

Marché intérieur (marchandises, capitaux, établissement, services) (1)

Services, établissement et capitaux

(1^{er} janvier 2009 – 31 décembre 2009)

Marchandises (1^{er} septembre 2008 – 31 décembre 2009)

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

La présente chronique adopte une approche transversale des libertés économiques caractéristiques du marché intérieur. C'est pourquoi elle n'est plus construite à titre principal autour de la distinction entre les différentes libertés de circulation. Il ne s'agit pas d'occulter les différences de régimes qui existent en droit positif entre ces libertés, mais de souligner les rapprochements intervenus et à venir dans le raisonnement de la Cour de justice de l'Union européenne, tout en conservant des distinctions entre libertés là où elles apparaissent nécessaires. Ainsi, l'on s'attachera au schéma commun à toutes les libertés, qui passe par la caractérisation des entraves (I), puis par le régime des justifications (II) sans oublier les particularités liées aux mesures d'harmonisation (III).

(1) Cette chronique semestrielle prend la suite de deux chroniques distinctes, l'une consacrée à la libre circulation des marchandises, l'autre à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services, ce qui explique que cette première livraison au nouveau format ne couvre pas exactement la même période dans les différents domaines. La présente chronique n'a pas vocation à couvrir l'ensemble des règles relatives au fonctionnement du marché intérieur, ce qui serait beaucoup trop vaste, mais seulement quatre libertés économiques. La libre circulation des travailleurs et la citoyenneté européenne sont traitées dans d'autres chroniques. Par ailleurs, la jurisprudence relative à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services qui a trait au droit fiscal est traitée dans la chronique droit fiscal.

I. — ENTRAVES

Une approche de la notion d'entrave qui serait commune aux différentes libertés est un sujet de colloque (2), c'est aussi un vœu formulé avec force par certains avocats généraux (3), mais ce n'est pas exactement du droit positif. Aussi, la méthode d'appréciation de l'entrave comporte à la fois des aspects généraux qui forment le socle d'une approche commune (A) et des aspects particuliers aux différentes libertés (B).

A. — Aspects généraux

Au cours de la période chroniquée, des développements importants du point de vue du développement d'une méthode commune d'appréciation des entraves sont à signaler dans le domaine de la libre circulation des marchandises. En effet, plusieurs arrêts importants pour l'interprétation de la notion de mesure d'effet équivalent ont été rendus, tant en application de l'article 34 TFUE (ex art. 28 CE) que, ce qui est plus rare encore, en application de l'article 35 TFUE (ex art. 29 CE). Le point commun de ces arrêts est qu'ils font apparaître une tendance à l'unification du raisonnement de la Cour en matière d'entrave. Cette tendance se marque à deux égards. Elle concerne, d'une part, l'unification *entre* le régime de la libre circulation des marchandises et celui d'autres libertés, en ce qui concerne le critère de l'accès au marché et le principe de reconnaissance mutuelle (1). Cet aspect est nettement perceptible dans les arrêts rendus en application de l'article 34 TFUE. Elle s'entend, d'autre part, d'une unification *au sein* de la libre circulation des marchandises, entre l'approche suivie en matière de restrictions aux importations et de restrictions aux exportations (35 TFUE) (2).

1. Critère d'accès au marché et reconnaissance mutuelle : éléments d'une méthode commune d'appréciation des entraves

La jurisprudence de la Cour se fabrique à coup de formules (4). Certaines reviennent avec tant de régularité qu'elles sont comme les refrains du droit de l'Union. Ainsi, la célèbre formule de l'arrêt *Dassonville* selon laquelle « toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intra-communautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives » donne-t-elle depuis des décennies le « la » en matière de libre circulation des marchandises (5). Tout changement affectant une formule classique est remarquable, qu'il s'agisse d'une modification de la formule elle-

(2) L'entrave, colloque Paris II, 4-5 déc. 2009, actes à paraître aux éditions Panthéon-Assas sous la direction de L. Azoulay.

(3) V. concl. Bot sous CJCE, 10 févr. 2009, *Commission c/ Italie*, C-110/05, non encore publié au Recueil, points 109 à 137.

(4) L. Azoulay, La fabrication de la jurisprudence communautaire, in P. MBongo et A. Vauchez (dir.), *Dans la fabrique du droit européen Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 153.

(5) CJCE 11 juill. 1974, *Dassonville*, 8/74, Rec. 837, point 5.

même, de son application à une situation jusque là non couverte ou, au contraire, de son absence là où l'on s'attendait à la trouver.

A cet égard, deux arrêts rendus au cours de la période chroniquée méritent tout particulièrement d'être signalés, car ils contiennent une série de changements affectant certaines des formules fondatrices issues des arrêts *Dassonville*, « *Cassis de Dijon* » et *Keck*. Le premier de ces arrêts a été rendu par la grande chambre dans une affaire *Commission c/ Italie*, dans laquelle la Cour devait juger si l'Italie avait manqué à ses obligations d'Etat membre en maintenant dans son code de la route une disposition interdisant aux cyclomoteurs de tirer des remorques. La Commission considérait que cette disposition créait une entrave à la libre circulation des remorques pour cyclomoteurs (6). Le second arrêt, rendu quelques mois plus tard, concerne une réglementation suédoise limitant à certaines voies navigables l'usage de bateaux à moteurs d'un certain type (7). Les deux espèces avaient donc en commun de porter sur des règles relatives à l'usage de certains produits : usage interdit dans l'affaire italienne des remorques, usage limité dans l'affaire suédoise des bateaux à moteurs. Dès lors, la question s'est posée à la Cour de savoir si les règles d'usage méritaient, à l'instar des règles sur certaines modalités de vente, un régime particulier. Cette option a été considérée (8), puis écartée. L'apport des arrêts *Commission c/ Italie* et *Mickelsson et Ross* réside donc moins dans une modification du droit positif que dans sa reformulation.

L'arrêt *Commission c/ Italie* de la grande chambre n'est visiblement pas un arrêt de revirement. La Cour y cite, dans l'ordre, les arrêts *Dassonville*, « *Cassis de Dijon* » et *Keck* et semble consolider leurs solutions respectives dans une formule récapitulative (9). Dans un point inédit, la Cour déduit de sa jurisprudence une typologie ternaire des mesures d'effets équivalant à des restrictions quantitatives (10). Elle distingue ainsi, premièrement, les mesures discriminatoires, deuxièmement, les entraves résultant de la différence entre réglementations nationales (entrave type « *Cassis de Dijon* ») (11) et, troisièmement, les autres mesures non discriminatoires entravant l'accès au marché.

Cette tripartition a quelque chose de surprenant, car la troisième catégorie paraît englober la deuxième. En effet, les entraves type « *Cassis de Dijon* » sont des entraves non discriminatoires parmi d'autres. Pourquoi dès lors avoir distingué, d'une part, les entraves résultant de différences entre réglementations nationales et, d'autre part, « toute autre mesure qui entrave l'accès au marché d'un

(6) CJCE, 10 févr. 2009, *Commission c/ Italie*, C-110/05, non encore publié au Recueil. Sur ces deux arrêts, V. N. de Sadeleer, L'examen au regard de l'article 28 CE des règles nationales régissant les modalités d'utilisation de certains produits, JDE 2009. 247-250.

(7) CJCE 4 juin 2009, *Mickelsson et Ross*, C-142/05, non encore publié au Recueil.

(8) Concl. av. gén. Kokott sous l'arrêt *Mickelsson et Ross*, préc., points 51 à 55 (proposant d'exclure du champ d'application de l'article 34 TFUE les mesures relatives à l'usage des produits, par analogie avec le régime des mesures relatives à certaines modalités de vente).

(9) *Commission c/ Italie*, préc., points 33 à 37.

(10) *Commission c/ Italie*, préc., points 34 à 37.

(11) Dans les termes de la Cour, les entraves « résultant, en l'absence d'harmonisation des législations nationales, de l'application à des marchandises en provenance d'autres Etats membres, où elles sont légalement fabriquées et commercialisées, de règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises, même si ces règles sont indistinctement applicables à tous les produits » (point 35).

Etat membre des produits originaires d'autres Etats membres » (12) ? En réalité, l'effet jurisprudentiel utile de cette référence logiquement surabondante à l'arrêt « *Cassis de Dijon* » paraît résider dans le fait qu'elle constitue la nouvelle formulation du principe de reconnaissance mutuelle. Ce principe est très souvent rattaché à l'arrêt « *Cassis de Dijon* », mais il n'y est pas formulé comme tel. A la lettre, le principe qui se dégage de cet arrêt est seulement celui selon lequel « tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un Etat membre doit être, en principe, admis sur le marché de tout autre Etat membre » (13). Certes, cela implique la reconnaissance mutuelle des normes nationales relatives aux produits, mais, à l'époque, cela n'a pas été formulé ainsi, ni par la Cour, ni par la Commission dans sa communication sur les suites de l'arrêt « *Cassis de Dijon* » (14). C'est la doctrine qui a vu dans « *Cassis de Dijon* » une expression du principe de reconnaissance mutuelle. Cette inférence est correcte, mais elle ajoute à l'arrêt. Dans l'arrêt *Commission c/ Italie*, qui fait déjà jurisprudence (15), la Cour reprend à son compte cette association en indiquant qu'il ressort d'une jurisprudence constante « que l'article 28 CE [désormais article 34 TFUE] reflète l'obligation de respecter les principes de non-discrimination et de reconnaissance mutuelle des produits légalement fabriqués et commercialisés dans d'autres Etats membres, ainsi que celle d'assurer aux produits communautaires un libre accès aux marchés nationaux » (16). Ce n'est pas une nouvelle règle de droit, mais un pas lexical vers une approche commune à toutes les libertés de circulation.

Pour en revenir à la trilogie retenue par la Cour, l'important n'est pas qu'elle soit logiquement redondante, mais qu'elle soit différente d'une autre trilogie, qui aurait également été concevable, au regard des réglementations en cause dans les affaires *Commission c/ Italie* et *Mickelsson et Ross*. Cette trilogie délaissée aurait consisté à distinguer trois catégories de mesures indistinctement applicables, selon l'objet de la mesure nationale : les mesures relatives aux modalités de vente (exclues du champ d'application de l'article 34 TFUE depuis l'arrêt *Keck*), les mesures relatives aux produits (auxquelles s'applique notamment les règles posées dans l'arrêt « *Cassis de Dijon* »), et les mesures relatives à l'usage des produits, en cause dans les deux espèces. Cette solution aurait eu au moins deux inconvénients. Sur le plan pratique, il n'est pas du tout certain que l'ajout d'une troisième catégorie aux deux précédentes suffise à couvrir le champ des possibles (17). Consacrer différents régimes selon l'objet de la mesure suscite des difficultés évidentes pour les mesures mixtes, qui régissent par exemple à la fois la composition des produits et leur usage. Sur le plan théorique, la distinction de plusieurs régimes selon l'objet de la mesure nationale aurait accentué la sin-

(12) *Commission c/ Italie*, préc., point 37 ; repris dans *Mickelsson et Ross*, préc., point 24.

(13) Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt CJCE 20 févr. 1979, 120-78 (« *Cassis de Dijon* »), JO 1980 C 256, p. 2-3.

(14) Communication préc., p. 2.

(15) CJCE 10 sept. 2009, *Commission c/ Belgique*, C-100/08, non encore publié au Recueil, points 80 à 82.

(16) *Commission c/ Italie*, préc., point 34. Nous soulignons.

(17) D'autres inconvénients de l'approche typologique sont soulignés par l'avocat général Bot, dans ses conclusions sous l'arrêt *Commission c/ Italie*, préc., spéc. point 79.

gularité du domaine de la libre circulation des marchandises et éloigné la perspective d'une conception commune de la notion d'entrave (18).

Pour ces raisons sans doute, la Cour ne s'est pas engagée dans la poursuite de nouvelles catégories ni dans la consécration de nouvelles présomptions. La catégorisation des mesures selon leur objet, telle qu'issue de l'arrêt *Keck* est maintenue – les mesures relatives aux modalités de vente continuent d'être appréhendées selon les critères de l'arrêt *Keck* avant comme après l'arrêt *Commission c/ Italie* (19) – mais elle n'est pas développée. On peut dire que l'arrêt *Commission c/ Italie* autorise la construction doctrinale selon laquelle, dans le champ d'application de l'article 34 TFUE, quel que soit l'objet de la mesure non discriminatoire en cause, c'est le critère d'accès au marché qui permet de caractériser une entrave. Encore une fois, ce n'est pas un véritable changement, puisque le critère posé dans l'arrêt *Keck* pour qu'une mesure relatives à des modalités de vente entre dans le champ d'application de l'article 34 TFUE – la mesure affecte-t-elle davantage, en droit ou en fait, les opérateurs d'autres Etats membres ? – était déjà un critère d'accès au marché. C'est une reformulation unifiante.

La difficulté liée au critère de l'accès au marché n'est pas nouvelle. Elle tient au fait que sa mise en œuvre demande une évaluation de l'effet de la mesure considérée. Certes, il est de jurisprudence constante depuis l'arrêt *Dassonville* qu'un effet potentiel est suffisant et qu'il n'est pas nécessaire de démontrer un effet actuel sur les échanges. Il n'en reste pas moins que, même s'il s'agit d'une exigence de motivation plus que de preuve, l'effet restrictif doit être démontré. A cet égard, les affaires *Commission c/ Italie* et *Mickelsson et Ross* illustrent un dilemme plus général, qui n'est pas nouveau en tant que tel, mais prend un certain relief à propos des mesures d'usage : faut-il exiger une motivation circonstanciée de l'effet restrictif, au risque que l'application de l'article 34 TFUE nécessite des expertises qui compliquent et allongent nécessairement le contentieux ou bien se contenter d'une motivation superficielle au risque de commettre des erreurs, donc de limiter inutilement et sans justification solide la souveraineté réglementaire des Etats membres (20) ?

(18) L'avocat général Bot, dans ses conclusions sous l'arrêt *Commission c/ Italie*, préc., conclut en ce sens que « une approche commune entre ces différentes libertés s'impose au regard, notamment, des exigences liées à la construction du marché unique européen et de l'émergence d'une citoyenneté européenne » (point 118). Il nous semble que c'est plutôt une exigence doctrinale de cohérence et de symétrie qui, à défaut d'imposer une telle approche, la justifie.

(19) Au cours de la période chroniquée (avant l'arrêt *Commission c/ Italie*), on peut signaler un exemple de condamnation d'une mesure relative à des modalités de vente condamnée au motif qu'elle rend l'accès au marché plus coûteux pour les opérateurs établis dans un autre Etat membre que pour les opérateurs établis en Allemagne, V. CJCE 11 sept. 2008, *Commission c/ Allemagne*, C-41/07, Rec. I-6935, spéc. point 35. Pour une application de *Keck* après l'arrêt *Commission c/ Italie*, V. CJCE 30 avr. 2009, C-531/07, *Fachverband der Buch c/ LIBRO*, non encore publié au Recueil, points 18 s.

(20) Pour l'application du test de proportionnalité, qui requiert aussi en principe des analyses factuelles (pour savoir si la mesure restrictive est nécessaire), la Cour n'a pas toujours les mêmes exigences d'appréciation *in concreto*. Cependant par ex. CJCE 26 juin 1997, *Familiapress*, C-368/95, Rec. I-3689, point 31 (directives très précises adressées au juge de renvoi) et CJCE 8 mars 2001, *Gourmet*, C-405/98, Rec. I-1797, point 33 (aucune objection à une analyse superficielle par le juge de renvoi).

Si cette question est particulièrement importante dans le cas des mesures relatives à l'usage des produits, c'est parce que le raisonnement qui lie ces mesures à un effet restrictif passe nécessairement par une analyse du comportement des consommateurs (21). Ainsi, dans l'affaire des bateaux à moteur, l'argument décisif en faveur de la qualification d'entrave était le suivant : si les utilisateurs de tels bateaux ne peuvent naviguer en Suède que sur un nombre très limité de voies navigables, l'intérêt de ces bateaux est très limité. En conséquence, on peut raisonnablement s'attendre à ce que peu de navigateurs établis en Suède portent leur demande sur les bateaux soumis à la limitation d'usage en vigueur. Ce raisonnement suppose que les acheteurs de bateaux à moteur les acquièrent en vue naviguer et c'est là une supposition qui ne heurte pas le bon sens. En ce sens, la Cour n'était pas en présence d'un cas difficile : il était assez clair que la réglementation aurait un effet sur la demande de bateaux du type visé par la réglementation en cause. Cependant, comme l'avait souligné l'avocat général Kokott dans ses conclusions, les réglementations relatives à l'usage des produits sont très nombreuses (22). On peut ajouter qu'elles visent des produits dont l'achat obéit à des logiques complexes. Ainsi, dira-t-on que les limitations de vitesse sur autoroute dissuadent les automobilistes (ou une part significative des acheteurs potentiels) d'acquérir des grosses cylindrées (23) ? Que l'interdiction de fumer sur les lieux de travail limite la demande de cigarettes importées ? Certes, on peut le considérer, puis invoquer des justifications tirées de la sécurité routière ou de la santé publique, puis admettre généreusement le caractère nécessaire de la mesure. Ne serait-il toutefois pas plus indiqué d'être relativement exigeant au stade de la qualification d'entrave, plutôt que de renvoyer vers une analyse téléguidée des justifications ?

L'inconvénient de cette option est qu'elle suppose une appréciation de l'effet des mesures relatives à l'usage des produits sur la demande de ces produits. Cette analyse est simple dans le cas d'une mesure interdisant l'usage d'un produit, comme c'était le cas dans l'affaire *Commission c/ Italie*, ou dans le cas d'une mesure limitant drastiquement l'usage qui peut être qualifié d'inhérent au produit, comme dans l'affaire *Mickelsson et Ross*. Il peut en revanche être plus complexe dans le cas de mesures restreignant de manière plus limitée l'usage inhérent d'un bien ou de mesures restreignant significativement un seul usage d'un bien qui peut en avoir plusieurs. La notion d'usage inhérent pourrait également donner lieu à des discussions. Doit-elle s'apprécier en considérant un bien générique (les voitures) ou un bien spécifique (les voitures puissantes) ? Les limitations de vitesse limitent certes l'usage inhérent des voitures (puissantes ou non), mais est-il certain que les acheteurs de voitures puissantes les choisissent pour leur vitesse ? N'est-il pas tout aussi vraisemblable que les acheteurs de ces voitures les choisissent, qui pour pouvoir entendre, derrière le son du piano, le murmure de Glenn Gould sur l'autoroute, qui pour susciter l'admiration et peut-être l'envie de ses connaissances, qui par ce qu'il considère que c'est un

(21) *Commission c/ Italie*, préc., point 56 ; *Mickelsson et Ross*, préc., point 24.

(22) Concl. av. gén. Kokott sous l'arrêt *Mickelsson et Ross*, préc., point 45.

(23) Cet exemple est avancé par l'avocat général Kokott pour appuyer l'analogie qu'elle propose entre règles d'usage et règles relatives à certaines modalités de vente. Selon elle, les deux types de règles ont en commun que leur impact sur la vente d'un produit est indirect (point 53) et qu'elles n'ont normalement pas pour objet de régir les échanges de marchandises entre les Etats membres (point 54).

attribut du statut qu'il occupe ou auquel il aspire ? Si l'une, l'autre ou toute combinaison de ces hypothèses correspond à la réalité, la limitation de vitesse sur les autoroutes n'a aucune prise sur la demande de voitures puissantes, car elle n'interfère pas avec les déterminants spécifiques de cette demande.

Peut-on exiger des juges ce type d'analyse empirique, aussi psychologique qu'économique ? Peut-être pas. À cet égard, l'avocat général Bot souligne ainsi avec beaucoup de clarté que l'appréciation de l'effet de la réglementation relève d'une analyse *in concreto* (24), mais qu'elle « ne devrait pas entraîner d'appréciation économique complexe » (25). Il serait effectivement déraisonnable de sonder l'inconscient des consommateurs pour qualifier une réglementation nationale de mesure d'effet équivalent. En revanche, la Cour pourrait formuler des exigences de motivation qui relèvent de la logique. Ainsi, pour qu'une mesure ait un effet restrictif sur les importations à raison de son effet probable sur la demande, il faudrait selon nous s'assurer que l'effet postulé ne concerne pas uniquement une catégorie minoritaire de consommateurs, au sens de catégorie responsable d'une fraction insignifiante de la demande. Ceci paraît évident, mais il n'est pas certain que, par le passé, la Cour ait toujours tenu compte de cette considération (26). Cela rejoindrait du reste une exigence qui fait partie du cadre commun d'analyse des entraves, à savoir celle que l'effet ne soit pas trop indirect, éventuel ou aléatoire (27).

2. Entrave non discriminatoire à l'exportation : élément d'unification du régime des MEERQ

L'article 35 TFUE (ex art. 29 CE) a fait l'objet d'une attention inhabituelle durant la période chroniquée, principalement à cause de l'arrêt *Gysbrechts* (28) qui marquerait, selon une partie de la doctrine, un important revirement de jurisprudence (29). Traditionnellement en effet, l'article 35 TFUE est considéré comme n'interdisant que les mesures discriminatoires aux exportations, les mesures indistinctement applicables demeurant en dehors de son champ d'appli-

(24) Concl. av. gén. Bot sous l'arrêt *Commission c/ Italie*, préc., point 113.

(25) Concl. av. gén. Bot sous l'arrêt *Commission c/ Italie*, préc., point 116.

(26) Dans le domaine du droit de la concurrence, où l'analyse est en principe plus approfondie que dans celui du marché intérieur, V. CJCE 14 févr. 1978, *United Brands c/ Commission*, 27/76, Rec. 207, point 31, où la Cour qualifie les enfants, les vieillards et les malades de « catégorie importante de la *population* » (nous soulignons) sans vérifier si une part significative des bananes est achetée pour être consommée par ces consommateurs particulièrement sensibles à ses qualités de texture molle et d'épluchage facile, ce qui impliquerait que ces consommateurs sont responsables d'une part significative de la *demande*.

(27) V. not. CJCE 7 mars 1990, *Krantz*, C-69/88, Rec. I-583, point 11 (libre circulation des marchandises) ; CJCE 22 juin 1999, *ED Srl c/ Italo Fenocchio*, C-412/97, Rec. I-3845, point 11 (libre circulation des marchandises) ; CJCE 27 janv. 2000, *Graf*, C-190/98, Rec. I-493, point 25 (libre circulation des travailleurs).

(28) CJCE 16 déc. 2008, *Gysbrechts et Santurel*, C-205/07, Rec. I-9947, note A. Dawes, RDUE 1/2009. 139-142 ; A. Rigaux, Nouvelle définition des mesures d'effet équivalent à l'exportation, Europe, 2009, n° 2, comm. 77 ; S. Rodrigues, Chronique de jurisprudence communautaire. Marché intérieur – Marchandises, Services et Capitaux (2007-2008), Cah. dr. eur. 2009/1. 230 et A. Defossez, Arrêt *Gysbrechts* : le droit de rétractation du consommateur face au droit communautaire, RED consom. 2-3/2009. 549 s.

(29) Sur ce débat, V. A. Defossez, L'histoire d'une divergence et d'une possible réconciliation : l'article 29 CE, Cah. dr. eur. 2009/3-4. 409-461.

cation (30). L'arrêt *Gysbrechts* semble remettre en cause cette singularité, tout d'abord par l'interprétation inédite apportée à la définition des mesures d'effet équivalent aux exportations et, ensuite, en admettant, dans cette affaire, l'invocation d'exigences impératives (31).

Comme souvent, le litige qui a donné lieu à ce qui sera peut-être considéré comme un grand arrêt, était assez banal. M. Gysbrechts, gérant de la société Santurel, spécialisée dans la vente en ligne de compléments alimentaires, était poursuivi par l'inspection économique belge, suite à un litige avec un client français, pour la non conformité de ses conditions générales de vente avec la loi belge sur les pratiques de commerce (32). En effet, ce vendeur exigeait que l'acquéreur, fut-il un consommateur, lui communique dès la passation de la commande son numéro de carte de crédit. Or, la loi belge interdit la perception de tout acompte durant le délai de rétractation reconnu au consommateur et cette interdiction est interprétée comme emportant interdiction pour le commerçant de demander, durant ce même délai, communication d'un numéro de carte de crédit.

L'avocat général dans cette affaire avait conclu à la conformité de la loi belge avec l'article 35 TFUE, en tout cas en application de la jurisprudence traditionnelle (33). En effet, indistinctement applicable, la mesure ne pouvait être qualifiée de mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative aux exportations. La Cour en a pourtant jugé autrement. Au terme d'un raisonnement pour le moins elliptique, elle conclut à la conformité de l'interdiction de percevoir un acompte durant le délai de rétractation, mais considère en revanche que l'interprétation de cette interdiction comme emportant également interdiction de demander un numéro de carte de crédit est disproportionnée par rapport à l'objectif de protection du consommateur.

Formellement, la Cour se réfère à sa jurisprudence traditionnelle. Elle rappelle ainsi que « ont été qualifiées de mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'exportation les mesures nationales qui ont pour objet ou pour effet de restreindre spécifiquement les courants d'exportation et d'établir ainsi une différence de traitement entre le commerce intérieur d'un Etat membre et son commerce d'exportation, de manière à assurer un avantage particulier à la production nationale ou au marché intérieur de l'Etat intéressé, au détriment de la production ou du commerce d'autres Etats membres » (34). Mais, alors que cette formulation avait été considérée jusqu'alors comme excluant les mesures indistinctement applicables du champ d'application de l'article 35 TFUE, la Cour en propose une relecture originale. Elle considère en effet que « même si une interdiction, comme

(30) CJCE 8 nov. 1979, *Groenveld*, 15/79, Rec. 3409, note R. Kovar ; JDI 1981. 111 et note W. Alexander, CML Rev. 1980. 279.

(31) En effet, des mesures discriminatoires, les seules à être appréhendées par l'article 35 TFUE, ne peuvent normalement pas être justifiées par de telles exigences, même si ce principe tend à s'éroder. Sur ce point, V. *infra* II, A.

(32) L. du 14 juill. 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, Moniteur Belge, 29 août 1991, p. 18712 modifiée à de nombreuses reprises et dont une version consolidée est disponible sur le site www.moniteur.be.

(33) Concl. av. gén. Trstenjak, sous CJCE *Gysbrechts et Santurel*, C-205/07, non encore publiées au Recueil. C'est uniquement au prix d'une révision de la jurisprudence antérieure que l'avocat général concluait que l'interdiction de percevoir un acompte était conforme à l'article 35 TFUE, mais que son interprétation englobant l'interdiction de demander communication d'un numéro de carte de crédit ne l'était pas.

(34) Arrêt *Gysbrechts*, préc., point 40.

celle en cause au principal, est applicable à tous les opérateurs agissant sur le territoire national, elle affecte toutefois en fait davantage la sortie des produits du marché de l'Etat membre d'exportation que la commercialisation des produits sur le marché national dudit Etat membre » (35).

Si dans son expression, la formule rappelle assurément l'arrêt *Keck*, sa portée est débattue en doctrine, certains y voyant une refondation totale de la définition des mesures d'effet équivalent (36), d'autres considérant au contraire que l'approche traditionnelle de la Cour y est pour l'essentiel préservée (37). Le débat ne sera sans doute pas clos avant que la Cour n'apporte des précisions, d'une part, sur la notion de « sortie du marché » – s'agit-il d'un équivalent du critère d'accès au marché qui paraît s'affirmer dans le cadre de l'article 34 TFUE ? – et, d'autre part, sur la notion d'affectation plus importante en fait des exportations que des ventes internes – s'agit-il de la réintroduction d'un test de discrimination ou d'une formulation spécifique à l'article 34 TFUE du test de sortie du marché ? La motivation particulièrement brève de la Cour n'aide pas à trancher définitivement ces questions. Quelques remarques générales peuvent malgré tout être faites. Tout d'abord, ce laconisme de la Cour tranche avec l'ampleur du raisonnement de l'avocat général. Ainsi, celle-ci avait longuement discuté l'opportunité, dans le cadre d'une extension de la jurisprudence traditionnelle de la Cour, de transposer la jurisprudence *Keck* à l'article 35 TFUE. Force est de constater que la Cour ne dit mot sur cette question. Dans le même ordre d'idée, la Cour ne semble pas répondre, dans son arrêt, aux craintes exprimées par une partie de la doctrine face à une extension de l'emprise de l'article 35 TFUE et au risque de voir toutes sortes de réglementations – essentiellement à caractère social – contestées. L'avocat général proposait ainsi d'exclure du champ d'application de l'article 35 TFUE des mesures n'ayant qu'un effet trop aléatoire et indirect sur la libre circulation, en faisant application d'une jurisprudence antérieure de la Cour (38). Là non plus, la Cour ne répond pas à ces inquiétudes. On peut néanmoins considérer qu'il existe deux garde-fous à une telle extension. En premier lieu, cette jurisprudence relative à l'effet indirect et aléatoire d'une mesure, bien que d'application relativement rare, n'a jamais été désavouée par la Cour et demeure donc d'actualité. En second lieu, le fait que la Cour exige la démonstration du fait que la mesure affecte davantage la sortie du marché que la commercialisation nationale la prémunit sans doute également contre une extension incontrôlée du champ d'application de l'article 35 TFUE.

A la lecture de ces arrêts, force est de constater que la notion d'entrave, si fondamentale pour le droit du marché intérieur, laisse encore place à des incertitudes assez nombreuses, et ce même dans le domaine historiquement premier de la libre circulation des marchandises. Il faut souhaiter que la Cour poursuive, de manière peut être plus radicale, l'œuvre de consolidation et d'unification de sa jurisprudence dont on sent les prémices dans les arrêts commentés.

(35) Arrêt *Gysbrechts*, préc., point 43.

(36) A. Rigaux, note préc.

(37) Selon la Commission européenne, « l'approche globale » de la Cour depuis *Groenveld* est ainsi maintenue, c'est-à-dire que la Cour se concentre sur les législations ayant un effet spécifique sur les exportations et établissant une différence de traitement avec les produits nationaux. V. Commission Staff Working Document, Free Movement of Goods – Guide to the application of Treaty provisions governing Free Movement of Goods (Articles 28-30 EC), SEC(2009) 673 final, p. 35-36 et S. Rodrigues, chron. préc.

(38) V. *supra* note 29.

B. — Aspects particuliers

1. Libre circulation des marchandises : taxation interne (art. 110 TFUE)

Au cours de la période chroniquée, une seule décision a été rendue sur la question de la compatibilité d'une taxation interne avec les règles pertinentes du droit communautaire (39). La Commission européenne reprochait à la Finlande son système de droit à déduction de la taxe sur les véhicules automobiles (« ELV »). L'ELV est jugée constituer une taxe discriminatoire au sens de l'article 110 TFUE, § 1, car cette taxation est calculée différemment, et aboutit à une imposition différente, selon qu'elle frappe un véhicule d'occasion importé d'un autre Etat membre par un particulier non assujéti à la TVA ou un véhicule similaire se trouvant déjà sur le marché finlandais à la suite d'une importation réalisée par un assujéti dans le cadre de son activité soumise à la TVA ayant bénéficié du droit à déduction de l'ELV (40).

La Commission reprochait également à la Finlande la règle selon laquelle la valeur d'un véhicule ne baisse pas au cours des trois premiers mois, avançant que la dépréciation d'un véhicule commence dès que celui-ci a été acquis ou mis en service. Cette règle de non-dépréciation est également jugée discriminatoire par la Cour (41), qui rejette en outre la demande de la Finlande de voir les effets de cet arrêt limités dans le temps (42).

2. Libre circulation des capitaux (art. 63 TFUE s.)

La libre circulation des capitaux ne concerne pas uniquement la déduction des dividendes et autres astuces comptables d'entreprises transnationales (43). En effet, cette liberté peut également avoir un lien bien plus étroit avec la vie quotidienne des citoyens européens. Ainsi, lorsque M. Persche, citoyen allemand, fit

(39) CJCE 19 mars 2009, *Commission c/ Finlande*, C-10/08, non encore publié au Recueil, note A. Rigaux, Europe, 2009. comm. 202.

(40) *Commission c/ Finlande*, préc., point 31. La Cour considère également que la Finlande a manqué à ses obligations découlant de l'article 17, § 1 et 2, de la sixième directive 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, p. 1-40), repris aux articles 167 et 168 de la directive 2006/112/CE du Conseil, du 28 nov. 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée (JOUE L 347, p. 1-118).

(41) *Commission c/ Finlande*, préc., points 40 à 45. La Cour rejette par contre le recours de la Commission s'agissant des règles de dépréciation des véhicules âgés de trois à six mois. En effet, ces règles s'appliquent en l'absence de véhicules similaires sur le territoire finlandais. Dès lors, la Commission n'a pas établi l'existence d'un produit « similaire » dans ce cas, condition d'application de l'article 110, § 1, TFUE.

(42) La Finlande n'a pas réussi à établir « une incertitude objective et importante quant à la portée de l'article 90, premier alinéa, CE », une des deux conditions nécessaire, et d'interprétation stricte, pour que la Cour accepte de limiter l'effet dans le temps d'un de ses arrêts (V. sur ces questions A. Defossez et N. Petit, L'effet des arrêts de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes in G. de Leval et F. Georges (dir.), L'effet de la décision de justice. Contentieux européens, constitutionnel civil et pénal, Liège, Anthémis, CUP, vol. 102, mai 2008, p. 45 à 118, spéc., 88-91).

(43) Sur ce point au cours de la période chroniquée, on peut signaler CJCE 17 sept. 2009, *Glaxo Wellcome*, C-182/08 (application de la jurisprudence exposée dans la dernière livraison de cette chronique, RTD eur. 2009. 542 s.).

un don (en nature) d'environ 18 000 € à une association caritative portugaise, il n'imaginait pas que cet acte entraînerait de si nombreuses conséquences (44). Entendant bénéficier des dispositions fiscales allemandes qui prévoient la déductibilité fiscale de ces dons, il fit une demande en ce sens à son administration nationale. La déduction lui est refusée au motif que seuls les dons faits à des associations situées sur le territoire de la République fédérale peuvent en bénéficier. L'administration fiscale allemande avait en outre considéré qu'il n'avait pas fourni une attestation de don conforme aux prescrits du droit allemand. L'attestation était cependant suffisante au regard du droit portugais, ce qui s'est révélé important.

Dans le cadre du litige opposant le donateur établi en Allemagne à l'administration fiscale de cet Etat, plusieurs questions préjudicielles furent posées à la Cour relatives à l'interprétation des articles 63 TFUE et suivants (ex art. 56 CE s.). La première concernait le champ d'application de la libre circulation des capitaux : les dons en nature relèvent-ils de cette liberté de circulation ? La Cour considère que tel est bien le cas. Le Traité étant muet sur la définition de la notion de « capitaux », elle se réfère à la nomenclature établie dans la directive 88/361 (45), et plus précisément à ses dispositions relatives aux legs et donations, pour en déduire qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les opérations effectuées en espèces et celles faites en nature.

La seconde question portait, en substance, sur la possibilité pour une législation d'un Etat membre de n'accorder le bénéfice de la déduction fiscale qu'aux dons effectués en faveur d'organismes d'intérêt général établis sur le territoire national. Comme on pouvait s'y attendre, la Commission européenne et les Etats membres intervenants dans cette affaire divergent sur l'interprétation à donner à cet égard à l'article 63 TFUE. Si la Commission considère que cette législation viole ce texte, les Etats intervenants considèrent pour leur part qu'elle est justifiée eu égard l'objectif de sauvegarde de l'effectivité des contrôles fiscaux.

La Cour suit quant à elle le raisonnement de son avocat général. Elle relève, avec lucidité ou cynisme selon le point de vue, « que la possibilité d'obtenir une déduction fiscale est susceptible d'influer de façon significative sur l'attitude du donateur, la non-déductibilité en Allemagne des dons versés à des organismes reconnus d'intérêt général lorsqu'ils sont établis dans d'autres Etats membres est de nature à affecter la disponibilité des contribuables allemands à effectuer des dons à leur profit » (46). La législation allemande, en limitant cette possibilité, constitue donc une entrave à la liberté de circulation.

Le schéma de raisonnement suivi pour qualifier l'entrave est ici tout à fait parallèle à celui qui a été décrit dans le champ de la libre circulation des marchandises (47). De même qu'une réglementation sur l'usage doit, pour constituer une entrave, influencer sur la demande des biens en cause, de même ici la réglementation fiscale doit influencer sur les comportements de don (mais cela vaudrait aussi pour des comportements d'investissement).

(44) CJCE 27 janv. 2009, *Persche*, C-318/07, non encore publié au Recueil.

(45) Dir. 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité, JOCE L 178, p. 5-18.

(46) *Persche*, préc. point 38.

(47) *Supra* I. A. 1.

3. Libre prestation de services (art. 56 s. TFUE)

La période chroniquée marque l'échéance du délai de transposition de la directive dite « services » (48). Il est évidemment encore tôt pour évaluer l'impact que celle-ci aura sur la libéralisation des échanges. Celui-ci est d'autant plus incertain que de nombreux Etats n'ont pas, pour l'heure, effectué une transposition satisfaisante de ce texte (49). Dans ce cadre, seule la Commission européenne pourra, par le biais de recours en manquement, éviter une mise en œuvre à géométrie variable de cet important instrument. D'ici là, l'activité jurisprudentielle en matière de services reste intense. Ainsi, de nombreuses mesures nationales ont été qualifiées d'entraves durant la période chroniquée. Toutes ne méritent toutefois pas de longs développements.

Ainsi, dans l'affaire *Commission c/ Espagne* la Cour a considéré, sans surprises, qu'une loi espagnole n'exonérant pas les revenus de loterie étrangère (50), mais bien les revenus de loterie espagnole, constituait une entrave discriminatoire à la libre prestation de services (51). Toutefois, dans son recours, la Commission entendait faire condamner l'Espagne pour la discrimination subie par tous les organisateurs de paris et de loteries, quelle que soit leur statut et les objectifs poursuivis. La Cour n'a pas suivi la Commission sur ce point, considérant, au contraire, que seules étaient discriminées les entités étrangères se trouvant dans une situation comparable aux entités espagnoles bénéficiant de l'exonération fiscale (52). On le voit, malgré les progrès du marché intérieur, certaines législations de nature discriminatoire, un critère peut-être trop rapidement considéré comme désuet, demeurent.

II. – JUSTIFICATIONS

Deux catégories de justifications peuvent être distinguées dans la jurisprudence de la Cour. D'une part, les justifications expresses du traité et, d'autre part, les justifications tirées d'exigences impératives ou raisons impérieuses d'intérêt général. Avant de relever quelques exemples d'applications de ces diverses catégories au cours de la période chroniquée (B), il faut souligner les développements qui se rapportent à leurs champs d'application respectifs (A).

(48) Dir. 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE L 376, 27 déc. 2006, p. 36-68.

(49) V. Note d'information de la Commission au Conseil Compétitivité des 1^{er} et 2 mars 2010, disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/news_fr.htm (28 févr. 2010).

(50) CJCE arrêt du 6 oct. 2009, *Commission c/ Espagne*, C-153/08, non encore publié au Recueil, points 37 s. et note V. Michel, Europe, 2009. comm. 454.

(51) *Commission c/ Espagne*, préc., point 34.

(52) Étaient exonérés « Les gains issus des loteries et des paris organisés par l'organisme public *Loterías y Apuestas del Estado* [organisme public national des loteries et des paris] et par les organes ou les entités des communautés autonomes, ainsi que les gains des tombolas organisées par la Croix-Rouge espagnole et des types de jeux autorisés à l'*Organización Nacional de Ciegos Españoles* [organisation nationale des aveugles espagnols] » (point 4).

A. — Champ d'application des diverses catégories de justification

D'après une jurisprudence établie de longue date, que ce soit dans le cadre de la libre circulation des marchandises (53) ou de la libre prestation de services (54), les exigences impératives et raisons impérieuses d'intérêt général ne peuvent être invoquées pour justifier des mesures discriminatoires. Elles jouent uniquement lorsque la mesure étatique dont la compatibilité avec le droit du marché intérieur a été mise en question est de nature indistinctement applicable, c'est-à-dire lorsqu'elle s'applique de la même manière tant aux produits ou services nationaux qu'aux produits ou services importés. La Cour a eu l'occasion de rappeler ce principe durant la période chroniquée s'agissant d'une loi espagnole n'autorisant pas l'exonération fiscale de revenus de loteries étrangères (55).

Toutefois, ce principe a, très tôt, fait l'objet de remises en cause ponctuelles (56). Leur caractère tout à fait exceptionnel ne devait, semble-t-il, pas remettre en cause l'application du principe général, conformément à l'adage selon lequel « l'exception confirme la règle ». Toutefois, au cours de la période chroniquée, ces entorses sont devenues tellement nombreuses que la question de la survie même de ce principe doit être posée (57).

Ainsi, dans les arrêts *Fachverband* (58) et *Commission/Autriche* (59) la Cour a, par deux fois, accepté de justifier une mesure discriminatoire par une exigence impérative. La première affaire opposait le *Fachverband*, autorité autrichienne compétente pour publier les prix de vente au public qui s'imposent aux libraires s'agissant des livres en langue allemande, et LIBRO qui exploite des librairies en Autriche (60). LIBRO, en 2006, avait lancé une campagne de publicité pour des livres importés d'Allemagne à un prix inférieur au prix imposé. Le *Fachverband*

(53) CJCE 11 mai 1989, *Wurmser*, 25/88, Rec. 1105, point 10 et CJCE 25 juill. 1991, *Aragonesa de Publicidad Exterior et Publivia*, C-1/90 et C-176/90, Rec. I-4151, point 13.

(54) CJCE 25 juill. 1991, *Collectieve Antennevoorziening Gouda e.a.*, C-288/89, Rec. I-4007, point 11.

(55) CJCE 6 oct. 2009, *Commission c/ Espagne*, C-153/08, non encore publié au Recueil, points 37 s. et note V. Michel, Europe, 2009. comm. 454.

(56) CJCE 9 juill. 1992, *Commission c/ Belgique* (dit « Déchets Wallons »), C-2/90, Rec. I-4431, points 34 à 36. On relèvera aussi, durant la période chroniquée, l'arrêt *Hartlauer*, préc. où la Cour semble mélanger les deux catégories de justifications en énonçant, au point 46, que « la protection de la santé publique figure parmi les raisons impérieuses d'intérêt général qui peuvent, en vertu de l'article 46, § 1, CE, justifier des restrictions à la liberté d'établissement ».

(57) V. P. Oliver, *Free Movement of Goods in the European Community*, 4^e éd., Londres, Swett & Maxwell, 2003, 8.3-8.10 et Commission Staff Working Document, *Free Movement of Goods – Guide to the application of Treaty provisions governing Free Movement of Goods* (Articles 28-30 EC), SEC(2009) 673 final, p. 42.

(58) CJCE 30 avr. 2009, C-531/07, *Fachverband der Buch c/ LIBRO*, non encore publié au Recueil, note A. Rigaux, Libre circulation des marchandises et prix du livre en Autriche, Europe, 2009. comm. 230.

(59) CJCE 11 déc. 2008, *Commission c/ Autriche*, C-524/07, note A. Rigaux, Europe, 2009. comm. 75.

(60) Le problème du prix fixe n'est pas une nouveauté en droit européen. V. ainsi, en particulier, CJCE 17 janv. 1984, *VBVB et VBBB c/ Commission*, 43/82 et 63/82, Rec. 19 ; CJCE 10 janv. 1985, *Leclerc e.a.*, 229/83, Rec. 1 ; CJCE 23 oct. 1986, *Cognat*, 355/85, Rec. 3231 ; CJCE 14 juill. 1988, *Syndicat des libraires de Normandie*, 254/87, Rec. 4457 ; CJCE 17 janv. 1995, *Publishers Association c/ Commission*, C-360/92 P, Rec. I-23 et CJCE 3 oct. 2000, *Echirrolles Distribution*, C-9/99, Rec. I-8207.

avait alors entamé une procédure judiciaire contre LIBRO, procédure au cours de laquelle la Cour est saisie de plusieurs questions préjudicielles relatives à la loi autrichienne sur le prix imposé du livre. Alors que l'avocat général dans cette affaire avait conclu (61), au terme de son analyse de la loi autrichienne, à son caractère discriminatoire et avait donc exclu la possibilité de justifier celle-ci par une exigence impérative, la Cour conclut, de manière surprenante, en sens inverse. Au terme d'un raisonnement quelque peu alambiqué sur le caractère discriminatoire de la modalité de vente en cause dans cette affaire (62), la Cour accepte d'accueillir la justification avancée par l'Autriche tenant à « la protection du livre en tant que bien culturel » (63). C'est finalement lors de l'analyse de la proportionnalité de la mesure que la loi autrichienne sera considérée comme incompatible avec la libre circulation par la Cour (64).

L'affaire *Commission c/ Autriche* concernait l'importation de véhicules dans ce pays. Une procédure d'autorisation est imposée aux véhicules importés, procédure qui tient compte des niveaux de pollution et de bruit des véhicules. Ces valeurs limites étaient définies dans divers instruments de droit dérivé introduits au cours des années quatre-vingt-dix (65). Or, il était très difficile, sinon impossible, pour certains véhicules de collection anciens (années de construction 70-80) de remplir ces conditions lors de leur importation. Ils n'avaient, de plus, pas pu profiter de la procédure de « réception communautaire », cette procédure étant postérieure à leur date de fabrication (66). Dans le même temps, aucune règle n'oblige les véhicules immatriculés en Autriche et ne respectant pas ces niveaux d'être retirés de la circulation. La Commission européenne voyait donc dans cette procédure d'autorisation une mesure discriminatoire, contraire à l'article 34 TFUE.

La Cour, quant à elle, se contente d'une définition évasive du caractère discriminatoire de la mesure en cause en retenant qu'elle « affecte de façon différente » les véhicules importés et les autres (67). En l'occurrence, tout l'intérêt de cette qualification hasardeuse est de permettre à la Cour d'accueillir l'argument avancé par le gouvernement autrichien, selon lequel la mesure était justifiée à la fois par un objectif de protection de l'environnement (68) – une exigence impérative – et par un objectif de protection de la santé des personnes et des animaux et de préservation des végétaux – des justifications prévues à l'article 36 TFUE. Dans la suite de son raisonnement, la Cour n'examine que les justifi-

(61) Concl. av. gén. Trstenjak sous *Fachverband der Buch c/ LIBRO*, préc., spéc. points 100 s.

(62) V., spéc., arrêt *Fachverband*, préc., points 20 et 21 pour le détail du raisonnement de la Cour.

(63) Arrêt *Fachverband*, préc., point 32.

(64) Arrêt *Fachverband*, préc., point 35.

(65) Dir. 93/59/CEE du Conseil du 28 juin 1993 modif. dir. 70/220/CEE concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux mesures à prendre contre la pollution de l'air par les émissions des véhicules à moteur, JOCE L 186, p. 21-27 et dir. 92/97/CEE du Conseil, du 10 nov. 1992, modif. dir. 70/157/CEE concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au niveau sonore admissible et au dispositif d'échappement des véhicules à moteur, JOCE L 37, p. 1-31.

(66) Arrêt *Commission c/ Autriche*, préc., point 43.

(67) Arrêt *Commission c/ Autriche*, préc., point 51.

(68) Sur le même point, V. déjà l'arrêt « *Déchets Wallons* », préc.

cations tirées de la protection de l'environnement au motif que la protection de l'environnement « englobe » celle de la santé (69).

A la lecture de ces arrêts, il apparaît qu'il n'y a pas, à proprement parler, de revirement (70). Formellement, le principe demeure : une mesure discriminatoire ne peut normalement pas être justifiée par une exigence impérative ou une raison impérieuse. Lorsqu'il arrive à la Cour de violer ce principe, c'est apparemment toujours en refusant de reconnaître le caractère discriminatoire de la mesure en cause, et ce même lorsqu'il est évident. La Cour qualifie alors de « moins favorable » ou de « différent » le traitement réservé aux produits importés, autant d'euphémismes pour désigner une mesure discriminatoire sans la nommer comme telle. Au fond, ces arrêts donnent l'impression que la Cour cherche à maintenir intact le principe selon lequel les exigences impératives d'intérêt général ne peuvent justifier que des mesures indistinctement applicables, et ce au prix d'une qualification de moins en moins rigoureuse du caractère discriminatoire ou non de la mesure.

B. — Exemples de justifications

Bien que, comme on vient de le voir, la Cour mêle de plus en plus souvent les différentes catégories de justifications, il reste utile, ne serait-ce que pour observer les mouvements de la jurisprudence, de présenter successivement les justifications explicitement mentionnées dans le Traité (1) et celles qui sont tirées d'exigences impératives d'intérêt général (2).

1. Justifications du Traité

Le but n'est pas ici de proposer un relevé exhaustif de l'ensemble des justifications avancées par les parties, mais de mettre en exergue certaines applications originales de ces justifications.

a) Protection de la santé des personnes

Trois affaires importantes ont permis à la Cour de préciser les relations entre les libertés de circulation et la nécessité de sauvegarder la santé publique (71). Les deux premiers arrêts ont été rendus au visa de la liberté d'établissement à

(69) Arrêt *Commission c/ Autriche*, préc., point 56.

(70) Ce serait une lecture possible, mais probablement excessive, de l'arrêt *Gysbrechts*, préc. En effet, la Cour y accueille, de manière inédite, une justification tirée d'une exigence impérative. Or, traditionnellement, ceci n'était pas possible dans le cadre de ce qui était alors l'article 29 CE : celui-ci n'interdisant que les mesures discriminatoires, ce type de justifications n'y avaient normalement pas droit de citer. Dès lors, si l'on considère que l'arrêt *Gysbrechts* n'a pas modifié l'approche traditionnelle de la Cour s'agissant de la notion d'entrave, cela signifierait qu'elle remettrait implicitement en cause les champs d'application respectifs des différentes justifications. S'agissant d'une question aussi importante, une telle lecture paraît trop extrême, surtout au vu de la brièveté du raisonnement de la Cour dans cette affaire. V., sur ce point, A. Defossez, *op. cit.*, Cah. dr. eur. p. 452 s.

(71) CJCE 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes*, C-171/07 et C-172/07, non encore publié au Recueil et CJCE 19 mai 2009, *Commission c/ Italie*, C-531/06, non encore publié au Recueil, note V. Michel, L'épouvantail du tout marché écarté et la santé publique valorisée, Europe, 2009. comm. 271 et D. Simon, Pharmacie, entre marché et santé publique, Europe, 2009. repère 6.

propos de réglementations nationales relatives aux pharmaciens. Ils sont d'autant plus importants que le projet de directive sur les soins de santé semble au point mort. Ces deux affaires reposent sur un cadre factuel essentiellement similaire. En effet, dans les deux cas, il était reproché respectivement à l'Allemagne et à l'Italie leur législation interdisant à des personnes n'étant pas titulaires d'un diplôme de pharmacien d'être propriétaires d'une pharmacie. Ceci n'est en effet pas de règle dans l'Union. Ainsi, dans certains Etats, un non-pharmacien peut être le propriétaire d'une pharmacie dont il délègue la gestion à un pharmacien.

La Cour qualifie, sans surprises, d'entrave les législations en cause : la règle d'exclusion des non-pharmaciens constitue une restriction pour les personnes physiques et morales établies dans d'autres Etats membres puisqu'elle réserve l'exploitation de pharmacies aux seuls pharmaciens, en privant les autres opérateurs économiques de l'accès à cette activité non salariée dans l'Etat membre concerné (72).

Toutefois, une telle mesure est susceptible d'être justifiée par une raison touchant à la protection de la santé publique, justification que la Cour persiste à qualifier de « raison impérieuse d'intérêt général » alors qu'elle se trouve dans le Traité (73). La Cour considère que la volonté d'assurer un approvisionnement en médicaments sûr et de qualité fait partie d'un objectif général de protection de la santé publique. Encore faut-il que les lois allemandes et italiennes soient proportionnées à cet objectif légitime. Pour ce faire, la Cour vérifie si les mesures en cause sont propres à garantir celui-ci et si elles ne vont pas trop loin pour ce faire.

Sur le premier point, la Cour considère que le fait de réserver les pharmacies aux pharmaciens est propre à atteindre un objectif de distribution sûre et de qualité des médicaments. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour souligne tout d'abord le caractère « particulier » des médicaments qui, par leur dangerosité et leur coût pour la société, nécessite qu'ils soient vendus par des personnes offrant toutes les garanties de compétence et d'indépendance à l'égard de pressions mercantilistes. Ensuite, elle souligne le rôle particulier du pharmacien qui, bien qu'ayant également un objectif lucratif dans la poursuite de ses activités, a surtout une « optique professionnelle » (74). La marge de manœuvre importante dont jouissent les Etats membres en matière de santé publique implique donc qu'une telle mesure nationale soit considérée comme propre à atteindre l'objectif de protection de la santé publique (75).

(72) *Commission c/ Italie*, préc. point 45 et *Apothekerkammer*, préc., point 24.

(73) L'article 36 TFUE vise « la santé [...] des personnes », dont il paraît difficile de distinguer la santé publique (d'où le choix de mentionner ces arrêts dans la présente section). Cependant *Commission c/ Italie*, préc., point 51 et *Apothekerkammer*, préc., point 27.

(74) « Son intérêt privé lié à la réalisation de bénéfices se trouve ainsi tempéré par sa formation, par son expérience professionnelle et par la responsabilité qui lui incombe, étant donné qu'une éventuelle violation des règles légales ou déontologiques fragilise non seulement la valeur de son investissement, mais également sa propre existence professionnelle » *Commission c/ Italie*, préc., point 61 et *Apothekerkammer*, préc., point 37.

(75) Dans l'affaire *Commission c/ Italie*, préc., points 65 s. et *Apothekerkammer*, préc., points 43 s., la Cour est confrontée à un argument tenant à la possibilité pour des héritiers de continuer l'exploitation d'une pharmacie et qui serait une preuve de l'incohérence de la mesure. La Cour écarte cet argument au motif principal que cette possibilité est très temporaire, les héritiers étant tenus de transférer rapidement les droits d'exploitation à un pharmacien. De plus,

Sur le second point, la Cour ne considère pas plus que les lois nationales italiennes et allemandes aillent trop loin dans la protection de cet objectif au détriment de la libre circulation. En effet, au vu, encore une fois, de la marge de manœuvre étendue reconnue aux Etats membres en matière de protection de la santé publique, il leur est possible de considérer que « l'indépendance professionnelle des pharmaciens [serait méconnue] dans la pratique, étant donné que l'intérêt d'un non-pharmacien à la réalisation de bénéfices ne serait pas modéré d'une manière équivalente à celui des pharmaciens indépendants et que la subordination de pharmaciens, en tant que salariés, à un exploitant pourrait rendre difficile pour ceux-ci de s'opposer aux instructions données par cet exploitant » (76). Autrement dit, un Etat membre peut parfaitement considérer que d'autres systèmes de délivrance de médicaments, qui existent dans d'autres pays européens, ne sont pas suffisamment protecteurs de la santé publique. Partant, les mesures italiennes et allemandes ne vont pas trop loin pour protéger la santé publique.

Ces deux arrêts de la Cour sont étonnamment catégoriques. Alors que la Cour a été (parfois vertement) critiquée pour avoir détricoté, au nom de la libre prestation de services et de la liberté d'établissement, le système social de pays nordiques (77), elle semble ici, au contraire, très soucieuse de protéger le « modèle médical » de certains Etats membres. La grande marge de manœuvre dont jouissent les Etats membres dans ce domaine n'explique pas tout. Ces arrêts, à rapprocher de certains précédents (78), marquent semble-t-il la volonté de la Cour de ne plus apparaître comme l'institution de secours de la libéralisation. Là où les Etats membres ne trouvent pas de solutions, il n'appartient pas à la Cour de pousser l'Union sur la voie de la libéralisation mais de laisser le législateur trouver un compromis. On peut toutefois regretter que cette interprétation généreuse soit à géométrie largement variable : selon le secteur concerné, le droit social ou la santé, la Cour ne prend pas le même luxe de précautions. Des commentateurs mal intentionnés et appartenant au courant du *legal realism* pourraient penser que les juges sont sociologiquement plus sensibles aux soins hospitaliers qu'aux conquêtes sociales. Pour notre part, nous soulignons qu'il paraît difficile de consacrer une hiérarchie dans la légitimité respective des objectifs de protection de la santé et de protection sociale.

Toutefois, même dans le domaine de la santé, la Cour de justice souffle le chaud et le froid. En effet, dans un arrêt *Hartlauer* (79), la Cour a-t-elle considéré, à l'aune du principe de proportionnalité, qu'une exigence d'autorisation préalable à l'établissement de polyclinique dentaire en Autriche ne pouvait être justifiée par une raison touchant à la protection de la santé publique. La Cour

dans l'affaire *Commission c/ Italie*, le reproche d'incohérence visait aussi l'autorisation du système des pharmacies communales. La Cour considère ici que la Commission n'a pas démontré en quoi le système des pharmacies communales « [risque] de se laisser guider par un objectif commercial particulier et d'exploiter les pharmacies communales au détriment des exigences de la santé publique » (point 75, V. également points 98 s.).

(76) *Commission c/ Italie*, préc., point 84.

(77) V. nos commentaires, et les réf. citées, sur les arrêts *Laval* et *Viking*, cette chron., RTD eur 2009. 511 s.

(78) CJCE 13 mars 2008, *Doulamis*, C-446/05, Rec. I-1377, note A.-L. Sibony, JDE 2008. 173-175.

(79) CJCE 10 mars 2009, *Hartlauer*, C-169/07, non encore publié au Recueil.

souligne ici l'incohérence des autorités autrichiennes, qui soumettent l'établissement de polycliniques à un système d'autorisation mais qui, dans le même temps, autorisent sans plus de conditions l'établissement de cabinets de groupe. Dès lors, cette réglementation ne poursuit pas de manière cohérente et systématique les objectifs invoqués. De plus, la Cour souligne le manque de transparence des critères à remplir pour obtenir cette autorisation : ils varient en effet selon la région concernée. Par conséquent, le régime d'autorisation administrative préalable n'est pas fondé sur une condition claire qui serait susceptible d'encadrer suffisamment l'exercice, par les autorités nationales, de leur pouvoir d'appréciation. On le voit, même lorsqu'une marge de manœuvre importante est reconnue aux Etats membres, la Cour ne renonce pas complètement à tout contrôle. Ceci n'est hélas pas de nature à faciliter le travail d'évaluation de la conformité du droit national au droit européen.

b) Protection de la santé des animaux

L'affaire *Commission c/ Pays-Bas* concernait la procédure d'autorisation imposée par les Pays-Bas pour l'ensemencement d'huîtres et de moules (80). Il apparaissait que les espèces indigènes aux Pays-Bas qui provenaient d'autres Etats membres étaient toujours soumises à cette procédure, alors que l'ensemencement de telles espèces provenant des Pays-Bas n'était soumis à celle-ci que dans certains cas. Les Pays-Bas cherchaient à justifier cette différence de traitement par un souci de protection de la santé des animaux, et, plus précisément par le maintien de la biodiversité et la conservation des espèces halieutiques dans l'intérêt de la pêche (81). La Cour, tout en admettant la légitimité de cet objectif, considère toutefois la mesure en cause disproportionnée. Les Pays-Bas ne sont en effet pas parvenus à démontrer, la charge de cette preuve leur incombant, en quoi ce système d'autorisation était apte à et nécessaire pour atteindre cet objectif.

c) Exception tirée de l'exercice de l'autorité publique

L'exception tirée de l'exercice de l'autorité publique est commune à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services. Elle est prévue aux articles 51 et 62 TFUE (ex art. 45 et 55 CE), qui rendent les dispositions relatives à ces deux libertés de circulation inapplicables aux activités participant dans un Etat, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique.

Dans une affaire *Commission c/ Portugal* (82), la Cour a condamné une réglementation portugaise régissant les organismes de contrôle technique des véhicules. Le régime d'autorisation préalable mis en place par cette réglementation est considéré comme une entrave au motif que l'un des critères que doivent remplir les organismes candidats – le critère dit d'intérêt public – est formulé en des termes qui réservent un pouvoir discrétionnaire aux autorités nationales chargées de donner l'agrément. Conformément à sa jurisprudence, la Cour juge que, le fait que ce pouvoir puisse être mis en œuvre au détriment des opérateurs établis dans d'autres Etats membres suffit à établir l'entrave (83).

(80) CJCE 4 déc. 2008, *Commission c/ Pays-Bas*, C-249/07, Rec. I-174*.

(81) *Ibid.*, point 40.

(82) CJCE 22 oct. 2009, *Commission c/ Portugal*, C-438/08, non encore publié au Recueil, note L. Idot, *Participation à l'exercice de l'autorité publique*, Europe, 2010. comm. 24.

(83) *Commission c/ Portugal*, point 30.

Pour échapper à une condamnation en manquement, le Portugal invoquait l'exception d'autorité publique. En réponse aux arguments avancés par la Commission sur ce point, la Cour précise que cette exception peut recevoir application que la mesure en cause soit discriminatoire ou qu'elle constitue une entrave non discriminatoire (84). Par ailleurs, la Cour juge que les activités des organismes privés de contrôle technique de véhicules ne relèvent pas de la dérogation prévue à l'article 51 TFUE, car ces organismes agissent sous le contrôle direct d'une autorité publique et n'exécutent que des actes techniques (contrôle) et des actes indissociables de ces derniers (établissement de certificats) (85). Cette solution est en principe valable pour tous les Etats membres, car ce trait de l'organisation du contrôle technique résulte d'une directive d'harmonisation (86).

2. Exigences impératives et raisons impérieuses d'intérêt général

a) Lutte contre la criminalité

Dans un important arrêt *Bwin* (87), la Cour de justice a retenu la justification de lutte contre la criminalité s'agissant du monopole étatique sur les jeux et paris, secteur qui fait l'objet d'une grande attention au niveau européen (88). Cet arrêt retient en effet l'attention pour son application particulièrement compréhensive du principe de proportionnalité.

Les faits de l'affaire sont simples et n'appellent pas beaucoup de commentaires : le Portugal connaît un principe général d'interdiction des jeux de hasard et de paris. Par dérogation, il a toutefois donné une concession à Santa Casa, qui est donc la seule entité autorisée à organiser de telles activités sur son territoire. Or, une société basée à Gibraltar (*Bwin*) propose, à destination du Portugal des jeux de paris sportifs en ligne, de poker et autres jeux de casino. Santa Casa a poursuivi cette société qui a été condamnée à des amendes. Elle les conteste notamment au nom de la libre prestation de services : celle-ci serait incompatible avec une législation nationale sur les jeux et paris donnant un monopole exclusif à une seule société. Sans surprise, la Cour retient la qualification d'entrave de la mesure en cause (89).

C'est sur la justification de la mesure en cause que le raisonnement de la Cour a un intérêt certain. La Cour considère en effet qu'un objectif général de lutte contre la criminalité permet de justifier cette entrave indistinctement applicable à la libre prestation de services.

La réglementation « des jeux de hasard fait partie des domaines dans lesquels des divergences considérables d'ordre moral, religieux et culturel exis-

(84) *Commission c/ Portugal*, point 33.

(85) *Commission c/ Portugal*, points 36 à 45.

(86) Dir. 96/96/CE du Conseil, du 20 déc. 1996, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au contrôle technique des véhicules à moteur et de leurs remorques, JOCE 1997, L 46, p. 1.

(87) CJCE 8 sept. 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin*, C-42/07, non encore publié au Recueil. Pour une analyse plus détaillée, V. l'article de F. Peraldi-Leneuf dans ce numéro.

(88) Outre de nombreux précédents, cette problématique a fait, par exemple, l'objet d'une Résolution du Parlement européen du 10 mars 2009 sur l'intégrité des jeux d'argent en ligne, 2008/2215(INI).

(89) Pour un précédent, V. CJCE 6 nov. 2003, *Gambelli e.a.*, C-243/01, Rec. I-13031, point 54.

tent entre les Etats membres. En l'absence d'une harmonisation communautaire en la matière, il appartient à chaque Etat membre d'apprécier, dans ces domaines, selon sa propre échelle des valeurs, les exigences que comporte la protection des intérêts concernés » ce qui implique qu'une large variété de législations doit également être acceptée et découle nécessairement de cette marge de manœuvre (90).

La Cour se livre malgré tout à un contrôle à l'aune du principe de proportionnalité. Elle considère que la mesure est apte à atteindre un objectif de lutte contre la criminalité et qu'elle ne va pas trop loin pour atteindre cet objectif. Ainsi, Santa Casa est un organisme fiable qui fonctionne dans une stricte dépendance du gouvernement qui exerce une tutelle sur lui. Dès lors, le monopole concédé à Santa Casa est apte à protéger les consommateurs contre la fraude et autres activités criminelles (91) et est également nécessaire afin d'assurer un contrôle efficace.

De manière très étonnante au vu de la jurisprudence classique de la Cour, celle-ci considère notamment que ce secteur ne faisant pas l'objet d'une harmonisation communautaire, « un Etat membre est en droit de considérer que le seul fait qu'un opérateur tel que Bwin propose légalement des services relevant de ce secteur par l'internet dans un autre Etat membre, où il est établi et où il est en principe déjà soumis à des conditions légales et à des contrôles de la part des autorités compétentes de ce dernier Etat, ne saurait être considéré comme une garantie suffisante de protection des consommateurs nationaux contre les risques de fraude et de criminalité, eu égard aux difficultés susceptibles d'être rencontrées, dans un tel contexte, par les autorités de l'Etat membre d'établissement pour évaluer les qualités et la probité professionnelles des opérateurs » (92). Le principe de reconnaissance mutuelle, qui se voyait mis en exergue dans l'affaire italienne des remorques semble ici, au contraire, ignoré (93).

On peut s'interroger sur le sens de cet attendu. Ne remet-il pas précisément en cause la philosophie sous-jacente de la jurisprudence de la Cour, à savoir celle de la prise en compte des obligations auxquelles sont soumises les sociétés dans leur état d'établissement et de la reconnaissance mutuelle ? En matière de paris en ligne (94), la « dangerosité » du secteur justifierait donc l'application d'un principe de « méfiance légitime » à l'égard du sérieux des contrôles effectués dans les autres Etats membres ? Une approche plus orthodoxe n'aurait-elle pas été de demander au juge national de faire un exercice de vérification concret des contrôles effectivement effectués dans le pays d'origine avant de décréter leur ineffectivité ? On se demande toutefois comment la Cour distingue, au cas par cas, les secteurs sensibles, qui justifient une telle marge de manœuvre, de ceux qui ne la justifient pas (95). Au final, c'est à une approche plutôt impressionniste que la Cour semble se livrer. Il faut également noter que

(90) *Bwin*, préc., points 57 et 58.

(91) *Bwin*, préc., point 67.

(92) *Bwin*, préc., point 69.

(93) *Supra* I, A, 1. Pour une discussion plus approfondie concernant le traitement du principe de reconnaissance mutuelle dans l'arrêt *Bwin*, V. l'article de F. Peraldi-Leneuf dans ce numéro.

(94) Le fait que les paris soient « en ligne » paraît avoir fortement influé sur le raisonnement de la Cour (V. point 70).

(95) V., dans le même sens, nos réflexions sur les arrêts « *pharmacies* » de la Cour dans cette chronique (*supra* II, B, 1).

cette conclusion n'est pas remise en cause par l'entrée en vigueur de la directive services, celle-ci excluant les jeux et paris de son champ d'application.

b) Nécessité de sauvegarder l'efficacité des contrôles fiscaux

Dans l'affaire de la déductibilité en Allemagne de dons effectués au profit d'un organisme caritatif portugais (96), l'administration allemande avait refusé de prendre le don en considération également parce que l'attestation produite par le contribuable n'était pas conforme aux exigences en vigueur en Allemagne. A cet égard, la Cour observe que si l'Etat d'imposition est fondé à exiger des justificatifs, en revanche, il ne saurait invoquer la nécessité de préserver l'efficacité des contrôles fiscaux pour justifier une réglementation nationale « qui empêche de manière absolue le contribuable d'apporter de telles preuves » (parce qu'elles ne peuvent être obtenues dans l'Etat du don) (97). Concernant les attestations et vérifications jugées nécessaires par l'administration fiscale, la Cour rappelle en outre, là encore conformément à sa jurisprudence, que les autorités fiscales de l'Etat d'imposition peuvent s'adresser, en vertu de la directive 77/799, aux autorités d'un autre Etat membre pour obtenir tout renseignement qui s'avère nécessaire à l'établissement correct de l'impôt d'un contribuable (98).

c) Défense et promotion de l'une ou plusieurs des langues officielles de l'Etat

Dans l'arrêt *UTECA* (99), la Cour admet, afin de justifier une obligation imposée aux opérateurs de télévision de financer un quota de production dans une langue locale, une exigence impérative tirée de la nécessité de défendre et promouvoir l'une ou plusieurs des langues officielles de l'Etat membre en cause (100).

III. – HARMONISATION

La Cour de justice a eu plusieurs occasions de préciser, durant la période chroniquée, les effets d'une harmonisation quant à la possibilité d'invoquer les règles du traité (A). Elle a du également se pencher sur certaines mesures d'harmonisation à de nombreuses reprises, notamment la directive « médicament » ou la directive sur la qualification professionnelle (101) (B).

(96) CJCE 27 janv. 2009, *Persche*, C-318/07, non encore publié au Recueil. V. *supra* I, B, 4.

(97) *Persche*, préc., point 60.

(98) Dir. 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité, JO L 178, p. 5-18.

(99) CJCE 5 mars 2009, *UTECA*, C-222/07, non encore publié au Recueil.

(100) V., dans le cadre de la libre circulation des travailleurs, CJCE 28 nov. 1989, *Groener*, C-379/87, Rec. 396, point 19.

(101) Nous renvoyons, pour mémoire, à CJCE 30 juin 2009, *Commission c/ Belgique*, C-490/08, non encore publié au Recueil sur la non-transposition de la directive 2005/68 (dir. 2005/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 nov. 2005 relative à la réassurance et modif. dir. 73/239/CEE et 92/49/CEE du Conseil ainsi que les dir. 98/78/CE et 2002/83/CE, JOCE L 323, 9 déc. 2005, p. 1-50).

A. — Effets généraux

L'arrêt *Lidl Magyarország* (102) a été l'occasion de rappeler certains principes relatifs à l'effet d'une harmonisation préalable sur son analyse d'une mesure nationale supposée contraire au droit communautaire. Il s'agissait en l'occurrence d'un litige autour d'une procédure de déclaration de conformité imposée par les autorités hongroises vis-à-vis de certains équipements hertziens (« UC Babytalker 500 ») vendus en Hongrie par la société Lidl, fabriqués en Belgique et sur lesquels le producteur avait apposé un marquage CE. La commercialisation d'équipements hertziens a fait l'objet d'une harmonisation communautaire visant à assurer leur libre circulation dans la Communauté (103). La Cour était interrogée sur la conformité de cette procédure nationale de conformité par rapport au droit communautaire pertinent, sur la question de savoir si un distributeur pouvait être considéré comme un producteur du produit au sens de la directive 2001/95 et, surtout, sur les rapports entre ces directives et les règles du traité relatives à la libre circulation.

Sur le premier point, la Cour énonce, sans surprises, que, en vertu de ces règles d'harmonisation spécifique, « les Etats membres ne peuvent pas exiger d'une personne mettant un équipement hertzien sur le marché de fournir une déclaration de conformité, alors même que le producteur de cet équipement, dont le siège social est situé dans un autre Etat membre, a apposé le marquage « CE » sur celui-ci et a établi une déclaration de conformité pour ce produit » (104).

S'agissant du second point, la lecture de la directive 2001/95 confirme que, « afin de déterminer les obligations spécifiques découlant de la directive 2001/95, il y a lieu de constater qu'une personne qui commercialise un produit ne saurait être considérée comme en étant le producteur que dans les conditions définies par cette directive à son article 2, sous e), et comme en étant le distributeur que dans les conditions définies audit article 2, sous f). Le producteur et le distributeur ne sauraient être liés que par des obligations prévues par la directive 2001/95 pour chacun d'eux respectivement » (105).

Sur la question des rapports entre harmonisation et règles du traité (ici, l'art. 36 TFUE), c'est très utilement que la Cour rappelle que « lorsqu'une question est réglementée de manière harmonisée au niveau communautaire, toute mesure nationale y relative doit être appréciée au regard des dispositions de cette mesure d'harmonisation et non pas de celles des articles 28 CE et 30 CE » (106).

(102) CJCE 30 avr. 2009, *Lidl Magyarország*, C-132/08, nep, note D. Simon, Europe, juin 2009. comm. 231. V. également CJCE, 5 mars 2009, *Commission c/ Espagne*, C-88/07, non encore publié au Recueil : le fait qu'un produit échappe à la qualification de médicament signifie que le régime national mis en place pour sa commercialisation ne relève plus des règles harmonisées mais des dispositions pertinentes du traité.

(103) Dir. 1999/5/CE du Parlement européen et du Conseil, du 9 mars 1999, concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité, JOCE L 91, p. 10-28 et dir. 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 déc. 2001 relative à la sécurité générale des produits JOCE 2002, L 11, p. 4-17.

(104) *Lidl Magyarország*, préc., point 33. Dans le même ordre d'idée, V. nos comm. ci-dessous sur l'arrêt CJCE 16 oct. 2008, *Synthon BV*, C-452/06, Rec. I-7681 s'agissant du secteur pharmaceutique.

(105) *Lidl Magyarország*, préc., point 39.

(106) *Lidl Magyarország*, préc., point 42.

Or, la directive 1999/5 vise, ainsi qu'il ressort de son libellé et de ses objectifs, à une harmonisation complète des questions entrant dans son champ d'application (107). Dès lors, il ne peut plus être question pour la Hongrie de se prévaloir de l'article 30 CE (36 TFUE) pour justifier une restriction à la libre circulation des équipements hertziens marqués du signe « CE ». C'est uniquement si les exigences essentielles prévues par la directive ne sont pas respectées, et selon la procédure établie dans son article 5, qu'un Etat membre pourra éventuellement chercher à justifier une entrave à la libre circulation de tels équipements. Par contre, bien entendu, si un Etat membre invoque, à l'appui d'une restriction, des motifs qui sortent du domaine harmonisé par une directive, il peut alors se référer soit à l'article 36 TFUE, soit à l'une des exigences impératives consacrées par la jurisprudence de la Cour.

Ce qui est valable pour l'importation l'est aussi pour l'exportation. C'est ce qu'illustre l'affaire *Nordiska Dental* (108). Le litige concernait le refus opposé par les autorités suédoises à la société *Nordiska Dental AB* d'obtenir une dérogation à l'interdiction d'exporter du mercure et des composés chimiques contenant du mercure dans le cadre de son activité d'exportation d'amalgames dentaires. Les questions posées par la Cour suédoise saisie du litige porte sur la compatibilité de ce refus par rapport à la directive 93/42/CEE relative aux dispositifs médicaux (109) – en effet, les amalgames dentaires entrent dans le champ d'application de cette directive et portent le marquage CE (110) – et, subsidiairement, de l'article 35 TFUE. En l'occurrence, c'est uniquement sur base de cette directive que la Cour répond (111).

En vertu de cette directive, à partir du moment où un produit porte le marquage CE il peut circuler librement dans l'Union. Celle-ci prévoit, de manière limitative et selon une procédure précise, les cas où ce marquage peut être remis en cause (112). L'Etat qui constate ce risque peut retirer le produit du marché mais doit avertir la Commission (et les autres Etats) et justifier ce retrait.

(107) *Contra* : CJCE 16 déc. 2008, *Gysbrechts et Santurel*, C-205/07, Rec. I-9947. La mesure en cause dans cette affaire, bien qu'entrant dans le champ d'application de la directive 97/7 a été évaluée à l'aune du Traité puisque, « en l'espèce, il ressort que la directive 97/7 n'a pas opéré une harmonisation exhaustive. A cet égard, ainsi que l'article 14, § 1, de ladite directive le prévoit expressément, celle-ci autorise les Etats membres à adopter ou à maintenir, dans le domaine régi par cette directive, des dispositions plus strictes afin d'assurer un niveau de protection plus élevé du consommateur à condition que ce pouvoir soit exercé dans le respect du traité ».

(108) CJCE 19 nov. 2009, *Kemikalieinspektionen c/ Nordiska Dental AB*, C-288/08, non encore publié au Recueil.

(109) Dir. 93/42/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, relative aux dispositifs médicaux, JOCE L 169, p. 1-43.

(110) Art. 17 dir. 93/42/CEE, préc.

(111) *Kemikalieinspektionen c/ Nordiska Dental AB*, préc., point 19 : « ainsi qu'il ressort en particulier de son troisième considérant, la directive 93/42 a pour objectif d'harmoniser les exigences liées à la sécurité et à la protection de la santé en vue de l'utilisation des dispositifs médicaux afin de garantir la libre circulation de ceux-ci sur le marché intérieur ».

(112) *Kemikalieinspektionen c/ Nordiska Dental AB*, préc., point 24 : « En particulier, l'article 8, § 1, de la directive 93/42 impose aux Etats membres ayant constaté des risques pour la santé et/ou la sécurité des patients, des utilisateurs ou, le cas échéant, d'autres personnes, risques liés à des dispositifs médicaux certifiés conformes à cette directive, de prendre toutes les mesures utiles provisoires pour retirer ces dispositifs médicaux du marché et pour interdire ou restreindre leur mise sur le marché ou leur mise en service ».

La Suède considérerait dans cette affaire qu'une mesure de refus d'exportation fondée sur la protection de la santé et de l'environnement est exclue du champ d'application de la directive. La Cour rejette ce raisonnement. Selon elle, « il ne saurait être admis qu'une mesure d'interdiction d'exporter des amalgames dentaires contenant du mercure, telle que celle prévue par la réglementation en cause au principal, puisse être considérée comme exclue du champ d'application de la directive 93/42 au seul motif que, tout en poursuivant un objectif de protection de la santé, elle serait également fondée sur des considérations relatives à la protection de l'environnement » (113). De plus, « il ne ressort pas du dossier que l'interdiction d'exporter en cause au principal aurait été mise en œuvre dans le cadre des dispositions de sauvegarde particulières prévues par la directive 93/42 » et qui ont été rappelées brièvement ci-dessus » (114). Le refus d'exportation est donc contraire à la directive.

B. — Harmonisation sectorielle

1. Secteur pharmaceutique (médicaments)

Encore une fois (115), le secteur des médicaments a fait l'objet de nombreux arrêts durant la période chroniquée. Tous ceux-ci ne sont pas d'égale importance. Certaines questions soulevées ayant déjà fait l'objet de commentaires dans ces colonnes (116), ne méritent pas de nouveaux développements. Nous nous concentrerons donc essentiellement sur deux affaires présentant des problématiques nouvelles.

(113) *Kemikalieinspektionen c/ Nordiska Dental AB*, préc., point 30.

(114) *Kemikalieinspektionen c/ Nordiska Dental AB*, préc., point 32.

(115) V. déjà notre précédente chron. « Marchandises », RTD eur, 2008. 914 s.

(116) V. précédente chron., *ibid.* Ainsi, sur la problématique connue de la définition de la notion de médicament, V. CJCE 30 avr. 2009, *BIOS Naturprodukte*, C-27/08, non encore publié au Recueil et, CJCE 15 janv. 2009, *Hecht-Pharma GmbH*, C-140/07, Rec. I-41. Ces deux arrêts précisent quand un produit doit être considéré comme un médicament « par fonction » au sens de la directive. Dans ces deux affaires, la Cour insiste sur le fait qu'un produit, pour être qualifié de médicament par fonction, doit être capable, compte tenu de son dosage et d'une prise normale, « de restaurer, de corriger ou de modifier des fonctions physiologiques » chez l'homme. V. également, dans le même sens, CJCE 5 mars 2009, *Commission c/ Espagne*, C-88/07, non encore publié au Recueil. Ce dernier arrêt mérite également d'être relevé en ce que la Cour y précise les obligations pesant sur les Etats membres au titre de la décision 3052/95 du Parlement européen et du Conseil, du 13 déc. 1995, établissant une procédure d'information mutuelle sur les mesures nationales dérogeant au principe de libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté (JOCE L 321, p. 1-5). Cette décision est abrogée depuis le 13 mai 2009 par le règlement (CE) n° 764/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juill. 2008 établissant les procédures relatives à l'application de certaines règles techniques nationales à des produits commercialisés légalement dans un autre Etat membre et abrogeant la décision n° 3052/95/CE (JOUE L 218, p. 21-29). Sur cet instrument, V. R. Munoz, Le principe de reconnaissance mutuelle et le règlement 764/2008, RDUE 3/2009. 513-546. Ensuite, sur la problématique touchant à la publicité pour les médicaments, nous renvoyons à CJCE 2 avr. 2009, *Frede Damgaard*, C-421/07, non encore publié au Recueil où la Cour considère que les informations diffusées par M. Damgaard sur son site internet peuvent être considérées comme de la publicité au sens de la directive même si elle est réalisée, en l'occurrence, par un tiers indépendant du producteur du médicament et en dehors d'une activité commerciale ou industrielle.

Dans l'arrêt *Synthon* (117), la Cour était appelée à se prononcer sur la compatibilité d'un refus d'une demande de reconnaissance mutuelle, selon la procédure prévue par la directive 2001/83 (118). Ce refus était opposé par le Royaume-Uni à un médicament ayant reçu une autorisation de mise sur le marché (AMM) au Danemark. Le Royaume-Uni se fondait sur le fait que ces deux produits ne seraient pas « essentiellement similaires ». Ce refus n'est pas conforme à la directive 2001/83 selon la Cour : en effet, il ressort clairement du texte de l'article 28, § 4, de la directive que l'existence d'un risque pour la santé publique constitue le seul motif qu'un Etat membre est en droit d'invoquer pour s'opposer à la reconnaissance d'une autorisation de mise sur le marché octroyée par un autre Etat membre (119). Ceci illustre, encore une fois, l'effet draconien que peut avoir une directive d'harmonisation sur les possibilités pour un Etat membre de justifier une entrave à la libre circulation.

Dans l'affaire *Generics*, la mise sur le marché d'un nouveau médicament générique était en cause (120). L'Autriche avait autorisé, dans les années 60, un médicament pour le traitement de la poliomyélite, le Nivalin. Cette AMM n'a fait l'objet d'aucune mise à jour afin de rencontrer les exigences posées par le droit européen. En 2005, Generics introduit, auprès des autorités anglaises, une demande d'AMM pour le médicament générique. Dans sa demande, le Nivalin est indiqué comme le « médicament de référence » (121). En effet, afin d'être soustrait à l'obligation de fournir des essais cliniques, les producteurs de génériques peuvent se fonder sur le fait que leur produit est le « générique » (122) d'un médicament dit « de référence » qui a, quant à lui, régulièrement été mis sur le marché dans l'Union.

Les autorités anglaises refusent l'autorisation, considérant qu'un médicament qui n'a pas été autorisé conformément aux procédures établies par le droit européen ne peut servir de « médicament de référence » au sens de la directive 2001/83 afin de justifier la mise sur le marché d'un générique. La Cour de justice confirme cette analyse. Elle se fonde pour ce faire sur l'objectif principal de la directive 2001/83, à savoir la protection de la santé publique. Dès lors, l'article 10 de cette directive ne peut être interprété « de manière telle que la dite procédure abrégée se traduise par un assouplissement des normes de sécurité et d'efficacité auxquelles doivent satisfaire les médicaments » (123). Par

(117) CJCE 16 oct. 2008, *Synthon BV*, C-452/06, Rec. I-7681, note F. Kauff-Gazin, Marge d'appréciation restreinte des Etats membres, Europe, 2008. comm. 404.

(118) 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. 67-128 notamment modifiée par dir. 2004/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 modif. dir. 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, JOUE L 136, p. 34-57.

(119) La Cour précise également que, s'agissant de la mise en cause de la responsabilité de l'Etat, dans l'hypothèse où celui-ci dispose d'une marge d'appréciation considérablement réduite, voire inexistante, la simple infraction au droit communautaire peut suffire à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée du droit communautaire.

(120) CJCE 18 juin 2009, *Generics*, C-527/07, non encore publié au Recueil.

(121) V. les conditions posées à l'article 10 de la directive.

(122) V. dir. 2001/83, préc., art. 10 : il s'agit d'un « médicament qui a la même composition qualitative et quantitative en substances actives et la même forme pharmaceutique que le médicament de référence et dont la bioéquivalence avec le médicament de référence a été démontrée par des études appropriées de biodisponibilité ».

(123) *Generics*, préc., points 24 et 31.

conséquent, un médicament n'ayant pas été autorisé conformément au droit européen applicable, comme le Nivalin, ne peut pas être considéré comme un « médicament de référence ».

2. Reconnaissance des qualifications

Plusieurs arrêts durant la période chroniquée permettent de prendre la mesure des difficultés de mise en œuvre de la directive sur la reconnaissance des qualifications professionnelles (124). Si certains d'entre eux sont simplement des arrêts en manquement de non-transposition (125), d'autres posent des questions plus fondamentales sur la portée de cette harmonisation. Ce contentieux spécifique ne semble donc pas encore prêt de s'éteindre.

Ainsi, dans l'affaire *Rubino*, la Cour était appelée à se prononcer sur le conflit opposant M. Rubino à l'Italie (126). Ce dernier est un chercheur allemand qui a obtenu, en Allemagne, les titres et qualifications nécessaires pour enseigner à l'Université. Installé en Italie, il désire y enseigner. Le système italien ne prévoit pas, pour sa part, de titre particulier pour devenir professeur. En fait, la sélection se fait en deux étapes. Tout d'abord, le candidat doit passer une première sélection qui lui permet d'être inscrit sur une liste dite de « l'aptitude scientifique nationale » (ASN). Ensuite, le candidat inscrit sur l'ASN peut postuler à des emplois vacants dans une université italienne. Le lecteur familier du système universitaire français reconnaîtra là un mode de recrutement très proche de celui qui prévaut pour les maîtres de conférence.

M. Rubino conteste devoir subir cette première sélection. Il estime au contraire, se fondant sur la directive 2005/36, que l'Italie devrait reconnaître l'équivalence de ses titres allemands avec l'inscription sur l'ASN. Il considère que l'ASN constitue une attestation de compétence et que la profession de professeur est donc bien une profession réglementée au sens de la directive. Dès lors, ses titres allemands devraient être reconnus comme équivalents à l'ASN.

La Cour ne suit pas ce raisonnement. Elle rappelle que « les systèmes généraux de reconnaissance des diplômes établis par [le droit européen] ne portent pas sur le choix des procédures de sélection et de recrutement prévues pour pourvoir un emploi et que ces systèmes ne sauraient être invoqués pour fonder un droit à être effectivement recruté. Lesdits systèmes se limitent, en effet, à imposer la reconnaissance des qualifications obtenues dans un Etat membre afin de permettre à celui qui les possède de postuler à un emploi dans un autre Etat membre, selon les procédures de sélection et de recrutement qui y régissent l'accès à une profession réglementée » (127). Dès lors « un demandeur ne sau-

(124) Dir. 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 sept. 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, JOUE L 255, p. 22-142 et arrêts en manquement sur manquement CJCE du 4 juin 2009, *Commission c/ Grèce*, C-109/08, non encore publié au Recueil (sur l'inexécution d'un arrêt portant sur les art. 28 CE, 43 CE et 49 CE et dir. 98/34/CE) et CJCE 9 déc. 2008, *Commission c/ France*, C-121/07, Rec. I-9159 (sur dir. 2001/18/CE).

(125) CJCE 17 déc. 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-505/08, non encore publié au Recueil ; CJCE 1^{er} oct. 2009, *Commission c/ France*, C-468/08, non encore publié au Recueil.

(126) CJCE 17 déc. 2009, *Rubino*, C-586/08, non encore publié au Recueil.

(127) *Rubino*, préc. point 27.

rait se prévaloir de la directive 2005/36 pour obtenir d'être dispensé d'une partie d'une procédure de sélection et de recrutement » (128).

Or, l'ASN constitue bien une étape dans une procédure de sélection. Cette procédure qui vise à sélectionner un nombre prédéfini de personnes sur la base d'une évaluation comparative des candidats, plutôt que par l'application de critères absolus, et conférant un titre dont la validité est strictement limitée dans le temps ne saurait être considéré comme une qualification professionnelle au sens de l'article 3, § 1, sous b), de la directive 2005/36 » (129). M. Rubino ne peut donc tirer de ses titres allemands un droit à être d'office inscrit sur l'ASN. Le CNU français n'est donc pas remis en cause par le droit européen.

On notera que, tout en validant le système italien, la Cour rappelle que, en vertu des règles pertinentes du traité, les articles 45 et 49 TFUE (ex art. 39 et 43 CE) et du principe général de non-discrimination, il incombe aux autorités nationales de veiller notamment à ce que, dans le cadre d'une procédure de sélection telle que celle menant à l'inscription sur la liste des titulaires de l'ASN, les qualifications acquises dans d'autres Etats membres soient reconnues à leur juste valeur et dûment prises en compte.

3. Mise sur le marché de produits alimentaires nouveaux

Les médicaments ne sont pas les seuls produits à faire l'objet de règles spécifiques pour leur mise sur le marché. Ainsi, les produits alimentaires connaissent également une réglementation (130). L'affaire *Europa* (131) concernait l'interdiction de commercialisation, en Allemagne, d'un produit alimentaire fabriqué à partir de plus de 50 plantes différentes. La Cour devait notamment se prononcer sur la possibilité de considérer un aliment comme « nouveau », au sens de la réglementation en cause, si celui-ci est consommé à St Marin. La Cour n'a aucune difficulté à répondre à cette question. En effet, St Marin ne fait pas partie de l'Union et ne figure pas parmi les territoires auxquels s'appliquent les traités (132). Cette première conclusion est d'autant plus importante que la Cour indique que « l'expérience quant à l'innocuité d'un produit alimentaire acquise exclusivement en dehors de l'Europe n'est pas suffisante afin de constater que celui-ci relève de la catégorie des produits alimentaires dont les antécédents sont sûrs » (133) au sens de la réglementation européenne.

Encore une fois, la santé publique est évidemment au cœur du raisonnement de la Cour puisque c'est sur cette base qu'elle indique que le fait que tous les composants d'un produit alimentaire, pris séparément, satisfont au règlement n° 258/97 ne saurait être considérée comme suffisante pour écarter l'application de ce règlement au produit alimentaire élaboré. L'autorité nationale doit, au contraire, se prononcer au cas par cas, en tenant compte de l'ensemble des

(128) *Rubino*, préc. point 28.

(129) *Rubino*, préc. point 32.

(130) Règl. (CE) n° 258/97 du Parlement européen et du Conseil du 27 janv. 1997 relatif aux nouveaux aliments et aux nouveaux ingrédients alimentaires, JOCE L 43, p. 1-6.

(131) CJCE 15 janv. 2009, *M-K Europa GmbH*, C-383/07, Rec. I-115 et note V. Michel, Autorisation de mise sur le marché, Europe, 2009. comm. 124.

(132) *Europa*, préc., point 16.

(133) *Europa*, préc., point 38.

caractéristiques du produit alimentaire ainsi que du procédé de production qui peut avoir un effet sur les effets des produits individuels (134).

A noter (135)

1. Entrave et exceptions

a) Marchandises

– **CJCE 10 sept. 2009, *Commission c/ Belgique* : Violation de la libre circulation des marchandises – Absence de reconnaissance mutuelle.**

– **CJCE 5 mars 2009, *Commission c/ Espagne, C-88/07* : Libre circulation des marchandises – Directive 2001/83/CE – Produits à base de plantes médicinales – Produits classés en tant que médicaments – Produits légalement fabriqués ou commercialisés comme compléments alimentaires ou produits diététiques dans d’autres Etats membres – Notion de « médicament » – Autorisation de mise sur le marché – Entrave – Justification – Santé publique – Protection des consommateurs – Proportionnalité – Décision n° 3052/95/CE – Procédure d’information mutuelle sur les mesures nationales dérogeant au principe de libre circulation des marchandises à l’intérieur de la Communauté.**

b) Etablissement

– **CJCE 26 mars 2009, *Commission c/ Italie, C-326/07* : Violation de la liberté d’établissement – Décret organisant les pouvoirs spéciaux des représentants de l’Etat italien dans les entreprises privatisées des secteurs stratégiques – Défaut d’allégation circonstanciée sur l’aptitude de la mesure à rencontrer les objectifs avancés (sécurité des approvisionnements stratégiques) – Absence de critères objectifs gouvernant l’usage des pouvoirs spéciaux des représentants de l’Etat.**

– **CJCE 28 avr. 2009, *Commission c/ Italie, C-518/06* : Violation de la liberté d’établissement, de la libre prestation de services – Règles harmonisées en matière d’assurance automobile – Obligation de contracter avec tout client – Obligation indistinctement applicable à tous les assureurs établis en Italie ou y proposant leurs services – Obligation de modération tarifaire au profit des assurés – Entrave à l’accès au marché.**

c) Capitaux

– **CJCE 1^{er} oct. 2009, *Minister voor Wonen, Wijken en Integratie, C-567/07* : Violation de la libre circulation des capitaux – Régime d’autorisation préalable – Absence de critères objectifs et transparent – Pouvoir discrétionnaire insuffisamment encadré (rapp. CJCE 22 oct. 2009, *Commission c/ Portugal, C-438/08*).**

d) Services

– **CJCE 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau, C-350/07* : Absence de violation de la libre prestation des services – Affiliation obligatoire à un organisme d’assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles – Justification –**

(134) *Europa*, préc., points 18 s.

(135) Arrêts rendus au cours de la période sous examen et qui ne font pas l’objet de développements dans la présente chronique. Ne sont pas repris ici les arrêts en manquement pour non-transposition d’une directive.

risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale – Contrôle de proportionnalité renvoyé au juge national.

– **CJCE 25 juin 2009, *Commission c/ Autriche*, C-356/08** : Entrave à la libre prestation de services – Obligation d'ouvrir un compte auprès d'une banque déterminée dans l'Etat de la prestation de services.

– **CJCE 1^{er} oct. 2009, *Commission c/ Belgique*, C-219/08** : Détachement de travailleurs – Absence de violation de la libre prestation de services – Mesure n'excédant pas ce qui est nécessaire pour prévenir les abus auxquels peut donner lieu la mise en œuvre de la liberté de prestation des services (rappr. CJCE 19 janv. 2006, *Commission c/ Allemagne*, C-244/04, Rec. I-885).

– **CJCE 17 nov. 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, C-169/08** : – Violation de la libre prestation de services et des règles sur les aides d'Etat – Législation régionale instituant une taxe en cas d'escale touristique d'aéronefs destinés au transport privé de personnes ainsi que d'unités de plaisance frappant uniquement les exploitants ayant leur domicile fiscal en dehors du territoire régional – Première question préjudicielle de la Cour constitutionnelle italienne.

– **CJCE 11 juin 2009, *Commission c/ Autriche*, C-564/07** : Libre prestation de services – Agents en brevets – Protection du consommateur – Obligation de souscrire une assurance responsabilité professionnelle (oui) – Obligation de désigner un domiciliataire dans l'Etat membre de destination des services (non).

2. Secteurs harmonisés

– **CJCE 15 janv. 2009, *Hecht-Pharma GmbH*, C-140/07** : Directive 2001/83/CE – Notion de « médicament par fonction » – Produit dont la qualité de médicament par fonction n'est pas établie – Prise en considération du dosage en substances actives.

– **CJCE 29 janv. 2009, *Conseil national des ingénieurs d'Italie*, C-311/06** : Reconnaissance de diplômes – Droit des autorités nationales de refuser la reconnaissance d'un titre issu de la reconnaissance d'un autre titre là où la seconde reconnaissance conduirait le candidat à échapper à une condition d'accès à une profession réglementée dans son Etat d'origine.

– **CJCE 19 févr. 2009, *Schwarz*, C-321/07** : Permis de conduire (règles harmonisées) – Validité du permis de conduire obtenu dans un Etat membre avant l'adhésion de ce dernier à l'Union, même après obtention d'un autre permis, dans un autre Etats membres, également avant l'adhésion du premier Etat membre. Efficacité de la mesure d'interdiction de conduire du second Etat membre (sur cette problématique, V. notre précédente chronique, RTD eur. 2009. 570-572).

– **CJCE 26 mars 2009, *Semen*, C-348/07** : Agents commerciaux (règles harmonisées) – Mode de calcul des indemnités en cas de rupture – Interdiction pour l'Etat membre d'exclure les ajustements à la hausse – Exclusion de principe des avantages des parties tierces.

– **CJCE 30 avr. 2009, *BIOS Naturprodukte*, C-27/08** : Directive 2001/83/CE – Notion de « médicament par fonction » – Dosage du produit – Conditions normales d'emploi – Risque pour la santé – Aptitude à restaurer, à corriger ou à modifier des fonctions physiologiques chez l'homme.

– **CJCE 10 sept. 2009, *Eschig*, C-199/08** : Assurance protection juridiques (dispositions harmonisées) – Droit reconnu à chaque preneur d’assurance de choisir librement son représentant – Applicabilité en cas de recours collectif – Absence de droit de l’assureur d’imposer un représentant légal à tous les assurés ayant subi un même sinistre.

– **CJUE 23 déc. 2009, *Spector Photo Group*, C-45/08** : Directive 2003/6 – étendue de l’harmonisation quant à la définition de l’infraction d’opérations d’initiés en droit interne – Harmonisation complète – Critère de l’utilisation d’informations privilégiées – Intention présumée à partir des éléments objectifs – Présomption simple – Présomption d’innocence.
