

Libre circulation des marchandises (janvier 2007 – septembre 2008)

Anne-Lise SIBONY

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

Alexandre DEFOSSEZ

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

INTRODUCTION : PRÉSENTATION DE LA CHRONIQUE

Cette Revue n'avait plus publié de chronique consacrée à la libre circulation des marchandises depuis un certain temps, ce qui ne l'a toutefois pas empêchée de se faire l'écho de vifs débats doctrinaux sur ce thème (R. Kovar, Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose, *RTD eur.* 2006. 213-247). S'il est vrai que le commerce des marchandises est sans doute le domaine le plus achevé du marché intérieur, il demeure que des progrès restent toujours à accomplir, comme l'illustrent certains des arrêts rapportés ci-après, notamment à propos d'automobiles ou de médicaments. Force est en outre de constater que, dans ce domaine, le droit européen continue de progresser. C'est pourquoi il a paru utile de rétablir cette chronique.

Celle-ci sera organisée selon un plan qui distingue classiquement selon les différents types d'entraves à la libre circulation des marchandises. Les entraves prohibées par le traité CE seront tout d'abord envisagées. Elles seront vues dans leur ordre d'apparition dans le traité, soit, en premier lieu, les entraves de nature fiscale (art. 25 CE, auquel il convient d'associer l'article 90 CE) (I), puis, en second lieu, les restrictions quantitatives ou de mesures d'effet équivalent prohibées par l'article 28 CE (II). Toutefois, la libre circulation des marchandises n'est pas seulement assurée par les dispositions générales du traité, mais aussi par un vaste corpus législatif (V. par. ex. récemment R. Kovar, Le législateur communautaire encadre le régime de la mise des produits dans le marché intérieur, *RTD eur.* 2008. 289-311). C'est pourquoi il conviendra d'envisager les en-

traves à la libre circulation qui persistent en présence d'une harmonisation et qui doivent donc être appréciées au regard du droit dérivé (III).

Pour chacun de ces types d'entraves, le plan suivi épousera les différentes étapes de la démarche de qualification, en partant des conditions d'existence d'une entrave pour envisager ensuite les justifications éventuelles, puis le contrôle de proportionnalité. Ce choix est nécessairement imparfait, puisque le raisonnement qui mène à la qualification d'entrave à la libre circulation est plus fidèlement représenté par un schéma comportant des ramifications que par une succession linéaire d'étapes (pour de telles représentations schématiques et très pédagogiques, V. C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, Oxford University Press, 2^e éd., 2007, *passim*). Néanmoins, c'est la solution qui a paru préférable, car nous pensons qu'une chronique est plus utile au lecteur si elle présente les évolutions survenues pendant la période couverte en les ordonnant selon les différents points de droit plutôt que selon les espèces dont la Cour s'est trouvé saisie. Le choix d'un tel plan analytique explique par ailleurs qu'un même arrêt pourra être mentionné à plusieurs reprises si, par exemple, il comporte des indications intéressantes à la fois sur la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative et sur l'application des exemptions prévues à l'article 30 CE.

I. — ENTRAVES FISCALES À LA LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES : DROITS DE DOUANE, TAXES D'EFFET ÉQUIVALENT ET FISCALITÉ INTÉRIEURE DISCRIMINATOIRE

Dans le domaine de la taxation, la jurisprudence de la Cour n'a pas été particulièrement riche dans la période chroniquée. Aucun arrêt rendu dans le domaine des droits de douanes et des taxes d'effet équivalent (art. 25 CE) ne retiendra ainsi notre attention. En revanche, dans le domaine de l'article 90 CE, dont l'application pratique soulève de grandes difficultés, la Cour a apporté plusieurs précisions concernant l'appréciation des impositions intérieures discriminatoires (A). Il faut également signaler un arrêt de la Cour qui, bien que rendu dans le domaine très spécifique de la restitution de la TVA, traduit une volonté plus générale de la Cour de chercher à protéger la bonne foi des assujettis (B).

A. — Impositions intérieures discriminatoires

L'article 90 CE prohibe les impositions intérieures qui frappent plus lourdement les produits des autres États membres que les produits nationaux similaires (al. 1), mais aussi les impositions intérieures de nature à protéger indirectement d'autres productions (al. 2). Au cours de la période examinée, la Cour a eu l'occasion de se prononcer, d'une part, sur le champ d'application de l'article 90 CE (1) en confirmant que les déchets sont à considérer comme des marchandises au sens de cette disposition. Elle a, d'autre part, été invitée à se prononcer sur l'appréciation de l'effet protecteur indirect visé l'article 90, alinéa 2, CE. A cette occasion, elle a précisé et, semble-t-il, renforcé les exigences probatoires

qui s'imposent à la Commission lorsqu'elle entend démontrer l'existence d'un tel effet (2).

1. Champ d'application de l'article 90 CE

Les déchets sont des marchandises comme les autres

Dans un arrêt de novembre 2007 (CJCE 8 nov. 2007, *Stadtgemeinde Frohnleiten et Gemeindebetriebe Frohnleiten GmbH*, aff. C-221/06, Rec. I-9643 ; note A. Rigaux, Europe, 2008, n° 1, comm. 24), la Cour a eu l'occasion de préciser, une nouvelle fois, les contours du champ d'application de l'article 90 CE par rapport à d'autres dispositions du Traité. Il s'agissait en l'occurrence d'une question préjudicielle portant sur la compatibilité d'une taxe autrichienne sur les déchets avec diverses dispositions du Traité.

Afin d'encourager les activités de dépollution, la loi en cause dans cette affaire exonérait de la taxe frappant le dépôt durable de déchets dans les décharges nationales les dépôts de déchets provenant de la réhabilitation ou de la sécurisation de sites contaminés ou potentiellement contaminés. Toutefois, l'exonération ne s'appliquait qu'aux déchets provenant de sites pollués situés sur le territoire national. Les dépôts de déchets provenant de la réhabilitation ou de la sécurisation de sites situés dans d'autres États membres étaient ainsi privés de cette faveur fiscale. Dans l'affaire au principal, une demande d'exonération avait été produite pour des déchets provenant d'un site contaminé italien, dont la réhabilitation avait été déclarée nécessaire, et ce conformément au droit italien. Devant le refus des autorités autrichiennes d'accorder cette exonération, au motif que ces déchets n'étaient pas originaires d'Autriche, la Cour fut interrogée sur la compatibilité de la mesure avec diverses dispositions du Traité, à savoir les articles 23 et 25 CE, l'article 90 CE et les articles relatifs à la libre prestation de services.

En premier lieu, classiquement, la Cour a écarté dans l'affaire en cause l'application des articles 23 et 25 CE concernant les taxes d'effet équivalant à des droits de douane. En effet, cette taxe n'est pas, selon la Cour, perçue en raison du franchissement d'une frontière, critère classique permettant de distinguer une taxe d'effet équivalant à un droit de douane d'une imposition intérieure. Au contraire, relève la Cour, « il convient de constater qu'est en principe assujéti au paiement de cette taxe tout dépôt durable de déchets, que ceux-ci proviennent d'Autriche ou d'un autre État membre » (pt 28). Dès lors, l'article 25 CE n'est pas applicable en l'espèce.

En second lieu, l'Autriche prétendait écarter l'application de l'article 90 CE au motif que la taxation ne portait pas sur des « produits » au sens de cette disposition, mais sur des services. L'argument du gouvernement autrichien peut être résumé ainsi : les déchets déposés dans des décharges n'ayant pas de valeur pécuniaire, la taxe ne grève pas des marchandises, dont le coût pourrait être renchéri par cette taxe et qui pourraient être ainsi défavorisées lors de leur vente sur le territoire national, ce que l'article 90 CE vise à prévenir. Cette taxe, soutenait l'Autriche, frappait une prestation de services, à savoir des services d'élimination de déchets. A suivre ce raisonnement, c'est donc sous l'angle de la libre prestation de services et non au regard de l'interdiction des impositions intérieures discriminatoires sur des produits qu'il eut fallu l'examiner.

La Cour écarte cette argumentation. Elle rappelle tout d'abord que les déchets, recyclables ou non, constituent des produits dont la libre circulation ne doit pas être entravée. Elle reprend ainsi, mais en la transposant ce faisant dans le champ d'application de l'article 90 CE, sa célèbre jurisprudence *Déchets Wallons* (CJCE 9 juill. 1992, *Commission c/ Belgique*, aff. C-2/90, Rec. I-4431, pt 28 ; note N. de Sadeleer, Cah. dr. eur. 1993. 672-698). En conséquence, selon la Cour, « une taxe intérieure frappant ces déchets est de nature à rendre plus difficiles ou plus onéreuses lesdites transactions commerciales pour l'opérateur qui cherche à s'en débarrasser et, partant, est susceptible de constituer une restriction déguisée à la libre circulation desdits déchets, restriction que l'article 90 CE a précisément pour objet d'écartier en cas de traitement discriminatoire des déchets importés » (pts 36-38).

De plus la Cour considère que, contrairement à ce que soutenait l'Autriche, les dispositions du Traité relatives à la libre prestation de services ne sont pas pertinentes. Elle insiste à cet égard sur le fait que l'article 90 CE doit recevoir une interprétation extensive. Ainsi, ce texte « s'applique aux impositions intérieures qui frappent l'utilisation des produits importés lorsque ces derniers sont essentiellement destinés à cette utilisation et ne sont importés qu'en vue de celle-ci » (pt 41), « l'utilisation des produits » s'entendant, en l'espèce, de leur mise en décharge. De plus, selon une jurisprudence constante de la Cour, « une taxe qui est perçue non pas sur des produits en tant que tels, mais sur l'activité déterminée d'une entreprise en relation avec des produits et qui est calculée en fonction, notamment, du poids des produits en cause, relève de l'article 90 CE et, dans la mesure où elle se répercute immédiatement sur le coût des produits nationaux et importés, doit être appliquée de manière non discriminatoire sur les produits importés » (pt 43). Or, « les seules transactions commerciales auxquelles des déchets destinés à être éliminés peuvent donner lieu sont celles relatives à leur élimination ou à leur mise en décharge, le critère idoine pour apprécier les éventuelles restrictions à la liberté de circulation de ces marchandises est celui de la répercussion de la taxe sur le prix payé par les opérateurs économiques pour s'en débarrasser » (pt 45). La taxe relève donc bien de l'article 90 CE.

Le reste de l'analyse de la Cour a moins d'intérêt car il est très classique. Une fois établi que les produits sont similaires, la seule différence d'origine ne suffisant pas à les considérer comme non similaires (pt 60), la taxe relève du champ d'application de l'article 90, alinéa 1. Il suffit alors à la Cour de constater l'existence d'une différence de taxation, avérée en l'espèce, pour considérer que la taxe autrichienne est contraire au Traité.

2. *Appréciation de la condition d'effet protecteur d'une imposition intérieure (Article 90, al.2 CE)*

Consécration de l'approche concrète et exigences probatoires

Outre les impositions intérieures qui frappent plus lourdement les produits des autres Etats membres que les produits nationaux similaires (al. 1), l'article 90 CE prohibe également les impositions intérieures de nature à protéger indirectement d'autres productions concurrentes (al. 2). Pour que cette disposition trouve à s'appliquer, encore faut-il prouver l'effet protecteur de la taxation. L'intérêt principal de l'arrêt rendu dans une affaire concernant la taxation de

l'alcool en Suède (CJCE 8 avr. 2008, *Commission c/ Suède*, aff. C-167/05, non encore publié au Recueil, note A. Rigaux, Europe, 2008, n° 6, comm. 184) réside précisément dans les éclaircissements qu'apporte la Cour sur les exigences probatoires qui pèsent sur la Commission.

En termes de lieu et d'objet, cette affaire est doublement classique, puisque, d'une part, elle concerne la taxation de l'alcool en Suède, et que, d'autre part, il s'agit d'une affaire sur la différence de taxation entre le vin et la bière (V., par ex., CJCE 12 juill. 1983, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. 170/78, Rec. 417). Si la Cour, dans cette affaire, réitère, en premier lieu, la différence de régime entre l'alinéa 1 et l'alinéa 2 de l'article 90 CE elle souligne, en second lieu, que les exigences probatoires pesant sur la Commission dans le cadre de l'article 90, alinéa 2, sont très élevées.

En l'occurrence, la Commission poursuivait la Suède en manquement en raison de la différence entre la taxation imposée dans ce pays au vin et à la bière, et ce en violation de l'article 90 CE. En effet, lors de l'adhésion de la Suède, les bières fortes et le vin étaient taxés de la même manière. En 1997 toutefois, la Suède avait fortement diminué les accises sur la bière forte. Par la suite, en 2001, elle avait aligné, sous pression de la Commission européenne, le régime du vin sur le régime de la bière. Des différences demeuraient malgré tout dans la méthode de calcul de la taxe (concl. av. gén. Mengozzi ss *Commission c/ Suède*, préc., pts 2 à 10), ce qui entraînait, selon la Commission, une différence de traitement entre ces deux produits, en d'autres termes une discrimination prohibée par l'article 90 CE.

Comme on le sait, l'article 90 pose deux règles distinctes selon que les produits en cause dans l'affaire sont similaires (al. 1) ou bien dans un rapport de concurrence même partielle, indirecte ou potentielle (al. 2). A ce stade, la Cour rappelle donc que certains vins et certaines bières sont dans un rapport de concurrence au sens de l'article 90, alinéa 2 CE, puisqu'ils sont « dans une certaine mesure, de nature à satisfaire des besoins identiques, de sorte qu'on doit admettre entre eux un certain degré de substitution ». La Cour précise cependant que, « compte tenu des grandes différences de qualité et, partant, de prix qui existent entre les vins, la relation de concurrence déterminante entre le vin et la bière, boisson populaire et largement consommée, doit être établie avec les vins les plus accessibles au grand public, qui sont, en général, les plus légers et les moins chers, et que c'est donc sur cette base qu'il convient de faire des comparaisons fiscales » (pt 43). La Cour examine donc à l'aune de l'article 90 CE le régime fiscal des vins légers et des bières fortes.

Il incombait à cet égard à la Commission d'établir que la taxation frappant ces vins (qui, en Suède, sont des produits importés) est supérieure à la taxation touchant ces bières (production essentiellement nationale) et qu'il en découle un « effet protecteur », ce que la Commission n'est pas parvenue à démontrer.

Sur le premier point, la différence de taxation, les produits de base étant différents, il convenait tout d'abord de trouver une méthode de comparaison de ceux-ci. A cet égard la Cour « considère que la comparaison la plus pertinente, dans la présente affaire, est celle des droits d'accise fixés en fonction du titre alcoométrique volumique de ces deux boissons » (pt 47). Après analyse, la Cour constate que le vin léger est en effet plus taxé que la bière forte.

En revanche, la Cour juge que cette différence n'entraîne pas d'effet protecteur et c'est sur ce point précis que les exigences de la Cour nous semblent très élevées en termes de standard de preuve. La Cour indique en effet que, « à cet égard, il convient de tenir compte de la différence existant entre le prix de vente des produits en cause et de l'incidence de cette différence sur le choix du consommateur ainsi que de l'évolution de la consommation de ces produits » (pt 53). Il s'agit donc d'un test de substituabilité croisée, consistant à se demander quel est l'effet de la variation de prix d'un des produits sur les ventes de l'autre de l'autre produit. Or, sur ce point, la Cour estime qu'aucun effet protecteur n'est induit par la différence de taxation.

Dans un attendu particulièrement détaillé, la Cour indique que, même à supposer que l'on applique au vin le taux de taxation – légèrement inférieur – de la bière, la différence ainsi impliquée dans le prix final de ces deux produits serait trop faible pour influencer sur le comportement des consommateurs, puisqu'elle passerait de 1 pour 2,3 (soit 47 % environ) à 1 pour 2,1 (soit 43 % environ) (pts 55 s.). La Cour reproche à la Commission d'avoir, tout au plus, démontré une « certaine sensibilité » (pt 59) des consommateurs suédois à ces variations de prix, ce qui est insuffisant. Ainsi, faute d'avoir démontré l'existence d'une modification durable des habitudes de consommation des suédois du fait de cette différence de taxation, l'effet protecteur requis par l'article 90 CE, alinéa 2 n'est pas établi et le recours de la Commission est rejeté. Bien que la Cour se défende d'exiger de la part de la Commission la preuve statistique de l'effet protecteur d'un régime d'impositions intérieures (pt 60), la Commission devra néanmoins rapporter la preuve circonstanciée de l'effet des taxes qu'elle considère discriminatoires. A défaut de statistiques, faudra-t-il envisager des études qualitatives, à partir d'entretiens avec des assujettis ?

Il faut noter que l'avocat général Mengozzi, dans ses conclusions sous l'arrêt rapporté, était parvenu à une solution exactement inverse à celle de la Cour, considérant que le système suédois impliquait bien un effet protecteur, en raison notamment du fait que la taxe supérieure sur le vin induisait une variation des prix relatifs de 11,8 % par rapport à la situation fictive d'égalité des taxes. Ceci démontre à l'envi que l'application de l'article 90 CE est d'une très grande difficulté pratique.

Les efforts de la Cour en vue de ne plus se contenter de raisonnements abstraits mais d'exiger des preuves concrètes lorsqu'il s'agit d'apprécier l'effet d'une taxe nous semblent devoir être salués, et ce même s'ils présentent des inconvénients et des difficultés. L'inconvénient qui vient immédiatement à l'esprit est qu'un standard de preuve plus élevé pesant sur la Commission permettra aux Etats d'échapper plus facilement à la censure du juge. Les difficultés peuvent être subodorées si l'on considère que la Cour, en insistant sur la démonstration de l'effet concret de la taxation sur le comportement des consommateurs, se rapproche du standard de preuve que l'on rencontre en droit de la concurrence à propos de la définition du marché pertinent, où le même type de question fait l'objet d'un luxe d'études économiques empiriques. Si les exigences probatoires se rapprochent, on ne peut en revanche qu'être frappé par la très grande différence des moyens de preuve mobilisés dans les deux domaines. En l'espèce, la Cour, comme l'avocat général, semblent réduits à supposer l'effet probable de la taxe sur le comportement des consommateurs suédois à partir de quelques chiffres insuffisants. A titre de comparaison, en droit de la concur-

rence, l'effet d'une variation hypothétique de prix sur le comportement des consommateurs donne lieu à des batailles économétriques parfois homériques. L'avenir dira si une convergence des pratiques probatoires de la Commission et des Etats membres se produit entre les deux domaines. En tous cas, il y aura lieu pour les juridictions communautaires d'harmoniser les critères utilisés pour apprécier la sensibilité des achats d'un bien aux variations de prix selon que l'on se trouve en matière de taxation ou en matière de concurrence. En effet, il est difficile de voir dans la différence d'origine des variations de prix – taxe dans un cas, pouvoir de marché dans l'autre – une raison de nature à justifier une différence de traitement probatoire de leur effet sur les consommateurs. Enfin, toujours à propos du standard de preuve mis en œuvre par la Cour dans l'affaire *Commission c/ Suède*, il faut également signaler qu'il ne semble pas identique à celui que l'on rencontre dans d'autres domaines du droit du marché intérieur, ainsi que cela sera illustré *infra* (II.D.1.c).

B. — Directive TVA

Protection de la bonne foi

La Cour de justice, dans un arrêt *Netto Supermarket*, protège la bonne foi du commerçant dans le cadre d'application de la sixième directive TVA (CJCE 21 févr. 2008, *Netto Supermarkt*, aff. C-271/06, non encore publié au Recueil, note D. Simon, Europe, 2008, n° 4, comm. 127). S'il n'est pas sans précédent, ce nouvel exercice de mise en balance d'objectifs partiellement contradictoires (lutte contre la fraude et protection de la confiance légitime des commerçants) mérite d'être relevé. Bien que rendu dans le cadre des exportations de marchandises hors-CE, cet arrêt a une portée qui dépasse le cadre strict du litige. Il faut également noter que cet arrêt a été rendu peu après l'arrêt *Teleos*, dont il précise les contours (CJCE 27 sept. 2007, *Teleos e.a.*, aff. C-409/04, Rec. I-7797, note F. Kauff-Gazin, Europe, 2007, n° 11, comm. 315).

Rappelons tout d'abord que la sixième directive TVA prévoit une exonération pour les produits qui quittent le territoire de la Communauté (6^e dir. 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme, JOCE L 145, 13 juin 1977, p. I-40). La firme Netto Supermarkt remboursait donc aux ressortissants d'Etats tiers, conformément au prescrit de la directive, la TVA perçue pour autant que ces derniers étaient en mesure d'apporter la preuve de l'exportation, en dehors de la Communauté, des marchandises achetées à l'occasion de voyages non commerciaux.

Une telle preuve résulte, en l'espèce, d'une part, du fait que le cachet de la douane se trouve pour moitié sur le bon de caisse et pour moitié sur le formulaire douanier ainsi que, d'autre part, par la présentation par le citoyen étranger de son passeport. Toutefois, la société a ici été trompée par un exportateur : les documents qui lui avaient été remis par ce dernier étaient des faux. Le *Finanzamt* a dès lors rejeté la demande de Netto Supermarkt visant à obtenir l'exonération de la TVA réclamée *a posteriori* pour les années en cause.

Saisie par question préjudicielle, la CJCE a toutefois décidé que « l'article 15, point 2, de la sixième directive doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à l'exonération, par un Etat membre, de la TVA afférente à une livraison de biens à l'exportation en dehors de la Communauté lorsque les conditions d'une telle exonération ne sont pas remplies, mais que l'assujetti ne pouvait pas s'en rendre compte, même en déployant toute la diligence d'un commerçant avisé, en raison de la falsification de la preuve de l'exportation présentée par l'acheteur » (pt 29). En effet, même s'il « appartient aux Etats membres de fixer les conditions d'application de l'exonération d'une livraison de biens à l'exportation en dehors de la Communauté (...) afin notamment « de prévenir toute fraude, évasion et abus éventuels (...), il importe de rappeler que, dans l'exercice des pouvoirs que leur confèrent les directives communautaires, les Etats membres doivent respecter les principes généraux du droit qui font partie de l'ordre juridique communautaire, au nombre desquels figurent notamment les principes de sécurité juridique et de proportionnalité ainsi que de protection de la confiance légitime » (pts 17 et 18).

On le voit toutefois, l'exonération de la responsabilité de l'assujetti n'est pas totale : il doit démontrer qu'il a fait preuve d'un certain degré de diligence, ce qui était bien le cas ici selon la Cour, qui ne prend pas la peine de renvoyer cette appréciation au juge national. Dans l'arrêt *Teleos*, précité, la Cour avait également rappelé qu'il n'est pas contraire au droit communautaire d'exiger que le fournisseur prenne toute mesure pouvant raisonnablement être requise de lui pour s'assurer que l'opération qu'il effectue ne le conduit pas à participer à une fraude fiscale. L'appréciation concrète de ce degré de diligence est bien entendu une question épineuse qu'il appartiendra au législateur et, *in fine*, au juge national d'apprécier avec les directives fournies par la Cour de justice comme points de repère.

Ajoutons également que ce n'est pas la première fois, loin s'en faut, que la Cour cherche, en matière de TVA, à protéger les assujettis de bonne foi. Une autre affaire, un peu plus ancienne, permet d'illustrer ce point en ce qui concerne des entreprises qui avaient participé, à leur insu, à un carrousel TVA (CJCE 12 janv. 2006, *Optigen e.a.*, aff. C-354/03, C-355/03 et C-484/03, Rec. I-483). Il s'agit donc d'une volonté profonde de la Cour de protéger les assujettis diligents et/ou de bonne foi des conséquences néfastes de certaines manœuvres frauduleuses.

II. – RESTRICTIONS QUANTITATIVES ET MESURES D'EFFET ÉQUIVALENT

Les entraves les plus courantes à la libre circulation des marchandises résultent de réglementations qui, de propos délibéré ou non, rendent plus difficile le franchissement des frontières pour certains biens. Le traité les interdit qu'elles restreignent les importations (art. 28 CE) ou les exportations (art. 29), directement (restrictions quantitatives) ou indirectement (mesures d'effet équivalent). Les mesures restreignant les exportations sont très rares, aussi on ne s'étonnera pas de ne trouver, au cours de la période sous examen, aucun arrêt s'y rapportant. En revanche, les réglementations nationales assimilables à des restrictions

quantitatives aux importations (A) persistent bel et bien. Elles sont toutefois moins nombreuses que celles qui constituent des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives (B). On sait que, pour éviter une extension trop large de la notion de restrictions quantitatives, qui menaçait de nombreuses réglementations commerciales nationales n'ayant qu'un lien ténu avec le commerce intra-communautaire, la Cour avait, dans l'arrêt *Keck*, posé en principe que les réglementations portant sur des modalités de vente, à la différence des réglementations portant sur des produits, se situaient en dehors du champ d'application de l'article 28 CE. On sait aussi combien l'application de la notion de modalités de vente (C) s'est par la suite révélée difficile. A cet égard, les arrêts rendus au cours de la période sous examen illustrent de nouvelles vicissitudes de la distinction issue de l'arrêt *Keck*.

A. — Restrictions quantitatives à l'importation

Parmi les arrêts rapportés, un seul concerne un cas de restrictions quantitatives. Il concerne la loi suédoise sur l'alcool, qui a déjà donné lieu à plusieurs arrêts de la Cour et à plusieurs condamnations de la Suède.

La loi suédoise sur l'alcool donne régulièrement lieu à des arrêts de la Cour, tant les aspects restrictifs de cette législation sur le commerce intra-communautaire sont nombreux. Est cette fois épinglée l'interdiction faite aux particuliers résidant en Suède d'importer de l'alcool sans en assurer personnellement le transport (CJCE 5 juin 2007, *Klas Rosengren e.a c./ Risksaklågaren*, aff. C-170/04, Rec. I-4071, obs. P.-Y. Monjal, LPA 2007, n° 147, 7-8 et note E. Bernard, Europe, n° 8-9, 2007. comm. 207). La loi suédoise réserve en effet à un monopole d'Etat l'exclusivité de la vente au détail de boissons alcoolisées. Quant à l'importation d'alcool, elle est réservée à ce monopole ainsi qu'aux sociétés autorisées à pratiquer le commerce de gros. Les particuliers ne peuvent donc pas importer eux-mêmes de l'alcool, sauf dans certains cas limitativement énumérés qui correspondent pour l'essentiel à l'hypothèse du voyageur transportant lui-même des boissons alcoolisées pour sa propre consommation, celle de sa famille ou pour en faire présent (pt 5). Un particulier ne peut donc pas commander du vin dans un autre Etat membre et se le faire livrer en Suède. S'il souhaite importer un alcool spécifique en provenance d'un autre Etat membre, il doit en faire la demande auprès du monopole d'Etat en remplissant dans un magasin un bon de commande prévu à cet effet. Une fois que le monopole d'Etat a obtenu un devis et l'a accepté, le particulier doit se rendre une seconde fois au magasin pour signer le bon de commande. Le transport est alors assuré par le monopole d'Etat sans que le particulier puisse en spécifier les conditions. L'acquéreur doit ensuite payer une somme qui comprend, outre le prix de la marchandise importée, les taxes et les frais de transport, une participation aux frais de gestion du monopole d'Etat se montant à 17 % du montant de la commande (pt 35).

Les requérants dans l'affaire au principal avaient, en violation de cette loi, commandé directement du vin en Espagne. Par souci de discrétion sans doute, ils n'en avaient pas fait la déclaration en douane. Les caisses de vin ont été interceptées et saisies au motif qu'elles étaient l'objet d'une importation illicite (pt 11). Des sanctions pénales étant prévues contre les contrevenants à la loi sur l'alcool, c'est le

procureur du Royaume qui a posé à la Cour plusieurs questions préjudicielles sur la compatibilité de la loi suédoise avec le droit communautaire.

La première question était de savoir si l'interdiction faite aux particuliers d'importer de l'alcool devait être examinée au regard de la prohibition des restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent (art. 28 CE) ou bien au regard de l'obligation faite aux Etats membres d'aménager les monopoles nationaux présentant un caractère commercial (art. 31 CE). Cette question se posait en effet si l'on envisageait l'interdiction des importations par les particuliers comme une règle accessoire au statut du monopole et destinée à en conforter l'effectivité. Cette manière de voir avait été adoptée par la Cour dans une précédente affaire concernant la même loi suédoise (CJCE 23 oct. 1997, *Franzén*, aff. C-189/95, Rec. I-5909). C'est ce qui explique que les deux avocats généraux qui ont été appelés à se prononcer dans l'affaire rapportée aient conclu à l'application de l'article 31 CE (V. sur ce point E. Bernard, préc.). Cependant, la Cour a cette fois jugé que la disposition en cause « ne règle pas véritablement le fonctionnement du monopole dès lors qu'elle ne se rapporte pas aux modalités de la vente au détail des boissons alcoolisées sur le territoire suédois » (pt 24). On peut toutefois relever que cet argument s'appliquait également à la disposition qui, dans l'arrêt *Franzén*, avait été jugée contraire à l'article 31 CE, à savoir le système de licence réservant à certaines entreprises le droit d'importer de l'alcool pour le revendre en gros au monopole d'Etat (*Franzén*, préc., pt 73). Il est vrai que, comme la Cour l'avait indiqué dans l'arrêt *Franzén*, le système de licences d'importation avait une incidence directe sur le fonctionnement du monopole, puisqu'il renchérisait le prix des alcools (*Franzén*, préc., pt 71), tandis que la règle limitant le droit d'importer de l'alcool aux particuliers qui en assurent le transport assure simplement une disposition des consommateurs suédois à payer un prix plus élevé pour les produits alcoolisés. Que l'on soit ou non convaincu par la brève motivation de la Cour (pts 21 à 26), toujours est-il qu'elle écarte l'application de l'article 31 CE.

C'est donc au regard de l'article 28 CE qu'est examinée l'interdiction suédoise faite aux particuliers d'importer de l'alcool sans en assurer le transport. La Cour relève que cette interdiction peut avoir pour effet d'empêcher purement et simplement un particulier d'importer un alcool de son choix, dans la mesure où la réglementation applicable l'oblige à passer par le monopole d'Etat, mais sans obliger ce dernier à satisfaire toutes les demandes d'importation (pt 33). Pour cette seule raison, la mesure en cause est une restriction quantitative interdite par l'article 28 CE. La Cour ajoute néanmoins que, alors même que des particuliers ne seraient pas à strictement parler empêchés d'importer, par exemple, un vin d'Espagne, il n'en demeure pas moins que la lourde procédure à laquelle ils doivent se soumettre occasionne « divers inconvénients qu'ils ne rencontrerait pas s'ils procédaient eux mêmes à cette importation » (pt 34). Tant l'empêchement que la difficulté d'importer directement des alcools en provenance d'autres Etats membres constituent des restrictions quantitatives interdites par l'article 28 CE. La question de savoir si ces restrictions pouvaient être justifiée donne lieu à un examen de proportionnalité minutieux qui sera examinée *infra* (II.D.1.b).

B. — Mesures d'effet équivalent

Les mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives résultent souvent de tracasseries administratives imposées aux importateurs. C'est ce qu'illustrent plusieurs arrêts se rapportant à des réglementations applicables aux importations de voitures d'occasion (1). De longue date, et plus précisément depuis l'arrêt *Cassis de Dijon*, la Cour a inventé une arme de destruction massive contre ce type d'exigences nationales tatillonnes, à savoir le principe de reconnaissance mutuelle, en vertu duquel, en l'absence d'harmonisation communautaire, la conformité d'un produit aux normes en vigueur dans un Etat membre doit faire présumer que ce produit peut circuler librement dans l'ensemble du marché unique. C'est sans doute ce qui explique que, bien souvent, les mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives proviennent en réalité de défauts de reconnaissance mutuelle (2).

1. Réglementations applicables aux importations de voitures d'occasion

Qui a déjà tenté d'importer dans un Etat membre une voiture immatriculée dans un autre Etat membre sait que les importations de voitures d'occasion constituent aujourd'hui encore un talon d'Achille du marché intérieur. La jurisprudence récente en porte la trace (V. par. ex. CJCE 15 déc. 2005, *Nadin Nadin-Lux SA et Duréré*, aff. C-151 et 152/04, Rec. I-11203). Au cours de la période en examen, la Cour a été confrontée à plusieurs affaires relatives aux importations d'automobiles. La plupart de ces arrêts concernaient des mesures relatives à l'immatriculation des véhicules adoptées par certains Etats membres, notamment la Finlande la Pologne, le Luxembourg et les Pays-Bas (CJCE 15 mars 2007, *Commission c/ Finlande*, aff. C-54/05, Rec. I-2473, note F. Kauff-Gazin, Europe, 2007, n° 5, comm. 135 ; CJCE 5 juin 2008, *Commission c/ Pologne*, aff. C-170/07, non encore publié au Recueil ; CJCE 24 avr. 2008, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-286/07, Rec. I-7467, note V. Michel, Europe, 2008, n° 6, comm. 183 ; CJCE, 20 sept. 2007, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-297/05, Rec. I-7467, note E. Bernard, Europe, 2007, n° 11, comm. 295. V. aussi CJCE 10 avr. 2008, *Commission c/ Portugal*, aff. C-265/06, non encore publié au Recueil, note V. Michel, Europe, 2008, n° 6, comm. 185, relatives aux vitres teintées sur laquelle nous reviendrons *infra*). Dans toutes ces affaires sauf une (*Commission c/ Pays-Bas*, préc.), la Cour a considéré que les pratiques en cause constituaient des entraves injustifiées à la libre circulation des marchandises.

A titre liminaire, on peut relever que l'importation de véhicules, d'occasion ou pas, a souvent été appréhendée au regard des dispositions fiscales imposées par les Etats membres (V. CJCE 5 oct. 2006, *Nadasdi*, aff. C-290/05 et C-333/05, Rec. I-10115, et 18 janv. 2007, *Brzezinski*, aff. C-313/05, Rec. I-519). Tel n'était pas le cas dans les arrêts rapportés, puisqu'il s'agissait de mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives, tombant sous le coup de l'article 28 CE. Ces affaires illustrent l'abondance de réglementations étatiques qui, intentionnellement ou non, constituent des entraves aux échanges. De fait, il s'agissait dans les trois affaires précitées de diverses formes de tracasseries administratives frappant les automobilistes désireux d'importer un véhicule d'occasion.

La première affaire concernait une réglementation finlandaise faisant obligation à tout importateur d'un véhicule immatriculé à l'étranger, d'être en posses-

sion dès le franchissement de la frontière, d'un « permis de transfert ». Ce permis temporaire constituait une condition de la mise en circulation régulière du véhicule dans le pays et était valable sept jours au maximum, sauf dérogation limitée au cas où des « raisons particulièrement sérieuses » pouvaient être avancées (pt 3). Il appartenait ensuite à l'automobiliste d'obtenir dans ce bref délai l'immatriculation définitive du véhicule, après contrôle technique et paiement d'une taxe. La Cour considère que ce dispositif contrevient à l'article 28 CE, en se référant à sa jurisprudence sur l'interdiction des licences d'importation, quelle que soit leur forme (pt 31). En elles-mêmes, juge la Cour, les démarches administratives rendues obligatoires par la réglementation finlandaise constituent une entrave à la libre circulation des marchandises (pts 32 et 33). Il en va d'autant plus ainsi que l'administration compétente n'est pas dans l'obligation de délivrer les permis temporaires qui lui sont demandés, de sorte que l'automobiliste qui désire importer un véhicule n'est pas assuré de pouvoir le faire (pts 34 à 36). En outre, même si le permis de transfert est délivré, il se peut que l'immatriculation définitive ne puisse être obtenue dans le délai de validité du permis de transfert limité à sept jours, ce qui fait courir à l'importateur un risque d'immobilisation du véhicule. Dès lors, la Cour n'a pas de mal à conclure que l'entrave est constituée.

La seconde affaire mettait en cause une réglementation polonaise. La Cour avait à se prononcer sur l'obligation imposée aux importateurs de voitures d'occasion de soumettre à un contrôle technique spécifique, en sus du contrôle technique régulier, les voitures devant être immatriculées en Pologne et ayant été préalablement immatriculées dans un autre Etat membre. Un tel contrôle n'était pas imposé aux véhicules d'occasion polonais qui n'étaient donc soumis quant à eux qu'au seul contrôle régulier. Bien plus, la législation polonaise interdisait qu'il soit tenu compte des éventuels contrôles auxquels avaient pu être soumis le véhicule dans son pays d'origine. Là encore, cette réglementation discriminatoire est sans surprise condamnée.

La troisième affaire concernait un recours en manquement initié par la Commission européenne après une plainte d'un particulier qui souhaitait faire immatriculer au Luxembourg un véhicule d'occasion acheté dans un autre Etat membre. La loi luxembourgeoise contestée concernait certaines obligations imposées par la Société Nationale de Contrôle Technique (SNCT). En effet, afin d'immatriculer un véhicule ayant fait l'objet de plusieurs cessions successives, celle-ci exige normalement la production de toutes les factures, ou documents en tenant lieu, relatifs à ces cessions de propriété. On imagine aisément les grandes difficultés pratiques entourant une telle exigence. Dès lors, la SNCT, dans le cas où un des revendeurs précédents est un vendeur professionnel, exige plus simplement la production d'un extrait du registre de commerce (ou tout autre document équivalent) de ce commerçant, document qui doit dater de moins d'un mois. Cette possibilité joue dans tous les cas, que le revendeur soit luxembourgeois ou établi dans un autre Etat membre. De plus, une fois qu'un commerçant l'a fourni, il est inscrit sur un registre spécial de la SNCT, ce qui lui permet de ne pas devoir fournir à nouveau l'extrait de registre s'il est impliqué dans une vente ultérieure. Cette inscription au registre spécial a une durée de validité de cinq ans.

La Commission européenne, bien que reconnaissant le caractère non discriminatoire de cette exigence, y voit malgré tout une entrave à la libre circulation des marchandises contraire à l'article 28 CE. En effet, le nombre de commerçants luxembourgeois spécialisés dans la vente de véhicule d'occasion est peu élevé, et *de facto*, ils sont tous repris sur le registre spécial. Par contre, les revendeurs établis dans un autre Etat membre, ne seront que beaucoup plus rarement repris sur ce registre spécial. En pratique donc, la production d'un extrait du registre ne sera imposée que vis-à-vis de revendeurs établis dans un autre Etat membre et jamais vis-à-vis d'un revendeur luxembourgeois, si ce n'est une fois tous les cinq ans pour renouveler la validité de l'inscription.

La Cour considère dans cet arrêt qu'il y a effectivement une entrave indistinctement applicable et que celle-ci ne peut pas être justifiée (point sur lequel nous reviendrons *infra*). Elle souligne également la grande difficulté de produire un extrait de registre de commerce datant de moins d'un mois, tâche qui peut s'avérer dans certains cas « excessivement difficile, voire impossible » (pt 31). Dès lors, elle condamne le Luxembourg pour manquement.

La quatrième et dernière affaire concernant l'importation de véhicules d'occasion opposait la Commission aux Pays-Bas (*Commission c/ Pays-Bas*, préc.). C'est la seule parmi les arrêts rapportés à illustrer le cas d'une mesure relative à l'importation de voitures conforme à l'article 28 CE, même si les Pays-Bas sont néanmoins condamnés pour une autre violation. La formalité qui est jugée licite au regard de l'article 28 CE, appliqué en combinaison avec la directive 96/96 CE concernant le rapprochement des législations relatives au contrôle techniques des véhicules (JOCE 1997 L 46, p. 1) consistait dans l'obligation pour l'importateur d'un véhicule déjà immatriculé dans un autre Etat membre de présenter le véhicule pour un contrôle en vue de son identification, préalablement à l'immatriculation aux Pays-Bas. La Commission soutenait que, ce contrôle n'étant pas imposé dans l'hypothèse du changement de propriétaire d'un véhicule déjà immatriculé aux Pays-Bas, on était en présence d'une différence de traitement qui rendait moins intéressant pour un acheteur résidant aux Pays-Bas l'achat d'une voiture d'occasion immatriculée dans un autre Etat de l'Union que l'achat d'un véhicule déjà immatriculé aux Pays-Bas. En d'autres termes, l'obligation de présenter le véhicule importé plutôt que de procéder à une simple formalité administrative sans présentation du véhicule, comme dans le cas d'une vente interne, constituait, selon la Commission, une entrave à la libre circulation des véhicules d'occasion.

L'enjeu de la question posée était donc de savoir si l'article 28 CE prescrit une parfaite identité de traitement entre l'achat d'une voiture d'occasion à l'intérieur d'un Etat membre et au travers d'une frontière interne au territoire de l'Union. La Cour n'a pas été jusque-là. Elle a au contraire admis que les situations n'étaient pas comparables et que l'obligation de présenter le véhicule importé aux fins d'identification était une étape inhérente à une première immatriculation aux Pays-Bas (pt 58). Considérant les effets du dispositif sur le comportement des acheteurs, la Cour ajoute que cette formalité ne saurait avoir un caractère dissuasif (pt 59). En effet, relève la Cour, le contrôle aux fins d'identification peut être effectué dans l'une quelconque des nombreuses stations agréées dispersées sur l'ensemble du territoire national néerlandais (pt 60). En outre, la Cour juge que le coût de cette formalité, qui s'élève à 45 €, « n'est

pas susceptible d'exercer une influence sur le choix du propriétaire d'un véhicule de procéder ou non à l'immatriculation aux Pays-Bas » (pt 61). C'est donc en ayant égard tant à la nécessité du contrôle qu'à ses effets probables que la Cour conclut que le dispositif est conforme à l'article 28 CE.

Est en revanche condamnée au titre de l'article 28 CE l'exigence, imposée par la même réglementation néerlandaise, d'un contrôle technique de l'état des voitures immatriculées dans un autre Etat membre ayant plus de trois ans d'âge. Après avoir constaté que cette duplication du contrôle technique n'est pas conforme à la directive 96/96 (préc.) dans la mesure où il n'est tenu aucun compte des contrôles, même récents, qui ont pu être effectués dans un autre Etat membre, la Cour examine ce dispositif au regard de l'article 28 CE. Elle considère que, au regard de ce texte également, le caractère systématique du contrôle en l'absence de reconnaissance mutuelle des contrôles effectués un autre Etat membre est, en tant que tel, potentiellement dissuasif (pt 73).

2. Reconnaissance mutuelle des normes nationales

En matière de normes sur les produits, l'approche européenne, dite « nouvelle approche » depuis les années 1980, consiste à renoncer aux normes détaillées imposées par le législateur communautaire, pour préférer des directives qui s'en tiennent aux exigences essentielles, tout en déléguant le travail de normalisation à des organismes spécialisés. Les entreprises sont incitées à obtenir la certification de leurs produits au regard de ces normes privées par le fait que cette certification, matérialisée par le marquage « CE », emporte une présomption de conformité des produits marqués aux exigences essentielles des directives applicables. Ce marquage constitue un sésame vers l'ensemble du marché unique et évite aux producteurs de devoir attester de la conformité de leurs produits avec une multiplicité de normes nationales, mais il n'est pas obligatoire. Un arrêt *Commission c/ Belgique* illustre les difficultés auxquelles peuvent se heurter des fabricants n'ayant pas opté pour cette certification européenne facultative (CJCE 7 juin 2007, *Commission c/ Belgique*, aff. C-254/05, Rec. I-4269). En l'espèce, un fabricant anglais de systèmes de détection d'incendie se heurtait à une norme nationale belge. En effet, une réglementation sur la sécurité des établissements d'hébergement situés dans la région Bruxelloise subordonnait l'obtention par ces établissements d'une attestation obligatoire de sécurité à la conformité à une norme belge des détecteurs automatiques d'incendie et de leur installation dans les locaux. La norme portait tant sur le fonctionnement d'ensemble de l'installation que sur les spécifications techniques applicables à certains de ses composants (pt 29). Il s'agissait donc clairement d'une réglementation relative aux conditions auxquelles doivent répondre des marchandises. Au terme d'une jurisprudence constante, en l'absence d'harmonisation des législations nationales, une telle réglementation tombe sous le coup de l'interdiction de l'article 28 CE dès lors qu'elle crée un obstacle à la libre circulation des marchandises, et ce même si elle est indistinctement applicable aux produits nationaux et importés (CJCE 20 févr. 1979, *Rewe-Zentral*, aff. 120/78, Rec. 649 ; CJCE 24 nov. 1993, *Keck et Mithouard*, aff. C-267/91 et C-268/91, Rec. I-6097, pt 16). En l'espèce, la Cour considère que la réglementation en cause peut contraindre les fabricants de détecteurs automatiques d'incendie légalement commercialisés dans d'autres Etats membres à adapter leurs produits et à supporter les coûts inhérents à cette

adaptation, voire les dissuader de commercialiser les produits concernés en Belgique, ce qui constitue un motif suffisant pour retenir une violation de l'article 28 CE (pt 30).

On relèvera que la Cour écarte l'argument du gouvernement belge, par lequel celui-ci faisait valoir que la norme nationale en cause n'ajoutait rien à une norme européenne dont l'objet était similaire. En effet, cette circonstance est jugée indifférente s'agissant de produits ne portant pas le marquage « CE » et n'ayant donc par hypothèse pas été certifié au regard d'une norme européenne (pt 31). En l'espèce, ce qui est reproché à la réglementation belge n'est pas d'imposer un contrôle redondant à des produits certifiés au niveau européen, mais d'imposer un contrôle national à un produit ayant satisfait aux normes nationales d'un autre Etat membre. Le non-respect du principe de reconnaissance mutuelle était en l'espèce aggravée par le fait que, sauf accord bilatéral particulier, l'organisme belge de certification ne prenait pas en considération les tests effectués par ses homologues d'autres Etats membres. La jurisprudence *Cassis de Dijon*, on le voit, n'a pas fini de produire ses effets.

C. — Modalités de vente

Depuis l'arrêt *Keck*, dont la postérité est trouble mais qui n'a pas formellement donné lieu à un revirement de jurisprudence, une réglementation qui régit les modalités de ventes se trouve en dehors du champ d'application de l'article 28 CE dès lors qu'elle affecte de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux provenant d'autres Etats membres. Ainsi, il suffit de qualifier une réglementation nationale de réglementation relative aux modalités de vente pour la faire échapper à un examen serré de ses effets actuels ou potentiels sur le commerce entre Etats membres (CJCE 24 nov. 1993, *Keck et Mithouard*, aff. C-267/91 et C-268/91, Rec. I-6097, pt 16).

Pourtant, derrière cette apparente simplicité de raisonnement, se cache une grande complexité dans la manipulation des concepts. La jurisprudence de la Cour illustre ainsi bien souvent « la difficulté de mettre en œuvre, dans certains cas, la distinction opérée par la jurisprudence *Keck et Mithouard* » (concl. av. gén. Poiares Maduro ss *Alfa Vita Vassilopoulos AE et Carrefour Marinopoulos*, aff. C-158/04 et C-159/04, Rec. I-8135, pt 19). Les arrêts rendus par la Cour durant la période chroniquée ne font pas exceptions. Ainsi, trois types d'application contestable de la jurisprudence *Keck* peuvent être distingués. Tout d'abord, la Cour a parfois fait une application apparente de la jurisprudence *Keck* tout en appliquant en fait d'autres critères (1). Ensuite, elle a pu tout simplement omettre d'appliquer sa jurisprudence *Keck* (2). Enfin, elle l'a également parfois appliqué de manière discutable (3).

1. Une application apparente de la jurisprudence *Keck*

Une ordonnance concernant la réglementation applicable aux boulangeries (CJCE 19 janv. 2007, *Carrefour-Marinopoulos*, aff. C-126/06, Rec. I-8*) n'aurait pas, en tant que telle, mérité d'être mentionnée dans la présente chronique. Mais comme l'arrêt dont elle se borne à répéter la solution et auquel elle ren-

voie (CJCE 14 sept. 2006, *Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Marinopoulos*, aff. C-158/04 et C-159/04, Rec. I-8135, obs. C. Berr, E. Natarel ; JDI 2007. 623-624 et note D. Simon, *Europe*, n° 11, comm. 312) n'a pas fait l'objet d'observations dans ces colonnes, on se permet d'y revenir. Dans les deux affaires, les faits étaient identiques, à ceci près qu'ils s'étaient passés dans des localités grecques différentes. Il s'agissait des déboires de magasins Carrefour avec la réglementation grecque sur les boulangeries. Celle-ci énonce diverses exigences relatives aux locaux, à leur aménagement et à leur équipement et soumet l'exploitation d'une boulangerie ou d'un point de vente de pain à un régime d'autorisation préalable (pt 6 et pts 5 à 8 de l'arrêt *Alfa Vita*, préc.). Les rayons pain des magasins Carrefour, en cause dans les deux affaires, pratiquaient la boulangerie selon le procédé dit du « *bake-off* », consistant à cuire du pain sur le lieu de vente non pas à partir de pâte fraîche comme dans une boulangerie traditionnelle, mais à partir de pains précuits et congelés. Lors d'une inspection, les autorités compétentes avaient constaté qu'un four destiné à la décongélation et au chauffage de pain congelé était en usage, alors qu'aucune autorisation d'exploiter une boulangerie n'avait été obtenue. Le juge saisi par Carrefour d'un recours contre la décision ordonnant la cessation de l'activité de préparation et de vente de pain dans les magasins concernés avait posé à la Cour une question préjudicielle. S'agissant d'une question à laquelle elle avait déjà répondu, la Cour statue par une ordonnance n'ayant donné lieu qu'à une publication sommaire au recueil (ce qu'indique l'astérisque qui suit le numéro de page).

Elle rappelle que l'article 28 CE s'oppose à une réglementation qui soumet la vente de produits « *bake-off* » aux mêmes exigences que celles applicables au procédé complet de fabrication et de commercialisation du pain et des produits de boulangerie traditionnels (pt 15). En effet, dans l'arrêt *Alfa Vita* (préc.), la Cour avait rejeté la défense du gouvernement grec, qui proposait de considérer la réglementation en cause comme une limitation des modalités de vente de produits « *bake-off* ». Elle avait considéré que l'application aux points de vente de produits « *bake-off* » de la réglementation sur les boulangeries, qui exige notamment que les locaux disposent d'un entrepôt à farine, d'une salle de pétrissage et d'un entrepôt de combustible solide, ne tenait pas compte de la spécificité des produits « *bake-off* » et engendrait des coûts supplémentaires rendant plus difficile leur commercialisation (*Alfa Vita*, préc., pt 19).

Ce raisonnement, comme celui déjà suivi par la Cour dans nombre d'autres arrêts, renverse la logique de l'arrêt *Keck*, qui consistait à poser en principe qu'une réglementation relative aux modalités de vente était par nature insusceptible d'affecter la libre circulation des marchandises (« n'est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce entre les Etats membres », *Keck*, préc., pt 16). Au lieu de s'en tenir à un présupposé aussi hasardeux, la Cour, tout en faisant formellement référence à la qualification de modalités de vente, procède en réalité à une analyse des effets. Une application stricte de la formule issue de l'arrêt *Keck* aurait conduit la Cour à se demander si, par son objet, la réglementation en cause est indistinctement applicable et porte sur les modalités de vente, ce qui l'aurait conduit, dans l'affirmative, à considérer qu'elle n'était pas apte à entraver les échanges. Au lieu de cela, elle se demande si, par son effet, elle rend plus difficile l'importation des produits en cause, en l'occurrence des pains congelés (pour une brève et éclair-

rante synthèse de l'évolution du raisonnement de la Cour depuis l'arrêt *Keck*, V. par ex. A. Rigaux, Vers une application apaisée de la jurisprudence *Keck et Mithouard* ?, Europe, 2006, n° 4, comm. 109).

2. Une absence d'application de la jurisprudence *Keck*

La Cour a été confrontée au problème de la compatibilité, au regard de l'article 28 CE, de la réglementation de la publicité dans les Etats membres avec la particularité que la réglementation concernait en l'occurrence des produits pharmaceutiques, secteur sensible puisque touchant à la santé publique. Deux arrêts touchent à cette question épineuse mais seul le premier sera analysé ici (sur l'autre arrêt V. *infra* III. A. 1).

Dans l'arrêt *Ludwigs-Apotheke* (CJCE 8 nov. 2007, *Ludwigs-Apotheke*, aff. C-143/06, non encore publié au Recueil, note A. Bouveresse, Europe, 2008, n° 1, comm. 8), les sociétés Ludwigs-Apotheke et Juers Pharma importaient en Allemagne certains médicaments qui, bien que non-agrèés en Allemagne, étaient autorisés à la vente dans ce pays. En effet, la législation allemande permet, à titre exceptionnel, aux pharmaciens allemands de se procurer dans un autre Etat des médicaments non agrèés en Allemagne, mais mis en circulation légalement dans un autre Etat. Cette exception ne couvre toutefois que la fourniture de petites quantités de médicaments, et uniquement en réponse à des commandes individuelles. L'Allemagne interdit toutefois toute forme de publicité autour de ces médicaments non-agrèés.

Or, la société Juers, importatrice de médicaments non-agrèés, envoyait aux pharmaciens une liste des médicaments disponibles. La société Ludwigs, concurrente de Juers, agit en justice, contre la société Juers, afin de faire cesser ce qu'elle considère être une violation des règles allemandes concernant la publicité. La question posée à la Cour de Justice dans le cadre de ce litige revenait à demander si la directive 2001/83 (dir. 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 nov. 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, JOCE L 311, p. 67, telle que modifiée par la dir. 2004/27/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, JOUE L 136, p. 34) doit être interprétée comme s'opposant à la législation allemande en cause.

La Cour constate tout d'abord que les règles relatives à la publicité contenue dans la directive ne sont pas applicables en l'espèce. Cette directive prévoit en effet, d'une part, une série de dérogations ponctuelles et, d'autre part, en son article 5, une clause dérogatoire générale. Or, l'exception allemande n'entre dans aucune des dérogations particulières prévues par le texte précité. Dès lors, force est de constater que l'Allemagne a fait usage, même si la loi allemande n'y fait aucune référence, de la possibilité de dérogation générale de l'article 5, §1 de la directive, rendant donc de ce fait, et en particulier dans le cas qui nous occupe, inapplicable les dispositions de la directive relatives à la publicité. Par conséquent, la directive n'étant pas d'application, c'est vers l'article 28 CE que la Cour se tourne pour apprécier la conformité de la réglementation avec la libre circulation des marchandises.

A cet égard, la qualification d'entrave ne fait aucun doute pour la Cour. Elle ajoute toutefois immédiatement, et classiquement, qu'une « réglementation nationale qui entrave la libre circulation des marchandises peut être justifiée,

comme le prévoit l'article 30 CE, notamment par des raisons de protection de la santé et de la vie des personnes » (pt 27). La législation allemande poursuit bien cet objectif, qui sous-tend d'ailleurs également la directive 2001/83. En effet, « à l'instar de la directive 2001/83, cette législation nationale vise à assurer que la possibilité d'importation de médicaments non agréés demeure exceptionnelle. Or, la publicité pour de tels médicaments aurait un effet tout à fait opposé » (pt 33). Cette législation poursuit donc un objectif « de protection de la vie et de la santé des personnes, et nécessaire à cette fin, conformément à l'article 30 CE, dans la mesure où elle vise à limiter le volume des importations de médicaments non agréés » (pt 35). On voit par ailleurs que la Cour fait, si l'on ose dire, entrer par la fenêtre la directive qu'elle avait chassée par la porte.

Toutefois, même si elle poursuit un objectif prévu par l'article 30 CE, la mesure apparaît disproportionnée en ce qu'elle interdit, en l'occurrence, la diffusion de simples listes et non pas uniquement de véritables publicités. Or de simples listes ne peuvent pas avoir l'effet incitatif qui serait contraire à la *ratio legis* poursuivie tant par la directive (pt 43) que par la loi allemande. Cette conclusion est renforcée par la Cour qui effectue un parallèle avec les règles spécifiques de la directive sur la publicité, pourtant inapplicables en l'espèce. En effet celles-ci excluent du champ d'application des règles sur la publicité certaines informations concrètes et autres documents de référence concernant, par exemple, les changements d'emballages, les mises en garde sur les effets indésirables dans le cadre de la pharmacovigilance ainsi que les catalogues de vente et les listes de prix pour autant que n'y figure aucune information sur le médicament. Or il s'agit précisément de ce que sont les listes en litige, ce qui renforce la conclusion de la Cour dans le sens de l'exclusion de la qualification de publicité pour les listes en cause.

Remarquons donc que, dans son analyse, la Cour ne fait aucune référence à la distinction entre mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives et modalités de vente introduite par l'arrêt *Keck* (CJCE 24 nov. 1993, *Keck et Mithouard*, aff. C-267/91 et C-268/91, Rec. I-6097). On aurait pu toutefois s'interroger sur ce point, à savoir si la législation allemande, indistinctement applicable, pouvait être considérée comme une législation touchant à une modalité de vente de certains médicaments (l'interdiction de la publicité). Ceci dégage, il aurait alors appartenu à la juridiction de renvoi de vérifier si, guidée en ceci par les indications de la Cour, cette prohibition affecte de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres Etats membres.

Toutefois, pour revenir à l'affaire *Ludwigs Apotheke*, en l'occurrence, le travail de la juridiction de renvoi sera sensiblement plus simple. En effet, à la lecture de cet arrêt, il apparaît que la Cour a tout simplement exclu du champ d'application de la loi allemande interdisant la publicité pour les médicaments non agréés importés en petite quantité de simples « listes » comme celles en cause. Elle donne donc ici une ébauche de définition « communautaire » de la notion de publicité, en tout cas dans le domaine des médicaments (en ce sens, V. A. Bouveresse, préc.). Cette volonté de la Cour est perceptible à travers les références qu'elle effectue, pour définir la notion de publicité, aux dispositions pertinentes de la directive quand bien même celle-ci n'est pas applicable en l'espèce.

Notons également que, par son raisonnement consistant à exclure du champ d'application matériel de la loi nationale les « listes » en cause, la Cour a *de facto*

suivi le même raisonnement que celui tenu par le juge de premier ressort allemand (V. pt 13 de l'arrêt) qui avait considéré que la liste ne rentrait pas dans le champ d'application de la loi.

3. Une application discutable de la jurisprudence Keck

La difficile appréhension de la notion de modalité de vente est également illustrée dans l'affaire *Dynamic Medien* (CJCE 14 févr. 2008, *Dynamic Medien/Avides*, aff. C-244/06, Rec. I-505, note A. Rigaux, Europe, 2008, n° 4, comm. 118) sur laquelle nous reviendrons plus abondamment *infra*. Il suffit de relever pour l'instant qu'il s'agit d'une affaire mettant en cause une législation allemande sur la vente par correspondance de certains dessins animés japonais. Le gouvernement allemand, *Dynamic Medien* et l'Irlande soutenaient que la mesure en cause concernait une « modalité de vente ». C'était également l'avis de l'avocat général dans cette affaire. La Cour balaye cet argument au motif que « constitue une modalité de vente (...) une réglementation qui restreint la commercialisation de produits à certains points de vente et qui a pour effet de limiter la liberté commerciale des opérateurs économiques sans porter sur les caractéristiques des produits visés eux-mêmes. Ainsi, la nécessité d'adapter les produits en question aux règles en vigueur dans l'Etat membre de commercialisation exclut qu'il s'agisse d'une telle modalité. Il en est ainsi notamment en ce qui concerne la nécessité de modifier l'étiquette des produits importés » (pt 31). La réglementation touche, selon la Cour – mais cette conclusion est discutable – au produit il ne s'agit donc pas d'une modalité de vente mais d'une mesure d'effet équivalent, prohibée par l'article 28 CE, ce qui était également le raisonnement tenu par *Avides* dans cette affaire.

On peut toutefois s'interroger sur la qualification retenue de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à la lecture de ces attendus. En effet, à lire la Cour, il semble bien que l'Allemagne ne restreigne ce faisant qu'un mode de commercialisation particulier des dessins animés incriminés. Selon l'avocat général Mengozzi, il s'agissait ici d'une modalité de vente en ce que la loi allemande « ne semble pas imposer d'obligation de contrôle et de classification des vidéogrammes, qu'ils soient importés ou non, par les autorités compétentes allemandes et donc d'étiquetage conforme en conséquence. Il n'existe même pas, corrélativement, d'interdiction absolue de commercialiser des vidéogrammes qui n'ont pas été contrôlés et classifiés par cet organisme et qui sont donc privés d'étiquetage conforme. Ces vidéogrammes peuvent être vendus, pourvu qu'ils le soient à des adultes, dans des locaux commerciaux où le public entre régulièrement ou par correspondance protégée » (concl. av. gén. Mengozzi ss *Dynamic Medien*, préc., pt 48).

D. – Dérogations

Une mesure nationale qui constitue une restriction quantitative ou une mesure d'effet contraire à l'article 28 CE, peut être justifiée si, d'une part, elle tend à protéger l'un des objectifs mentionnés à l'article 30 CE ou un l'une des exigences impératives d'intérêt général admises par la jurisprudence et si, d'autre part, elle est conforme au principe de proportionnalité. Les arrêts rendus au

cours de la période couverte par la présente chronique précisent sur différents points cette règle aux multiples facettes. On regroupera tout d'abord dans la catégorie des généralités divers enseignements, parfois très succincts, parfois plus substantiels, qui sont communs à toutes les justifications (1). Seront ensuite considérées tour à tour les justifications explicitement visées par l'article 30 CE (2) puis les justifications consacrées par la jurisprudence en tant qu'exigences impératives d'intérêt général (3). Certains arrêts illustrent cependant que cette distinction n'est pas toujours évidente. En effet, un Etat membre peut parfois légitimement hésiter pour déterminer si la justification d'une mesure nationale peut être rapportée à l'un des objectifs de l'article 30 CE ou s'il convient plutôt d'invoquer une exigence impérative d'intérêt général. A cet égard, le choix est parfois difficile (4).

1. Généralités

Parmi les points de droit qui intéressent plusieurs justifications, on peut relever dans les arrêts sous examen une précision assez rare pour être notée concernant la hiérarchie entre les objectifs protégés par l'article 30 CE (*a*). Un arrêt illustre par ailleurs la fermeté du contrôle de proportionnalité opéré par la Cour entre l'entrave à la liberté de circulation des marchandises et la justification alléguée (*b*). Il faut en outre signaler des indications de la Cour concernant les exigences de preuve qui pèsent sur les Etats membres lorsqu'ils allèguent une justification à une entrave (*c*).

a) Hiérarchie des objectifs protégés par l'article 30 CE

L'un des arrêts déjà évoqués, dans lequel était en cause l'interdiction suédoise faite aux particuliers d'importer des alcools lorsqu'ils n'en assurent pas eux-mêmes le transport (V. II. A *supra*), rappelle que, selon une jurisprudence constante, « la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens ou intérêts protégés par l'article 30 CE » (CJCE 5 juin 2007, *Klas Rosengren e.a. c/ Risksaklågaren*, aff. C-170/04, Rec. 4071, pt 39). Ce même arrêt contient une analyse particulièrement fouillée de la condition de proportionnalité.

b) Proportionnalité

Une mesure nationale qui restreint le commerce intracommunautaire peut être justifiée si elle vise l'un des objectifs de l'article 30 CE ou une exigence impérative d'intérêt général, mais seulement à condition que la restriction qu'elle occasionne soit proportionnée à l'objectif visé. Selon une jurisprudence constante, la proportionnalité s'apprécie au terme d'un test en trois étapes : il faut tout d'abord que la mesure soit justifiée par une exigence impérative, il faut ensuite qu'elle soit nécessaire à la satisfaction de l'exigence en cause et proportionnée à l'objectif poursuivi. Il faut enfin que cet objectif ne puisse pas être atteint par des mesures restreignant d'une manière moindre les échanges intracommunautaires (par ex. CJCE 4 oct. 2007, *Schutzverband der Spirituosen-Industrie c/ Diaego Deutschland*, aff. C-457/05, Rec. I-8075, pt 25, rapporté *infra*).

Dans l'arrêt *Klas Rosengren* (préc.), la Cour devait examiner la proportionnalité de l'interdiction faite aux particuliers d'importer directement des alcools au regard de l'objectif de la lutte contre l'abus d'alcool, dont elle a déjà eu l'occasion

de reconnaître qu'il se rattache tant à la protection de la santé qu'à celle de l'ordre public, deux objectifs visés par l'article 30 CE (pt 40).

Le gouvernement suédois alléguait en l'espèce que la mesure visait à limiter la consommation d'alcool (pt 44). La Cour observe que la réglementation en cause n'a pas véritablement pour objet de limiter les importations, puisque les particuliers ont toujours la possibilité de passer par le monopole d'Etat pour importer des alcools en toute légalité et que cette possibilité n'apparaît pas fictive puisque, en pratique, le monopole d'Etat ne semble pas refuser de passer ce type de commandes (pt 46). La Cour relève ensuite que la réglementation a plutôt pour objet de privilégier un canal de distribution en orientant vers le monopole d'Etat la demande d'alcools importés (pt 45). Elle en conclut que l'interdiction faite aux particuliers d'importer directement des alcools est inapte à atteindre un but de limitation de la consommation en raison du caractère « plutôt marginal » de ses effets à ce titre (*ibid.*). Ici, à l'instar de l'arrêt *Gintec* (CJCE 8 nov. 2007, *Gintec International Import-Export*, aff. C-374/05, Rec. I-9517, *infra* III.A.2.), mais contrairement à l'arrêt *Commission c/ Suède* (CJCE 8 avr. 2008, *Commission c/ Suède*, aff. C-167/05, non encore publié au Recueil), la Cour se contente apparemment d'un standard de preuve faible en ce qui concerne l'effet d'une réglementation sur les comportements des consommateurs.

Le gouvernement suédois alléguait aussi un but de protection de la jeunesse. La Cour, au terme d'un examen factuel relativement détaillé, relève que, bien que le monopole d'Etat ait l'obligation de vérifier que les acheteurs sont âgés de vingt ans au mois, il existe en pratique des lacunes dans ce contrôle, notamment pour certaines méthodes de distribution en dehors des magasins du monopole d'Etat, comme la livraison dans une gare ou à un arrêt d'autocar (pt 55). Elle en conclut que la réglementation n'assure pas parfaitement l'objectif poursuivi. La Cour relève enfin que le gouvernement suédois n'a pas contredit les allégations de la Commission quant à la possibilité d'assurer le même degré de protection de la jeunesse par des mesures restreignant moins la liberté de circulation des marchandises, par exemple par une déclaration de l'acheteur assortie d'une sanction pénale appropriée en cas de fausse déclaration.

C'est en définitive tant le manque d'effectivité des mesures suédoises au regard de l'objectif, en lui-même légitime, de limitation de la consommation d'alcool, que leur manque de proportionnalité, qui conduisent la Cour à refuser au Royaume de Suède le bénéfice d'une dérogation au titre de l'article 30 CE pour l'interdiction faite aux particuliers d'importer directement des alcools en provenance d'autres Etats membres (pt 30). La solution ne pourra que réjouir les producteurs de vin espagnol.

c) Exigences de preuve**

Dans l'arrêt *Commission c/ Belgique* déjà évoqué (*supra* II.B.2, CJCE 7 juin 2007, *Commission c/ Belgique*, aff. C-254/05, Rec. I-4269), dans lequel il était question d'une procédure nationale d'homologation de matériels de détection d'incendie importés d'un autre Etat membre, la Cour rappelle que « les raisons justificatives susceptibles d'être invoquées par un Etat membre doivent être accompagnées des preuves appropriées ou d'une analyse de l'aptitude et de la proportionnalité de la mesure restrictive adoptée par cet Etat, ainsi que des éléments précis permettant d'étayer son argumentation » (pt 36 et jurisprudence citée). A

première vue, cette formule paraît simplement rappeler que la charge de la preuve de l'ensemble des éléments nécessaires à l'application de l'article 30 CE pèse sur l'Etat défendeur. Ce qui peut étonner est la conjonction « ou », qui semble indiquer qu'il faut soit prouver, soit motiver. En réalité, s'agissant de la preuve complexe de l'effet d'une réglementation, seule une preuve par raisonnement est concevable, ce qui atténue à tout le moins la portée de cette distinction. Le raisonnement probatoire qu'il incombe à l'Etat dont la réglementation est mise en cause de présenter à la Cour doit présenter et tirer parti des éléments de preuve disponibles, notamment quantitatifs. Mais on sait combien sont rares les données sur les comportements des citoyens ou des entreprises face à un dispositif légal, qui seraient pourtant nécessaires à une étude rigoureuse des effets d'une mesure nationale. Dès lors, et sauf développement impressionnant des études empiriques sur l'effet des lois, la Cour doit se contenter d'allégations étayées plutôt que de preuves circonstanciées. C'est sans doute ce qu'exprime la formule citée plus haut. C'est aussi ce qui devrait convaincre les Etats de l'utilité d'une argumentation serrée à propos des effets recherchés par les mesures nationales qu'ils défendent.

2. Objectifs visés par l'article 30 CE

Protection des droits de propriété intellectuelle

Commerce parallèle de médicaments. A plusieurs reprises récemment, la Cour a été interrogée sur la licéité du commerce parallèle de médicaments au regard du droit de la concurrence (concl. Jacobs sous CJCE 31 mai 2005, *Syfait e.a.*, aff. C-53/03, Rec. I-4609 et CJCE, 16 sept. 2008, *Lélos e.a. c/ Glaxosmithkline*, aff. C-468/06 à C-478/06, non encore publiée au Recueil, note A. Wachsmann, *Concurrences*, n° 4-2008, n° 22219, p. 84-87). Sur ce terrain, elle a recherché dans l'arrêt *Lélos e.a./Glaxosmithkline* (préc.) un équilibre, ménageant à la fois les intérêts commerciaux des laboratoires, dont les profits sont remis en cause par le commerce parallèle, et ceux des importateurs parallèles, qui sont comme on sait les plus efficaces agents privés de la libre circulation des marchandises. Mais, la question de la licéité du commerce parallèle de médicaments se pose également au regard de la libre circulation des marchandises. Le commerce consistant pour un intermédiaire à acheter des médicaments dans un Etat membre où les prix sont bas, par exemple en raison d'une régulation des prix, puis à les importer dans un autre Etat membre où ces mêmes médicaments sont vendus plus cher dans les canaux de distributions existants est dit « parallèle » en ce qu'il court-circuite les canaux de distribution mis en place par le producteur ou, s'agissant de médicaments, le laboratoire titulaire d'une marque. En cette matière, la conciliation à opérer est bien connue : en tant que les médicaments sont des marchandises, ils doivent pouvoir circuler librement, mais en tant qu'ils sont couverts par une marque, l'article 30 CE peut autoriser des limitations, notamment aux pratiques de réétiquetage et de reconditionnement auxquelles se livrent les importateurs parallèles.

La Cour a de longue date eu l'occasion de se prononcer sur les paramètres de cet équilibre délicat (CJCE 23 mai 1978, *Hoffmann-La Roche*, aff. C-102/77, Rec. 1139). En substance, le titulaire d'une marque peut s'opposer à la commercialisation des produits portant sa marque après qu'ils ont été reconditionnés par un

tiers, car le reconditionnement peut porter atteinte à la garantie de provenance, qui est l'objet même de la marque (V. par ex. CJCE, *Bristol-Myers Squibb e.a.*, Rec. I-3457, pt 57). Toutefois, le titulaire d'une marque abuse de ce droit et tombe sous le coup de l'interdiction des restrictions déguisées au commerce entre Etats membres (art. 30 CE, seconde phrase) s'il s'oppose de manière déraisonnable au reconditionnement, dans des circonstances où celui-ci ne porte pas effectivement atteinte à sa marque.

La Cour a eu l'occasion de préciser les conditions de cette utilisation abusive du droit de marque. Selon le dernier état de la jurisprudence, le titulaire d'une marque ne peut légitimement s'opposer au reconditionnement si cinq conditions sont réunies (CJCE 11 juill. 1996, *Bristol-Myers Squibb e.a.*, aff. C-427/93, Rec. I-3457, pt 79). Il faut, premièrement, que l'opposition du titulaire de la marque contribue à cloisonner artificiellement les marchés, étant précisé que cette condition est remplie lorsque le reconditionnement est, d'une part, nécessaire à l'importation (par exemple étiquetage dans une autre langue) et que, d'autre part, il opéré dans des conditions telles que l'état originnaire du produit ne saurait en être affecté. Il faut, deuxièmement, que le reconditionnement ne puisse affecter l'état originnaire du produit. Troisièmement, le nouvel emballage doit indiquer clairement l'identité du fabricant et celle de l'auteur du reconditionnement. Quatrièmement, la présentation du produit reconditionné ne doit pas nuire à la réputation de la marque. Enfin, cinquièmement, l'importateur doit avertir le titulaire de la marque préalablement à la mise en vente du produit reconditionné et lui fournir à sa demande un spécimen du produit reconditionné.

L'arrêt rapporté, qui sera sans doute désigné comme l'arrêt *Boehringer II*, puisque c'est le second rendu à propos de l'opposition de ce laboratoire allemand à des importateurs parallèles, vient préciser l'interprétation à donner à certaines des conditions qui viennent d'être rappelées (CJCE 26 avr. 2007, *Boehringer Ingelheim e.a.*, aff. C-384/04, Rec. I-3391, obs. S. Dussolier, JDE 2008, n° 2, 51, obs. A. Daves, RDUE, 2007, n° 3, 727-731 ; note E. Cornu, Revue de droit commercial belge, 2007. 680-686). Tout d'abord, la Cour indique que la simple apposition d'une nouvelle étiquette sur l'emballage d'origine doit être assimilée à un reconditionnement (pts 29 à 32). Il n'y a donc pas de différence à opérer entre réétiquetage et reconditionnement. Dans les deux cas, le juge national saisi par le titulaire de la marque d'une demande tenant à voir interdire la commercialisation des médicaments dont l'emballage a été modifié doit vérifier si les cinq conditions ci-dessus sont réunies et, si tel est le cas, rejeter cette demande.

Nécessité du reconditionnement : objet de la preuve

La seconde précision concerne la première des cinq conditions rappelées ci-dessus et plus précisément la notion de nécessité du reconditionnement. La question soumise à la Cour était en substance de savoir si cette condition visait le reconditionnement dans son existence ou dans ses modalités. En d'autres termes, la question pertinente pour le juge du fond était-elle de savoir s'il était nécessaire de reconditionner les médicaments (par exemple pour rendre compréhensible les mentions essentielles de l'emballage dans l'Etat membre d'importation) ou bien était-ce de savoir si tel reconditionnement particulier, caractérisé par exemple par la couleur de l'emballage, le graphisme et la taille des

différentes mentions qui y sont portées, était nécessaire. On voit que si la Cour avait admis la seconde thèse, défendue dans l'instance au principal par le laboratoire titulaire de la marque, elle aurait ouvert la porte au contrôle par le titulaire de la marque de certaines décisions « marketing » des importateurs parallèles. La Cour, fidèle à l'esprit de la jurisprudence, qui consiste à ne permettre au titulaire de la marque de s'opposer au commerce parallèle que dans la stricte mesure nécessaire à la protection des droits qui forment l'objet même de la marque, a opté pour la première interprétation en jugeant que « la condition de nécessité ne vise que le fait de procéder au reconditionnement du produit (...) et non pas la manière ou le style selon lesquels ce reconditionnement est effectué » (pt 38). La condition de nécessité s'apprécie donc uniquement au regard de la question : « Un reconditionnement est-il nécessaire ? » et non au regard de la question beaucoup plus intrusive : « Ce reconditionnement est-il nécessaire ? ». Ainsi, une fois admise la nécessité d'un reconditionnement, l'importateur parallèle est libre d'emballer le médicament comme bon lui semble, à la seule condition de ne pas porter atteinte à la réputation de la marque ou de son titulaire.

Notion d'atteinte à la réputation d'une marque

La troisième précision apportée par l'arrêt concerne précisément l'interprétation de l'interdiction de nuire à la réputation de la marque. La Cour avait, dans l'arrêt *Bristol-Myers Squibb* (préc.), illustré cette condition en indiquant qu'elle serait réalisée si le nouveau conditionnement était « défectueux, de mauvaise qualité ou de caractère brouillon » (pt 76). Elle précise dans l'arrêt rapporté qu'il ne faut voir dans cette indication qu'un exemple et non une caractérisation exhaustive du reconditionnement portant atteinte à la réputation d'une marque (pt 44). Ainsi, serait également nuisible à la réputation d'une marque un emballage qui, « bien que n'étant ni défectueux, ni de mauvaise qualité ou de caractère brouillon, serait de nature à affecter la valeur de la marque en portant préjudice à l'image de sérieux et de qualité qui s'attache [au] produit ainsi qu'à la confiance qu'il est susceptible d'inspirer au public concerné » (pt 43). La Cour refuse de préciser d'avantage la définition d'un conditionnement portant atteinte à la réputation d'une marque et qualifie de question de fait, relevant donc du juge du fond, toute une série de questions relatives aux hypothèses dans lesquelles un importateur parallèle masque la marque par une étiquette ou ne l'indique pas sur le nouvel emballage, adopte une présentation « maison », ou une présentation commune à plusieurs produits (« co-marquage ») ou encore fait imprimer son nom en lettres capitales sur l'emballage (pts 46-47).

Preuve du droit du titulaire de la marque

Le juge anglais auteur de la saisine avait également posé à la Cour une question relative à la charge de la preuve des cinq conditions auxquelles le titulaire d'une marque peut s'opposer au reconditionnement par un importateur parallèle des médicaments qu'il commercialise. Cette charge de preuve était-elle régie par le droit national ou bien par le droit communautaire ? Dans la seconde hypothèse, à qui appartient-il de prouver que sont réunies les cinq conditions de l'exercice légitime par le titulaire d'une marque de son droit de faire obstacle à la libre circulation des médicaments reconditionnés ?

Marquant une nouvelle avancée du droit communautaire de la preuve, la Cour indique tout d'abord que c'est bien le droit communautaire qui gouverne ces

questions de charge de preuve. Raisonnant *a contrario*, elle justifie cette compétence du droit communautaire en indiquant que la solution inverse exposerait les titulaires de marques à voir l'étendue de leurs droits varier selon la loi concernée, ce qui serait contraire à l'objectif d'une même protection dans tous les Etats membres visé au neuvième considérant de la directive 89/104 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques et qualifié de fondamental (pt 51). Sur le fond, la Cour indique que c'est sur l'importateur parallèle que pèse la preuve des cinq conditions. La manière la plus simple de rendre compte de cette règle de preuve consiste sans doute à dire que c'est l'importateur qui allègue son droit de faire circuler des marchandises. C'est donc à lui de prouver que les conditions d'existence de ce droit sont réunies, compte tenu des limitations qui peuvent lui être imposées pour protéger une marque, et des conditions par lesquelles ces limitations sont elles-mêmes encadrées.

Sanction de l'importateur parallèle en cas de défaut d'avertissement préalable

La dernière précision apportée par l'arrêt *Boehringer II* concerne la sanction de la non-information du titulaire de la marque par l'importateur parallèle. La Cour commence par rappeler (pt 55) qu'elle avait jugé dans l'arrêt *Boehringer I* que la condition d'information du titulaire de la marque par l'importateur parallèle s'entend d'une obligation positive et personnelle d'information pesant sur l'importateur parallèle, puisque la condition d'information préalable n'est pas satisfaite si le titulaire de la marque a été informé par d'autres moyens des intentions de l'importateur parallèle (CJCE 23 avr. 2002, *Boehringer Ingelheim e.a.*, aff. C-143/00, Rec. I-3759, pts 63-64). Mais quelles conséquences le juge doit-il tirer de l'omission de cette information ? La Cour apporte à cet égard plusieurs précisions intéressantes. Tout d'abord, l'importateur parallèle enfreint les droits du titulaire de la marque « lors de toute importation » de médicament, tant qu'il ne l'a pas averti personnellement (pt 56). Cette formule semble indiquer, que là où la distinction entre infraction continue et instantanée a une portée en droit national des marques, le juge doit opter pour la constatation d'une multiplicité d'infractions instantanées plutôt que d'une infraction continue. La Cour était aussi invitée à trancher la question de savoir si la réparation due au titulaire de la marque dont les droits ont été enfreints par le défaut d'avertissement de la part d'un importateur parallèle doit être identique à celle que prévoit le droit national en cas de contrefaçon. Le juge auteur de la saisine s'interrogeait notamment sur l'éventuelle contrariété d'une telle solution avec le principe de proportionnalité (pt 13). La Cour répond qu'en principe le droit d'interdiction dont bénéficie le titulaire d'une marque à l'égard d'un importateur parallèle ne saurait être différent de celui dont il jouit à l'égard des produits de contrefaçon (pt 61). La Cour rappelle en outre que la sanction ne doit pas seulement être conforme au principe de proportionnalité, mais qu'elle doit aussi être effective et dissuasive (pt 59). La Cour adresse donc au juge national une directive de sévérité. Ainsi, elle conclut sur cette question en indiquant qu'une sanction identique à celle prévue par le droit national en cas de contrefaçon n'apparaît pas, en tant que telle, contraire au principe de proportionnalité, en précisant toutefois qu'il appartient au juge national de déterminer « au cas par cas, compte tenu notamment de l'étendue du dommage causé au titulaire du droit de marque par l'infraction commise par l'importateur parallèle et dans le respect du principe de proportionnalité, le montant de la réparation financière »

(pt 63). On suppose que le dommage causé par l'infraction doit s'entendre du dommage causé par l'absence d'information et non par l'importation parallèle elle-même, mais peut être la Cour sera-t-elle appelée à le préciser.

3. Exigences impératives d'intérêt général

Qualité des produits alimentaires (non). Dans l'arrêt *Alfa Vita* (préc.) qui concernait l'application de la réglementation grecque sur les boulangeries aux points de vente de produits dits « *bake-off* » (*supra* II. C. 1), le gouvernement grec invoquait l'objectif de qualité du pain poursuivi par la réglementation en cause. A cet égard, la Cour a apporté une précision qui désolera sans doute les partisans du *slow food*, puisqu'elle a jugé que l'objectif de qualité « ne peut être pris en compte qu'en relation avec d'autres exigences reconnues comme exigences impératives, telles que la protection du consommateur ou de la santé ». La qualité des aliments n'est donc pas, en tant que telle, une exigence impérative d'intérêt général.

4. Le difficile choix entre les raisons impérieuses et les justifications tirées du Traité

Certaines justifications explicitement prévues par le Traité CE, en son article 30, font l'objet d'une interprétation stricte par la Cour. Dès lors, la possibilité de recourir à une justification tirée d'une raison impérieuse d'intérêt général apparaît parfois comme une alternative mais, bien entendu, uniquement invocable dans le cadre de mesures indistinctement applicables. Ainsi, dans une série d'affaires, la lutte contre la criminalité a été préférée à la protection de l'ordre public. Dans une autre espèce, la protection de l'enfance a été préférée à la protection de la moralité. Nous verrons toutefois que cet artifice ne se justifiait sans doute pas dans ce cas.

La lutte contre la criminalité n'est pas la protection de l'ordre public...

La lutte contre la criminalité a été invoquée par trois Etats membres afin de justifier une mesure attentatoire à la libre circulation des marchandises. Tout d'abord, dans un recours en manquement mettant en cause le Portugal (CJCE 10 avr. 2008, *Commission c/ Portugal*, aff. C-265/06, non encore publié au Recueil), cet Etat cherchait à justifier l'interdiction de l'apposition de films colorés sur les vitres de voiture par un tel objectif. Selon le Portugal, des vitres non teintées permettent un meilleur contrôle de l'habitacle par un simple coup d'œil extérieur, notamment afin de vérifier le bon port de la ceinture de sécurité. La Cour de justice rejette cet argument. Tout d'abord, le Portugal « n'a apporté qu'un élément au soutien de la mesure litigieuse, à savoir qu'elle permet de procéder à un contrôle immédiat de l'habitacle des véhicules automobiles par une simple observation depuis l'extérieur » (pt 40). Ensuite, la mesure n'était ni nécessaire ni proportionnée à cet objectif légitime. Sur le premier point, la Cour note que « le contrôle visuel en question n'est qu'un moyen parmi d'autres à la disposition des autorités compétentes pour lutter contre la criminalité et contre les infractions au port obligatoire de la ceinture de sécurité » (pt 42). Sur le second point, la mesure était, selon la Cour, excessive puisqu'elle interdisait tout

type de vitre teintée sans avoir égard aux coloris utilisés. Or ceux-ci sont nombreux et plus ou moins translucides.

En outre, le Portugal admet la commercialisation et l'utilisation de véhicules ayant des vitres teintées dès l'origine. Il est donc difficile de comprendre pourquoi cet Etat interdit totalement la teinte de vitres de voiture. Dès lors, « sauf à admettre que, s'agissant des véhicules automobiles équipés dès l'origine de vitrages teintés, les autorités compétentes ont renoncé à assurer la lutte contre la criminalité et la sécurité routière, force est de constater qu'elles doivent avoir recours à d'autres méthodes pour identifier les délinquants et les éventuels contrevenants au port obligatoire de la ceinture de sécurité » (pt 44). L'incohérence de la réglementation portugaise s'ajoute à l'absence de nécessité et de proportionnalité pour justifier sa condamnation.

La lutte contre la criminalité était également en cause dans l'affaire concernant les contrôles techniques imposés par la Pologne lors de l'immatriculation de véhicule sur son sol et dont il a déjà été question *supra* (II.B.1.). Force est en effet de constater qu'un résultat similaire en termes de garantie de la sécurité routière, de protection de l'environnement et de lutte contre la mise en circulation irrégulière de véhicules pourrait être atteint par des mesures moins restrictives, telles que la reconnaissance de la preuve délivrée dans un autre Etat membre qu'un véhicule précédemment immatriculé dans celui-ci a passé avec succès un contrôle technique périodique, en combinaison avec la coopération de l'administration douanière polonaise avec ses homologues des autres Etats membres concernant les données éventuellement manquantes.

Enfin, l'arrêt *Commission c/ Luxembourg* relatif aux procédures particulières d'immatriculation (CJCE 24 avr. 2008, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-286/07, non encore publié au Recueil) a également mis en cause cet objectif de lutte contre la criminalité. En effet, afin de justifier sa mesure, le Luxembourg avançait (notamment) un argument tenant à la lutte contre les transactions frauduleuses de véhicules volés dans le cadre de la procédure d'immatriculation des véhicules. La Cour reconnaît que la lutte contre la criminalité peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général. Toutefois, elle considère que la mesure luxembourgeoise n'est pas apte à remplir cet objectif, ce d'autant qu'un vendeur d'occasion n'a aucune obligation de vérification que les véhicules qu'il vend ne sont pas volés (pt 38). La Cour a également des doutes quant à la réalité de l'objectif prétendu. Elle souligne ainsi que l'objectif poursuivi par le Luxembourg, à travers la pratique en cause, est surtout de protéger la Société Nationale de Contrôle Technique (SNCT) contre les recours éventuels d'acheteurs, obligés de restituer un véhicule et qui viendraient à se retourner contre l'organisme. Or, ces considérations d'ordre purement interne ne peuvent servir à justifier une entrave au commerce intra-communautaire (pt 41). En tout état de cause, la Cour considère la mesure disproportionnée (V. pts 43 s.).

On pourrait s'interroger sur la pertinence de l'exception de lutte contre la criminalité alors que le Traité prévoit déjà, en son article 30, une exception touchant à la protection de l'ordre public. Toutefois, comme l'avocat général l'indiquait dans ses conclusions sous l'affaire portugaise, l'exception d'ordre public, très strictement interprétée par la Cour, n'aurait sans doute pu être invoquée avec succès dans ces affaires (concl. av. gén. Trstenjak, ss *Commission c/ Portugal*, préc., pts 49 à 53). Dès lors, le recours à un objectif de lutte contre la

criminalité apparaît être une alternative à la protection de l'ordre public pour les Etats membres, mais, bien entendu, s'agissant d'une raison impérieuse d'intérêt général, uniquement invocable dans le cadre de mesures indistinctement applicables. Le contrôle de la Cour demeure toutefois strict : comme nous l'avons vu, la Cour semble peu encline à faire de cet objectif un fourre-tout informe.

La protection de l'enfance n'est pas la protection de la moralité...

L'arrêt *Dynamic Medien* (CJCE 14 févr. 2008, *Dynamic Medien c/ Avides*, aff. C-244/06, Rec. I-505, V. *supra* II.C.2.) illustre également la grande inventivité de la Cour dans le domaine des justifications admissibles au titre des raisons impérieuses d'intérêt général. Il s'agissait en l'occurrence d'une mesure adoptée pour la protection de l'enfance. Cet arrêt concernait l'importation d'*anime* du Royaume-Uni vers l'Allemagne (Un *anime* est un dessin-animé japonais, et non un *manga* qui est une bande-dessinée japonaise). L'affaire en cause concernait un litige entre deux sociétés. *Dynamic Medien* poursuivait la société *Avides* parce que celle-ci importait en Allemagne, depuis l'Angleterre, des DVD d'*anime* qui n'avaient pas fait l'objet de la procédure prévue par la loi allemande sur la protection des mineurs. En substance, cette loi prévoit que les vidéogrammes destinés à la jeunesse doivent faire l'objet d'un contrôle préalable par une autorité administrative en vue d'autoriser ou non la vente de ces DVD (ou autres supports) aux mineurs, sans quoi ils sont interdits à la vente (notamment par correspondance). Les DVD en question avaient toutefois fait l'objet d'un contrôle de la part des autorités britanniques, selon les critères de la loi britannique sur la protection des mineurs et étaient autorisés aux « plus de 15 ans » (avec étiquette apposée sur l'emballage).

La Cour allemande saisie du litige souleva plusieurs questions préjudicielles portant sur l'interprétation à donner à l'article 28 CE et à la directive 2000/31 (dir. 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JOCE L 178, 17 juill. 2000 p. 1-16). La Cour débute en écartant l'application de la directive susmentionnée aux faits en cause : « ainsi qu'il ressort de l'article 2, sous h), ii), de cette directive, celle-ci ne régit pas les exigences applicables aux biens en tant que tels. Il en va de même pour ce qui est de la directive 97/7. Les règles nationales relatives à la protection des mineurs lors de la vente de biens par correspondance n'ayant pas fait l'objet d'une harmonisation au niveau communautaire, il convient d'apprécier la réglementation en cause au principal au regard des articles 28 CE et 30 CE » (pts 22-23).

La Cour ayant choisi, de manière critiquable, de qualifier la mesure de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative et non de modalité de vente (V. *supra* II.C.2.), le Royaume-Uni et la Commission soutenaient que celle-ci était justifiée par des objectifs touchant à la protection de la moralité et de l'ordre public, soit des justifications tirées de l'article 30 CE. La Cour ne suit pas ce raisonnement, mais retient comme objectif légitime la protection des droits de l'enfant. Elle rappelle ainsi que la protection des droits de l'enfant est reconnue par différents instruments internationaux auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré ainsi que par la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Cet

objectif est également reconnu par le droit communautaire dérivé, comme la directive précitée. On peut ici aussi s'interroger sur le choix de la Cour de ne pas recourir, comme les parties l'y invitaient, à l'article 30 CE. Sans doute faut-il y voir la même volonté que dans les arrêts relatifs à la lutte contre la criminalité, à savoir éviter de transformer les notions de moralité ou d'ordre public en catégories fourre-tout. Toutefois, à la différence des arrêts précités (*supra*, p. 910-912), selon l'avocat général Mengozzi, l'article 30 CE aurait ici pu être invoqué avec succès (selon lui, « la protection des mineurs peut relever de la défense de la moralité publique, ou de l'ordre public, ou bien de la protection de la santé des personnes », concl., préc., pt 78). On comprend dès lors moins le détour effectué par la Cour.

L'objectif de protection des droits de l'enfant une fois circonscrit, la Cour vérifie que la mesure en cause satisfait bien le test de proportionnalité, tout en reconnaissant une marge d'appréciation large aux Etats membres dans un domaine touchant à des questions d'ordre moral ou culturel (pt 44). Le fait qu'un contrôle a déjà été effectué en Angleterre ne change pas la conclusion de la Cour. Selon elle, la marge d'appréciation large en matière de protection des mœurs, dont l'intensité varie nécessairement d'un pays à l'autre selon la conception nationale, peut justifier que de nouveaux contrôles soient effectués (dans le respect des obligations découlant du droit communautaire). Ceci conduit la Cour à rejeter l'argumentation d'Avides selon laquelle le droit allemand ne prévoyait pas de procédure de vérification simplifiée au cas où un autre état membre aurait déjà effectuée de tels contrôles (pt 38).

Selon la Cour, la mesure de contrôle est adéquate au vu de l'objectif à protéger et proportionnée à celui-ci. Il ne fait aucun doute pour la Cour que l'interdiction de la vente et de la cession par correspondance de vidéogrammes, qui n'ont pas fait l'objet, par l'autorité compétente, d'un contrôle ainsi que d'une classification aux fins de la protection des mineurs, constitue une mesure de nature à protéger l'enfant contre l'information et les matériels qui nuisent à son bien-être.

Encore fallait-il démontrer que la mesure en cause était nécessaire afin d'atteindre cet objectif légitime. La Cour considère que la mesure respecte le principe de proportionnalité. En effet, « il ressort de la décision de renvoi qu'il est loisible d'importer et de vendre aux adultes de tels vidéogrammes par des canaux de distribution impliquant un contact personnel entre le livreur et l'acheteur et permettant ainsi de veiller à ce que les enfants n'aient pas accès à ces vidéogrammes. Eu égard à ces éléments, il apparaît que la réglementation en cause au principal ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par l'Etat membre concerné » (pts 47-48). Remarquons que, ce faisant, la Cour admet implicitement que la mesure en cause ne fait que restreindre partiellement un mode de commercialisation particulier, ce qui rend d'autant plus étonnant sa conclusion selon laquelle cette mesure n'est pas une modalité de vente (V. *supra* II.C.2.).

Si la marge de manœuvre des Etats membres est réelle, elle n'est toutefois pas sans limites. La Cour souligne à cet égard que la procédure de contrôle mise en place par le gouvernement allemand doit être aisément accessible et doit pouvoir être menée à terme dans des délais raisonnables. En outre si elle débouche sur un refus, la décision de refus doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridic-

tionnel. Il appartiendra à cet égard à la juridiction de renvoi de vérifier que tel est bien le cas.

III. – ENTRAVES À LA LIBRE CIRCULATION EN PRÉSENCE D'UNE HARMONISATION

En présence d'une harmonisation, l'examen d'une entrave se présente sous un jour particulier, puisque ce n'est plus alors au regard de l'article 28 CE, mais à la lumière la directive que l'existence d'une entrave doit être établie et, éventuellement, justifiée (B). Ceci suscite inévitablement des difficultés d'articulation entre le droit commun du marché intérieur et les régimes spéciaux établis par les directives (A).

A. – *Articulation du droit commun et du droit spécial*

Pour déterminer si l'examen d'une entrave supposée relève du droit commun ou du droit spécial issu d'une directive, il est nécessaire de délimiter précisément le champ d'application de la directive. Un arrêt rendu à propos de la directive sur la publicité pour les médicaments illustre que ce n'est pas toujours chose aisée (1). Pour que la loi spéciale qu'est la directive écarte la loi générale qu'est le traité, encore faut-il que la directive soit conforme au traité, qui lui est supérieur. Un arrêt rendu à propos de l'importation de mini-bouteilles d'alcools clarifie à cet égard le statut d'une directive ancienne, qui est partiellement invalidée pour contrariété avec le traité (directive concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au préconditionnement en volume de certains liquides en préemballages) (2).

1. *Champ d'application et portée d'une directive* (directive 2001/83 sur la publicité pour des médicaments à usage humain)

a) Etendue de l'harmonisation et portée de celle-ci

Dans une affaire mettant en cause la société Gintec, la Cour est à nouveau (V. *supra* II.C.2) confrontée à la réglementation allemande sur la publicité autour des médicaments (CJCE 8 nov. 2007, *Gintec International Import-Export*, aff. C-374/05, Rec. I-9517 ; note A. Rigaux, Europe, 2008, n° 1, comm. 10 et note C. Mascret, RDSS 2008. 374-376).

Il s'agissait ici d'un conflit opposant l'association allemande de protection de la concurrence et la société Gintec à propos des pratiques publicitaires de cette dernière concernant des préparations à base de ginseng autorisées à la vente en Allemagne. Etaient plus précisément en cause l'interdiction opposée à ladite société de faire référence à des déclarations émanant de tiers ainsi que l'interdiction de procéder à une publicité au moyen de tirages au sort.

La question préjudicielle posée à la Cour porte tout d'abord sur l'étendue de l'harmonisation effectuée par la directive 2001/83 et plus particulièrement de ses articles consacrés à la publicité. La juridiction nationale de renvoi, Gintec, le gou-

vernement slovène et la Commission européenne considéraient que les dispositions de la directive procèdent à une harmonisation complète, sous réserve d'éventuelles dispositions particulières fixant expressément des exigences minimales. La défenderesse, les gouvernements allemand et polonais soutenaient, quant à eux, la thèse d'une harmonisation minimale, en estimant que les États membres sont en droit de prévoir des règles plus strictes que celles fixées par cette directive.

La Cour procède à une analyse complète de la directive afin de trancher la question. Elle se réfère à la base juridique d'adoption de la directive (l'art. 95 CE), à certains considérants (4, 5 et 43), à sa jurisprudence antérieure (CJCE 11 déc. 2003, *Deutscher Apothekerverband*, aff. C-322/01, Rec. I-14887), ainsi qu'au texte même de la directive (ses titres VIII et VIII *bis*) pour considérer que celle-ci a procédé à une harmonisation complète dans ce domaine. Dès lors, les seuls cas dans lesquels les États membres sont autorisés à adopter des dispositions s'écartant des règles fixées par ladite directive sont explicitement énumérés par celle-ci (aux art. 88, 89, 91 ou 96 de la directive, par exemple).

Aucun des arguments soulevés par les parties qui ne partageaient pas cette interprétation n'a suffi pour remettre en cause cette conclusion. Nous en relèverons toutefois deux. Premièrement, la défenderesse au principal soutenait que le fait que le législateur communautaire souhaite adopter de nouvelles mesures législatives impliquait que la directive 2001/83 ne pouvait être considérée comme une directive d'harmonisation complète. La Cour souligne, afin d'écartier cet argument, la différence sémantique entre la notion de complétude de l'harmonisation, d'une part, et son caractère évolutif, d'autre part. L'harmonisation peut être complète et néanmoins évoluer, à l'instar d'une loi uniforme dont les dispositions seraient modifiées.

Un autre argument tenait au fait que la directive réserve l'application éventuelle de la directive 84/450 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (dir. 84/450/CEE du Conseil du 10 sept. 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse, JOCE L 250, 19 sept. 1984, p. 17-20). Cette variabilité dans le degré de protection indiquerait que la directive 2001/83 ne peut être considérée comme mettant en place une harmonisation complète dans ce domaine. Cet argument est également écarté au motif que la directive contient des règles spéciales concernant la publicité des médicaments par rapport aux règles minimales prévues par la directive 84/450 et qu'on ne peut donc en tirer aucune conséquence pour l'appréciation du degré d'harmonisation effectué par la directive 2001/83 (pt 31).

La seconde question portait sur la compatibilité des deux techniques publicitaires précitées avec la directive. La Cour a considéré que la directive 2001/83 a procédé à une harmonisation complète dans le domaine de la publicité pour les médicaments. Dès lors, puisque celle-ci n'interdit pas d'utiliser des déclarations de tiers dans le cadre d'un message publicitaire d'une manière aussi générale et inconditionnelle que ne le fait la loi allemande (V. les articles 87, § 3, et 90 de la directive) – ladite directive n'interdit leur utilisation que lorsqu'elles contiennent des éléments spécifiques ou émanent de certaines personnes qualifiées – la loi allemande est, si elle est interprétée comme posant une interdiction absolue, incompatible avec la directive.

La question de la publicité par tirage au sort était plus complexe. Il n'est sans doute pas inutile de préciser ce que ce mode de publicité recouvre en pratique. En l'occurrence, la société Gintec annonçait, sur son site internet, l'introduction d'un tirage au sort mensuel permettant aux participants de remporter une boîte de poudre d'extrait de ginseng rouge impérial. Ceci s'accompagnait de diverses enquêtes d'opinion effectuées par la société à cette occasion. Aucune disposition spécifique de la directive ne règle la question de ce type de publicité.

C'est donc par une approche téléologique que la Cour tente d'apporter une réponse. Elle considère que le but de la directive, exprimé notamment en son 45^e considérant et que la Cour a également relevé dans l'affaire *Ludwigs Apotheke* (CJCE 8 nov. 2007, *Ludwigs-Apotheke*, aff. C-143/06, Rec. I-9623), est d'éviter « toute publicité excessive et inconsidérée qui pourrait affecter la santé publique » (pt 55). Or, selon la Cour, un tel mode de publicité encourage un usage irrationnel des médicaments, réduisant celui-ci au simple statut de « prix » ou de « cadeau ». On remarque au passage que, sur cet aspect du comportement des consommateurs, la Cour n'a pas le même degré d'exigence de démonstration concrète de l'effet postulé dans l'arrêt *Commission c/ Suède* commenté *supra* (I.A.2.). La Cour relève en outre que ce type de publicité peut être assimilé à une distribution gratuite, pratique interdite par la directive, sauf pour certains échantillons et sous certaines conditions (art. 88 et 96 de la directive). Dès lors, la Cour juge ce type de publicité contraire aux objectifs de la directive et, par tant, interdit.

b) Définition de la notion de médicament

Deux arrêts de la Cour relatifs à la directive 2001/83 ont déjà été mentionnés. Mais la Cour ne s'est pas arrêtée là cette année puisqu'elle a été confrontée à une autre affaire dans laquelle il lui était demandé de définir la notion de médicament au sens de cette directive (CJCE 15 nov. 2007, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-319/05, Rec. I-9811 ; note E. Bernard, Europe, 2008, n° 1, comm. 11, et note J. Peigné, RDSS 2008. 177-179). Bien que cette question, pour des produits phytopharmaceutiques, ne soit pas neuve (par ex., concernant déjà l'Allemagne et des préparations alimentaires vitaminées : CJCE 29 avr. 2004, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-387/99, Rec. I-3751), le raisonnement de la Cour mérite que l'on s'y attarde. Dans cette affaire, l'Allemagne était poursuivie en manquement pour entrave à la libre circulation des marchandises. En effet, la législation allemande assimile certaines gélules remplies de préparation de poudre d'ail à des médicaments et impose donc une procédure administrative d'autorisation de mise sur le marché à ce type de produits comme cela est requis par la directive.

La Commission contestait la qualification de « médicament » retenue pour ce produit. La Cour considère également que les gélules de poudre d'ail ne sont pas des médicaments. En effet, la directive précitée distingue deux définitions du « médicament », par présentation et par fonction. Or la gélule de poudre d'ail n'entre dans aucune de ces catégories.

Tout d'abord, ces gélules ne sont pas des médicaments par présentation. En effet, indique la Cour, « la préparation en cause n'est ni décrite ni recommandée comme un produit doté de propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies, que ce soit sur l'étiquette, dans les informations figurant sur l'emballage ou de toute autre manière » (pt 45).

Ensuite, elles ne sont pas plus des médicaments par fonction. En effet, poursuit la Cour, « force est de constater que, hormis l'excipient auquel l'extrait d'ail a été incorporé avant d'être pulvérisé, le produit en cause ne contient aucune substance qui ne soit elle-même contenue dans l'ail à l'état naturel » dès lors « le produit en cause, dont l'incidence sur les fonctions physiologiques ne dépasse pas les effets qu'une denrée alimentaire consommée en quantité raisonnable peut avoir sur ces fonctions, n'a pas d'effet significatif sur le métabolisme et ne saurait, dès lors, être qualifié de produit capable de restaurer, de corriger ou de modifier des fonctions physiologiques au sens de l'article 1^{er}, point 2, second alinéa, de la directive 2001/83 » (pt 68). Cette directive ne s'applique dès lors pas.

La suite de l'arrêt est de moindre importance. Il suffit de relever que la Cour considère qu'il y a dans ce cas une violation de l'article 28 CE qui ne peut-être justifiée au titre de la protection de la santé (V. pt 96).

2. Non-conformité d'une directive avec le traité (directive 75/106 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au préconditionnement en volume de certains liquides en préemballages)

Peu après l'entrée du Royaume-Uni dans la Communauté économique européenne, une directive avait été adoptée dans le but de faciliter le commerce des préemballages (bouteilles, cartons) destinés à de liquides. Cette intervention du législateur européen avait paru nécessaire, car les conditionnements de liquides étaient soumis à des réglementations impératives différentes dans les Etats membres, lesquels, en outre, n'utilisaient pas tous le même système de mesure. La directive 75/106 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au préconditionnement en volume de certains liquides en préemballages (JOCE 1975 L 42, p. 1) visait notamment à éviter la multiplication de la commercialisation de conditionnements de quantités proches mais distinctes, risquant de créer une confusion chez les consommateurs, par exemple entre une pinte et un demi-litre (une pinte équivaut à 0,568 litre). C'est dans ce but qu'une annexe à la directive détaille les différentes contenances admises à être commercialisées dans l'ensemble du marché unique pour différentes catégories de liquides. La directive pose par ailleurs le principe selon lequel un Etat membre ne peut interdire pour des raisons tenant à la contenance ou à la manière dont elle a été mesurée la mise sur le marché de préemballages qui satisfont aux prescriptions de la directive. Ce texte, qui a été modifié par une directive ultérieure (dir. 88/316/CEE du Conseil du 7 juin 1988, JOCE L 43, p. 26) ainsi que par différents actes d'adhésion, comporte plusieurs dérogations. Certaines étaient temporaires, limitées à une période transitoire il est vrai particulièrement longue puisqu'elle s'étendait jusqu'au 31 décembre 1990. Elles visaient à permettre l'adaptation des nouveaux Etats membres qu'étaient alors l'Irlande et le Royaume-Uni ainsi qu'à écouler les stocks de préemballages existant au moment de l'adoption de la directive. D'autres dérogations, dont celle en cause dans l'affaire rapportée (CJCE 4 oct. 2007, *Schutzverband der Spirituosen-Industrie c/ Diaego Deutschland*, aff. C-457/05, Rec. I-8075, note A. Rigaux, Europe, 2007, n° 13, comm. 333) étaient définitives. En l'espèce, il s'agissait d'une dérogation autorisant les conditionnements de 0,071 litre au Royaume-Uni et en Irlande alors que cette contenance ne figure pas dans le tableau des différents volumes définitivement admis au terme de la période transitoire.

Le texte de la directive, qui résultait sur ce point de plusieurs articles lus en combinaison avec une annexe, manquait toutefois de clarté. C'est ce qui a conduit le *Landesgericht Wiesbaden* à saisir la Cour à titre préjudiciel. Cette juridiction était saisie d'un litige opposant un groupement constitué en vue de veiller au respect de la réglementation en vigueur dans le secteur des spiritueux (le *Schutzverband der Spirituosen-Industrie*) à la société Diaego Deutschland qui importait en Allemagne à partir de l'Irlande des petites bouteilles de liqueur d'une contenance de 0,071 litre sous la dénomination « mini Baileys ».

L'ambiguïté du texte résultait du fait qu'il pouvait être lu comme signifiant soit, d'une part, que « [certains] produits, qui se présentent dans le volume de 0,071 litre en Irlande et au Royaume-Uni, peuvent être commercialisés » soit, d'autre part, que « lesdits produits se présentant dans le volume de 0,071 litre peuvent être commercialisés en Irlande et au Royaume-Uni » (pt 16), ce qui n'est évidemment pas la même chose. Dans un cas, les mini-conditionnements en vogue en Irlande et au Royaume-Uni pouvaient être commercialisés dans l'ensemble du marché unique, tandis que dans l'autre, ces mêmes conditionnements n'étaient autorisés à la vente que dans ces deux Etats membres.

Pour résoudre cette difficulté, la Cour déploie une panoplie à peu près complète des techniques d'interprétation auxquelles elle a habituellement recours, à commencer par la comparaison de différentes versions linguistiques, qui laisse apparaître l'ambiguïté qui vient d'être exposée (pt 16). Rappelant qu'en pareil cas, il lui incombe de formuler une interprétation uniforme (pt 17), elle se tourne vers la finalité et l'économie générale de la réglementation dont la disposition en cause est un élément (pt 18). A cet égard, il est clair que le but poursuivi par la directive est de supprimer certaines entraves au commerce de préemballages de liquides alimentaires entre les Etats membres (pts 19 à 21). En outre, ajoute la Cour, un texte de droit communautaire dérivé doit être interprété, dans la mesure du possible, dans le sens de sa conformité avec le traité et les principes généraux du droit communautaire (pt 22 et jurisprudence citée). La Cour avait déjà pratiqué cette interprétation conforme de la directive litigieuse avec l'article 28 CE dans l'arrêt *Cidrerie Ruwet* (CJCE 12 oct. 2000, *Ruwet*, aff. C-3/99, Rec. I-8749, obs. J-P Keppenne, JDE 2001, n° 9, 227, dans lequel elle avait jugé que l'article 28 CE s'oppose à ce qu'un Etat membre interdise la commercialisation d'une préemballage d'un volume nominal non compris dans la gamme communautaire, légalement fabriqué et commercialisé dans un autre Etat membre (pt 57, cité au pt 23 de l'arrêt rapporté). Cette solution, qui paraît friser l'interprétation *contra-legem* de la directive s'explique par le fait que l'harmonisation réalisée par cette directive, si elle se voulait totale à l'origine, ne s'est révélée que partielle à mesure des modifications ultérieures (arrêt *Ruwet*, préc., pts 42-43). Dès lors, les mesures nationales restent soumises à l'article 28 CE (en ce sens, L. Defalque, Examen de jurisprudence droit économique de la Communauté européenne 1993 à 2005, RCJB 2007, n° 2, 291).

En l'espèce, la Cour réitère la solution de l'arrêt *Ruwet* et indique au juge de renvoi que l'Allemagne ne peut interdire la commercialisation de mini-Baileys fabriqués et commercialisés en Irlande, quand bien même la contenance de 0,071 litre n'est pas reprise dans la liste des volumes définitivement autorisés, sauf à démontrer que cette interdiction est nécessaire à la protection d'une exigence impérative et proportionnée à l'objectif poursuivi.

On aurait pu penser que l'objectif poursuivi par une interdiction d'importation tenait à la protection de la jeunesse contre les méfaits de l'alcool, objectif auquel la Cour s'est montrée sensible (CJCE 5 juin 2007, *Klas Rosengren e.a. c/ Risksaklågaren*, aff. C-170/04, Rec. I-4071, rapporté *supra*, spéc. pt 49). Mais l'Allemagne n'étant pas intervenue à l'instance, c'est une association professionnelle qui défendait l'interdiction d'importer des mini-Baileys. Peut être est-ce ce qui explique que le débat n'ait pas été porté sur le terrain de la protection des jeunes contre les produits assimilant l'alcool à des confiseries (on peut imaginer que cela n'aurait pas été dans l'intérêt des entreprises membres de cette association). Toujours est-il que le seul objectif au regard duquel est examiné la nécessité de l'interdiction d'importation des mini-Baileys est celui qui est visé par la directive, à savoir la protection des consommateurs contre le risque de confusion entre des conditionnements de contenance distincte mais proche. Il n'est alors pas difficile à la Cour d'écarter l'argument. En effet, la liste annexée à la directive autorise, pour ce qui est des plus petits volumes, les conditionnements de 0,02 ; 0,03 ; 0,04 et 0,05 litre. La Cour relève que ceux-ci ne présentent entre eux qu'un écart minime de 0,01 litre et en déduit que « un volume nominal tel que celui de 0,071 litre, qui se situe entre les volumes nominaux de 0,05 litre et de 0,10 litre, figurant dans la gamme communautaire des volumes nominaux admis pour lesdits produits, présente avec chacun de ces deux volumes un écart supérieur à 0,01 litre, qui est suffisant pour éviter toute confusion dans l'esprit du consommateur de référence » (pt 29). Elle ajoute que les consommateurs sont en outre protégés par une autre directive, qui prescrit l'indication de prix par unité de volume (dir. 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 févr. 1998, relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, JOCE L 80, p. 27) (pt 30).

L'exception tirée de la protection des consommateurs étant rejetée, il en résulte, en l'espèce, que les importations de mini Baileys commercialisés en Irlande doivent être autorisés dans l'ensemble des Etats membres. Cette solution, pour justifiée qu'elle soit au regard des principes généraux du droit communautaire, restait malgré tout difficile à réconcilier avec la lettre de la directive, et ce quelle que soit la méthode d'interprétation. La Cour en tire les conséquences et invalide le texte litigieux, à savoir l'article 5, § 3, sous b), second alinéa, dernière phrase, de la directive 75/106, lu en combinaison avec le paragraphe 3, sous d), du même article, dans la mesure où il exclut le volume nominal de 0,071 litre de la gamme communautaire harmonisée des volumes nominaux. Est ainsi confirmée la liberté des opérateurs de commercialiser des liquides en conditionnements dont la contenance est librement choisie (en ce sens déjà arrêt *Ruwet*, préc. pt 43). Fonder cette solution sur l'invalidation d'un texte de droit dérivé devenu à force de renvois et de modifications passablement obscur et contraire au but poursuivi de faciliter la libre circulation des marchandises plutôt que sur les ressources de l'interprétation conforme est bien plus satisfaisant. Ce faisant, la Cour rappelle que non seulement les droits nationaux mais aussi le droit communautaire dérivé doit être conforme au traité.

B. — *Appréciation et justification d'une entrave au regard du droit dérivé*

La jurisprudence sous examen illustre tant les particularités de l'appréciation d'une entrave (1) que celles de l'examen des justifications (2) au regard d'un texte de droit dérivé plutôt que du traité.

1. *Appréciation d'une entrave au regard du droit dérivé* (directive 91/414 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques)

Un agriculteur doit obtenir une autorisation de mise sur le marché pour importer un produit phytosanitaire depuis un autre Etat membre, alors même qu'il destine ce produit aux seuls besoins de son exportation. En effet, la directive 91/414 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques (JOCE 1991, L 230 p. 1) prévoit, comme pour les médicaments, une autorisation de mise sur le marché (AMM). Cette directive n'instaure pas un système de reconnaissance mutuelle des AMM nationales. Au contraire, les Etats membres restent compétents pour délivrer les AMM nécessaires à l'importation sur leur territoire de produits phytopharmaceutiques. La directive prévoit cependant certaines obligations de coopération entre les autorités nationales, notamment dans le cas d'une demande d'AMM portant sur un produit déjà autorisé dans un autre Etat membre. En particulier, les autorités nationales doivent s'abstenir de demander aux opérateurs de refaire les tests qu'ils ont déjà effectués dans le cadre d'une précédente demande d'AMM. La directive, ainsi que la réglementation qui en assure la transposition en droit français (décr. n° 94-359 du 5 mai 1994, JORF 7 mai 1994, p. 6683 et art. R. 253-52 à R. 253-55 c. rur.) semble avoir été rédigée dans la perspective où l'importation de produits phytopharmaceutique était le fait de commerçants ayant l'intention de distribuer ces produits dans l'Etat membre d'importation. Un arrêt rendu sur question préjudicielle de la Cour d'appel de Montpellier illustre pourtant que d'autres cas de figure se présentent (CJCE 8 nov. 2007, *Escalier et Bonnarel*, aff. C-260 et C-261/06, Rec. I-9717, note D. Simon, Europe, 2008, n° 1, comm. 6).

Il s'agissait en l'espèce de deux viticulteurs français, qui s'étaient procurés en Espagne des produits antiparasitaires ne bénéficiant pas d'une autorisation de mise sur le marché (AMM) en France. La question posée à la Cour était de savoir si la réglementation française issue de la directive devait s'appliquer à des agriculteurs important des produits phytopharmaceutiques non pour en faire commerce, mais pour leur propre usage. Un aperçu de la réglementation française en cause permet de saisir la difficulté pratique à laquelle faisaient face ces viticulteurs. En effet, au terme de cette réglementation, tout importateur doit demander une AMM préalablement à toute mise en circulation du produit. Toutefois, une procédure simplifiée est disponible dans l'hypothèse où le produit concerné est identique à un produit déjà autorisé sur le territoire national [cas où un autre importateur a déjà obtenu une autorisation portant sur un produit de même origine, fabriqué à partir des mêmes substances actives et dont les effets sont similaires (pt 13)]. Il demeure que, même dans le cadre de cette procédure simplifiée, le demandeur doit notamment indiquer la marque sous laquelle il envisage d'importer le produit et doit par ailleurs acquitter une taxe de

800 €. MM. Escalier et Bonnarel ayant importé directement des produits phytosanitaires d'Espagne sans être titulaires d'AMM relatives à ces produits, ont fait l'objet d'une procédure pénale aboutissant à leur condamnation. C'est la Cour d'appel saisie du recours contre cette condamnation qui a interrogé la Cour sur le point de savoir si la directive transposée par la réglementation française ci-dessus décrite devait s'appliquer même aux importateurs parallèles et même lorsque l'importation n'était pas faite dans un but commercial mais pour l'usage d'une exploitation agricole.

Analysant le système mis en place par la directive, la Cour rappelle que, comme il a été dit plus haut, il ne s'agit pas d'un système de reconnaissance mutuelle des autorisations nationales, mais bien d'un système qui préserve la compétence des Etats membres pour autoriser les substances phytopharmaceutiques sur leur territoire (pt 23). En conséquence, l'exigence d'une AMM ne saurait en principe constituer une restriction aux échanges intracommunautaires interdite par l'article 28 CE (pt 26).

Toutefois, en ce qui concerne le champ d'application de la directive, la Cour énonce que, lorsqu'une importation d'un produit phytopharmaceutique constitue une importation parallèle d'un produit bénéficiant déjà d'une AMM dans l'Etat membre d'importation, les dispositions de la directive n'ont pas vocation à s'appliquer [pt 28 et jurisprudence citée (portant sur des importations parallèles des médicaments)]. On pourrait alors croire que la situation des deux viticulteurs français devait être analysée au regard des articles 28 et 30 CE. Tel n'est toutefois pas le cas. En effet, la Cour relève que, pour savoir si l'on se trouve dans le champ d'application de la directive ou bien du droit commun de la libre circulation, il est nécessaire de savoir si l'on est ou non en présence d'une importation parallèle, c'est-à-dire de l'importation par un importateur non titulaire d'une AMM d'un produit identique à un produit déjà autorisé sur le territoire de l'Etat membre d'importation. Or, poursuit la Cour, on ne saurait abandonner aux agriculteurs le soin de déterminer si le produit qu'ils souhaitent importer est ou non identique à un produit déjà autorisé (pt 34). Dès lors, dans tous les cas, et même dans celui d'agriculteurs important pour les besoins de leur exploitation de petites quantités de produits phytopharmaceutiques, le passage par une procédure simplifiée d'AMM est nécessaire, afin de s'assurer que la demande porte bien sur un produit identique à un produit autorisé (pt. 36).

Même si l'on admet que la priorité donnée par le droit communautaire à la santé des personnes, des animaux et à la protection de l'environnement justifie l'existence de ce contrôle national, on peut néanmoins partager la perplexité d'agriculteurs confrontés à un formulaire sur lequel ils doivent indiquer la marque sous laquelle ils comptent commercialiser le produit importé et leur incrédulité face au coût de 800 € pour traiter leur demande d'autorisation.

Sur le premier point, la Cour indique que les agriculteurs ne devraient pas avoir à fournir d'indication de marque ou de nom commercial du produit. Sur le second, elle renvoie au juge national le soin d'apprécier la conformité de la taxe de 800 € au principe de proportionnalité (pt 49). Tout au plus indique-t-elle que les frais de traitement d'une demande d'AMM dans le cadre d'une procédure simplifiée doit être « en adéquation » avec les frais occasionnés pour le traitement de cette demande (*ibid.*). La Cour ajoute que si ces coûts peuvent varier en fonction des circonstances de l'espèce, par exemple de la nécessité

d'un contrôle approfondi en cas de soupçon particulier, un tarif forfaitaire n'en est pas moins conforme au principe d'adéquation.

2. Justification d'une entrave au regard des droits fondamentaux (directive 98/37/CE concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux machines)

Les faits ayant donné lieu à l'affaire *A.G.M.* (CJCE 17 avr. 2007, *A.G.M.-COS.MET*, aff. C-470/03, Rec. I-02749, obs. E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert, *L'actualité juridique* 2007. 1120, note A. Bailleux, RTDH, 2007. 1171-1184 et note V. Bouhier, RTD eur. 2007. 708-719) avaient des allures de saga moderne. En effet, à la faveur d'une inspection d'un service local de sécurité au travail, il avait été porté à la connaissance du ministère finlandais des affaires sociales et de la santé que certains ponts élévateurs (machines destinées à permettre l'inspection des véhicules en position surélevée) importés en Finlande par l'entreprise *A.G.M.* présentaient des risques pour la sécurité.

Le héros de cette saga est un fonctionnaire de ce ministère, qui avait été chargé de donner son avis sur cette question et avait constaté sur les machines en cause déjà en service un défaut de sécurité. D'après ce fonctionnaire, le défaut constaté, qui avait entre temps été corrigé sur un nouveau modèle, aurait normalement dû être détecté lors des tests obligatoires pour ce type de machines. L'affaire s'étant ébruitée, différents médias finlandais s'en saisirent. Le fonctionnaire fut interviewé à la télévision, où il réitéra l'expression de ses inquiétudes dans les termes les plus vifs. Il fut ensuite écarté du dossier, toujours à l'instruction au ministère. Pour autant, ses déclarations continuaient à produire leurs effets, puisqu'elles furent notamment reprises par la confédération des métallurgistes dans un document diffusé à ses membres. Après que le ministère eu finalement décidé de ne pas prendre de mesures relativement aux machines en cause, ce fonctionnaire fit l'objet d'une procédure disciplinaire. Il lui était reproché d'avoir présenté de manière inexacte la position du ministère et d'avoir agi à l'encontre de sa politique de communication. En outre, l'entreprise *A.G.M.* demandait réparation du préjudice qu'elle avait subi (manque à gagner du à la baisse de ses ventes en Finlande) à l'Etat finlandais et au fonctionnaire.

Plusieurs questions de principe ont alors été posées à la Cour par le tribunal de grande instance de Tampere. Le comportement du fonctionnaire pouvait-il être considéré comme une entrave à la libre circulation des marchandises contraire à l'article 28 CE ? Comme l'a relevé l'avocat général Kokott dans ses conclusions, la Cour était pour la première fois confrontée à un tel cas de figure (concl., pt 78). Dans l'affirmative, la responsabilité du fonctionnaire pouvait-elle être engagée et si oui, quels principes de droit communautaires régissent l'étendue de son obligation de réparation ? Le droit à la liberté d'expression, garanti par l'article 10 de la Convention EDH est-il susceptible de justifier un comportement tel que celui qui était en cause en l'espèce ?

Ces questions auraient pu donner lieu à un arrêt dans la veine de l'arrêt *Schmidberger* (CJCE 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, Rec. I-5659, obs. A. Alemanno, RDUE, 2003, n° 2, 527 ; note A. Rigaux et D Simon, *Europe*, 2003, comm. 272). Cependant, l'existence d'une directive harmonisant les exigences de sécurité relatives aux machines (dir. 98/37/CE du Parlement européen et du

Conseil, du 22 juin 1998, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux machines, JOCE L 207, p. 1) a conduit la Cour à envisager l'affaire sous l'angle de ce texte de droit dérivé plutôt que sous celui, plus général, du droit commun. Sans doute, ce texte n'empêchait pas la Cour d'adopter une approche principielle. Toutefois, force est de constater que l'arrêt rapporté ne va pas si loin qu'on aurait pu l'espérer dans les épineuses questions que soulève la conciliation entre libre circulation des marchandises et droits fondamentaux.

S'agissant d'une directive d'harmonisation totale, la directive relative aux machines fait écran à l'application des dispositions du traité (pt 54). Toutefois, l'article 4 de la directive vise la notion d'entrave à la libre circulation des marchandises. Moyennant une reformulation des questions qui lui sont adressées en ce sens qu'elles visent ce texte plutôt que l'article 28 CE, la Cour entreprend d'y répondre (pt 54).

La question de savoir si les déclarations publiques d'un fonctionnaire telles que celles en cause en l'espèce peuvent constituer une entrave à la libre circulation des machines se subdivise en deux. Il faut en effet savoir, d'une part, dans quelle mesure les déclarations d'un fonctionnaire sont imputables à l'Etat, puis, d'autre part, dans quelles mesures des déclarations publiques imputables à l'Etat peuvent être qualifiées d'entraves. Sur le premier point, la Cour (pt 58) donne cinq questions devant guider l'appréciation du juge de renvoi. Celui-ci doit se demander, premièrement, si le fonctionnaire est, de manière générale, compétent dans le secteur en question. Il doit, deuxièmement examiner si le fonctionnaire diffuse ses déclarations écrites en utilisant le papier à en-tête officiel du service compétent. Il doit, troisièmement, avoir égard au fait que le fonctionnaire accorde des entretiens télévisés dans les locaux de son service ou dans un autre lieu. Il doit, quatrièmement être attentif au fait que le fonctionnaire mentionne ou non le caractère personnel de ses déclarations et qu'il indique ou n'indique pas qu'elles divergent de la position officielle du service compétent. Enfin, cinquièmement, le juge doit apprécier si les services étatiques compétents entreprennent ou non, dans les meilleurs délais, les démarches nécessaires pour dissiper, chez les destinataires des déclarations du fonctionnaire, l'impression qu'il s'agit de prises de position officielles de l'Etat (pt 58). Ces cinq critères synthétisent, au risque de la rigidifier quelque peu, la théorie de l'apparence d'autorité invoquée et longuement motivée par l'avocat général dans ses conclusions (pts 80 à 99 et 105).

Dans l'hypothèse où, en l'espèce, cet examen conduirait à imputer à l'Etat finlandais les déclarations du fonctionnaire, la Cour poursuit en énonçant les conditions auxquelles ces déclarations devraient être qualifiées d'entraves au sens de l'article 4, § 1, de la directive. L'examen diffère ici de celui qui aurait été mené au regard de l'article 28 CE, en ce que la Cour doit avoir égard au champ d'application de la directive. En effet, l'article 4, § 1, de la directive dispose « [I]es Etats membres ne peuvent pas interdire, restreindre ou entraver la mise sur le marché et la mise en service sur leur territoire des machines et des composants de sécurité qui satisfont à la présente directive ». C'est donc seulement les machines conformes aux prescriptions de la directive et aux normes prises pour leur application qui bénéficient de la libre circulation. Or, en l'espèce, cette conformité était précisément litigieuse. La directive prévoit certes, en son article 7, la possibilité pour les Etats de prendre des mesures de sauvegarde

lorsqu'ils constatent qu'une machine ou une catégorie de machines, bien que portant le marquage « CE » qui fait présumer leur conformité, présentent des risques pour la sécurité ou pour la santé. Mais, en l'espèce, l'Etat, agissant par le ministère de la santé, n'avait précisément pas jugé que les machines étaient dangereuses et n'avait pas déclenché de mesures de sauvegarde (pt 63). Dès lors, les machines devaient être présumées conformes et leur libre circulation ne pouvait être entravée par l'Etat (pt 64). Ces précisions étant donné sur le champ d'application du principe de libre circulation aux marchandises en cause, compte tenu de la directive, il suffit à la Cour d'un bref paragraphe pour conclure que les déclarations du fonctionnaire, en ce qu'elles contenaient une allégation de non conformité des machines à la norme européenne applicable, étaient de nature à entraver, au moins indirectement et potentiellement, la mise sur le marché des machines (pt 65).

Se posait alors la question de savoir si cette entrave résultant des propos publics d'un fonctionnaire pouvait être justifiée par le souci de protection de la santé, qui avait animé l'auteur de ces propos, ou par son droit à la liberté d'expression. La Cour rejette brièvement la justification tirée de la protection de la santé, dans la mesure où le système mis en place par la directive ne permet de prendre cet objectif en considération que dans le cadre des mesures de sauvegarde prévues à l'article de 7 de la directive, possibilité dont l'Etat finlandais n'avait pas fait usage en l'espèce (pts 68 à 71). La question de la justification de l'entrave ne se posant que dans l'hypothèse où les propos du fonctionnaire sont imputables à l'Etat, il n'y a pas lieu pour la Cour d'envisager leur justification au regard de l'objectif de protection de la santé dans le cas où ils ne le sont pas.

En revanche, s'agissant de la liberté d'expression, la question se posait différemment, puisqu'il ne pouvait manifestement s'agir que de la liberté d'expression du fonctionnaire et non de celle de l'Etat. Comme l'a relevé l'avocat général Kokott dans ses conclusions, un Etat membre doit garantir à ses sujets de droit la liberté d'expression et ne peut pas la revendiquer à leur égard (concl., pt 119). Il convenait donc de distinguer selon que le comportement du fonctionnaire était ou non imputable à l'Etat (concl., pts 119 à 121). S'il l'était, la justification tirée de la liberté d'expression ne pouvait être invoquée par l'Etat. La Cour s'en tient à cette hypothèse et rejette en une phase la possibilité que les Etats membres puissent se prévaloir de la liberté d'expression de leurs fonctionnaires pour justifier une entrave et, de ce fait, échapper à leur propre responsabilité en droit communautaire (pt 72). Sans doute a-t-elle considéré que la seconde hypothèse, celle de la non-imputabilité du comportement du fonctionnaire à l'Etat, ne méritait pas d'être envisagée, car dans ce cas, l'Etat n'avait pas à justifier une entrave dont il n'est pas responsable. C'est toutefois omettre que l'Etat peut avoir une obligation positive d'empêcher des particuliers d'entraver la libre circulation des marchandises (CJCE 9 déc. 1997, *Commission c/ France*, aff. C-265/95, Rec. I-6959). C'est pourquoi l'avocat général dans ses conclusions avait envisagé la question difficile de savoir quelles étaient les obligations d'un Etat membre confronté à la nécessité de concilier son devoir de protection de la liberté d'expression de ses fonctionnaires et celui d'assurer la libre circulation des marchandises (concl., pts 121 s.). Il était proposé à la Cour de permettre à l'Etat de se prévaloir de la liberté d'expression de son fonctionnaire pour autant qu'il doive la respecter dans les circonstances de l'espèce. Selon l'avocat général,

il aurait alors incombé à la Cour de contrôler le respect par l'Etat membre du principe de proportionnalité dans la balance des intérêts qu'il était contraint d'opérer. La Cour n'ayant pas traité cet aspect, il faudra attendre une prochaine affaire pour connaître sa position sur la conciliation des droits fondamentaux avec la libre circulation des marchandises.

Responsabilité de l'Etat et responsabilité du fonctionnaire. La Cour était également interrogée sur le point de savoir si une entrave comme celle en cause en l'espèce, à la supposer constituée, était suffisamment caractérisée pour engager la responsabilité de l'Etat et si, le cas échéant, le droit communautaire exigeait que la responsabilité personnelle du fonctionnaire fut engagée. La Cour rappelle tout d'abord les trois conditions de la responsabilité de l'Etat issue de la jurisprudence *Brasserie du Pêcheur* (CJCE 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, aff. C-46/93 et C-48/93, Rec. I-1029, pt 51), à savoir que la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation soit suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'Etat et le dommage subi par les personnes lésées (pt 78).

En l'espèce, la Cour constate que les deux premières conditions de la responsabilité de l'Etat sont réunies. En effet, en ce qui concerne la première condition, la norme de droit communautaire pertinente, à savoir l'article 4, § 1, de la directive « machines » a bien pour objet de conférer aux opérateurs (les importateurs de machines conformes aux spécifications de la directive) des droits qu'ils peuvent faire valoir à l'encontre des Etats membres (pt 79). En ce qui concerne la deuxième condition, la Cour rappelle que pour apprécier si une violation du droit communautaire est suffisamment caractérisée, il faut avoir égard à la marge d'appréciation que le texte en cause laisse à l'Etat membre. La Cour constate, que, en l'espèce, l'article 4, § 1, de la directive ne laisse aucune marge d'appréciation aux Etats membres. Dès lors, une simple infraction à la directive constitue une infraction caractérisée (pt 81). Reste la troisième condition, relative au lien de causalité entre le dommage et la violation du droit communautaire. Sur ce point, la Cour renvoie classiquement à l'appréciation du juge du fond (pt 83) tout en relevant que « il semble que les déclarations en cause au principal aient conduit à une baisse du chiffre d'affaires d'AGM de 2000 à 2002 ainsi qu'à une baisse de sa marge bénéficiaire pour 2001 et 2002 » (pt 84). La Cour rappelle que les trois conditions issues de la formule *Brasserie du Pêcheur* sont nécessaires et suffisantes pour engager la responsabilité de l'Etat. Dès lors, le juge finlandais devra, si besoin, écarter les conditions limitatives de la responsabilité de l'Etat (pt 91) et indemniser l'entreprise plaignante sur la base du droit à réparation qu'elle tire directement du droit communautaire. En ce qui concerne l'évaluation du dommage, la Cour précise que le manque à gagner ne saurait être exclu du dommage réparable, car, en matière économique, une telle exclusion serait de nature à rendre impossible la réparation du dommage (pt 95).

Enfin, en ce qui concerne la responsabilité personnelle du fonctionnaire pour l'entrave causée par son comportement et imputable à l'Etat, la Cour indique que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'elle soit engagée en plus de la responsabilité de l'Etat, mais ne l'impose pas non plus (pt 99).