



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 14.5.2003  
COM(2003) 259 final

**COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU CONSEIL,  
AU PARLEMENT EUROPEEN ET A LA BANQUE CENTRALE EUROPEENNE**

**L'APPLICATION AUX SERVICES FINANCIERS DES ARTICLES 3§4 A 3§6  
DE LA DIRECTIVE SUR LE COMMERCE ELECTRONIQUE**

**COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU CONSEIL,  
AU PARLEMENT EUROPEEN ET A LA BANQUE CENTRALE EUROPEENNE**

**L'APPLICATION AUX SERVICES FINANCIERS DES ARTICLES 3§4 A 3§6  
DE LA DIRECTIVE SUR LE COMMERCE ELECTRONIQUE**

**1. INTRODUCTION**

La présente Communication a pour objectif d'expliquer, dans le domaine spécifique des services financiers, les mécanismes mis en place par les articles 3§4 à 3§6 de la Directive sur le Commerce Electronique.<sup>1</sup>

Elle se justifie, s'agissant des services financiers, par le fait que certains Etats membres ont, depuis l'adoption de la Directive sur le Commerce Electronique et, en particulier, durant les négociations de la Directive sur la commercialisation à distance des services financiers, exprimé des inquiétudes à propos de l'application pleine et entière de la clause dite "de marché intérieur" dans le domaine des services financiers. Ces Etats membres ont considéré que, dans l'attente d'une convergence plus poussée dans certains domaines (comme les règles de conduite pour les services d'investissement ou les fonds non-harmonisés) ils devraient pouvoir encore imposer, en dépit de la Directive sur le Commerce Electronique, certaines de leurs règles aux services entrants fournis par voie électronique. Une telle période de transition, qui aurait résulté en une dérogation -bien que temporaire- à la Directive, fût rejetée par la Commission et par la majorité des Etats membres.

La Commission avait souligné à cette occasion que l'article 3§4, §5 et §6 de la Directive sur le Commerce Electronique offre des garanties suffisantes aux Etats membres qui souhaitent prendre des mesures, au cas par cas, contre un fournisseur de services qui met en péril un des objectifs d'intérêt général relevant de l'article 3§4(a)i de la Directive, ou présente un risque sérieux de mise en péril de cet objectif.

L'ambition de cette Communication est de fournir une assistance aux Etats Membres désireux de faire usage de ces mécanismes. Elle ne constitue en aucune manière un document interprétatif. En outre, elle ne porte pas systématiquement sur tous les aspects des articles 3§4 à 3§6 de la Directive, mais seulement sur ceux pour lesquels la Commission a constaté un besoin d'explication et d'assistance.

Cette Communication n'impose aucune obligation juridique aux Etats membres. Elle ne préjuge pas de la position que la Commission pourrait être amenée à prendre sur les mêmes sujets si l'expérience acquise, y compris la jurisprudence de la Cour, devaient la conduire à réviser certaines des positions exprimées dans le présent document.

La Commission va également poursuivre, avec les Etats membres, l'identification des domaines dans lesquels une convergence plus poussée des réglementations nationales pourrait s'avérer nécessaire. Elle va, dans ce cadre, examiner les besoins d'harmonisation dans certains secteurs pour lesquels il apparaît que les réglementations nationales étaient encore disparates, créant des problèmes potentiels en terme de libre circulation des services et de protection des

---

<sup>1</sup> Directive 2000/31/CE du Parlement Européen et du Conseil du 8 juin 2000. JO L 178 du 17 juillet 2000 p. 1.

consommateurs ( par exemple dans le domaine de certains fonds d'investissement non harmonisés.

La Commission est consciente du fait que les arrêts cités dans cette Communication ne relèvent pas tous du domaine des services financiers et, dans leur totalité, ne trouvent pas leur source dans des litiges nés du commerce électronique. Toutefois, se basant sur le fait que la Cour de Justice procède habituellement par analogie et n'a pas de jurisprudence à proprement parler "sectorielle", la Commission estime possible et fiable de baser les analyses qui suivent sur la jurisprudence existante.

Toutefois, on ne saurait bien sûr exclure que la Cour développe une jurisprudence dans le domaine particulier du commerce électronique. Cette jurisprudence pourrait infirmer ou confirmer la jurisprudence existante. Ce risque est inhérent à l'exercice prospectif engagé.

## **2. ANALYSE DE L'ARTICLE 3§4-6**

La Directive sur le Commerce Electronique dispose que les Etats membres veillent à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur leur territoire respectent les dispositions nationales qui lui sont applicables dans cet Etat membre et qui relèvent du domaine coordonné .

En outre, la Directive prévoit que les Etats membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre.

- Cependant, la Directive sur le Commerce Electronique prévoit certaines dérogations.

En premier lieu, l'annexe de la Directive contient un certain nombre de dérogations à la clause de "marché intérieur". Ces dérogations comprennent certaines dispositions des directives en matière d'assurances<sup>2</sup>, la publicité des OPCVM<sup>3</sup>, l'émission de monnaie électronique par des institutions qui ne bénéficient pas d'un passeport européen.<sup>4</sup>

Il y a d'autres dérogations d'ordre général, qui pourraient être particulièrement pertinentes en matière de services financiers. Elles concernent la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat, les obligations contractuelles contenues dans des contrats passés avec des consommateurs etc.

D'autre part, les articles 3§4, §5 et §6 de la Directive permettent aux Etats membres de prendre des mesures, telles que des sanctions ou des injonctions, qui peuvent restreindre la fourniture de services en ligne en provenance d'autres Etats membres. Ces mesures sont assorties de conditions strictes.

---

<sup>2</sup> Article 30 et Titre IV de la Directive 92/49/CEE, (JO L 311, 14.11.1997, p. 42), Titre IV de la Directive 92/96/CEEC, (JO L 311, 14.11.1997, p. 43), Articles 7 et 8 de la Directive 88/357 CEEC, (JO L 172, 04.07.1988, p. 1) et Article 4 de la Directive 90/619/CEE,( JO L 330, 29.11.1990, p. 50-61).

<sup>3</sup> Article 44(2) de la Directive 85/611/CEE, JO L 375, 31.12.1985, p. 3-18.

<sup>4</sup> Institutions pour lesquelles les Etats Membres ont eu recours à l'une des dérogations prévues à l'Article 8(1) de la Directive 2000/46 CE, JO L 275, 27.10.2000, p. 39-43.

L'article 3§4, §5 et §6 dispose que:

*"4. Les Etats membres peuvent prendre, à l'égard d'un service donné de la société de l'information, des mesures qui dérogent au paragraphe 2 si les conditions suivantes sont remplies:*

*a) les mesures doivent être:*

*i) nécessaires pour une des raisons suivantes:*

*- l'ordre public, en particulier la prévention, les investigations, la détection et les poursuites en matière pénale, notamment la protection des mineurs et la lutte contre l'incitation à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité et contre les atteintes à la dignité de la personne humaine,*

*- la protection de la santé publique,*

*- la sécurité publique, y compris la protection de la sécurité et de la défense nationales,*

*- la protection des consommateurs, y compris des investisseurs;*

*ii) prises à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte aux objectifs visés au point i) ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs;*

*iii) proportionnelles à ces objectifs;*

*b) l'Etat membre a préalablement et sans préjudice de la procédure judiciaire, y compris la procédure préliminaire et les actes accomplis dans le cadre d'une enquête pénale:*

*- demandé à l'Etat membre visé au paragraphe 1 de prendre des mesures et ce dernier n'en a pas pris ou elles n'ont pas été suffisantes,*

*- notifié à la Commission et à l'Etat membre visé au paragraphe 1 son intention de prendre de telles mesures.*

*5. Les Etats membres peuvent, en cas d'urgence, déroger aux conditions prévues au paragraphe 4, point b). Dans ce cas, les mesures sont notifiées dans les plus brefs délais à la Commission et à l'Etat membre visé au paragraphe 1, en indiquant les raisons pour lesquelles l'Etat membre estime qu'il y a urgence.*

*6. Sans préjudice de la faculté pour l'Etat membre de prendre et d'appliquer les mesures en question, la Commission doit examiner dans les plus brefs délais la compatibilité des mesures notifiées avec le droit communautaire; lorsqu'elle parvient à la conclusion que la mesure est incompatible avec le droit communautaire, la Commission demande à l'Etat membre concerné de s'abstenir de prendre les mesures envisagées ou de mettre fin d'urgence aux mesures en question.*

## 2.1. ANALYSE DE L'ARTICLE 3§4

### 2.1.1. Domaines couverts par l'article 3§4

L'article 3§4 ne couvre pas toutes les raisons que la Cour a identifiées dans le contexte des articles 49 et 28 du Traité pour justifier une restriction justifiée par la défense de l'intérêt général. Il n'identifie en effet, outre les motifs couverts par l'article 46 du Traité (ordre public, sécurité publique et santé publique), qu'un seul des objectifs susceptibles, pour la Cour, de justifier des atteintes à la libre circulation des services. Cet objectif est la protection des consommateurs y compris des investisseurs.

Le caractère limitatif et exhaustif de cette liste exclut que certains des objectifs reconnus d'intérêt général par la Cour, comme par exemple la défense de la bonne réputation du secteur financier<sup>5</sup>, puissent justifier des mesures prises sur base de l'article 3§4, sauf dans les cas où ces mesures auraient en fait pour objectif la protection du consommateur.

### 2.1.2. Notion de "service donné de la société de l'information"

Par service "donné", l'on veut ici signifier que l'Etat membre de destination ne peut pas, dans le cadre de l'article 3§4, prendre de mesures générales à l'égard d'une catégorie de services financiers comme, par exemple, les fonds d'investissements, les crédits etc...

Pour entrer dans le champ de l'article 3§4, il faut donc que la mesure soit prise au cas par cas, vis-à-vis d'un service financier spécifique fourni par un opérateur donné.

Par exemple, il pourrait s'agir d'une mesure, comme un avertissement ou une astreinte, prise par un pays de destination à l'égard d'une banque proposant, à partir de son site situé dans un autre pays de l'Union Européenne, des services d'investissement non harmonisés aux résidents du pays en question. Ces mesures pourraient, par exemple, être prises au motif que la banque ne respecte pas certaines règles de conduite destinées, dans le pays de destination, à protéger le consommateur.

Par contre, un Etat membre ne saurait, sur base de l'article 3§4, décider que toute sa législation sur, par exemple, les fonds d'investissement non-harmonisés, est applicable de façon générale et horizontale à tout service pouvant être accessible par ses résidents.

### 2.1.3. Protection de "l'ordre public"

Les raisons évoquées au paragraphe de la Directive relatif à l'ordre public sont mentionnées à titre d'exemple.

Dans le domaine des services financiers, il est a priori peu probable que des services puissent porter atteinte à l'ordre public, pris dans l'acception communautaire de ce terme. Cette notion doit en effet être interprétée à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice sur l'ordre public, jurisprudence selon laquelle la notion d'ordre public doit être comprise dans un sens très restrictif.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Arrêt du 10 mai 1995, *Alpine Investments*, affaire C-384/93, Rec. p. I-1141.

<sup>6</sup> Arrêt *Calfa*, affaire C-348/96, Rec. p. I-11.

La Cour a, par exemple, constamment jugé que des objectifs de nature économique ne peuvent constituer des raisons d'ordre public au sens de l'article 46 du traité<sup>7</sup>.

Pour la Cour, "le recours par une autorité nationale à la notion d'ordre public suppose, en tous cas, l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue une infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société." <sup>8</sup>.

A l'exception de services fournis illégalement dans le cadre du financement d'activités criminelles (y compris le terrorisme) et du blanchiment de l'argent, on imagine difficilement quelles pourraient être les services financiers qui satisferaient à cette condition jurisprudentielle de "menace grave, affectant un intérêt fondamental de la société."

#### 2.1.4. *Protection des consommateurs, y compris des investisseurs*

La directive sur le commerce électronique définit le consommateur comme "*toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale.*"

Il ressort donc clairement du texte qu'une personne morale ne peut pas être considérée comme "consommateur" au sens de cette directive.

Les investisseurs ne sont en revanche pas définis. Il ressort toutefois clairement du libellé de l'article 3§4 que seuls les "investisseurs" entrant dans la définition du "consommateur" sont concernés. Toute mesure concernant par exemple des investisseurs personnes morales ou des particuliers agissant dans le cadre de leur profession n'entrerait pas dans le cadre de l'article 3§4.<sup>9</sup>

La Cour a jugé que tant le secteur des assurances<sup>10</sup> que le secteur bancaire<sup>11</sup> constituent un domaine particulièrement sensible du point de vue de la protection des consommateurs.

#### 2.1.5. *Notion de risque "grave et sérieux"*

Les mesures doivent être prises à l'encontre d'un service donné, qui soit effectivement porte atteinte à l'un des objectifs énumérés, soit présente un risque sérieux et grave d'y porter atteinte.

Cette formulation permet à l'Etat de destination du service non seulement de prendre des mesures répressives mais aussi des mesures préventives, en cas de risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs.

---

<sup>7</sup> Arrêt du 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders*, affaire 352/85, Rec. p. 2085.

<sup>8</sup> Arrêt du 27 octobre 1977, *Bouchereau*, affaire 30/77, Rec. p. 1999.

<sup>9</sup> Arrêt du 22 novembre 2001, *Idealservice*, affaires jointes C-541/99 et C-542/99, Rec. p. I-9049.

<sup>10</sup> Arrêt du 4 décembre 1986, *Commission contre Allemagne*, affaire 205/84, Rec. p. 3755.

<sup>11</sup> Arrêt du 9 juillet 1997, *Parodi*, affaire C-222/95, Rec. p. I-3899.

### 2.1.6. Conditions relatives à la notification

Les conditions relatives à la notification sont au nombre de trois:

Il faut que l'Etat membre qui prend les mesures ait:

- demandé à l'Etat membre d'établissement du prestataire de prendre des mesures
- que ce dernier n'en ait pas pris ou elles n'aient pas été suffisantes;
- notifié à la Commission et à l'Etat membre d'établissement du prestataire son intention de prendre de telles mesures.

Ces trois conditions sont parfaitement claires.

La première condition implique que l'Etat membre d'établissement du prestataire ait été informé et mis en mesure de régler le problème à son niveau. La deuxième qu'il ne l'ait pas fait de façon satisfaisante de l'avis de l'Etat membre de destination. La troisième condition implique une information préalable de la Commission afin que celle-ci soit mise en mesure d'exercer les compétences qu'elle a sur base du paragraphe 6, et de l'Etat membre d'origine. La Directive ne prévoit pas de délai précis dans lequel l'Etat du prestataire doit agir, suite à la notification qu'il a reçue de la part de l'Etat membre de destination du service. Toutefois, l'article 19§3 de la directive dispose que les Etats membres doivent fournir, "*dans les plus brefs délais*" l'assistance et les informations demandées par les autres Etats membres ou par la Commission.

Il ressort en outre clairement du texte de l'article 3§4b) de la Directive, que l'obligation de notification ne prive en aucune manière l'Etat membre en question de la possibilité de recourir à une procédure judiciaire, y compris une procédure préliminaire, et à accomplir des actes dans le cadre d'une enquête pénale.

Enfin, il convient de souligner que le dialogue avec l'Etat membre d'établissement du prestataire et la notification à la Commission incombent à l'administration centrale de l'Etat et non, par exemple, à un juge.

### 2.1.7. Conséquences d'une absence de notification

L'absence de notification préalable à la Commission et à l'Etat membre d'origine pourrait faire l'objet d'un recours en manquement de la Commission contre l'Etat membre défaillant. En outre, étant suffisamment précises et inconditionnelles, les dispositions de la directive imposant aux Etats membres une obligation de notification pourraient vraisemblablement être invoquées devant une juridiction nationale. Il n'est donc pas exclu qu'une banque puisse, par exemple, exciper devant un juge national du fait que les mesures qu'on lui oppose dans un Etat membre sur la base de l'article 3§4 n'ont pas préalablement fait l'objet d'une notification.

## 2.2. ANALYSE DE L'ARTICLE 3§6

L'article 3§6 donne à la Commission l'obligation d'examiner la compatibilité des mesures notifiées sur base du paragraphe 4.

Il est important de noter que cet examen n'est pas suspensif dans la mesure où l'Etat membre de destination peut prendre les mesures envisagées sans attendre le résultat de l'examen de la Commission.

Afin d'effectuer cet examen de conformité, la Commission se basera sur les conditions établies au paragraphe 4 et sur la jurisprudence de la Cour de Justice.

La Cour a constamment jugé que:

*"Les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité doivent remplir quatre conditions: qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, qu'elles se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre."*<sup>12</sup>

Sur base de cette jurisprudence de la Cour, la Commission mettra donc en oeuvre un certain nombre de tests afin d'évaluer la conformité d'une mesure notifiée.

### 2.2.1. Test d'intérêt général

Il faut impérativement que la mesure prise relève d'un des domaines expressément cités à l'article 3§4, dont on a vu qu'ils sont en nombre plus réduit que les objectifs reconnus d'intérêt général par la Cour de Justice.

### 2.2.2. Test de non-discrimination

Selon une jurisprudence constante, la Cour a défini la discrimination comme:

*"l'application de règles différentes à des situations comparables ou l'application de la même règle à des situations différentes."*<sup>13</sup>

A cet égard, il conviendra de tenir compte des circonstances objectives, afin de déterminer si l'on est effectivement en face d'une discrimination.<sup>14</sup>

De telles mesures discriminatoires sont de nos jours assez rares dans les réglementations nationales relatives aux services financiers, mais l'on ne saurait exclure qu'il en subsiste encore certaines. Par exemple, si une sanction contre un fournisseur de services financiers non-établi était plus sévère qu'une sanction prise, pour une question identique, à l'encontre d'un fournisseur établi, il y aurait discrimination.

La mesure discriminatoire ne pourrait, conformément à la jurisprudence de la Cour et sous réserve de sa proportionnalité, être justifiée que par les raisons reprises à l'article 46 du traité (ordre public, sécurité publique, santé publique).<sup>15</sup>

### 2.2.3. Test de non-duplication

La Commission examinera le régime juridique existant dans le pays d'origine et appréciera si les mesures envisagées font ou non double emploi avec, par exemple, la protection offerte dans le pays d'origine et les contrôles qui y sont pratiqués. Si tel devait être le cas, il serait possible de conclure que l'objectif d'intérêt général poursuivi par le pays de destination est déjà satisfait par les règles en vigueur dans l'Etat d'établissement du prestataire. Dans le même

---

<sup>12</sup> Arrêt du 30 novembre 1995, *Gebhard*, affaire C-55/94, Rec. p. I-4165.

<sup>13</sup> Arrêt du 27 juin 1996, *Asscher*, affaire C-107/94, Rec. p. I-3089.

<sup>14</sup> Arrêt du 19 mars 2002, *Commission contre Italie*, affaire C-224/00, pas encore publié.

<sup>15</sup> Arrêt du 4 mai 1993, *Federación de Distribuidores Cinematográficos*, affaire C-17/92, Rec. p. I-2239.

esprit, la Commission vérifiera si les mesures prises par l'Etat d'établissement ne sont effectivement pas suffisantes au sens de l'article 3§4b).

Une illustration de ce critère peut être trouvée dans l'arrêt du 9 mars 2000, dans lequel la Cour a jugé que:

*"En exigeant de toutes les entreprises qu'elles remplissent les mêmes conditions pour l'obtention d'une autorisation ou d'un agrément préalable, la législation belge exclut qu'il soit tenu compte des obligations auxquelles le prestataire est déjà soumis dans l'Etat membre dans lequel il est établi."*<sup>16</sup>

Cette jurisprudence pourrait être particulièrement utile dans la mesure où la Commission a pu se rendre compte que certains Etats membres maintiennent encore, notamment dans certains domaines, des régimes d'agrément ou d'autorisation préalables.

La Cour a également jugé que les Etats membres *"doivent se témoigner une confiance mutuelle en ce qui concerne les contrôles effectués sur leur territoire respectif."*<sup>17</sup>

Par exemple, si l'Etat de destination impose ses propres règles de conduite à un service d'investissement fourni à l'un de ses résidents, la Commission examinera si les règles de conduite en vigueur dans l'Etat d'origine ne sont pas équivalentes à celles dont l'Etat de destination entend se prévaloir.

#### 2.2.4. Test de proportionnalité

Ce test a deux composantes. Il faut que les mesures soient appropriées pour atteindre l'objectif poursuivi (test d'adéquation) et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (test de substitution par des mesures moins restrictives).

##### 2.2.4.1. Adéquation de la mesure à l'objectif

Même si une mesure d'un Etat Membre est présentée comme défendant un objectif d'intérêt général, il est permis de se demander si elle est véritablement nécessaire pour protéger cet intérêt. Il peut en effet se trouver des hypothèses où la mesure n'est, objectivement, pas nécessaire ou pas adaptée pour protéger cet intérêt.

La Cour de Justice a, dans certains arrêts, jugé qu'une règle donnée, invoquée par un Etat Membre dans un but déclaré de protection du consommateur, n'était en définitive pas apte à assurer cette protection.

Par exemple, la Cour a estimé que, l'information étant une exigence principale de protection des consommateurs, un Etat membre qui impose des règles qui, en définitive, limitent l'accès des consommateurs à certaines informations, ne peut invoquer la protection des consommateurs pour les justifier.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Arrêt du 9 mars 2000, *Commission contre Belgique*, affaire C-355/98, Rec. p. I-1221.

<sup>17</sup> Arrêt du 10 septembre 1996, *Commission contre Belgique*, affaire C-11/95, Rec. p. I-4115.

<sup>18</sup> Arrêt du 7 mars 1990, *GB-INNO-BM*, affaire C-362/88, Rec. p.I-667.

La Cour examine donc attentivement si la mesure qui lui est présentée bénéficie effectivement au consommateur,<sup>19</sup> et si l'Etat membre qui l'impose ne sous-estime pas la capacité de jugement du consommateur.<sup>20</sup> La Cour a pour cela recours à une conception "moyenne" du consommateur<sup>21</sup>, prenant en considération "*l'attente présumée d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé*".<sup>22</sup>

La Cour exerce ainsi un contrôle visant notamment à déterminer si, sous couvert de protection du consommateur, certaines mesures ne poursuivent pas en réalité des objectifs de protection du marché national

La Cour examine également la nature des services en cause et le besoin de protection correspondant. Par exemple, dans le domaine des services bancaires, elle a jugé que:

*"...une distinction doit être faite selon la nature de l'activité bancaire en cause et du risque encouru par le destinataire du service. Ainsi, la conclusion d'un contrat de prêt hypothécaire présente pour le consommateur des risques différents de ceux du dépôt de fonds auprès d'un établissement de crédit. Or, à cet égard, la nécessité de protéger l'emprunteur varie en fonction de la nature des prêts hypothécaires, étant observé que, dans certaines situations, en raison précisément des caractéristiques du prêt octroyé et de la qualité de l'emprunteur, il n'y a aucun besoin de protéger celui-ci par l'application des règles impératives de son droit national."*<sup>23</sup>

La Commission pourrait donc s'inspirer des mêmes considérations lorsqu'elle sera confrontée à l'examen de la proportionnalité d'une mesure notifiée.

#### 2.2.4.2. Possibilité de substitution par une mesure moins restrictive

##### Existence de mesures moins restrictives

Afin d'évaluer la proportionnalité d'une mesure, la Commission évaluera si la mesure ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire ou si il existe des moyens moins restrictifs pour atteindre l'objectif d'intérêt général recherché, ou des mesures restreignant d'une manière moindre les échanges intracommunautaires.<sup>24</sup>

La Cour a par exemple jugé qu'au lieu de bloquer la diffusion et la retransmission des émissions d'une chaîne de télévision, un Etat Membre pourrait atteindre l'objectif de protection d'un intérêt général en prenant des mesures spécifiques uniquement à l'égard de l'annonceur, qui est à l'origine d'un message publicitaire donné transmis par cette chaîne de télévision, et qui preste ses services à partir d'un autre Etat membre.<sup>25</sup>

En outre, dans une affaire récente concernant les taxes sur les antennes paraboliques imposées par des communes belges, la Cour a eu l'occasion d'appliquer le principe de "substitution" en jugeant que:

---

<sup>19</sup> Arrêt du 27 juin 1996, *Schmit*, affaire C-240/95, Rec. p.I-3179.

<sup>20</sup> Arrêt du 6 juillet 1995, *Mars*, affaire C-470/93, Rec. p. I-1923.

<sup>21</sup> Arrêt du 13 janvier 2000, *Estée Lauder*, affaire C-220/98, Rec. p. I-117.

<sup>22</sup> Arrêt du 16 juillet 1998, *Gut Springenheide GmbH*, affaire C-210/96, Rec. p. I-4657.

<sup>23</sup> Arrêt du 9 juillet 1997, *Parodi*, affaire C-222/95, Rec. p. I-3899.

<sup>24</sup> Arrêt du 26 juin 1997, *Familiapress*, affaire C-368/95, Rec. p. I-3689.

<sup>25</sup> Arrêt du 9 juillet 1997. *Konsumentombudsmannen (KO) contre De Agostini (Svenska) Förlag AB*, affaire C-34/95 et *TV-Shop i Sverige AB*, affaire C-35/95 et C-36/95, Rec. p. I-3843.

*"d'autres moyens que la taxe en cause au principal, moins restrictifs de la libre prestation des services, sont envisageables pour atteindre un tel objectif de protection de l'environnement urbanistique tels que, notamment, l'adoption de prescriptions relatives à la taille des antennes, à la localisation et aux modalités d'implantation de celles-ci sur le bâtiment ou aux abords de ce dernier ou à l'utilisation d'antennes collectives".<sup>26</sup>*

Même s'il s'agit d'un domaine sans rapport direct avec le domaine de la présente Communication, ce dernier exemple est particulièrement illustratif de la démarche suivie par la Cour, et la Commission pourrait donc s'inspirer des mêmes considérations dans le cadre de son appréciation fondée sur l'article 3§6.

Dans l'affaire *Ambry*,<sup>27</sup> la Cour a jugé que l'obligation imposée aux agences de voyages de constituer une garantie auprès d'un établissement financier situé sur le territoire national était disproportionnée car l'obligation de mobilisation immédiate des fonds *"pouvait normalement être remplie de manière adéquate alors même que le garant est établi dans un autre Etat membre"*.

Dernier exemple qui, même s'il ne s'agissait pas d'un problème de fourniture on-line de services financiers, est particulièrement intéressant puisqu'il relève du domaine des services d'investissement et qu'il représente un des exemples où la Cour a fait application d'une façon particulièrement approfondie du test de substitution, l'affaire dite *"SIM"* dans laquelle la Cour a jugé que:

*"Même s'il est vrai que l'obligation d'avoir son siège social en Italie facilite la surveillance et le contrôle des opérateurs sur le marché, il n'en reste pas moins qu'une telle obligation n'est pas le seul moyen permettant, d'une part, de s'assurer que les opérateurs respectent les règles d'exercice de l'activité de courtage en valeurs mobilières édictées par le législateur italien et, d'autre part, de sanctionner efficacement les opérateurs qui contreviennent à ces règles.."<sup>28</sup>*

#### Situation dans les autres Etats membres

Dans le cadre de cet examen, la Commission pourrait examiner les législations des autres Etats *membres* afin de vérifier si des mesures moins restrictives de nature à assurer la protection du consommateur existent.<sup>29</sup>

Toutefois, il importe de savoir que cet exercice est d'une portée limitée dans la mesure où la Cour a jugé que *"le fait qu'un Etat membre impose des règles moins strictes que celles imposées par un autre Etat membre ne signifie pas que ces dernières sont disproportionnées et, partant, incompatibles avec le droit communautaire"*.<sup>30</sup>

et que:

*"... la seule circonstance qu'un Etat membre a choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre Etat membre ne saurait avoir d'incidence sur l'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité des dispositions prises en la matière. Celles-ci doivent*

---

<sup>26</sup> Arrêt du 29 novembre 2001, *De Coster*, affaire C-17/00, Rec. p. I-9445.

<sup>27</sup> Arrêt du 1er décembre 1998, *Ambry*, affaire C-410/96, Rec. p. I-7875.

<sup>28</sup> Arrêt du 6 juin 1996, *Commission contre Italie*, affaire C-94/101, Rec. p. I-2691.

<sup>29</sup> Arrêt du 18 mai 1993, *Yves Rocher*, affaire C-126/91, Rec. p. I-2361.

<sup>30</sup> Arrêt du 10 mai 1995, *Alpine Investments*, déjà cité.

*seulement être appréciées au regard des objectifs poursuivis par les autorités nationales de l'Etat membre intéressé et du niveau de protection qu'elles entendent assurer.*"<sup>31</sup>

En conséquence, la connaissance de la situation existant dans les autres Etats membres est utile afin d'identifier et de proposer des mesures différentes moins restrictives. Mais l'existence dans un autre Etat membre d'une mesure moins restrictive n'est pas en tant que telle la preuve d'une disproportion. Même si l'on ne saurait ignorer la situation chez les autres, le régime en vigueur dans l'Etat membre de destination doit être évalué de façon intrinsèque, au regard des objectifs poursuivis par cet Etat membre.

### Spécificité du commerce électronique

Finalement, le fait que les mesures soient prises à l'encontre de services fournis à distance par voie électronique pourrait être pris en considération. La Cour a en effet jugé que:

*"Une [...] restriction est d'autant moins admissible lorsque, comme en l'espèce au principal, le service est fourni, à la différence de la situation visée à l'article 60 [aujourd'hui 50], dernier alinéa, du traité, sans que le prestataire ait besoin de se rendre sur le territoire de l'Etat membre où la prestation est fournie ."*<sup>32</sup>

Sur base de cet arrêt, une mesure pourrait théoriquement être jugée proportionnée dans son application *aux* prestataires se rendant physiquement sur le territoire du pays de destination, mais disproportionnée s'agissant d'un service fourni à distance. Il serait donc loisible à la Commission, sur base de cette jurisprudence, d'exiger qu'un Etat membre tienne dûment compte du mode de prestation du service et, le cas échéant, de considérer comme moins admissible une restriction applicable aux services en ligne.

Il convient bien sûr d'être prudent avec l'extension, par analogie, de cet arrêt au commerce électronique. En effet, dans la situation ayant conduit à l'arrêt Säger cité ci-dessus, à aucun moment le client ne pouvait ignorer qu'il s'adressait à un prestataire non établi.

#### 2.2.5. *Décision de la Commission*

Conformément à l'article 3§6, lorsqu'elle parviendra, sur la base des tests, à la conclusion que la mesure est incompatible avec le droit communautaire, la Commission demandera à l'Etat membre concerné de s'abstenir de prendre les mesures envisagées ou de mettre fin immédiatement aux mesures en question.

Il convient de préciser que l'examen de la Commission n'est pas suspensif et ne prive donc pas l'Etat membre de la possibilité de prendre les mesures envisagées.

Même si l'examen de la Commission n'est pas assorti de délais précis, il faut quand même que ces délais soient, ainsi que le texte le prévoit, "les plus brefs".

---

<sup>31</sup> Arrêt du 21 septembre 1999, *Läärä*, affaire C-124/97, Rec. p. I-6067.

<sup>32</sup> Arrêt du 25 juillet 1991, *Säger*, affaire C-76/90, Rec. p. I-4221.

Si la décision de la Commission est que la mesure est compatible avec le droit communautaire, l'Etat membre concerné pourra poursuivre (ou entamer si, par précaution, il ne l'avait pas encore fait) l'exécution des mesures prises à l'encontre de l'entreprise communautaire en cause.

En tout état de cause, la position que la Commission pourrait être amenée à défendre dans un cas donné ne préjuge pas de ce que la Cour de Justice pourrait juger.