pour objectif d'éliminer des contraintes administratives générales telles que les normes en matière de construction, les règles de la circulation routière ou la réglementation relative à l'aménagement urbain », il n'en demeure pas moins que le considérant 9 n'implique pas qu'un plan d'occupation des sols soit automatiquement exclu du champ d'application de la directive³⁷. A son article 15, par. 2, la directive mentionne expressément les limites territoriales tandis que les autorisations pour les grandes surfaces commerciales sont mentionnées au considérant 47.

La Cour de justice a suivi cette approche dichotomique mais en s'appuyant sur d'autres critères. D'après elle, la directive « services » ne s'applique pas aux « exigences » urbanistiques lorsque ces dernières ne sont pas constitutives de restrictions à la liberté d'établissement des prestataires de services et à la libre circulation des services entre ces derniers. De telles exigences ont, en effet, une portée générale dans la mesure où elles doivent être observées tant par les prestataires de services « dans l'exercice de leur activité économique » que « par des personnes agissant à titre privé »³⁸.

³⁴ CJUE, 1^{er} octobre 2009, *Woningstichting Sint Servatius*, C-567/07, Rec. p. I-9021, point 29 ; 24 mars 2011, *Commission c Espagne*, aff. C-400/08, point 74. Voy. l'arrêt commenté, point 123. Cf. N. de SADELEER, *EU Environmental Law and the Internal Market*, Oxford, OUP, p. 337-339.

³⁵ CJCE, 13 juillet 1989, *Casa Flesihhandels-GmbH*, aff. 215/88, point 31. Voy. aussi CJUE, 1^{er} octobre 2015, *Trijber et Harmsen*, aff. C-340/14 et C-341/14, EU:C:2015:641, points 44, 49, 52 et 53.

³⁶ Conclusions précitées de l'AG, point 133.

³⁷ *Ibidem*, points 136 et 137.

³⁸ Arrêt, point 123.

La juridiction communautaire oppose, par la suite, la portée générale des plans d'aménagement du territoire aux prescriptions planologiques qui ont « pour objet spécifique de déterminer les zones géographiques où certaines activités de commerce de détail peuvent s'implanter ». La Cour estime que de telles prescriptions ne sont applicables qu'aux seuls prestataires de services, à l'exclusion des personnes agissant à titre privé³⁹.

Ce raisonnement nous paraît néanmoins critiquable. Dans la mesure où l'article 15, par. 2, de la directive précise que « les limites quantitatives ou territoriales » qui doivent être évaluées se présentent « sous forme, notamment, de limites fixées en fonction de la population ou d'une distance géographique minimum entre prestataires », on peut se demander si la Cour de justice n'a pas interprété ces termes de manière trop extensive. On saisit immédiatement la *ratio legis* d'une telle exigence. L'objectif poursuivi par le législateur de l'UE est d'éviter que les autorités publiques prévoient, par l'entremise de leurs plans d'aménagement ou de leurs règlements d'urbanisme, des « distances géographique minimum entre prestataires » dans le but de limiter la concurrence entre les opérateurs économiques. Au demeurant, dans son manuel de 2007 relatif à la mise en œuvre de la directive « services », la Commission européenne avait précisé que les restrictions quantitatives ou territoriales « limitent le nombre global de prestataires et en empêchent l'entrée sur le marché de nouveaux opérateurs. Lors de l'examen de ce type d'exigences, les Etats membres doivent garder à l'esprit qu'elles peuvent souvent être supprimées ou remplacées par des mesures moins contraignantes »⁴⁰. Aussi la cour de justice semble interpréter de manière bien trop large les termes de « limites territoriales ».

Quoi qu'il en soit, l'arrêt *Visser* devrait inciter les administrations en charge de la politique de l'aménagement du territoire à opérer une distinction entre, d'une part, les prescriptions générales applicable à toutes les activités, hormis les activités de services et, d'autre part, les prescriptions dont l'objet spécifique est de déterminer des zones géographiques où certaines activités de service peuvent s'implanter. Les premières échappent au droit du marché intérieur tandis que les secondes tombent sous le coup de la directive « services ». S'agissant de ces dernières prescriptions, les pouvoirs publics doivent veiller à les justifier à l'aune d'exigences impératives d'intérêt général de « limites territoriales » de l'article 15, par. 2.

IV. Conclusions

La directive « services » avait fait couler beaucoup d'encre. Alors que la doctrine avait avancé à la suite de son adoption en 2006 que cette harmonisation n'apportait finalement que peu de changements significatifs aux grands principes dégagés par la Cour de justice à partir des articles 49 et 56 TFUE⁴¹, l'arrêt *Visser* reflète clairement l'activisme de la Cour de Justice en matière d'intégration économique.

Bien qu'elle soit en définitive liée à la distribution de biens, l'activité de vente au détail constitue un service en elle-même et devrait être reconnue en tant que telle. Une telle activité rentre dans le champ d'application du chapitre III de la directive « services ». Il est dès lors possible qu'un plan d'occupation des sols affecte spécifiquement les prestataires de service désireux de mener à bien une telle activité. Qui plus est, le chapitre III sur la liberté d'établissement des prestataires s'applique non seulement dans les situations transfrontalières,

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Manuel, p. 33.

⁴¹ M. FALLON et A.C. SIMON, *op. cit.*, p. 37 ; C BARNARD, « Unravelling the services directive », *CMLRev*, 2008, n° 45, p. 325.

mais également dans les situations purement internes. Les dispositions des plans d'aménagement du territoire affectant les activités de commerce de détail constituent des restrictions à la prestation de services au sens de la directive 2006/12. Toutefois, les exigences planologiques qui ont pour effet de restreindre la liberté d'établissement des prestataires de services peuvent être justifiées par des exigences d'intérêt général dans la mesure où elles sont compatibles avec les conditions de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité⁴².

La portée de la jurisprudence *Visser* ne devrait certainement pas être sous-estimée. Alors qu'en principe les libertés économiques fondamentales (établissement, services et marchandises) auraient été inapplicables à une telle réglementation locale qui ne concernait que des opérateurs économiques nationaux, la directive « services » est invocable par ces derniers. L'arrêt *Visser* écorne, de la sorte, l'autonomie réglementaire en matière d'aménagement du territoire et d'urbanisme, matières qui, à la différence de la réglementation environnementale des produits et de leurs substances⁴³, avaient été jusqu'à présent préservées des incursions du droit du marché intérieur. L'interprétation extensive retenue par la Cour de justice des termes « restrictions territoriales » est donc susceptible d'être invoquée dans le cadre du contrôle de légalité des règlements planologiques. En effet, la directive « services » leur offre davantage d'arguments que les dispositions de droit primaire.

⁴² Quant aux facteurs à prendre en compte par la juridiction de renvoi pour vérifier le respect de ces conditions par la commune d'Appingedam, voyez les développements aux points 146 à 148 des conclusions de l'avocat général.

⁴³ N. de Sadeleer, *Commentaire Mégret*, op.cit., p. 207-247 et 363-412